

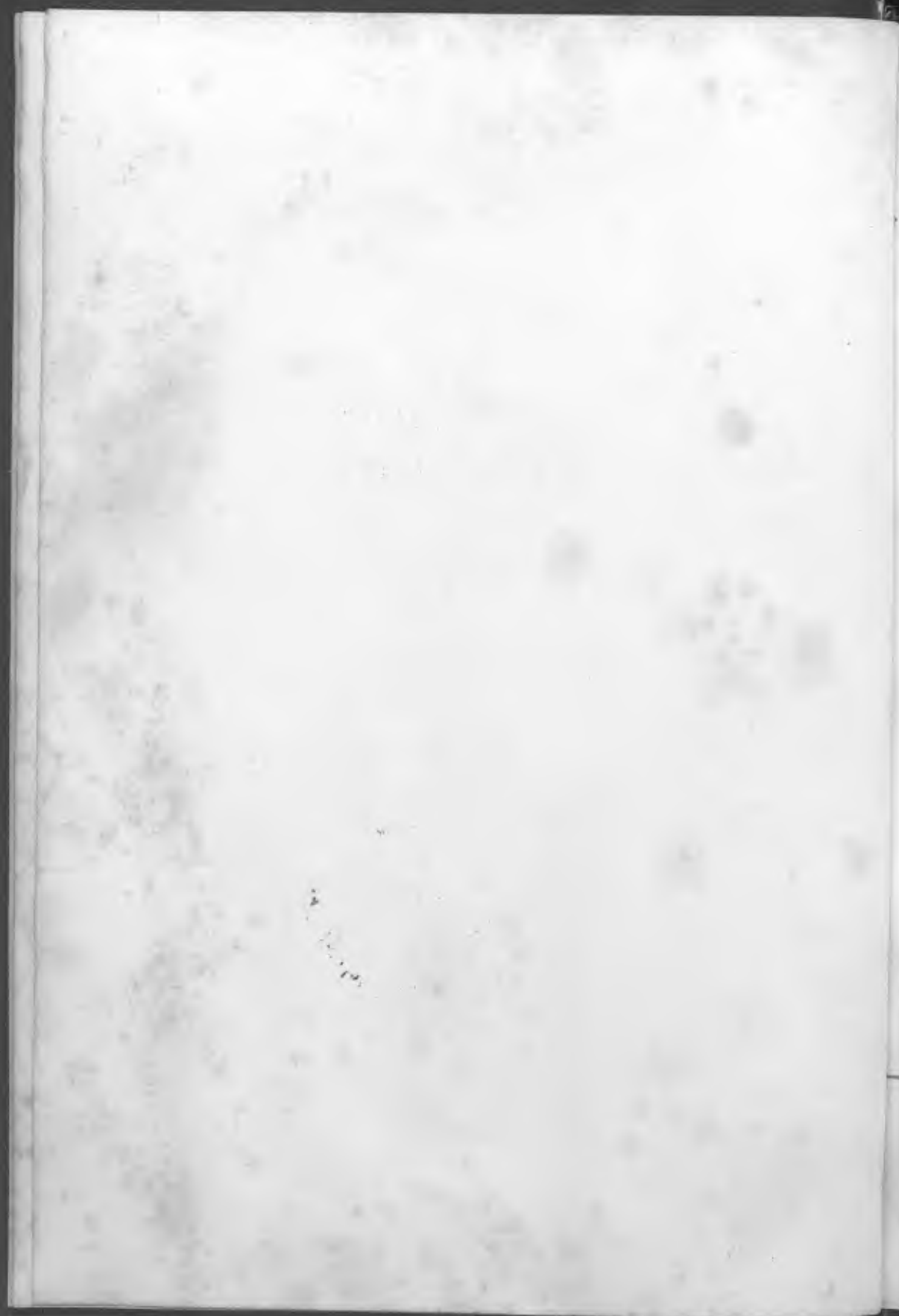






*TRABALHOS
JURÍDICOS*

3d-032749



O B R A S S E L E T A S D E
R U I B A R B O S A

X

*TRABALHOS
JURÍDICOS*



C A S A D E R U I B A R B O S A • 1 9 6 1

Id = 012749

POMBO 013101



3410.6
B238

CATALOGO 013141

ADVERTÊNCIA

Os volumes X e XI destas OBRAS SELETAS DE RUI BARBOSA compreendem trabalhos de natureza jurídica, na maioria pareceres.

Em 1928 publicou Batista Pereira em S. Paulo uma COLETÂNEA JURÍDICA rapidamente esgotada. A presente seleção, valendo-se da experiência anterior, foi feita tanto quanto possível objetivamente, tendo em vista o número de consultas ou pedidos, mas levando em conta, por outro lado, a importância das doutrinas defendidas.

Incumbiu-se da organização e das necessárias explicações prévias o Dr. José Gomes Bezerra Câmara, digno magistrado no Estado da Guanabara e conhecedor profundo da obra do patrono desta Casa.

A revisão tipográfica, tendo à vista as boas edições, ficou a cargo, mais uma vez, do emérito revisor Antônio de Sousa e Silva, cuja exação na colação dos textos é uma garantia para o leitor.

Seguir-se-ão alguns volumes compreendendo as Campanhas Políticas.

C. R. B. — VIII. 961
A.J.L.



POSSE DE DIREITOS PESSOAIS

NOTA DO ORGANIZADOR

O opúsculo ora divulgado constitui matéria que tem marcado assinalável acontecimento nas letras jurídicas, até mesmo depois de oficialmente publicado o texto do Código Civil. Na elaboração dessas notas explicativas tem sido imprimido um cunho eminentemente informativo, por elas materialmente comportado. Contudo, no caso presente, atentando-se para a tão controvertida figura da posse, e, sobretudo, da debatida *quase-posse*, na sua antiga acepção, algumas considerações se impõem, fugindo-se, ainda que ligeiramente, da feição, por assim dizer, pura e estritamente objetiva, limitada ao curso de cada espécie, pois, sem rápido esboço histórico, mutilada ficaria, talvez, a informação.

Embora, para o Jurisconsulto PAULUS, *possideri autem possunt, quae sunt corporalia* (fr. 3, pr., de *adq. v. amitt. poss.*, 41, 2), concorde noutras passagens com essa noção o próprio autor das *Sententiae*, além de JULIANO, excluída, portanto, *a contrario sensu*, a sua ampliação a outros, afastou-se dessa tendência o próprio Direito clássico, quando admitiu que o exercício de certos direitos reais constituía *possessio iuris*, na sua elaboração doutrinária vista como *quasi possessio*. Quase paralelamente, surgiram as famosas questões dos bispos, a respeito das quais é possível tomar-se como ponto de partida, no tempo, o Concílio de Nicéia, no ano de 325, da Era do Redentor. A *actio spolii*, de origem eminentemente possessória, teve de conservar êsse caráter na forma canônica, chegando-se mesmo a afirmar ser inconcebível a quase-posse sem a proteção interdital (RANDA, *der Besitz*, 4. Aufl., de Leipzig, 1895, p. 91). Entre os glosadores, foi a sua noção largamente difundida, tendo a primazia, no tempo e na importância, ROFFREDUS EPIPHANII, a princípio romanista, mais tarde canonista (Cf. SAVIGNY, *Geschichte d. R. Rechts*, Bd. V, ps. 184-217, 3. Aufl.; BRUNS, *das Recht d. Besitzes*, p. 122, ed. de 1948, de Tübingen, e ainda na *Enciclopedia* de HOLZENDORFF, págs. 434-439, §§ 30-32, ed. de 1882). O seu acolhimento alargou-se por vezes, restringindo-se noutras fases, valendo salientar, no que tange à nossa antiga metrópole, que não lhe foram indiferentes os ensinamentos do eminente VALÁSICO, sem falar-se noutros de menor porte, e, se houvesse êle participado da comissão instituída em 1595 para compilar os textos que vieram a

constituir as Ordenações de Filipe, talvez não ficasse restrita a matéria ao que se vê de seu Livro III, Tit. 78, § 5. Mas, para o estudo dogmático da matéria, atingiu ela, sob o ângulo abstrato, o seu ponto máximo, no A. L. R. prussiano de 5 de fevereiro de 1794, cujo título VII (Parte I), em seus §§ 5 e 7, prevê expressamente a proteção interdital para toda e qualquer espécie de direito, declarando-se que se considera detentor de direito todo aquele que o exerce como seu titular (*wer aber ein Recht für sich selbst ausübt, wird Besitzer des Rechts gennant*). Entre os tratadistas mais modernos, nem sempre foi acolhida a tese sem restrições. Assim, é de salientar-se que a espiritualização da posse não mereceu grande acolhida, justamente por aquele que se considera o defensor máximo de seu elemento espiritual (uma coisa é o elemento espiritual, outra bem diversa a sua espiritualização), o douto SAVIGNY (*R. d. Besitzes*, ed. de 1803 e de 1865, essa última com os acréscimos que muito a enriquecem, de RUDORFF), pois não admite o máximo representante da escola histórica a proteção interdital aos direitos pessoais (cf. *op. cit.* e também C. G. BRUNS, *R. d. Besitz*, p. 420). Teve a teoria franca acolhida, mormente no século XVIII, e no seguinte, entre eminentes tratadistas, valendo salientar os nomes do último citado (C. G. BRUNS, *das Recht des Besitzes in Mittelalter und in der Gegenwart*, Tübingen, 1848) e ANTON RANDA (*der Besitz nach österr. Recht*, usw. Lpzg., 1879 e 1895, *pass.*), não destoando o próprio JHERING, que francamente a admite, sobretudo no verbete incluído no *Handwörterbuch* de CONRAD e outros (Bd. II, ps. 406 e segs. [§ 10] da 1.^a edição, donde foi retirado nas posteriores, substituído por um artigo de R. STAMMLER, porém reproduzido no vol. XXXII, do *Jahrbuch* de seu Autor, depois da morte de JHERING).

A matéria, no velho mundo, sobretudo, teve acolhida através de sumidades culminantes, sendo de salientarem-se os nomes de DE OLIVART, RUFFINI, GIERKE (*D. Privatrecht*, II, p. 246, ed. de 1905), KUHLENBECH, DERNBURG (*das bürgerliche Rechte*, III, § 30, 2. Aufl.), os três últimos, depois de promulgado o Código Civil Alemão, o que torna mais expressiva a adesão, sem falar-se em tantos outros.

Entre nós, nunca fôra conferido ao elemento incorpóreo, no concernente à proteção interdital, lugar de destaque, pois as tradições romanísticas, neste particular, como que a repe-liam, não importando isso numa orientação contraditória, por isso que teve tal proteção a amplitude que veio mais tarde a assumir por via canônica, e jamais como seria de supor à primeira vista. No Direito romano, pré e post-clássico, consideradas as peculiaridades da organização romana, inexistiam condições adequadas a um tal remédio, no plano dos direitos pessoais, e só através do Direito canônico foi possível estender-se a sua proteção aos casos de simples exercício, de direitos incorpóreos. Nunca chegou, em nosso meio, assim como na an-

tiga metrópole, a ser aceita a teoria com a amplitude que lhe é devida, apesar de preconizada por autores ilustres, entre os quais justo é salientar o nome de ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS. Mas nem por isso, deixaram os tribunais, de quando em quando, de reconhecer aplicação do remédio. A restrição tornava-se mais acentuada quando se tratava de *ius gestionis*, tanto mais, quanto, em nosso mecanismo judiciário, existe certa aversão a tudo quanto expressamente previsto não se acha nos códigos e leis.

Em virtude de haverem sido suspensos por três meses, mediante decreto de 15 de julho de 1896, do Poder Executivo, vários lentes da Escola Politécnica (hoje Escola Nacional de Engenharia), encimada a relação pelo nome do Engenheiro Paulo de Frontin, impetraram os atingidos o *remedium iuris*, consistente no interdito, por intermédio de RUI BARBOSA, seu patrono, sendo por êle, nessa qualidade, redigida a petição inicial. O pedido dirigido ao Juiz Seccional, datado de 23 de julho de 1896, contém longo arrazoado, justificado com argumentos de fato e de direito. Contudo, a substância da matéria, do ponto de vista doutrinário, foi traduzida mais amplamente nos artigos estampados no *Jornal do Commercio*, posteriormente reunidos em opúsculo impresso nas mesmas oficinas e divulgado em 1900, cujo texto é o aqui utilizado, com o título aqui também reproduzido. Outras edições têm saído, sendo, não obstante, a mais importante a de 1900, hoje não muito comum. Contém ela alguns enganos materiais, expurgados, o quanto possível, da publicação ora feita.

O ponto de vista esposado pelo Conselheiro RUI BARBOSA foi noutras causas também por êle defendidas, igualmente expellido, enunciando êle mais de uma vez a sua firme convicção quanto à assertiva, podendo salientar-se, entre outros, uma minuta de agravo de abril de 1899, como tal incluída nas suas OBRAS COMPLETAS (vol. XXVI, Tomo I, págs. 195-202), não se podendo asseverar tenham sido estranhos ao seu conhecimento, de então em diante, os juízos e tribunais. Cumpre, a êsse propósito, não se falando noutros casos, lembrar o de um agravo provido pelo Supremo Tribunal Federal, por acórdão de 6 de junho de 1907, ante o preceito então invocado, o livro III, tit. 78, § 5, das Ordenações de Filipe, o segundo. Entendia-se que o remédio assegurado na lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894 (art. 13) era insuficiente, e, daí, ser chamado à colação o texto do Direito reinícola.

O caso concreto versado aqui foi mais tarde solucionado por via administrativa, não assumindo, no Judiciário, a repercussão esperada, sem embargo de haver o Juiz Seccional concedido o mandado. Veja-se, a respeito, afora outros elementos informativos, *O Direito*, vol. 70, págs. 616 a 624, e vol. 74, pág. 309.



I

“Em obras de jurisconsultos brasileiros de incontável merecimento”, escreve-me um ilustrado membro dêste fôro, em preciosa nota com que me obsequiou nesta questão, “se acha consagrado o princípio de que só cabe interdito ou ação possessória no *jus in re propria*, ou *in re aliena*, isto é, no domínio e seus desmembramentos. Mas semelhante doutrina, se pode apoiar-se no direito romano, não constitui o direito pátrio, o nosso direito consuetudinário, constante e vivo, rompe com o passado, afronta o presente, desatenta no progresso do direito: é uma heresia jurídica. E, como aquêles jurisconsultos não formaram o nosso direito, encontraram-no feito, e se limitaram a expô-lo, é conseqüente não poderem ser acatados os que escrevem contra êle, contra a nossa praxe ininterrupta, contra o ensinamento dos jurisconsultos pátrios, que os precederam, e foram seus mestres, uma vez que, para mudar, ou alterar o existente, não apresentam uma lei nova, em que se apóiem.”

Esta é a verdade, que demonstrarei.

Não há dúvida nenhuma que, entre os romanos, a noção da posse não transpunha o círculo dos direitos reais. Além do senhorio direto e exclusivo das coisas materiais, reconheciam os grandes jurisconsultos daquela idade as conseqüências jurídicas da posse a certos elementos destacados da propriedade, certos direitos sôbre as coisas, capazes de exercício continuado, como as servidões e, na opinião de muitos, a enfiteuse e a superfície. “O exercício dêsses direitos reais fracionários gera efeitos jurídicos análogos aos associados ao poder físico, assumindo também o nome de posse, a saber, posse de direitos, ou *juris quasi possessio*.” (1) Além de tais direitos, porém, subor-

(1) FILIPPO SERAFINI: *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, pág. 220-21.

dinados ao poder físico e circunscritos às manifestações elementares da propriedade, não ia a posse ou quase-posse romana.

Mas, continua o romanista italiano, de cujas palavras acabo de servir-me, "o direito canônico e a *prática do fóro* estenderam a quase-posse aos direitos episcopais, aos dizimos, aos *direitos aduaneiros e outros direitos*; o que também fez o código civil." (2)

Esses vestígios, que o direito canônico deixou na Itália, como nos países germânicos e na Espanha, não foram mais extensos e duradouros em parte nenhuma do que em Portugal. Ligando ao solo o direito de exercer certas funções eclesiásticas, os cânones invertiam o princípio gestativo da posse no direito romano, onde o jus possessorio nascia do solo, ao passo que, segundo a jurisprudência da igreja, era, pelo contrário, a jurisdição que firmava o poder exclusivo sobre a área territorial. Desta modificação notável na idéia da posse resultou progressivamente a sua extensão a outros direitos pessoais, cuja proteção possessória a praxe civil, em contacto com a canônica, acabou por admitir. Desta arte chegamos ao estado atual do direito em matéria de posse, cuja suma se define nesta observação de JHERING: "Insuperável é o abismo, que separa o poder físico e, por um lado, a coisa, por outro o exercício dos inumeráveis direitos, que, em direito moderno, podem ser objeto da quase-posse." (3) Esta é a fase atual das idéias possessórias, que o sábio jurisconsulto condensou em duas palavras, opondo à definição romana da posse como a *exterioridade do domínio* a sua definição hodierna como a *exterioridade dos direitos*. (4)

É, pois, no direito canônico, cuja influência histórica na legislação pátria não podem ocultar os mais decididos

(2) *Ib.*, pág. 221: "Il diritto canonico e la pratica del foro estesero il quasi possesso ai diritti episcopali, alle decime, ai diritti doganali e ad altre diritti pubblici, e cosi fece anche il codice civile".

(3) *Fondement des interdits possessoires*, IX, n.º 4 [UEBER DEN GRUND DES BESITZESCHTZES]

(4) *Ib.*, 142. (Ed. de 1882).

romanistas ⁽⁵⁾, a que tantas vêzes se referem as Ordenações ⁽⁶⁾, e que durante séculos desfrutou a autoridade de subsidiário ao civil, é no direito canônico, não no romano, por êle vencido nesta parte, ao menos entre nós, que se acham as fontes imediatas da jurisprudência possessória na tradição portuguesa.

Se os juristas brasileiros, cuja opinião se quer que prevaleça, não deixassem cair das mãos o fio do direito pátrio, transviados por um romanismo que êle enjeitara, bastaria o testemunho de CORREIA TELES, o mais insigne jurisconsulto português dêste século, para os preservar do êrro que cometeram.

Na *Doutrina das Ações*, obra, na estimativa dos mestres, sem jaça do menor êrro, ou descuido, ensina êle que a ação de manutenção "compete ao possuidor de qualquer coisa, ainda que móvel ou *incorporal*, contra quem o perturba na posse" (§ 190). No § 199 acrescenta que esta ação pode ser intentada "por todo aquêle que tiver posse de *fazer* ou *proibir* quaisquer atos, que por direito lhe forem facultados, ainda que o lugar de os praticar seja religioso, ou público, uma vez que sofra turbação no uso dêle". Ilustrando, numa nota, a extensão da fórmula enunciada na frase "posse de fazer ou proibir quaisquer atos", observa êle: "*Até a turbação de direitos produz esta ação.*" E, para que não restasse dúvida quanto ao seu pensamento, concretiza a sua aplicação em um direito absolutamente incorpóreo, sem ligação com o solo, ou a propriedade material dêle: "v. g. a turbação do direito do padroeiro de apresentar ao benefício quem o sirva; e basta a *posse de o ter apresentado a última vez*, se acaso a apresentação surtiu efeito, isto é, se o apresentado chegou a ser colado".

No *Digesto Português* ⁽⁷⁾ reproduz êle a mesma lição: "O possuidor de coisas *incorpóreas*, como são os direitos de *jurisdição*, de padroado, de cobrar fôros, ou de exercer alguma servidão ativa, se fôr perturbado, pode intentar esta ação."

⁽⁵⁾ RIBAS: *Curso de dir. civil brasil.*, tomo I, pág. 187.

⁽⁶⁾ Ord. L. 2, t. I, §§ 6 e 13, t. 5, § 4.º; L. 3, t. 24 pr., e t. 58, § 9.

⁽⁷⁾ Tom. I, n.º 660.

ALMEIDA E SOUSA, irrealizado, entre os nossos praxistas, na erudição e na abundância da doutrina, apóia a de CORREIA TELES com subsídios copiosos.

"O uso moderno", diz êle ⁽⁸⁾, "admite a manutenção pela posse das coisas corporais e pela quase-posse das incorporais, servidões rústicas e urbanas, etc." A menção das servidões rústicas e urbanas é aqui meramente exemplificativa; porquanto, em seqüência a êsse trecho, cita o autor um de RETES, *De interdict.*, onde se estende a manutenção a tôdas e quaisquer coisas incorpóreas, especificando-se as prerrogativas, as precedências, as honras, os direitos de apresentação a benefícios e outras dignidades, ou funções: "*Denique usu fori ac censura pragmatice competit (hoc remedium) pro quibuscumque, tam corporalibus QUAM INCORPORALIBUS JURIBUS PRAEROGATIVIS, PRAEEDENTIIS, ET HONORIBUS, veluti praesentandi ad beneficium, suffragandi in conciliis, et aliis, etc.*"

Como se não bastara esposar êsse juízo, para exprimir o seu, ALMEIDA E SOUSA explicitamente o descobre, condensado neste tópico, subsequente à transcrição: "Assim especialissimamente, e pelo uso das nações, vemos competente o remédio *retinendae possessionis* para tudo que é possessível, ou quase possessível. Seria preciso copiar aqui MENOCH, *de Retinend. possessionis Remed.*, 3, RIDOLFIN *in Prax. Roman. Cur.*, p. 2, c. 12, POST, *de Manut.*, obs. 10, 11 e 12, RET., disp. 3, *de Jud. Possessor*, c. 4, a. n. 9. STRYCH *infra*, para relatar tôdas as posses e quase-posses, pelas quais compete êste remédio da manutenção. Alguns casos substanciou GUERREIRO, *Trat.* 3, e 6, cap. 43 a. n. 56." ⁽⁹⁾ E, depois de reportar-se a várias monografias suas, no que respeita à quase-posse das pensões eclesiásticas, das censuárias e das enfitêuticas, remata assim: "Sobre outras posses de diversos objetos, e que muitos dos citados doutores não atingiram, se veja PEGAS, tom. 2, *Torc.* c. 11 e tom. 7. *Forens.* c. 215 e 226." ⁽¹⁰⁾

Adotado assim expressamente por LOBÃO o sentir dêsses escritores quanto à applicabilidade do interdito *retinendae*,

⁽⁸⁾ *Tratado dos interditos*, § 95.

⁽⁹⁾ *Trat. dos Interdit.*, § 96.

⁽¹⁰⁾ *Ibid.*

já se não poderá duvidar que ALMEIDA E SOUSA o estendia, não só à posse dos direitos corpóreos, ou reais, como à quase-posse dos incorpóreos e pessoais.

Releva conhecer, pois, os lances, a que êsse praxista ali faz alusão, de GUERREIRO, PEGAS e STRYCHIO. Antes, porém, de considerá-los, não será ocioso acompanhar, no próprio texto de ALMEIDA E SOUSA, certas adaptações do remédio possessório contra a turbação de direitos estranhos à classe das servidões e outros desmembramentos da propriedade.

No § 97 discorre êle acêrca das *cartas tuitivas conservatórias da posse*. Dessa instituição dá-nos idéia clara VALASCO, na consulta 79 *circa remedium possessorium cartae tuitivae regal, quo utimur* ⁽¹¹⁾. O célebre praxista exemplifica o caráter e os efeitos dessa medida acautelatória da posse com o caso de um eclesiástico, provido e empossado em certo benefício por ato episcopal, a quem outro, residente na cúria romana e posteriormente instituído por deliberação pontificia, queria turbar no uso do seu direito, *intendebat eum in sua possessione titulata perturbare*. O rei, *visu titulo ac instrumento possessionis*, expediu a favor do impetrante carta tuitiva: “Se, presentes as partes, a que tocar, achardes que é assim o que êle diz, vós o sustentai na posse do dito benefício, e não consintais que o dito N., nem outra qualquer pessoa, de qualquer qualidade e condição que seja, lhe faça mal, nem força sôbre a dita posse, e, querendo-lha fazer, vós não consintais, e lhe levantai logo, e tomai a dita posse, e o sustentai nela. E, se o dito N., ou outra alguma pessoa, contra êle pretender haver algum direito sôbre a posse do dito benefício, que o demande como e por onde deve, e êle faça de si direito.”

Desta arte, com ser o que era no século XVI a autoridade do santo padre, a mais alta e poderosa assim no século como na igreja, os remédios civis possessórios eram opostos aos seus decretos; e, graças a êsse amparo, a posse, estribada em uma provisão do ordinário, prevalecia, pela sua simples anterioridade, ao título fundado em letras apostólicas. Nem se me objete que se tratava ali de manifestações

(11) *Consultationum ac rer. judicatar*, tom. I, págs. 178-83.

peculiares à função política do padroado. Este não fazia mais do que aplicar à posse de situações eclesiásticas, sob uma forma sumaríssima, o interdito usual em defesa da posse de direitos meramente seculares. É o que expressamente reflexiona VALASCO ⁽¹²⁾: "*Nihil aliud intendit rex in hujusmodi auxilio tuitivarum, quam majore auctoritate, nempe regia, id facere, QUOD JUDICES CANTI SECUNDUM JUS COMMUNE FACERE SOLENT, quando vident, aut saltem suspicantur rixas et arma contententium super possessione.*" Eram verdadeiros mandados de manutenção, expedidos sumarissimamente contra a turbação da posse, assim de benefícios, como de outros direitos pessoais. A proteção, que representavam, subsistia, pendente a lide, não só em proveito de clérigos, senão também de beneficiados e leigos, com a propriedade, até, de sobrestar a execução da sentença durante a apelação, pôsto se não tratasse da posse de benefícios, mas de qualquer outro fato pessoal sujeito à pena religiosa da excomunhão, ou às cominações civis de privação da liberdade.

Era trivialíssimo o uso desse remédio, há trezentos anos, no Reino. Atesta-o o famoso professor de Institutas na cadeira da universidade de Coimbra: "*Eae litterae, quibus QUOTIDIE utimur in regno.*" ⁽¹³⁾ Várias disposições legislativas o consagraram: a Ord. l. I, t. 3, § 6; a Ord., l. 2, t. 10; a Ord., l. 3, tít. 58, § 1.º; o regimento do Desembargo do Paço, § 116. E, quase três séculos depois do autor das *Consultationes*, continuava a ser vulgar, com a mesma amplitude de efeitos, o recurso a esse meio de tuição da posse. "Elas em efeito são, entre nós", escrevia ALMEIDA E SOUSA em 1814, "*o mesmo que um mandado de mantendo, ou o interdito retinendae*, e semelhantes em grande parte ao possessório sumaríssimo." ⁽¹⁴⁾

Se é certo que, mais tarde, sob o novo regimen em que entrou a metrópole, discriminando-se melhor os po-

⁽¹²⁾ *Consult. LXXIX*, n.º 17, pág. 181. "Suas consultas são ainda hoje apreciadas pelos que se dedicam ao estudo sério da jurisprudência." RIBAS: *Curso de Direito Civil*, vol. I, pág. 375.

⁽¹³⁾ VALASCO: *Ib.*, n. 2.º, pág. 178.

⁽¹⁴⁾ LOBÃO: *Interditos*, § 97.

deres, se extinguiu, com a abolição do Desembargo do Paço⁽¹⁵⁾, essa intervenção da autoridade régia no campo judiciário, nem por isso diminui a importância do seu uso até ao primeiro quartel do século atual. Por êle solenemente se certifica o fato concludente da aplicação, em Portugal, até á época em que nos emancipamos, do interdito possessório, sob o molde das cartas tuitivas, à manutenção de direitos *incorpóreos*, que, entre os romanos, não desfrutavam proteção tal. E, se êsse era o direito português multissecular, se então se considerava como posse, e como posse se mantinha a retenção, ou fruição de qualquer coisa, *ou direito*, evidentemente aberraram os juristas brasileiros, mais retrógrados que o clássico advogado de LOBÃO, deixando o que êste, no começo dêste século, classificava como "*o uso moderno*"⁽¹⁶⁾, velho aliás, a êsse tempo, de muitas centenas de anos, para ir buscar *no uso antigo*, isto é, no uso de Roma, a limitação, que as idéias medievais e o progresso cristão já tinham rejeitado, da posse protegida unicamente aos direitos reais.

Essa era a tradição viva, nos livros dos reinícolas e na praxe dos tribunais. O recuo dos nossos jurisconsultos foi, portanto, um erro contra todas as regras da transmissão e evolução da doutrina jurídica.

Tentam apadrinhar êsse imperdoável desvio com o texto da Ord., l. 3, t. 78, § 5.º, onde se lê: "Se alguém se temer de outro, que o queira ofender *na pessoa, ou* lhe queira sem razão ocupar, e tomar *suas coisas*, poderá requerer ao juiz que segure a êle, e as suas coisas, do outro, que o quiser ofender; a qual segurança lhe o juiz dará." Mas esta tentativa é vã.

O texto citado não era desconhecido dos reinícolas, e nenhum dêstes, a começar pelos contemporâneos à promulgação dêle, viu jamais nas palavras da Ordenação obstáculo ao uso dos interditos em defesa dos direitos pessoais. Antes o consideravam como fonte e apoio da nova doutrina; tanto que ALMEIDA E SOUSA, depois de a expender nos §§ 94 a 97 do *Tratado dos Interditos*, reproduz justamente na sua íntegra a Ord. do l. 3, t. 78, § 5, nos períodos supratranscritos, como quem tinha em mente autorizar o

(15) Lei de 22 de setembro de 1828.

(16) *Interditos*, § 95.

ensino dos praxistas com a invocação da palavra legislativa. Essa foi a inteligência, que sempre se deu ao texto, de que se trata. Neste sentido o entenderam os autores, e nêle o praticaram os magistrados. O uso é o melhor intérprete das leis; *usus optimus interpretes legum*. Já sob os romanos era defeso, em boa hermenêutica, *alterar a inteligência das leis, que tiveram sempre interpretação certa: Minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt* ⁽¹⁷⁾. Como é que, depois de séculos e séculos de praxe ininterrupta em sentido contrário, há de a interpretação de escritores brasileiros impor a um velho texto português uma significação, que o ensino dos doutores e a jurisprudência dos tribunais, em Portugal, nunca admitiram?

O direito não jaz na letra morta das leis: vive na tradição judiciária, que as atrofia, ou desenvolve. Mas, na hipótese, não há contradição, não há divergência entre a praxe plurissecular e o texto legislativo, por ela comentado. A Ord. l. 3, t. 78, § 5.º, contempla evidentemente, na idéia da posse, dois ramos distintos, bifurcados pela disjuntiva *ou*: a pessoa e as coisas; os atentados contra estas e os contra aquelas. Se se admitir que na concepção de *coisas* só cabe a propriedade, com os seus desmembramentos, na de *pessoa* se incluem inegavelmente todos os direitos pessoais.

Mas entre antigos e modernos, seja no uso comum, seja no estilo legislativo, a expressão *coisas*, quando não restrita, por limitações explícitas ou implícitas, envolve na latitude da sua acepção todos os objetos corpóreos ou incorpóreos do direito, tudo o que se retém, e possui, tudo o que se adquire, e aliena. *Coisa*, na fraseologia dos civilistas portugueses, tomada à dos romanos, não traduzia êsse conceito de materialidade, que lhe é peculiar na acepção mais estreita do vocábulo. Na tecnologia que as *Institutas* definiram, as *coisas* se dividiam em corpóreas e incorpóreas, compreendendo-se nestas *as que consistem em direitos*, como a herança, o usufruto e as obrigações de qualquer origem. *Quaedam praeterea RES corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt quae*

(17) PAULUS: L. 23 D. de Legibus.

tangi possunt... Incorporales autem sunt quae tangi non possunt; qualia sunt EA QUAE IN JURE CONSISTUNT, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae...; nam ipsum jus utendi fruendi et ipsum jus obligationis, incorporale est. ⁽¹⁸⁾ Coisas eram, pois, os direitos, como as obrigações; coisas incorpóreas, mas coisas.

“Os direitos também são coisas”, escreve um egrégio civilista brasileiro, “e se dizem coisas incorpóreas... Quando se diz deter uma coisa, na generalidade da expressão coisa estão compreendidos os direitos, que também são coisas.” ⁽¹⁹⁾

O próprio T. DE FREITAS, cuja definição restritíssima, inspirada em BENTHAM, elimina da noção de coisas, não só as relações jurídicas (direitos e obrigações), como até os objetos materiais não suscetíveis de valor mensurável ⁽²⁰⁾, confessa estar em divergência com a linguagem de todas as legislações. Estabelecendo que se entendam por coisas “sòmente os objetos corpóreos”, acrescenta: “Fique, portanto, em esquecimento a divisão, que fez o direito romano, e que fazem todos os códigos, de coisas corpóreas e coisas incorpóreas, atribuindo à palavra um sentido amplíssimo, e fazendo-a compreender tudo, quanto pode ser objeto de direitos na opinião de alguns (MAYNZ; *Dir. Rom.*, § 113), ou, pelo menos, tudo quanto pode fazer parte integrante do patrimônio, na opinião de outros. (PELLAT. *Propriété*, n. 6, not.)” ⁽²¹⁾.

Quando, portanto, a Ord. l. 3, t. 78, § 5, manda assegurar a posse àqueles, a quem outrem quiser “ocupar e

⁽¹⁸⁾ *Inst., de rebus incorporalibus*, pr., §§ 1, 2, (II, 2).

⁽¹⁹⁾ J. FELÍCIO DOS SANTOS: *Projeto do Código Civil Brasileiro*, tom. III, pág. 23.

⁽²⁰⁾ *Esbôço do Código Civil*, arts. 317 e 318.

⁽²¹⁾ *Código Civil*. *Esbôço*, pág. 213, not. ao art. 317. “Esta distinção ou divisão”, continua ele, “que os legisladores não têm podido dispensar.” *Ibidem*.

E ainda: “... Por todos estes motivos tenho rejeitado a clássica nomenclatura de coisas corporais e incorpórais...” Adiante: “Além disto, a nomenclatura romana, herdada de todos os códigos.” *Ibid.*, pág. 222. Claro está que não excluía o Filípino. A minha interpretação pois da Ord. l. 3, t. 78, § 5, estriba, também, na autoridade de TEIXEIRA DE FREITAS, como na de FELÍCIO DOS SANTOS.

tomar as suas coisas”, razão é concluir que teve em mente, não só a retenção dos objetos materiais, como a dos direitos, que tanto quanto aquêles se abrangiam sob a designação jurídica de coisas. Tais raízes têm essa nomenclatura na linguagem civil, que ainda nos códigos hodiernos se lhe descobrem por toda a parte vestígios. O holandês, por exemplo, definindo, no art. 585, a posse como “a retenção, ou o gozo de uma coisa”, precisa, no art. 603, o modo, como se perde “a posse dos bens *incorpóreos*”. Não obstante a sua imaterialidade, pois, isto é, o seu caráter de simples direitos, contraposto ao de realidades corpóreas, êsses bens são objetos de posse. E, desde que o são, vêm a entrar, pela definição do art. 585, na categoria de coisas.

Não é, logo, de jurisconsultos a inferência, que liga à palavra *coisas*, no texto da Ordenação, o pensamento exclusivo de objetos corpóreos. Ao menos os jurisconsultos portugueses nunca lhe enxergaram êsse intuito. A opinião geral dêles foi sempre que o espírito manifesto do texto era proteger, não só o gozo legítimo da propriedade real, senão os direitos, privados. ou públicos, inerentes à pessoa.

II

Muito tarde chegaram os juristas brasileiros, para inovar em assunto, que o concurso de tantos séculos, a série imemorial da jurisprudência tinha definido nos tratados e arestos.

Para o mostrar, percorrerei rapidamente as autoridades nomeadas por ALMEIDA E SOUSA, buscando nas obras de cada uma os trechos, a que êsse praxista aludiu, mas não transcreveu.

Diz GUERREIRO ⁽¹⁾ que procede o interdito *retinendae* (ação de manutenção):

“Pro quacumque re possessa, sive immobili; sive mobili; sive corporali, sive *incorporali*, sive rustica, sive urbana. Ideo pro manutenzione frumenti, *jurisdictionis*, *gubernii*; pro quasi possessione *libertatis* et *exemptionis*; pro jure *elegendi*, *praesentandi*, et *nominandi*; pro possessione *faciendi processionem*; pro possessione *ingrediendi*, *assistendi*, *interessandi* in capitulo; pro quasi possessione *admittendi seu aggregandi alias ad collegium et non idoneos regiciendi ac reprobandi*; pro possessione *tutela* seu *curae*; pro quasi possessione *servitutis*; pro possessione *exercitii procuratoris*; pro *juribus quae quis possidet*; pro quasi possessione *macinandi et admittendi fornarios et alios ad molendum in aliquo indendino*; pro quasi possessione *filiationis*; pro quasi possessione exigendi quamlibet annuam praestationem seu responsationem vel redditum annuum; pro quasi possessione exigendi pensionem ecclesiasticam; pro quasi possessione *perceptionis decimarum*, vel *primitiam* aut *oblationem*; pro possessione *confinium* usque ad certum locum et certos fines; pro possessione vel quasi possessione *rerum ecclesiasticarum*; et denique pro possessione vel quasi possessione *rerum quae possideri vel*

⁽¹⁾ *De munere judicis orphanorum tract.* III. Tom. II, pág. 107, I. 6, c. 43, ns. 56 e 57.

quasi possideri possunt. POSTH dita obs. 10 per tot quam vide circa relatos casos et alios quos refert REINOS., Obs. 62."

A fórmula reúne, como se vê, no domínio da manutenção tôdas as coisas, possessíveis ou quase possessíveis; *res quae possideri vel quasi possideri possunt*, abrangendo-se no conceito de coisas, não só as corpóreas, como as incorpóreas, *corporales, sive incorporales*, e na acepção das incorpóreas, além dos desmembramentos do domínio, *servitutes*, todos os direitos pessoais, desde os de caráter meramente privado, como a *tutela*, a *curatela*, a *filiação*, o *mandato de procurador*, a *liberdade*, *tutela seu curam*, *filiationem*, *exercitium procuratoris*, *libertatem*, até as funções de ordem pública, religiosa, ou mundana: a percepção de *vencimentos*, *tributos* e *pensões*, os direitos e privilégios de reunião, associação, eleição, jurisdição e governo, *jus eligendi*, *possessio faciendi processionem*, *exemptiones*, *pensiones*, *jurisdictionem*, *gubernium*.

Eis a inteligência da Ord. l. 3, t. 78, § 5.º, firmada por uma autoridade muito mais próxima à fonte legislativa do que os juristas brasileiros da segunda metade do século dezenove, autoridade que não se inspirava em abstrações de escola, ou teorias individuais da cátedra, mas bebia direta e copiosamente nos mananciais da praxe, que o espírito da lei recente preservava puros.

Ela estabelecera a proteção geral da posse fôsse tangível, ou intangível o seu objeto. Esse amparo estende-se tanto à apropriação da matéria, como à do direito, e, no exercício do direito, assim aos pessoais, como aos reais, assim aos individuais, como aos coletivos, assim aos públicos, como aos simplesmente civis. Esse imenso progresso realizara o direito português, o nosso direito pátrio (porque nem as leis, nem a praxe brasileira o modificaram depois, como teremos ocasião de ver), sobre o direito romano, que circunscrevera os interditos à defesa das coisas corpóreas e dos direitos vinculados ao solo. E havemos de perder todo esse terreno ganho para a civilização, para a simplificação da defesa e do direito, há mais de três séculos, unicamente por servil submissão às prevenções escolásticas de um romanismo pedantesco e morto, encarnado em

alguns juristas modernos, cujo único título de abono é a legenda savignyana, mal justificada, mal entendida e mal aplicada ?

A idéia de posse desprende-se distintamente da de propriedade na bela idade da cultura romana. É um dos frutos mais úteis dêsse desenvolvimento. Sob a influência civilizadora do direito canônico aquela semente se desdobrou, na península ibérica, em uma germinação nova: a defesa possessória ampliou-se dos direitos reais aos pessoais. Essa era a tradição legislativa e judiciária de Portugal, ao deixarmos o lar das suas instituições, para constituir família nossa. Mas, separando-nos, trouxemos conosco o tesouro do seu direito civil, como o filho emancipado guarda em si o patrimônio das idéias, sentimentos e usos paternos.

A lição de GUERREIROS encerra, pois, a controvérsia, a que aqui se poderia pôr ponto, fechando-a com chave de ouro.

Contudo, não será por demais escutar o voto de outros, cujo consenso demonstra a unanimidade das opiniões.

MENDES DE CASTRO ⁽²⁾, cuja *Practica Lusitana* foi, entre nós, "o melhor tratado de jurisprudência prática" ⁽³⁾, atesta que o interdito *retinendae uti possidetis* se applicava em favor de toda e qualquer classe de direitos incorpóreos, ainda os que diziam respeito a *predicamentos, honras e funções de jurisdição*. "*Item hoc interdictum etiam datur PRO QUIBUSCUMQUE JURIBUS INCORPORALIBUS, veluti JURISDICTIONIS, honoris et obsequiorum.*"

Com uma dessas funções se ocupa PHOEBUS, ⁽⁴⁾, neste excerto: "*Quis acquisivit dictam quasi possessionem juris praesentandi, si postea ab illa spoliatur, poterit uti remedium possessorii ad eam recuperandam contra ipsum spoliantem.*"

CABEDO ⁽⁵⁾, citando a Ord. l. 2, t. I, § 3, depois de mencionar vários direitos de ordem espiritual, compreen-

⁽²⁾ *Practica Lusitana*, I, IV, c. 10. *De interdictis*. § 2.º. Tom. I, pág. 195.

⁽³⁾ RIBAS: *Curso de dir. civ.*, I, pág. 378.

⁽⁴⁾ *Decisiones*, 213.

⁽⁵⁾ *Decision.*, p. I, dec. 82.

didos na esfera da tutela possessória, acaba advertindo que é por uma adaptação da praxe secular que os direitos de natureza religiosa desfrutam o benefício dos remédios contra a turbação da posse. *"Haec ordinatio non solum locum habet quando laicus clericum ob spoliū factum intra annum et diem convenit, sed etiam quando clerici inter se et super possessione beneficii, seu alicujus rei spiritualis. CERTUM NAMQUE DE JURE EST QUOD CAUSA POSSESSORIA, QUANTUMQUE SPIRITUALIS, PROFANA EST."*

REYNOSO ⁽⁶⁾, sustentando a aplicabilidade do interdito à posse de certos direitos pessoais, de acôrdo com a quase totalidade dos canonistas, *"canonistae fere omnes"*, conclui: "... Tamen, ad recuperandam possessionem RERUM INCORPORALIUM sufficit praecessisse unicum actum exercitii illius juris, licet tepore spoli non esset actuale illius exercitium; quoniam jura incorporalia per unicum actum acquiruntur, eoque tantum formatur possessio in futurum, tanquam si singulis diebus et momentis actus ille renovaretur."

STRYCHIO ⁽⁷⁾ pronuncia-se assim: *"Materia interdictorum adhuc hodie summe necessaria ac utilis est pro defendenda, consequenda et recuperanda possessione RERUM, tam corporalium QUAM INCORPORALIUM."* Ainda aqui se vê como no vocabulário da jurisprudência civil, sob o régimen das Ordenações, coisa era tanto o objeto material, quanto o objeto incorpóreo; o que irresistivelmente nulfica o argumento buscado pelos adeptos da idéia romanista em matéria de posse nas palavras "ocupar e tomar as suas coisas", da Ord. l. 3, t. 78, § 5.^o

O praxista não discrimina: onde houver título real, ou incorpóreo, assiste à posse a faculdade do interdito. A extensão da defesa possessória a toda espécie de direitos suscetíveis de gozo e continuidade acentua-se vigorosamente nas palavras desse escritor, que, enunciando, pouco adiante, no § 3.^o, os quatro casos de mandado sem cláusula, reflete: *"Secundus casus est, si pars conquerens ex facto alterius, postquam perpetratum esset, irreparabile damnum*

(6) Obs. LXII, pr. ns. 4, 6, 7, 11 e 12.

(7) L. XLIII, § I.

sentiret, v. g. de VITAE, FAMAE ET HONORIS periculum imminenti... quartus, si quis in carcere CUM FAME, SQUALORE ET INEDIA, CUM SALUTIS, SANITATIS AC VITAE DISCRIMINE detineatur."

Ora, há nada mais incorpóreo, mais pessoal, mais alheio às relações do domínio sobre as coisas materiais do que o título humano à *higiene*, à *vida*, à *honra*, à *liberdade*? Se alguns desses direitos encontraram depois escudo em novas instituições, havemos de considerar abolido, para os outros, o antigo instrumento de proteção, a égide preciosa, cuja necessidade se lhes reconhecia em tempos aliás menos zelosos da personalidade individual?

A evolução da consciência jurídica entre nós mostra o contrário; pois, enquanto existiu, neste país, o mal do cativo civil, era nos interditos possessórios que o homem livre, reduzido à escravidão, ia buscar a tutela imediata contra a violência espoliadora. Houve alguma lei, que ratificasse especialmente o uso das ações de manutenção em garantia da liberdade? Não. A necessidade da defesa do direito lançou mão espontaneamente da arma jurídica temperada em outras eras e conservada pelo gênio providente da tradição no seio da consciência popular.

Os escritores europeus dessa época, releva ainda notar, nas aplicações do interdito possessório à turbação da liberdade, cogitavam apenas das violências materiais a ela e da sua privação temporária: *si quis in carcere, cum fame, squalore et inedia, detineatur*. Não conhecendo, entre as nações para que escreviam, o cativo legal, a escravidão civil, a perda absoluta do direito à liberdade, as relações de senhor e escravo, não consideraram o interdito possessório na sua adaptabilidade aos atentados, *muito diferentes* na sua essência e nos seus efeitos, da escravização de um indivíduo a outro. Quando, porém, no Brasil começou a se produzir este outro gênero de casos, não obstante a sua diversidade a tantos respeitos, a praxe não hesitou em procurar no remédio tradicional da posse analogias, que autorizassem a sua invocação contra as invasões da propriedade no domínio da liberdade humana. A adaptação operou-se espontaneamente, mostrando, por um lado, a elasticidade natural da instituição, por outro a sua extensibilidade inevitável, com a evolução dos tempos, às ne-

cessidades emergentes do direito, independentemente do concurso das leis, ou do beneplácito dos expositores.

Cumpra não esquecer a importância, que reveste, para a sustentação da minha tese, a consideração de que as idéias de STRYCHIO, perfilhadas nas obras de ALMEIDA E SOUSA, o mais provecto representante da praxe lusitana, dimanavam principalmente do direito germânico, em cujas instituições, examinadas com fidelidade, pusera o primeiro dêsses dois escritores o objeto especial dos seus estudos. O amplo quadro, que êle nos traça, pois, do desenvolvimento da posse, da inclusão de todos os bens incorpóreos, de todos os direitos, na área dos interditos, dilatada pela evolução dos fatos, mostra quão longe está da realidade, quão imperfeita e parcial é a conta, que do desenvolvimento da entidade jurídica da posse e suas instituições tutelares, sob o direito canônico e entre as nações européias, nos deixou o exagerado romanismo de SAVIGNY, “reduzindo a numerosa aplicação dos interditos aos fatos, ou desnaturando-os, e pretendendo, sob a dupla preocupação da sua teoria da posse e do culto supersticioso do direito romano, acomodá-los, na maioria dos casos, por analogias forçadas com as servidões”.

Nas obras de PEGAS ⁽⁸⁾, a que também nos remete ALMEIDA E SOUSA, temos copioso repositório de arestos portugueses, cuja doutrina mostra quanto se distanciou, em progresso, do direito romano o conceito da posse, na juris prudência que da metrópole herdamos. Dessa compilação trasladarei alguns.

É indubitavelmente um direito incorpóreo, um direito pessoal, o do procurador ao exercício das suas funções. Pois bem: aqui temos um acórdão ⁽⁹⁾, mantendo a posse do ofício de procurador:

“Agravado é o agravante pelo corregedor em o mandar tirar da posse do ofício até decisão dos embargos, provendo em seu agravo, vistos os autos; e como o agravado não

⁽⁸⁾ *Resolutiones For. L. VII, c. 25 e 26.* “Suas obras... subministram muitas vezes preciosas informações sobre o es-tilo e praxe forense, que facilitam a solução de importantes e árduas questões.” RIBAS: *Curso de dir. civ.*, I, pág. 383.

⁽⁹⁾ Feito de Gaspar de Medeiros e Câmara com Antônio Borges do Canto.

tivesse posse, nem direito que lhe competisse por alvará ou carta do dito ofício de procurador, não tinham os seus embargos efeito de responderem à execução da sentença. Portanto, mandam que o corregedor faça *restituir a posse do ofício* ao agravante e com efeito seja *metido nela*, com as perdas e danos por quem de direito fôr. Lisboa, 15 de setembro de 1681.”

Noutro feito ⁽¹⁰⁾ se contendia igualmente sôbre a posse do ofício de procurador municipal, *função pública*. O acórdão, proferido pela Mesa do Desembargo do Paço, reza:

“Agravado é o agravante pelos ofícios da câmara da vila de Santarém, em lhe revogarem a procuração, que seus antecessores lhe tinham feito, fazendo nova procuração a outra pessoa, provendo em seu agravo, vistos os autos; e como por êles se mostra estar o agravante de *posse* e poder dos negócios da câmara da dita Vila, por nomeação que nêle fizeram seus antecessores, deve ser conservado *na posse* em que estava, visto como os ditos oficiais não podem revogar a dita procuração, sem que primeiro seja ouvido o agravante e via ordinária de alegar contra êle causa justa. 5 de dezembro de 1682.”

Na outra questão ⁽¹¹⁾, disputavam as partes sôbre a posse do direito *a ordenados*. Em defesa dêsse direito, incontestavelmente incorpóreo, a Relação, por um acórdão, reconheceu a procedência do interdito:

“Que, vista a petição de fôrça do A. executor-mor do Reino, contestação do réu. Mostra-se, por parte do autor, que, estando de *posse* seus antecessores *de cobrar todos os anos quarenta mil réis de ordenado do correio-mor*, em razão das execuções que lhe fizeram nas consignações que tem na fazenda real, o pagamento dos quais fazia o réu como oficial maior do dito correio-mor, e pedindo o A., depois de entrar no dito ofício, o dito ordenado, lhe não quis dar satisfação, *fazendo-lhe fôrça em o privar da posse*, que tinha por seus antecessores, a que devia ser *restituído*; defende-se o réu como mostra na sua contestação e razões

⁽¹⁰⁾ Entre Manuel Barbosa Machado e os oficiais da Câmara de Santarém.

⁽¹¹⁾ De Manuel Costa Calheiros contra João Duarte da Costa.

finais. O que tudo visto e o mais dos autos, e, como por parte do A. *se não prove legalmente a posse de cobrar do Réu*, por fazer os pagamentos o tesouro-mor do Reino, e alguns o réu por ordem do correio-mor; não podia ter lugar contra o réu a ação intentada. — 6 de fevereiro de 1683.”

Em um agravo entre dois abades ⁽¹²⁾ reconheceu o tribunal superior o caso de força contra a posse, estabelecida a favor do agravante, no direito de assistir aos officios de defuntos, matéria espiritual. Eis a sentença:

“Agravado é o agravante, pelos desembargadores dos agravos da Relação do Pôrto em revogarem a sentença do júri, absolvendo ao réu agravado da força e violência, que cometeu ao A. agravante, esbulhando-o e a sua Igreja da posse, em que estava, e por seus antecessores continuada, de ir assistir por si, ou seu cura, a todos os officios, que se fazem pelas almas dos defuntos na Igreja do R. — 4 de novembro de 1677.”

Ainda acêrca de um direito meramente espiritual se pronunciaram, noutro feito de agravo ⁽¹³⁾, as justiças portugêsas, admitindo a posse e os corretivos da sua turbação.

“Não é agravado o agravante pelo corregedor da côrte no tocante à obra do Sacrário, em declaração que nela não terão o Santíssimo Sacramento. Porém foi por êle agravado em não julgar que os R. R. cometem *espólio* em expor o Santíssimo Sacramento sem ser pelo mesmo agravante ou pelo sacerdote que para isso deputar. 7 de agosto de 1681.”

Eis aí a praxe portugêsa. Não se poderia dizer que a inovação canônica, adotada por ela, se confinasse aos casos de natureza especial, aos fatos de ordem eclesiástica dependentes do régimen do padroado; porque, de envolta com espécies classificáveis nessa categoria, os tribunais seculares resolviam pela mesma doutrina feitos de caráter estritamente civil. Das quatro sentenças, coligidas nos in-fólios de PEGAS, que acabo de trasladar, as duas primeiras

⁽¹²⁾ Domingos Coelho contra Pantalhão de Barros.

⁽¹³⁾ Entre Pedro de Oliveira, prior de S. Nicolau, e os irmãos de N. S. da Vitória.

sancionam a lei da proteção possessória a direitos pessoais e funções de ordem pública. O princípio da possessibilidade dos direitos incorpóreos perdera, pois, a especialidade do caráter de sua origem, revestindo a expressão geral de uma noção de processo comum.

Entre o direito brasileiro e o direito romano, nesta parte, medeia, portanto, essa larga evolução, de muitos séculos, que reformou a noção originária da posse, rompeu o círculo que a cingia aos direitos reais, e alongou o diâmetro da esfera de sua defesa à posse de todos os direitos suscetíveis, na sua manifestação exterior, de violência e esbulho. É exagerar a veneração por um nome, ou por uma escola, o atribuir-lhe a magia de apagar todo êsse progresso, e impor-nos, pelo culto do passado mais remoto, o divórcio da tradição posterior, que o nulificou.



III

Ridícula veleidade seria a de quem pensasse em amesquinhar a autoridade de SAVIGNY, vulto descomunal, "cujo nome domina a ciência jurídica do século dezenove, como o nome de Cujácio dominou a ciência jurídica da renascença e o de Bártolo a ciência jurídica da segunda parte da idade média". (1) Nem de lhe faltar com as honras devidas pode acusar-se o seu grande contraditor, digno, a todos os respeitos, de medir-se com êle, o autor dessas duas obras soberanas, que se chamam o *Espírito do Direito Romano* e a *Evolução do Direito*. Foi JHERING (2) quem escreveu que a SAVIGNY "ficará sempre a glória imorredoura, inexpugnável de haver restaurado, na dogmática do direito civil, o espírito da jurisprudência romana, de modo que, seja qual fôr, afinal, a soma dos seus resultados práticos, incólume lhe restará, em todo caso, êsse merecimento".

Mas esta situação excepcional, a despeito de toda a sua superioridade, não o eleva acima da crítica; e o resultado notório desta é capitular-se a *Teoria da Posse* como o menos feliz dos trabalhos do insigne romanista. Antes de JHERING já o seu valor sofrera impugnações, que o foram sucessivamente diminuindo, até se reduzir às proporções em que o deixa a severa análise de JHERING, condigno retificador da obra gigantesca do sábio sistematizador do direito romano.

A *Teoria da Posse* de SAVIGNY, não obstante haver assinalado época, e beneficiado a história, como um vigoroso estímulo a grandes trabalhos de investigação, franquean-

(1) A. RIVIER: *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, tom. XI (1879), pág. 218.

(2) *Fondement des Interdicts Possessoires* (trad. MEULENAERE), pág. 1.

do-lhe caminhos desconhecidos, pouco mais importância tem hoje que a de “um fulgurante meteoro”. (3) A teoria da posse, diz, com evidência, o ilustre professor de Goettingen, não se pode entender sem a sua prática (4). Desprovido desta e influído por idéias preconcebidas, SAVIGNY estreava com êsse livro aos vinte e quatro anos, idade cuja inexperiência o gênio lhe não podia suprir. Destituído assim do tirocínio preciso para contrastear pela verificação da praxe as noções sistemáticas formadas no estudo histórico das fontes, o jovem explorador “não fez justiça nem ao direito romano, nem à importância prática da posse”. (5) Daí a brecha imensa aberta pela crítica nas suas doutrinas, cujos resultados reais para a ciência se qualificam hoje de “muito mediocres”, e muitas de cujas idéias fundamentais em matéria de posse vieram a incorrer na averbação de insustentáveis, predizendo o seu grande adversário que nenhuma, talvez, acabará por vingar. (6)

Sendo, porém, o que se quer, neste debate, não apurar o que pensavam da posse os romanos, nem tampouco o que das instituições romanas ficou, a êste respeito, naqueles, dentre os povos germânicos, em cujo seio o direito romano é o direito comum, mas liquidar o caráter definitivo, que essa entidade jurídica assumiu em uma legislação moderna, cujo desenvolvimento se embebeu na influência poderosa de outro fator, o próprio SAVIGNY não me desfavorece. Nas páginas da *Teoria da Posse*, com efeito, se encontra manifestamente registrada a ampliação, que sob o direito canônico sofreu, da média idade em diante, nos países de direito romano, o régimen da proteção possessória, e a legitimidade, a racionalidade, a juridicidade dêsse progresso.

(3) VON JHERING: *Besitz*. No *Handwörterbuch der Staatswissenschaft herausgegeben von CONRAD, ELSTER, LEXIS, EDE, LOENING*, 2.º vol. (Jena, 1891), pág. 426.

(4) *Ibidem*.

(5) *Ibid.*

(6) “Keine einzige der Grundasichten, welche darin vertreten sind, ist unangefochten geblieben, manche derselben bereits mit dem Erfolge, das ihre Unhaltbarkeit allgemein zugestanden worden ist; die Zukunft wird darüber entscheiden, ob die übrigen diesen Loose entgehen werden meiner Ansicht nach keine einzige.” *Ibidem*.

Se os jurisconsultos brasileiros que juram sem exame sobre as palavras de SAVIGNY, ao menos o lessem com cuidado, teriam dado fé de que o mestre, no seu tratado da posse, mostra como a noção dêsse instituto jurídico, ao profundo influxo do direito canônico no direito civil e judiciário da Europa, se expandira enormemente em aplicações desconhecidas aos romanos, mas coerentes com a lógica do direito por êstes legado à civilização hodierna.

Leia-se o que o sábio alemão escreveu “das modificações da posse” (7), e há de confessar-se que a autoridade do nome de SAVIGNY não patrocina o erro insinuado à sua sombra na educação jurídica da nossa mocidade, sob o capricho de uma filiação inconsiderada ao direito romano, pelos juristas brasileiros adstritos a essa teoria acanhada e anacrônica, que o nosso rejeita e a evolução da consciência jurídica, desde as origens portuguesas até o uso contemporâneo, arredou para os arquivos do passado.

“Em direito romano”, diz o escritor germânico, “a posse só se referia à propriedade dos *jura in re*. Ao depois, sobretudo no direito canônico, deliberaram estendê-la em geral a todo direito. Ora, toda a teoria da posse tirava fundamento da proteção concedida ao simples exercício de um direito contra certas perturbações, existisse, ou não, realmente êsse direito. Nessa proteção, pois, só se podiam abranger os direitos, que admitiam a possibilidade de tal gênero de turbações; e outros não podiam ser êles que a propriedade e os *jura in re*. Mas a constituição da igreja cristã e dos vários estados europeus deu nascimento a certos direitos, que intimamente se ligavam à posse e à fruição do solo, direitos que os romanos não conheceram, ou estavam longe de supor capazes de apropriação particular. É assim que o exercício do poder episcopal depende da posse da sé episcopal com os bens que lhe tocam. Análogamente ora o poder supremo, ora certos ramos dêsse poder se ligam à soberania territorial do príncipe, ou às jurisdições territoriais. O mesmo sucede com os encargos territoriais estabelecidos pelo direito germânico, tais como as rendas territoriais, dízimas e corvéias. Todos êsses di-

(7) SAVIGNY: *Traité de la Possession*. Trad. STAEDTLER (da 7.^a ed. alemã, 1866). Págs. 477 a 481.

reitos admitem, como os concernentes à propriedade, a proteção do seu mero exercício... Até em casos, nos quais a violência interessa apenas o exercício de parte desses direitos, *em algum ramo*, por exemplo, *da jurisdição*, se nos deparará, não no tocante à posse do solo, mas a respeito de coisa análoga, uma relação, que lembra a *juris quasi possessio* do direito romano. Tais direitos são, como as servidões, suscetíveis de se molestarem por atos de violência, dado o que, *lógico era* amparar-lhes o simples exercício, como o direito romano fizera com as servidões."

"A relação que aqui assinalamos", continua êle, "entre esses direitos e a posse, não é de pura teoria: muito há que *a prática a tem admitido*. Muitas vêzes, em direito canônico, se trata da posse dos direitos diocesanos, ou de outros direitos eclesiásticos, bem como dos dizimos, elemento dêles; e ninguém duvidou jamais que, *tanto como ao direito de propriedade*, caiba a proteção civil contra a violência *à jurisdição e outros direitos públicos*, se bem que de tais direitos na antiga Roma nunca se pudesse cogitar em posse."

Mas, pergunta o egrégio romanista, "em que relação está êsse gênero de posse com o direito romano? Diretamente não lho poderemos aplicar; porquanto de tais direitos êle não tinha idéia. *Não obstante, a extensão do direito romano a esses casos assenta evidentemente em um desenvolvimento natural e lógico dos seus princípios*. Com isso não sofre alteração, pois, a idéia de posse; o que se faz *é pô-la em contacto com objetos, a que os próprios romanos a teriam ajustado, se os conheceram*. "É mui digno de reparo", observa ainda, em nota, "que *êsse parecer ter sido inteiramente o sentir dos glosadores*."

Apesar de aferrada à prevenção, que subordina a posse à idéia primitiva da apreensão territorial, a doutrina *savignyana* opõe-se, já se vê, à imobilização do direito romano na sua letra, advogando a expansão dêle, vivificada pelo espírito das suas leis. Do mesmo modo que, tendo o seu ponto de partida na posse do solo, elas a ampliaram à das servidões, reconhece o jurisconsulto alemão que forçosamente o direito romano a teria adaptado aos objetos, a que o direito canônico a estendeu, jurisdição, tributos,

privilégios senhoriais, direitos incorpóreos da mais variada natureza, *se Roma os houvesse conhecido*.

Verdade seja que o mestre pára a meio caminho das conseqüências do seu princípio, buscando a legitimidade destas ampliações da idéia romana em um vínculo de analogia entre essas espécies de direitos e as servidões. Todos êles, na sua opinião, convergem para o solo. Mas não se há mister de esforço, para perceber que êsse vínculo, indireto e tênue em muitos dêsses direitos, se foi adelgçando, até desaparecer de todo em algumas adaptações do interdito possessório a relações jurídicas de caráter exclusivamente pessoal. Que afinidade, por exemplo, havia entre o domínio do solo, a apropriação física das coisas, e a tutela, o ofício de procurador, o direito a pensões e vencimentos, as funções de índole civil, administrativa e religiosa, a que, segundo o testemunho dos praxistas supracitados, se estendia a defesa do possessório?

O mesmo processo germinativo, que da posse das coisas extraiu a das servidões, e, mais tarde, desenvolveu a posse das servidões na de outros direitos mais ou menos indiretamente limitados pelo território, como as regalias feudais, os dízimos, a jurisdição eclesiástica, veio afinal, de expansão em expansão, de transição em transição, a desdobrar noutra, inteiramente nova, a idéia originária, generalizando a posse, com os instrumentos da sua defesa civil, aos direitos de incorporeidade mais evidente, como a filiação, a vida e a liberdade.

Dirão que os romanos não chegariam até aí. Mas o certo é que êles não chegaram até onde é opinião de SAVIGNY que teriam chegado, se o campo das relações, a que houveram de prover, já se tivesse enriquecido com o uso dos direitos, a que o direito canônico teve de acudir. E, se o insigne jurisconsulto alemão respeitava e legitimava nesse progresso uma dilatação natural da idéia romana, como é que nem a estas conseqüências da evolução da posse quiseram atender os escritores brasileiros, e, eliminando o curso dêsse vasto desenvolvimento, acatado e justificado pelo mestre, recuam até JUSTINIANO, limitando a posse aos *jura in re*, como se o direito pátrio nascesse diretamente das *Institutas*, e, entre o termo onde elas ficaram e o ponto onde êle começou, não se desdobrasse

tôda essa importante transformação jurídica, de cujos dados sucessivos é repositório a literatura dos praxistas?

Esses velhos guias do fôro, condenados pela fácil e lustrosa ciência dos novos à poeira e à traça, representam, contra o romanismo ultra-savignyano dêstes, o espírito de vida, evolução e progresso. É curioso ver a correspondência entre o critério, que os inspirava, e o que brilha nos trabalhos luminosos de JHERING.

“Extraordinária é a extensão”, diz êle, num dos seus escritos mais recentes, “que a posse dos direitos tem recebido no desenvolvimento do direito moderno. Precedeu-o, neste caminho, o direito canônico e a praxe das justiças eclesiásticas, que reconheceram posse a tôdas as regalias, dignidades, funções, benefícios e dizimos da Igreja. Tão bem imitado foi êsse exemplo pelas leis e pela jurisprudência dos tribunais seculares, que não há uma relação de direito privado, ou público, a que se não adaptasse a idéia da posse, em sendo possível, como quer que fôsse, aplicar-lha. *Kein Verhältnis des öffentlichen oder Privat-rechts bei dem der Gedanke des Rechtsbesitzes sich nur irgend wie zur Anwendung bringen liesz, nicht mit ihm in Verbindunggesetzt vorden wäre.*”

“A idéia diretriz era esta. O indivíduo que se acha no gôzo tranqüilo de um direito, seja de que espécie fôr, a que corresponda um exercício continuado, monopólio, privilégio, direito banal, patrimonial, ou familiar, etc., consistente em um estado de fato, em atos daquele que representa o possuidor do direito, ou em prestações do obrigado, tais como a obrigação de pagar rendas territoriais, tributos, etc., deve ser provisoriamente amparado nesse gôzo, se lho impugnarem, até que judicialmente se prove a inexistência do direito. Foi com êste ânimo que, até em casos de contestação da validade do matrimônio, ou legitimidade da prole, se admitiu ação destinada a proteger a quase-posse da condição de marido, ou pai. Objetos de quase-posse vieram a ser o próprio direito de usar brasões, as honras da nobreza e, até, o título de doutor. Se a autoridade administrativa contrariava o emprêgo de títulos tais, assistia ao interessado o direito de apelar para a justiça, que o apoiava na quase-posse até solução definitiva. Essa proteção chegava a favorecer o funcionário con-

tra o governo, se este lhe retinha os vencimentos, lhe deixava de embolsar as pensões, ou lhe vedava perceber emolumentos, enquanto a pendência não fôsse resolvida pela autoridade competente.” ⁽⁸⁾

Linhas adiante acrescenta JHERING:

“Está por fixar ainda o âmbito preciso à extensão, que possa reclamar o conceito da quase-posse nas regras do nosso direito e do nosso processo, tão cabalmente alterados em todos os sentidos. *Não concebo que de futuro o direito venha jamais a abandonar idéia tão sã.* O que toca à legislação agora, é estreimar-lhe as raias exatas. Sirva-se, ou não, para esse efeito, da expressão *posse jurídica*, é indiferente: o jurista saberá como se haver, e de que vocábulos usar, toda a vez que a lei assegure provisoriamente uma situação de fato, cuja legitimidade esteja por verificar. Em realidade *haverá sempre posse de coisas e de direitos.*”

Assim que JHERING vê na *posse de direitos* uma conquista irrevogável do direito moderno. Não admite que a evolução ulterior possa excluir das instituições necessárias à civilização esse elemento definitivamente adquirido. Firmadas estas duas sentenças, que importa a sua observação de que as leis atuais da Alemanha ainda não discriminaram com a precisão conveniente as espécies de direitos, a que se tenha de alargar a noção da posse? Outros tópicos da sua obra, oportunamente apreciados, nos mostrarão que os moldes por ele atribuídos a essa idéia abrangem necessariamente a posse de direitos pessoais. E, depois, não é o próprio SAVIGNY quem confessa que “*a extensão do direito romano a êsses casos assenta com evidência em um desenvolvimento rigorosamente natural e lógico dos seus princípios*”?

Não era possível que a jurisprudência pátria no século dezenove abstraísse dessa vasta região anexada a si pela idéia de posse além do marco assentado pelos romanos nos *jura in re*, para lhe fixar os limites. Por isso vemos continuar o fio dessa tradição nas obras de ALMEIDA E

⁽⁸⁾ VON JHERING: *Besitz*. No *Handwörterbuch der Staatswissenschaft* de CONRAD, vol. II, pág. 425.

SOUSA, CORREIA TELES e MELO FREIRE, não obstante pretender valer-se da grande autoridade dêste um dos juristas brasileiros aditos à limitação da posse aos direitos reais.

Eis como se exprime “êsse homem de gênio” (na frase de A. HERCULANO), o máximo dos jurisconsultos portugueses:

“Interdictum retinendae adplicatur non solum ad res immobiles, de quibus fuit conceptum, et ad mobiles, quarum in possessione sumus, veluti si servum, vel jumentum ducere prohibeamur, l. un. D. *utrub.*, MENOCH, *de retinend. poss.* Remed. II; sed etiam *ad iurium, quae nobis competunt*, quasi possessionem tuendum, quo pertinent interdicta de itinere, actuque privato, de aquaeducto cet., quae ad generale retinendae interdictum referri debent”.⁽⁹⁾

Nestas poucas linhas temos a história e a situação definitiva da ação de manutenção, *interdictum retinendae possessionis*. Era o princípio circunscrito aos imóveis, *ad res immobiles*, em proveito de cuja posse foi concebido, *de quibus fuit conceptum*. Estendeu-se daí ao gozo dos móveis, em cuja posse estivermos: *ad mobiles quarum in possessione sumus*. Mais tarde abrangeu na sua expansão a custódia geral da quase-posse, no concernente a *quaisquer direitos que nos pertençam, ad iurium, quae nobis competunt, quasi possessionem tuendum*.

Evidentemente a enumeração, que se subsegue, reduzida à manutenção das servidões, *interdicta de itinere, actuque privato, de aquaeducto*, nem esgota as espécies contempladas, nem restringe o seu gênero; porque os três exemplos dados rematam em um *et coetera*, cujo alcance deve entender-se de conformidade com a cláusula, em que, depois de mencionar a posse das coisas, se refere à *quase-posse dos direitos*.

Esta cláusula é geral: não encerra limitação, nem exceção: *Interdictum retinendae applicatur... etiam ad iurium, quae nobis competunt, quasi possessionem tuendum*. Isto é: aplica-se também a ação de manutenção a defender a quase-posse “*dos direitos que nos competem*”. Nenhum dêsses direitos, pois, se excluiu da intenção do

(9) *Inst.*, l. IV, t. VI, § 30.

autor, que, se quisesse reduzir a manutenção aos direitos decorrentes do desmembramento da propriedade, teria particularizado os direitos reais, *jura in re*, em vez de envolver na mais compreensiva das fórmulas todos os direitos, reais, ou pessoais, *jura quae nobis competunt*.

Circunscrever o remédio possessório aos direitos derivantes da apropriação das coisas materiais seria condenar a tradição uniforme no direito pátrio. Logo, se o insigne sistematizador do direito civil português nutrisse essa idéia, e quisesse estabelecer essa corrente de reação, teria sido explícito, em lugar de envolver o seu pensamento numa generalidade, *jura quae nobis competunt*, que poderia servir de epígrafe à ampla teoria dos praxistas, resumindo as opiniões de VALASCO, GUERREIRO, MENDES, CABEDO, PHOEBE, REYNOSO, PEGAS, STRYCHIO, ALMEIDA E SOUSA e CORREIA TELES, já perlustradas neste estudo.

O direito romano, que dividira todo o domínio da ação jurídica em *coisas, res*, umas corpóreas, *corporales*, categoria em que se compreendiam todos os objetos palpáveis, *quae sui natura tangi possunt*, outras abstratas, *incorporales*, os objetos intangíveis, *quae tangi non possunt*, envolvendo sob esta caracterização todos os direitos, *quae in jure consistunt*, reservava propriamente a posse às coisas corpóreas. "*Possideri autem possunt quae sunt corporalia*", sentenceava PAULO ⁽¹⁰⁾. Os direitos, matéria incorpórea, *tinham-se*: não se possuíam. "*Neque ususfructus neque usus possidetur, sed magis tenetur*", ensinava ULPIANO. Tais sutilezas não podiam resistir à necessidade lógica dos fatos e à ação prática da realidade. Essas distinções foram-se delindo com a ação do tempo e o medrar dos princípios semeados, generalizando-se a idéia da posse, ainda que muitas vezes sob a discriminação inútil de *quase-posse*, a fruição de simples direitos. O instrumento dêsse desenvolvimento foi o direito canônico. Mas com a ação penetrante, que a confusão entre as coisas espirituais e as temporais favorecia nessas eras, a reforma por êle operada se infiltrou profundamente na jurisprudência civil, desviando-a da concepção romana.

⁽¹⁰⁾ Fr. 3 D. de *servitutibus* (XLI, 2).

“O direito canônico, que, destruindo esta concepção rude e materialista”, diz um contemporâneo, “se acercou mais ao verdadeiro caráter natural da posse, admitiu-a, por um conceito comum, em relação a toda espécie de direitos, não só patrimoniais, senão também honoríficos, sociais e, até, de família; noção aceita por quase todos os códigos modernos, bem que alguns a restrinjam aos direitos patrimoniais.” ⁽¹¹⁾

⁽¹¹⁾ DE OLIVART: *La Posesión* (Barcelona, 1884, pág. 57).

IV

Os autores do código civil português não repudiaram a tradição pátria. “Diz-se posse”, estatui êle, no art. 474, “a retenção ou fruição de qualquer cousa ou *direito*.” No mesmo sentido se pronuncia o código espanhol ⁽¹⁾, conformando-se com as idéias geralmente reinantes na península ⁽²⁾, o código francês ⁽³⁾, o ita-

(1) “Art. 430. Posesión natural es la tenencia de una cosa ó el disfrute *de un derecho* por una persona. Posesión civil es *esa misma tenencia ó disfrute* unidos á la intención de haber la cosa ó *derecho* como suyos.”

(2) Na lei 1.^a, tít. 30, partida III, se diz: “Ca las cosas que no son corporales así como las servidumbres que han las vnas heredades en las otras *y los derechos porque un hombre demanda sus debdas, y las otras cosas que no son corporales* semejantes destas no se pueden poseer ni tener corporalmente; mas vsando de ellas aquel á quien pertenece el uso, y consintiendo la aquel en cuya heredad lo ha, es como manera *de posesion*”. Estes princípios, “que estabelecem uma como quase-posse de direitos incorpóreos, verdadeiro adiantamento sobre o direito romano”, prova de que “o sábio rei inspirou o seu código nas mais sãs idéias do canônico”, “foram desenvolvidos pela praxe e jurisprudência” (DE OLIVART, *La Posesión*, pág. 57, n.º 10).

Os comentadores catalães das Partidas “aceitam resolutamente”, diz o tratadista espanhol, “como objeto de posse os direitos de todo gênero”. São dêsses antigos juristas estas palavras: “Pues el ejercicio de un derecho, *qualquiera que este sea* y aunque no consista en la ocupación material de la cosa, es un hecho igualmente real y positivo. Por esto *deben aplicársele las mismas reglas de protección*, ya que la posibilidad de un ataque violento es indudable sobre todo cuando se trata de un derecho con ejercicio continuo”. Tom. III, págs. 842, 861. *Apud* DE OLIVART, *op. cit.*, pág. 63, n.º 14.

Antes do código atual já o projeto de 1851 dizia: “La posesión es la tenencia de una cosa *ó goce de un derecho* por nosotros mismos en concepto de dueños, ó por otro en nuestro nombre”.

(3) “Art. 2228. La possession est la détention ou la *jouissance* d’une chose ou *d’un droit*, que nous tenons ou exerçons

liano ⁽⁴⁾, o holandês ⁽⁵⁾, o chileno ⁽⁶⁾. Nas legislações alemãs contemporâneas, excetuadas a saxônia e a bávara ⁽⁷⁾, era, por via de regra, admitida a posse de direitos ⁽⁸⁾. No direito civil russo a doutrina é a mesma ⁽⁹⁾.

"A maioria dos autores modernos, nota DE OLIVART, "admite a posse com aparência do exercício do direito, seja qual fôr o gênero dêste". ⁽¹⁰⁾ Segundo SÁNCHEZ ROMÁN, "todo aquê, que mostra um direito, *qualquer que seja a sua natureza*, tem verdadeira posse jurídica na mais lata acepção da palavra." ⁽¹¹⁾

par nous mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom."

⁽⁴⁾ "Art. 685. Il possesso è la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto, che uno ha per se stesso, o per mezzo di un altro, il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui."

⁽⁵⁾ "Art. 603. La possession des biens incorporels se perd par la jouissance paisible, qu'un tiers en a eue pendant une année." TRIPELS: *Les codes néerlandais*, pág. 501.

⁽⁶⁾ "Art. 715. La posesión de las cosas incorporeales es susceptible de las mismas calidades ó vicios que la posesión de una cosa corporal."

⁽⁷⁾ DE OLIVART, *op. cit.*, pág. 57, n. 10.

⁽⁸⁾ BRAUN, HEGENER e VER HEES: *Traité prat. du droit civ. allemand*, pág. 434, n. 2.092.

⁽⁹⁾ LEHR: *Droit civil russe*: "No que respeita a coisas incorpóreas, a direitos, só lhes compreende a posse, enquanto dêles se possa fazer uso contínuo, ou, pelo menos, reiterado. Salvo esta reserva, possui-se qualquer direito, desde que se possa exercer à vontade, com exclusão de outra qualquer pessoa, alegando razão para o ter dêste modo." Pág. 188, n.º 179.

"Para adquirir a quase-posse de direitos, é mister, como em matéria de posse propriamente dita, um ato material, junto a uma intenção formal: o ato material consiste no exercício efetivo do direito, que se pretende possuir; a intenção, na vontade de praticar a título de direito o ato material." Pág. 192, n.º 185.

"Se uma pessoa é formalmente investida num direito em virtude de um contrato, de uma ordem superior, ou de outro qualquer título legítimo, basta essa investidura para criar a quase-posse do direito, ainda na ausência completa de exercício efetivo, contanto que nesse ínterim outrem não lhe apreenda o direito." *Ib.*, n.º 186.

⁽¹⁰⁾ DE OLIVART: *Op. cit.*, pág. 60, n.º 43.

⁽¹¹⁾ SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de derecho civil* (Madrid, 1891), vol. III, pág. 429.

DE FILIPPIS, comentando a proposição de que a verdadeira posse só se pode verificar sobre as coisas materiais, adverte, contudo, que, “assim como a posse é o exercício e gozo do direito de propriedade, quando relativo a coisas corpóreas, *semelhantermente deve reputar-se posse o exercício e fruição de coisas incorpóreas, ou meros direitos*”.⁽¹²⁾

“Não há direito, que não seja suscetível de posse”, ensina CHIRONI. Conquanto ela se aplique especialmente aos direitos reais, “*também se dá no que respeita a direitos pessoais, tais como os de sucessão e de família*”.⁽¹³⁾

Na Alemanha muitos dos romanistas se afastam, quanto a este ponto, da noção romana da posse. BRUNS, no livro indigitado por JHERING como “a obra mais preciosa de todo o nosso século na bibliografia da posse”⁽¹⁴⁾, admite a posse de direitos pessoais, incluindo entre estes os que se verificam nas relações de pai a filho, de súdito a soberano⁽¹⁵⁾. Eis a sentença pronunciada, sobre a controvérsia, nesse tratado, que na suprema opinião de JHERING, “resolveu o problema para sempre”⁽¹⁶⁾, e após

⁽¹²⁾ “Ma poichè il possesso, como innanzi abbiamo accennato, è l'esercizio o godimento del diritto di proprietà quando si riferisce a cose corporali, così l'esercizio ed il godimento di meri diritti o di cose incorporali deve anche riguardarsi come possesso. Perciò alla massima sopraccennata devesi aggiungere la seguente limitazione od eccezione: *Che è possibile il possesso anche delle cose incorporali, assimilando il godimento dei diritti al godimento della cosa*.” DE FILIPPIS: *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, vol. II, pág. 11.

⁽¹³⁾ “Non vi ha diritto che non sia suscettibile di possesso: il quale ha luogo rispetto ai diritti personali (C. 1.242, 1598), di successione (C., 933), di famiglia (C., 120, 121, 171-4), ed in speciale modo ai reali”. CHIRONI: *Istituzioni di diritto civile italiano*, v. I, pág. 142, § 83.

⁽¹⁴⁾ “... die wissenschaftlich wertvollste Leistung au dem Gebiete der Besitzlitteratur in unserm ganzen Jahrhundert.” JHERING: *Besitz*. CONRAD's *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, v. II, pág. 426.

⁽¹⁵⁾ BRUNS: *Das Recht des Besitzes im Mitalalter und in der Gegenwart* (Tübingen, 1848, pág. 475-95). *Apud* DE OLIVART, pág. 60-61.

⁽¹⁶⁾ Ein wahrhaft mustergiltiges Werk, da es die Aufgabe, die es sich, gestellt hat: die geschichtliche Fortbildung des Besitzes in der modernen Welt in einer Weise gelöst hat, die keinem Nachfolger etwas zu thun übrig lässt — sie ist für immer gelöst. JHERING: *Ibidem*.

o qual “nada está por dizer”.⁽¹⁷⁾ RIEDMATEN aceita a teoria de BRUNS.⁽¹⁸⁾ WINDSCHEID⁽¹⁹⁾ reconhece que a posse de direitos cabe na mesma noção que a de coisas e servidões. RANDA ao lado da posse das coisas trata a de direitos, considerando as duas como classes de uma noção superior, que o ilustre lente da Universidade de Praga define como a possibilidade efetiva, assente em um ato, do exercício iterativo de um direito. ECK, em sua colaboração no esboço do moderno direito romano estampado por BRUNS na *Encyclopaedia* de HOLTZENDORFF, admite a posse de direitos inclusive os de obrigações⁽²⁰⁾. JHERING, afinal, a suma autoridade, o retificador de SAVIGNY, depois de render homenagem ao “grande valor da posse dos direitos para a teoria possessória”, enuncia-se assim: “Tôda noção genérica deve conceber-se em termos, que se apliquem com a mesma exatidão a tôdas as espécies encerradas no gênero: *a noção da posse há de cobrir a posse das coisas e a dos direitos*. Não satisfaz a êsse requisito a ciência romanista... Em vão lhe pedireis uma concepção geral, que abrace as duas espécies de posse.”⁽²¹⁾

Salvo uma ou outra exceção, portanto, o direito civil contemporâneo em matéria de posse não é o que a jurisprudência romana herdou à média idade, mas o que as instituições seculares dos tempos modernos herdaram do direito canônico. O profundo sulco aberto por êle na teoria e na praxe possessória ramificou-se por quase tôda a Europa. E a ciência jurídica dos nossos dias, iluminada pela erudição de investigadores severos e pela razão de grandes pensadores, confrontando a obra dos jurisconsultos com

(17) *De la nature de la possession en droit romain et en dr. français* (1877), págs. 145 e 156. *Apud* DE OLIVART, *loc. cit.*

(18) *Apud* DE OLIVART, *ibid.*

(19) ANT. RANDA. *Der Besitz* (Leipzig, 1879), § 2.º. *Apud* DE OLIVART, *op. cit.*, págs. 61-2, not.

(20) *Das heutige römische Recht von C. G. BRUNS. Neu durchgesehen von Prof. G. ECK in Berlin*, §§ 30 e 32. HOLTZENDORFF'S *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, pág. 434-9.

(21) JHERING: *Besitz*, n. 10, CONRAD'S *Wörterbuch*, vol. II, pág. 424. [É artigo de VON JHERING; depois de sua morte, em 1892, foi suprimido do *Handwörterbuch*, citado nas edições posteriores, sendo, contudo, reproduzido no vol. 32 do conhecido *Anuário* fundado e dirigido por seu Autor.]

a dos canonistas, reconhece que, se não fôsse o progresso realizado por êstes, a obra daqueles não satisfaria às exigências da vida hodierna, em que a garantia dos direitos pessoais assumiu uma importância desconhecida aos antigos.

Verdade seja que nem sempre, no ânimo dos textos legislativos e científicos, a idéia de posse anda associada à dos interditos. Bem que o código civil italiano, por exemplo, ligue o conceito jurídico da posse assim à "*detenzione di una cosa*", como ao "*godimento di un diritto*", a jurisprudência italiana recusa, todavia, o uso da ação de manutenção à posse dos direitos pessoais⁽²²⁾, a que aliás reconhece efeitos particulares, quase os que aquêlê código lhe atribui nos arts. 1242 e 1598. Evidentemente, porém, essa limitação é arbitrária, incoerente e contraditória com o próprio princípio romano, que não concebia a posse senão associada à proteção possessória, e, se restringia os interditos à defesa dos direitos reais, é porque não conhecia a posse dos direitos pessoais. De sorte que êsses juriscônultos e êsses legisladores ficaram a meio caminho entre a idéia romana e a moderna, pecando contra a lógica em relação a uma e a outra. Não quiseram limitar, como as *Institutas*, a posse aos *jura in re*; e, contudo, circunscreveram aos *jura in re* as ações defensivas, com que as *Institutas* asseguravam a posse. Do direito canônico adotaram a ampliação da posse aos direitos incorpóreos; mas, ao mesmo tempo, ficaram com os juristas latinos na mutilação da tutela possessória, reduzida exclusivamente aos direitos corpóreos. É a superstição antiga em luta com as necessidades fatais do progresso: repudiou-se, em teoria, a estreiteza do conceito primitivo; mas praticamente não se ousou chegar às conseqüências, que êle mesmo determina. Nós, porém, estávamos salvos dessa anomalia; porque foi justamente a praxe muitas vêzes secular dos tribunais na metrópole e no Brasil antes e depois da independência o que assentou na jurisprudência brasileira o uso dos interditos em proteção da posse nos direitos pessoais.

(22) MATTIROLLO: *Diritto Giudiziario Civile Ital.*, vol. I, pág. 298-299, ns. 256-7.

Como qualificar, pois, o fenômeno singular da retrocessão dos juristas brasileiros ao romanismo justiniânico, sem um fato legislativo, ou uma modificação na corrente da jurisprudência, que explique o capricho dêsse arcaísmo anticientífico e iliberal? Como compreender, a não ser por um completo eclipse da crítica, essa tenacidade na fé savi-gnyana, inconciliável com a evolução do nosso direito e a realidade viva da nossa praxe?

Desmentida pela tradição da nossa jurisprudência, a novidade dessa teoria no direito pátrio não se sustenta melhor ante a filosofia da sua própria defesa. Expondo o motivo lógico da noção romana que exclui da posse os direitos incorpóreos, atribui SAVIGNY essa particularidade à circunstância de que a respeito dessa espécie de posse não se pode verificar a intrusão turbativa, que justifica a proteção possessória⁽²³⁾. Semelhante restrição, porém, está intimamente ligada à teoria falsa, aluída pela impugnação irresistível de JHERING, que assenta a origem de posse na ação direta do agente sobre o objeto material. Se há uma noção hoje firmada, neste assunto, é a de que a posse “não reside no poder físico sobre a coisa, mas no exercício, na exterioridade do direito”. E é no tocante à posse dos direitos que essa verdade “se manifesta com uma clareza impossível de se obscurecer”.⁽²⁴⁾ Desde que se não considere a posse como *poder físico, mas como a simples exterioridade do exercício do direito*, “basta para a proteção possessória a exterioridade do direito e a possibilidade do seu exercício”.⁽²⁵⁾ Ora não se pode negar que os direitos incorpóreos se realizam exteriormente, exercendo-se. Não se lhes pode negar, pois, a condição essen-

(23) *Traité de la Possession*, §§ 12 e 49.

(24) “Der Rechtsbesitz für die Besitztheorie von hohem Werte. Eine Wahrheit, über die man sich beim Sachbesitze hinwegtäuschen kounte, dasz nämlich der Besitz nicht physische Gewalt über die Sache, sondern Ausübung, Thatsächlichkeit des Rechts ist, tritt hier mit einer Deutlichkeit zu Tage, die jede Möglichkeit des Verkennens ausschlieszt.” JHERING: *Besitz*, CONRAD's *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, v. II, pág. 423.

(25) “Für den Besitzschutz genügt die Möglichkeit des Rechts und die Thatsächlichkeit sondern Ausübung”. *Ibidem*.

cial da posse e da sua segurança civil; o exercício exterior, a possibilidade de ação e a visibilidade dela.

JHERING diz: "É um dos erros mais peçados de consequências e mais fatais, que se têm cometido na teoria possessória, o haver-se estribado a sustentação da posse e, com ela, a posse mesma na concepção da segurança mecânica, do poder físico. A segurança da posse descansa essencialmente na proteção jurídica outorgada à relação do direito do homem sobre a coisa". (26) O grupo de jurisconsultos brasileiros aderentes, nesta parte, à idolatria savignyana deixou-se, pela sua fidelidade escolástica ao mestre, induzir à mesma erronia, reduzindo a base da posse e dos interditos ao elemento físico, sem atentar na frequência dos casos, em que, ainda no que pertence à ocupação e fruição de coisas materiais, "a segurança da posse assenta exclusivamente nas suas garantias morais e jurídicas" (27), "no elemento jurídico e moral, a saber, no receio, inspirado pelo senso jurídico, ou pela lei, de lesar direitos alheios" (28).

Ensina o mesmo SAVIGNY que "TÔDA A POSSE É PROTEGIDA POR INTERDITOS" (29). Reconhecido, como se acha, pois, na jurisprudência pátria, mediante a praxe de tantos séculos, que os direitos pessoais são possessíveis (no que a intuição prática dos antigos juristas peninsulares acaba de receber a sua sanção filosófica pelos trabalhos definitivos de JHERING, cuja fórmula põe na simples exterioridade do direito a condição da posse), a própria lei, enunciada por SAVIGNY, de que a toda posse corresponde um interdito, determina fatalmente o corolário de que os interditos possessórios se aplicam aos direitos pessoais.

Felizmente o erro desses jurisconsultos brasileiros representa apenas uma espécie de quisto na jurisprudência pátria, em cujo progresso ficou insulado pela evolução, que sempre o repeliu. Para que mo não pudessem contestar, bastaria têmos em mente a larga aplicação, que se fez

(26) JHERING: *Fondement des interdits possessoires*. Trad. MEULENAERE (ed. de 1882), pág. 162.

(27) *Ibidem*.

(28) *Op. cit.*, pág. 160.

(29) *Traité de la possession*, § 34. (Ed. de 1866, vol. I, pág. 350.

no Brasil, enquanto existiu o cativo, do interdito *retinendae* em defesa da liberdade.

Nenhum direito mais absolutamente incorpóreo do que êsse, elemento essencial da personalidade humana. Se algumas legislações, como a nossa durante essa época, o converteram em objeto de propriedade, para a confiscar, o fato não prova senão que a analogia da propriedade é ampliável a todos os direitos suscetíveis de exercício exterior. Todos êles podem sofrer violência, esbulho, ou imposição de resgate, sob o predomínio da força, como o direito de propriedade; e precisamente por isso é que o direito canônico, deduzindo logicamente a consequência da premissa romana, estendeu os interditos, criados em benefício da propriedade, à proteção de todos os direitos suscetíveis de usurpação. Esta pressupõe necessariamente a posse, e necessariamente legitima a intervenção do remédio possessório.

Nenhuma relação, próxima, ou longínqua, tem a liberdade com a apropriação do solo, ou os desmembramentos reais dêsse direito. Entretanto, desde que se começou a sentir vivamente, entre nós, a intolerabilidade do cativo ilegal, as suas vítimas lançaram mão do remédio possessório, cuja extensão à posse dos direitos pessoais a tradição judiciária preservava viva. Nenhuma lei expressa autorizava essa aplicação. Todavia, nenhum tribunal a denegou.

Note-se mais: a ação de manutenção, nesses casos utilizada, não era o usual interdito *retinendae uti possidetis*, nem o interdito proibitório, que se converte em simples citação, se o réu acode à audiência aprazada, e se defende.

Era a *manutenção sumarissima* do direito romano, de antiga implantação no direito pátrio, remédio imediato para a defesa da posse certa, à qual se concedia para logo o mandado de manutenção, sustentando *pendente lite* na fruição do direito alegado o possuidor, justo, ou injusto, até que, mediante discussão e processo regular, se sentenciasse acêrca da continuação definitiva da posse provisoriamente assegurada ao autor.

Não havia nada mais comum, durante êsse meio século, no fôro brasileiro, do que a prática desta espécie peculiar

do interdito *uti possidetis contra* as usurpações. Não obstante, porém, a trivialidade contínua e a legitimidade histórica dêste uso, a que todos os nossos formulários judiciais abriam espaço, os jurisconsultos brasileiros, fanatizados por uma exageração quase fóssil do romanismo, passaram cegos e surdos através dêsse protesto vivo da realidade contra o anacronismo da sua teoria. O fóro assistia quotidianamente à praxe do interdito *sumarissimo* de manutenção, requerido e outorgado em todos os tribunais a favor da liberdade. E, contudo, êsses jurisconsultos iam seu caminho, semeando, imperturbáveis, a lição de que o remédio possessório não se aplica senão à garantia dos direitos sôbre as coisas.

Diversos outros direitos, porém, além dêsse, alheios à propriedade e aos seus desmembramentos, obtinham, ao mesmo tempo, ante as justiças brasileiras, a proteção possessorial. E, mais bem inspirados no exemplo dos tribunais que certos jurisconsultos, aliás de mais alta esfera, em preocupações de escola, os nossos formulários aconselham: "Quando qualquer fôr ameaçado de esbulho, ou efetivamente fôr esbulhado da posse de qualquer dos seus direitos, pode requerer ser nêle mantenido... Tomarei por exemplo a liberdade, por ser um dos casos mais comuns em nosso fóro".⁽³⁰⁾

As nossas revistas jurídicas arquivam cópia considerável de casos, em que se vê correr continuamente o fio da praxe quatro vêzes secular dos interditos, aplicados ao uso e gozo de todo gênero de direitos.

Dos concernentes à posse da liberdade não direi; porque, neste particular, era, diga-se assim, quotidiano, em todos os sítios do país, o emprêgo dos mandados de manutenção.

Há, porém, outras espécies, ante as quais se evidencia a universalidade do apêlo à garantia possessória em favor de direitos, a que as instituições romanas a recusariam.

Em 1873, por exemplo, a presidência de Pernambuco, então exercida pelo dr. Henrique Pereira de Lucena, depois barão dêste nome, ordenara à câmara municipal do Recife

(30) CORDEIRO: *Formulário de processos civis conhecidos no fóro brasileiro*. (Ed. de 1883), pág. 282.



que, tendo a Misericórdia daquela cidade contratado com a firma Agra & C., privilegiada pela lei provincial n. 1.121, de 17 de julho desse ano, o serviço funerário daquela capital, houvesse de cassar as licenças concedidas para a exploração dessa indústria a outras casas comerciais. — Mas Paula & Mafra, que tinham ali uma empresa do mesmo gênero, solicitaram da 1.^a vara cível mandado de manutenção a favor dos seus direitos, aos quais antes de previamente indenizados não queriam renunciar. O juiz substituto era o dr. José Higino Duarte Pereira, cujo preclaro merecimento luz hoje no Supremo Tribunal. Esse magistrado não hesitou em anuir à petição, fazendo expedir o mandado. ⁽³¹⁾

Em 1887, o dr. Joaquim Barbosa, juiz de direito na capital do Ceará, concedeu várias vezes o interdito *retinendae* a consumidores de gás, prejudicados no gozo do direito ao fornecimento desse produto pela *Ceará Gas Company*, que arbitrariamente lho suspendera. A questão subiu até ao conselho de estado; e, tendo-se ali censurado o procedimento do magistrado, cuja responsabilidade foi proposta pelo relator da seção de justiça, o imperador, conformando-se com o parecer divergente do visconde de Paranaguá, indeferiu o recurso da companhia contra o ato do poder judiciário, cuja competência reconheceu. ⁽³²⁾

Em 1888, o juízo de direito do Recife mantinha a Silva & C. na posse do privilégio, que a câmara municipal lhes concedera, de numeração das casas da cidade, contra um ato presidencial, que lho anulava. Levado o assunto, por conflito de jurisdição, ao conselho de estado, este decidiu, com o praz-me da princesa imperial regente, que o magistrado obrara de conformidade com a lei. ⁽³³⁾

Esses fatos judiciários são decisivos.

O direito em atividade, o direito animado, o direito em circulação, o direito atestado pelo consenso geral dos arestos, o direito formado pelo usucapião imemorial da praxe, opõe-se ao romanismo desse núcleo estreito de juristas brasileiros, que supuseram petrificada e cristalizada para sempre a noção da posse na fórmula primitiva.

⁽³¹⁾ O *Direito*, vol. IV, pág. 475.

⁽³²⁾ O *Direito*, vol. XLIII, pág. 468-78.

⁽³³⁾ O *Direito*, vol. XLV, pág. 443-9.

Entre os jurisconsultos brasileiros, que, rompendo com quatro séculos de tradição constante, pretendem reduzir a posse jurídica, a posse tutelada pelos interditos, à esfera da propriedade corpórea e seus desmembramentos, a culminância, o cimo dos cimos, o vértice iluminado, de onde baixa a verdade, é o nome de RIBAS.

A invocação é, com efeito, respeitável. Mas, na espécie, firmará o oráculo os títulos de sua autoridade?

Julguemo-lo pelas suas próprias palavras.

O trecho do escritor brasileiro, a que se abriga a fidelidade dos seus adeptos, é este:

"Cabe a ação de manutenção de posse, não só no caso de turbção da posse de coisa móvel, ou imóvel, como na da quase-posse das servidões". (1)

Estão varridos, aqui, do conceito da posse os direitos pessoais e toda essa categoria múltiplice de relações, a que se conveio em dar o nome de coisas incorpóreas.

Mas como autoriza RIBAS a sua opinião? Com as citações seguintes, que transcreveremos *ipsis litteris*, da sua nota a essa proposição:

"MEND. 2 P. L. 4 Cap. 10 n.º 22; MELO FR. cit., § 33; ALMEIDA E SOUSA, *Interd.*, §§ 95 e seg.; SAVIGNY, *Tr. da posse*." (2)

A primeira indicação aí feita é a de MENDES, *Practica lusitana*, 2. 4, cap. 10, n. 22. Mas nesse lance, já exarado neste estudo, a doutrina ensinada pelo velho praxista é *justamente o avesso* da que RIBAS propugna. "Dá-se também esse interdito" (é a versão literal das suas palavras)

(1) RIBAS: *Consolidação das leis do processo civil*, art. 756, vol. II, pág. 139.

(2) *Ibidem*, not. 1.726 ao art. 756.

“em favor de QUAISQUER DIREITOS INCORPÓREOS, tais como os de jurisdição, dignidade e obediência”. (3)

O segundo arrimo, a que se apóia RIBAS, é o de MELO FREIRE, de cujas *Instituições* alude ao § 33 do l. IV, tit. 6.º. No § 33, porém, não há nem referência indireta à manutenção de posse. Ocupa-se todo êle exclusivamente com a *nunciação de obra nova: de nuntiatione novi operis, interdicto demolitorio, quod vi aut clam*. O que RIBAS teria em mente, pois, deve ser o § 30 (já transcrito em outra parte dêste estudo), o único da obra de MELO FREIRE, onde se discorre acêrca do interdito *retinendae*. Ora o que, no § 30, escreve o grande jurisconsulto português, é: “Aplica-se o interdito de manutenção, não só às coisas imóveis, a propósito das quais foi concebido, e às móveis, em cuja posse estamos, senão também a assegurar a quase-posse dos DIREITOS, QUE NOS ASSISTIREM.” Não diz *ad iurium in re*, direitos reais, mas amplamente *ad iurium quae nobis competunt quasi possessionem tuendam*. (4) Refere-se, pois, a todos os direitos, que nos possam competir, sem excetuar espécie nenhuma. E, se ilustra a doutrina com o exemplo de alguns direitos reais, naturalmente os de ocorrência mais comum, acaba por encerrar a enumeração com a cláusula *et coetera, e outros*; e esta deve considerar-se coextensiva ao alcance da fórmula estabelecida pelo autor, cuja redação abrange quaisquer direitos, que nos couberem: *jura quae nobis competunt*.

Nem outro pensamento se poderia atribuir a MELO FREIRE, atendendo a que os jurisconsultos portugueses seus contemporâneos e os que o precederam, desde, pelo menos,

(3) Eis o original latino: “*item hoc interdictum etiam datur pro quibuscumque juribus incorporalibus, veluti jurisdictionis, honoris et obsequiorum*”.

(4) “*Interdictum retinendae applicatur non solum ad res immobiles, de quibus fuit conceptum, et ad mobiles, quarum in possessione sumus, veluti si servum, vel jumentum ducere prohibeamur, l. un. D. utrub., MENOCH, de retinend. possess. Remed. II; sed etiam AD JURUM QVAE NOBIS COMPETUNT, quasi possessionem tuendum: quo pertinent interdicta de itinere, actuque privato, de aquaeducto cet., quae ad generale retinendae interdictum referri debent.*” MELO FREIRE: *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, l. IV, t. 6, § 30. Ed. de Coimbra, 1828, vol. V, págs. 8 e 9. Ed. de 1866 (Coimbra), v. IV, pág. 77.

o comêço do século dezesseis, em que floresceu VALASCO, cujas obras a Bélgica, a Itália e a Alemanha se honraram em reeditar, haviam substituído a noção romana *pela noção canônica da posse*.

Apela RIBAS para ALMEIDA E SOUSA, apontando-lhe, no *Tratado dos Interditos*, os §§ 95 e seguintes.

Pois bem: ALMEIDA E SOUSA, nessa parte da obra citada, com a qual já me ocupei, é a contradição mais absoluta, que se poderia formular à teoria do jurista brasileiro. O praxista português, com efeito, resume ali o seu sentir, esposando o de RETES, cujas palavras reproduz. Ei-las, tiradas à letra em vulgar: "Afimal, segundo o uso forense e a crítica dos praxistas, cabe este remédio" (o de *manutenção sumariíssima*) "a respeito de tôdas e quaisquer coisas, corporais, ou *incorpóreas*, *direitos*, *prerrogativas*, *precedências*, *honras*" ⁽⁵⁾.

De sorte que as três primeiras citações de RIBAS contêm positivamente a negação, a refutação, a condenação da sentença enunciada pelo autor, que as invoca: tôdas afirmam o contrário do que êle sustenta. Evidentemente o ilustre professor se limitou a compilar, sem verificar a fidelidade dos escritores, que trasladava. A reverência devida ao mestre e a indubitável lealdade do seu magistério não permitem explicar de outro modo a tríplice inexactidão.

Resta-lhe só o apêlo ao *Tratado da posse* de SAVIGNY. Mas o jurisconsulto alemão, se limita a posse aos *jura in re*, é unicamente ao expor a *teoria do direito romano*; e nem eu atribuí, nem ninguém, aos romanos a ampliação dessa idéia aos direitos pessoais.

Passando, porém, a estudar as modificações operadas no direito civil pela praxe canônica, cuja influência histórica no direito português bem assinalada se acha nos escritos de RIBAS, SAVIGNY enumera os direitos incorpóreos, a que essa evolução estendeu os interditos, acrescentando: "Ninguém jamais pôs em dúvida que a *jurisdição ou outros*

⁽⁵⁾ "Denique usu fori et censura pragmaticorum competit (hoc remedium) pro quibuscumque rebus, tam corporali-
bus, quam incorporalibus, juribus, praerogativis, praecedentiis, et honoribus, veluti praesentandi ad beneficia, suffragandi in conciliis et aliis, etc.". ALMEIDA E SOUSA: *Interditos*, § 95, pág. 70.

direitos públicos devam ser tão protegidos contra a violência, quanto o direito de propriedade, pôsto que na antiga Roma nunca se cogitasse na posse de tais direitos". (6) E, como se não bastasse, para o acautelar contra os que, confundindo o historiador com o jurisconsulto, o consideram apologista absoluto da estreiteza das idéias romanas em matéria de posse, observa que, se elas, neste assunto, não se anteciparam aos cânones, admitindo a possibilidade desta espécie de direitos, é porque aquela idade os não conhecia, mas que a extensão do direito romano a esses casos "*assenta em um desenvolvimento perfeitamente natural e racional dos seus princípios*". Com semelhante aplicação, diz êle, "*não sofreria modificação alguma a noção da posse*", e "*pode ser que os próprios romanos a houvessem adaptado a esses objetos, se os conhecessem*". (7)

Ninguém ainda justificou melhor a ampliação moderna, devida ao direito canônico, da fórmula da posse aos direitos pessoais. Com a autoridade da sua profunda intuição do espírito da jurisprudência romana, a que JHERING mesmo rende caloroso preito (8), SAVIGNY, com efeito, vem atestar que a noção canônica da posse, extensiva a direitos pessoais e, até, a funções públicas, não desnaturava a concepção romana, antes era o seu lógico desenvolvimento.

(6) "En droit canon il est très souvent question de la possession de droits diocésains et d'autres droits ecclésiastiques, ainsi que des dîmes qui en font partie, et de même *personne n'a jamais douté que la juridiction ou d'autres droits publics doivent être, à l'égal du droit de propriété, protégés contre la violence*, quoique dans l'ancienne Rome on n'ait jamais songé à une possession quelconque de droits semblables." SAVIGNY: *Traité de la possession*, § 49. Ed. fr. de 1866, pág. 478.

(7) "Dans quel rapport maintenant ce genre de possession se trouve-t-il avec le droit romain? Celui-ci ne peut y être appliqué directement, car les droits en question lui étaient étrangers: néanmoins l'extension du droit romain à ces cas repose évidemment sur un développement parfaitement naturel et logique de ces principes. La notion de la possession ne subit donc par là aucune modification: elle est seulement mise en rapport avec des objets auxquels les Romains eux-mêmes auraient pu l'appliquer, s'ils les avaient connus." SAVIGNY: *Traité de la possession*, § 49. Ed. fr. de 1866, pág. 478.

(8) JHERING: *Fondement des interdits possessoires*, pág. I.

Logo, nem SAVIGNY sequer responde perfeitamente ao apêlo de RIBAS. Os outros três — MENDES, MELO FREIRE, ALMEIDA E SOUSA — opõem-se clara e peremptoriamente à teoria por êle advogada.

Desta arte é de citações erradas, trasladadas, sem o menor exame, de umas compilações em outras, que se tem alimentado a propagação de um erro, cuja tenacidade ignora com inconcebível escândalo tôda a história do nosso direito.

Essa opinião ia-se mumificando, letra morta, entre as páginas dos livros que a sepultavam, desacreditada e repelida na praxe forense pelo uso da vida quotidiana, a que as ações de manutenção de liberdade imprimiram uma atividade, um relêvo e uma elegância irresistíveis.

Não fôssem os interesses atuais do poder, empenhados em uma questão de amor-próprio para o govêrno, a que nunca escasseiam amigos desinteressados, e não haveria, talvez, quem gastasse um dedal de tinta em advogar o desacêrto, a bem de cujo triunfo se querem aniquilar tradições imemorais da nossa jurisprudência e juizes dignos da veneração republicana.

Nada mais efêmero que um ministro. Mas essas criaturas de um dia têm, pela sua identificação transitória com o poder, o condão fácil de converter as suas passagens veleidades em necessidades de salvação geral. E invoca esta fórmula suprema, o tributo que se lhes rende, abafando quatro séculos de direito pátrio, imolados à vitória de um erro oportuno, não nos deve doer mais na consciência, afeita a essas considerações, do que o sacrifício de um magistrado intransigente nos seus deveres, sobre cuja cabeça os intérpretes togados da razão de Estado hajam proferido a sentença fatídica, dizendo, sem recato, nas antecâmaras dos tribunais: "É preciso inutilizar êste juiz, que está criando embaraços ao govêrno."

Felizmente, enquanto certas devoções se esbofam em dar verniz jurídico às conveniências do poder executivo e às reações contra a magistratura independente, a verdade histórica repercute nas iminências mais altas do nosso fôro, uma das quais, o dr. JOSÉ HIGINO, tem, desde 1873, voto solene na questão, outra, o conselheiro LA-

FAYETTE, a cuja autoridade se quer abordoar a teoria ministerial da posse, aconselhava, ainda este ano, aos concessionários de loterias, nesta capital, o uso do interdito proibitório contra a violência iminente a direitos pessoais por um decreto do governo. Eis os termos da sua consulta:

“O remédio, de que podem lançar mão os donos das casas ameaçadas, é o de pedir ao juízo cível mandado proibitório, que os segure contra a violência iminente. (*Doutrina das Ações*, § 200 e seguintes). O dito mandado deve ser requerido contra o fiscal das loterias, a quem, segundo o mesmo decreto, compete solicitar do chefe de polícia o fechamento dos escritórios e agências, e contra o ministério público. A regularidade deste procedimento não pode ser contestada no domínio do direito vigente, de conformidade com o qual o poder judiciário tem competência expressa, para “apreciar a validade das leis e regulamentos, e deixar de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”. (Citada lei n.º 221, art. 13, § 10).

“O mandado proibitório, se a parte contrária lhe opuser embargos, dará lugar à discussão regular (*Doutrina das Ações*, § 201), na qual se poderão alegar as razões de ilegalidade e inconstitucionalidade do decreto, e desta arte provocar a decisão do poder judiciário acerca da inaplicação da disposição do art. II do decreto n.º 1941, ao caso ocorrente”. (9)

A consulta endereçada ao eminente jurisconsulto era esta:

“1.º Pode-se pleitear a inconstitucionalidade do tributo federal sobre loterias estaduais, concedidas legalmente para a manutenção de serviços estaduais, *ex vi* do art. 10 da constituição de 24 de fevereiro de 1891?

“2.º É, ou não, contrária à liberdade de trabalho, de comércio e de indústria, a disposição do art. II do decr. n.º 1941, de 17 de janeiro de 1895, dando à polícia o arbítrio

(9) *A inconstitucionalidade do Dec. n.º 1941, de 17 de janeiro de 1895. Pareceres de jurisconsultos*, Rio de Janeiro, 1896, pág. 11.

de fechar escritórios comerciais de vendas de bilhetes, ou escritórios de comissões e consignações de mercadorias, sob pretexto de que tais escritórios podem aviar encomendas, fazer pedidos de bilhetes de loterias estaduais, e efetuar o pagamento dos prêmios de tais bilhetes?

“3.º Na hipótese de ser inconstitucional o art. II do Decr. n.º 1941, de 17 de janeiro de 1895, qual o remédio de direito a aplicar contra a violência, que se reputa iminente, do fechamento de escritórios comerciais por mandado da polícia?”

Dir-se-á que o interesse dos prejudicados, na hipótese, consistia em se acautelarem contra a violência das autoridades policiais, por cuja ordem se mandavam fechar os escritórios, onde eles comerciavam. Certamente. Mas não era *nem na propriedade* dos edifícios, *nem na sua posse*, ou na de servidões civis a ela inerentes, que o atentado policial iria ferir os consultantes. O de que o arbítrio policial mirava a esbulhá-los, era o direito a exercerem certo e determinado ramo de comércio, cujas operações tinham no escritório o seu centro. O escritório constitui apenas um acidente. O objeto do mandado estava em assegurar aos comerciantes, não a retenção da casa, onde comerciavam, mas a posse do direito de comerciarem. E, como este direito é pessoal, não me parece temerário, hoje, alistar o insigne jurisconsulto entre os que consideram extensiva a idéia jurídica de posse e sua defesa pelos interditos aos direitos pessoais.

Se me não engano, nesta operação não ficará o ilustre autor do *Direito das Coisas* mal acompanhado com a opinião de FELÍCIO DOS SANTOS, que, no art. 1297 do seu *Projeto de Código Civil*, compreende no conceito legal da posse os direitos pessoais. Eis as suas palavras:

“Se diz possuidor aquê, que, com o ânimo de proprietário, detém uma coisa, ou *exerce um direito*, ou detenha a coisa ou *exerça o direito* por si, ou por outrem em seu nome. Tal detenção de coisa ou *exercício de direito se diz posse*.”

Comentando esse texto, escreve o próprio autor:

“A definição do art. 1297 *abrange a posse de todo e qualquer direito, seja pessoal, ou real. É erro supor que*

só possa haver posse de direitos reais. Assim o art. 758 fala da posse do estado de filiação materna. Dessa posse resultam direitos importantíssimos, como sejam os das relações de família...

"O art. 463 dá-nos ainda o exemplo da posse de direito pessoal. O devedor exonera-se, pagando ao que está na posse do direito de credor.

"Dizemos ainda que alguém está na posse de sua liberdade. E haverá direito mais pessoal?

"A definição do art. 1297 ABRANGE AINDA A POSSE DOS OFÍCIOS E EMPREGADOS PÚBLICOS. E por que não será posse, quando as leis até regulam o momento, em que ela começa?

"Se diz ainda tomar posse de uma administração, de um mandato, de uma tutela, de uma curadoria.

"O direito canônico ainda apresenta muitos exemplos de posses de direitos puramente pessoais, posses de benefícios, etc." (10)

Abrangendo na sua definição de posse a "de todo e qualquer direito, seja pessoal, ou real", o eminente codificador das nossas instituições civis, sobre averbar de erro "o supor que só possa haver posse de direitos reais", expressamente inclui no conceito jurídico da posse a dos *ofícios e empregos públicos*, a par da de funções de mero direito privado, como a tutela, a curatela, o mandato. Nem hesita o douto civilista em associar estas conclusões à tradição do direito canônico, rendendo assim homenagem às relações de descendência, em que para com ele se acha o direito civil brasileiro.

Só os obcecados na prevenção romanista desconhecem esta notável realidade, estudada com erudição e critério por um ilustrado professor de S. Paulo, o dr. HIPÓLITO DE CAMARGO, na brochura que escreveu sobre *Manutenção de direitos*. (11) "O direito canônico", diz êle, "por um desenvolvimento racional imprimido à quase-posse, influiu verdadeiramente, foi o extraordinário fator da perfeição, a

(10) J. FELÍCIO DOS SANTOS: *Projeto do Código Civil Brasileiro e Comentário*, tom. III (1886), págs. 20-223.

(11) São Paulo, 1895.

que tinha de atingir agora, no momento do direito moderno, essa notável instituição romana." (12)

Modificada por essa imensa expansão, a idéia atual da proteção possessória nas instituições nacionais, pode-se condensar na fórmula em que a traduziu o douto juriconsulto paulista: "*O mandado é procedente, quando se trata de garantir a quase-posse de um direito constituído.*" (13)

(12) *Ib.*, pág. 17.

(13) *Ib.*, pág. 20.



II

ACUMULAÇÕES REMUNERADAS

ENTREVISTA A *GAZETA DE NOTÍCIAS*

NOTA DO ORGANIZADOR

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, em seu art. 73, vedava as acumulações remuneradas no serviço público, sem, entretanto, precisar os limites da proibição, e as exceções porventura admissíveis.

Pretendendo regular a matéria, foi apresentado um projeto de lei, no congresso, que, julgado objeto de deliberação em 1896, teve sua redação final ultimada somente a 31 de dezembro de 1912. Antes, já havia mesmo o poder executivo expedido o Decreto n.º 7.503, de 12 de agosto de 1911, com o intuito de disciplinar o assunto. (1)

Era a resolução do legislativo vazada em termos tão rígidos, que, uma vez aplicada, implicaria a sua prática em severas restrições aos cargos públicos, civis ou militares, parecendo ferir o seu contexto situações definitivamente constituídas, em desacôrdo, assim, com a lei magna (art. 17, § 3.º).

Convertido o projeto em resolução e enviada esta à sanção presidencial, suscitou desde logo a sua adoção inúmeras manifestações em contrário, quer na imprensa, quer no seio dos órgãos representativos do pensamento jurídico da época.

Ouvido pela *Gazeta de Notícias*, concedeu RUI BARBOSA a entrevista que se segue, publicada alternadamente, nas edições desse periódico, de 28 e 30 de dezembro de 1912, e de 2, 4, 6, 11 e 12 de janeiro de 1913.

A repercussão dos argumentos aduzidos pelo entrevistado não se fez esperar. Seus efeitos, ao que de tudo é possível inferir-se, foram, por assim dizer, ultimativos quanto ao debate ocasionado pela matéria.

(1) Por esse decreto havia se determinado que os empregados ou funcionários públicos, que se achassem no exercício cumulativo de dois ou mais empregos ou funções e cargos públicos federais, remunerados, fôsem obrigados a optar, desde a data do decreto, pela remuneração de um dêles, sob pena de ser a opção feita *ex officio* pelo govêrno, cabendo a êsse mandar pagar uma só remuneração dentre as acumuladas.

Reunido em Petrópolis o ministério, no dia 6 de janeiro de 1913, sob a presidência do Marechal Hermes Rodrigues da Fonseca, chefe do governo da República, manifestou-se a maioria pela rejeição do ato legislativo, sendo, ao que foi apurado pela reportagem, invocados os argumentos de RUI BARBOSA em suas sucessivas declarações à imprensa desta Capital. O próprio chefe de Estado teria alegado ser contrário, em princípio, à resolução, abstando-se, contudo, de rejeitá-la individualmente, por entender que o seu veto poderia induzir à afirmação de que agia *pro domo sua*.

Ante a opinião vencedora, apurada na reunião ministerial de 6 de janeiro, ficou assentado opor veto à deliberação legislativa, sendo o ministro Rivadavia da Cunha Correia, titular da Justiça e Negócios Interiores, encarregado de redigir as razões que justificaram a recusa da resolução.

Em mensagem de 10 de janeiro de 1913, foram os autógrafos do ato do congresso devolvidos à Câmara dos Deputados, com as razões que fundamentaram a sua rejeição pelo poder executivo. ⁽²⁾

O texto que serviu de base à publicação ora feita, é o que se contém na própria *Gazeta de Notícias*, em suas edições já acima citadas, desconhecendo-se os originais manuscritos, ao que tudo indica, não conservados. Foi incluído no volume XL, tomo II, correspondente ao ano de 1913, das OBRAS COMPLETAS de RUI BARBOSA. Quanto à resolução, também aqui reproduzida, foi utilizado o próprio avulso, impresso, na época, para distribuição da ordem do dia.

(2) *Diário Oficial*, edição de 12 de janeiro de 1913.

I

NÃO É CONSTITUCIONAL A LEI

No mesmo dia em que na Câmara dos Deputados foi aprovado o projeto de lei que veda as acumulações remuneradas, a *Gazeta* procurou em sua residência o senador RUI BARBOSA, mestre mundial de direito, com o intuito de ouvi-lo sobre a importante questão.

No momento, porém, não nos pôde atender o grande jurista. Deixou-nos, contudo, a certeza de que nos externaria a sua opinião, mas depois.

Ontem S. Ex.^a distinguiu a *Gazeta* com a palestra que se segue.

Inútil é encarecer o seu valor. Dizer que é de RUI BARBOSA é tudo.

— Lemos a sua *interview* de quinta-feira com um dos nossos jornais matutinos. Adiantando, em um dos seus trechos, a que nos prometera sobre o caso das acumulações, deu V. Ex.^a a ver que não está pela reforma ora adotada no Congresso Nacional.

— Sim, senhor. Mas as poucas palavras, em que ali toquei este assunto, estão bem longe de explicar, definir e justificar a minha maneira de sentir nessa complexa e delicada questão, a cujo respeito, por mal nosso, a vozearia oficial encontrou apoio em órgãos dos mais notáveis na imprensa independente.

Além de que, naquele desalinhado cavaco meu, um tópico me escapou, o lugar onde aludo às leis retroativas, no qual nem se acha claro o meu pensamento, nem se vê bem o liame dessa digressão com o assunto principal: o novo regímen das acumulações. De tais insuficiências e lacunas raro logra escapar, apressadas como costumam ser, esse gênero de entrevistas, ainda quando revistas pelo entrevistado. Vejamos se na de hoje não cairemos no mesmo.

— De modo que a sua opinião não vai com as apologias desta medida?

— Não, senhor. Tenho, neste particular, idéias cuja notoriedade conta não menos de vinte anos. Na legislação que em 1892 regulou esta matéria me coube grande parte. Dessa responsabilidade, mui intencional e advertidamente assumida, não me quero aliviar. Persisto em negar ao art. 73 da Constituição o sentido que lhe atribui a intransigência dos nossos desacumuladores.

Ainda bem que, para o fazer com desassombro, não tenho, nem nunca tive, interêsse pelos quais me sinto constrangido. Pertença à escassa minoria dos brasileiros não analfabetos, que aborrecem os empregos públicos, e nunca os serviram. Apenas fui ministro por quatorze meses no Governo Provisório (1889-1891), e, há cinco anos, desempenhei, por alguns meses, as funções de embaixador. Não sou aposentado, reformado, lente ou magistrado em disponibilidade. Nenhum mal, pois, me faz a mim o radicalismo desacumulativo da lei recém-votada.

Mas o meu senso jurídico e essa espécie de sexto sentido, a que se chama senso comum, não me deixam iludir com o pretenso constitucionalismo dessa novidade e os resultados moralizadores, com que a preconizam.

— Entretanto, neste sentido parece estar formada e encaminhada a opinião.

— Bem vejo. Mas nem por isto me sinto abalado na minha.

Nessa opinião há um fundo louvável de moralidade. É o da revolta contra os abusos do validismo oficial na administração, contra a voracidade política na exploração dos cargos públicos, contra a absorção do orçamento pelo parasitismo republicano. Esse flagelo recrudescer todos os dias com o barateamento das aposentadorias sem a legitimação constitucional da invalidez, com o filhotismo exercido no provimento dos cargos sujeitos à garantia do concurso e com o crescer vertiginoso das reformas entre os militares, atraídos para a inatividade pelas vantagens da sua remuneração no grotesco sistema brasileiro, onde o reformado embolsa vencimentos mais pingues do que o oficial em serviço.

Daí, na sua maior parte, o escândalo das acumulações, cujo irritante espetáculo se agrava, quando o incapaz,

reunindo nas mãos, pela influência dos bons padrinhos, dois ou três cargos, ou duas ou três remunerações, as engrossa ainda com os proventos de uma cadeira obtida, na Câmara ou no Senado, por nomeação das maiorias, que, nêle e nela, nomeiam, mediante a designação dos chefes de partido e o beneplácito do presidente, os senadores e deputados.

Mas as conseqüências perniciosas dessa imoralidade evidentemente se não remedeia, acabando mecânicamente, por uma proibição absoluta, com as acumulações. Porque o grande mal não está em que as incapacidades acumulem os cargos públicos, mas em que os cargos públicos se confiem às incapacidades. Desacumulando, o que unicamente se obtém, será multiplicar o número dos incapazes beneficiados, abrindo ao poder novas ocasiões de exercer entre os seus favorecidos, engrossando-lhes a qualidade, o arbítrio, de que dispõe.

O que se devia, sobretudo, era cercear êsse arbítrio, já buscando assegurar, contra êle, a seleção dos mais aptos para os cargos científicos e técnicos, já criando óbices e freios à concessão, pelo govêrno, de aposentadorias indevidas, e, ao mesmo tempo, na administração do Exército e da Armada, moderar a liberalidade atual às reformas, submetendo-as, de um modo sério, ao critério estrito da invalidez, que a elas indubitavelmente se estende, por ilação irresistível do mesmo texto constitucional, onde se impõe essa condição às aposentadorias.

Nesse régimen de moralização caberá, sem dúvida nenhuma, às desacumulações uma colaboração muito útil. Contanto, porém, que, à sombra de um texto constitucional mal-entendido na sua literalidade, se não apliquem elas cegamente, sem a discriminação indispensável. Porque, em tal caso, de envolta com os seus benefícios, acarretarão prejuízos consideráveis ao serviço nacional, ora substituindo nêle os mais pelos menos capazes, ora semeando injustiças e multiplicando questões, que aumentarão, com um novo elemento da maior desordem, a embrulhada jurídica de hoje.

— Mas tomemos um exemplo. Não repugna ao seu espírito de justiça que um membro da nossa mais alta magistratura, obtendo, graças à sua prvança e troca de serviços com o chefe

do Estado, uma aposentação inconstitucional, vá reunir agora, com a cadeira onde a política o acaba de colocar no Congresso, aos vencimentos de aposentado o subsídio parlamentar? E, neste caso, a sua desaccumulação não seria o meio natural de restabelecer a legalidade e a moralidade violadas?

— Ao meu espirito de justiça repugna que se violasse a Constituição, para o favorecer com essa aposentadoria, se, com efeito, o aposentado não tem por aí, averiguadamente, a cláusula da invalidez ao serviço da nação. Mas, uma vez outorgada a aposentadoria pela autoridade legal e acatado o seu ato pelo Congresso, que não usou da sua jurisdição constitucional, para chamar a contas o presidente da república, ninguém tem o direito de tocar na pensão do aposentado. É um elemento do seu patrimônio, nêle definitivamente incorporado, que a lei não poderia extinguir, suspender, ou desfalcar, sem atentar juntamente contra as duas garantias constitucionais da irretroatividade das leis e da inviolabilidade do direito de propriedade individual.

Claro está que esta situação jurídica se não altera com o ingresso do aposentado ao corpo legislativo. Se o ato de soberania popular (real ou suposta) é constitucional, embora o eleito seja um aposentado, não se pode abrir, em seu desfavor, uma exceção à norma constitucional da remuneração taxada aos serviços parlamentares.

Remuneração, portanto, de serviços atuais, de novos serviços, e subsidio nada tem com a bênção da aposentadoria, direito adquirido e perpétuo, que, galardoando uma carreira encerrada, não sujeita o beneficiado a nenhuma condição de serviços ulteriores.

Juridicamente, não creio que se possa encarar o assunto de outro modo; e eu, quando aprecio direitos, não conheço pessoas.

— Visto isto, a corrente de satisfação, que acolheu essa providência legislativa, tem origem num erro?

— Assim é, ao menos na minha humilde opinião, que esclarecerei melhor noutra palestra, visto como a de hoje vai já dilatada em excesso.

Essas correntes de opinião, às vèzes, entre nós, são como certos aguaceiros de verão, que desfecham, e passam, trazidos e levados por uma rápida ventania. Em

havendo boa monção, bastará, talvez, um discurso, um artigo de jornal, uma impressão momentânea, para causar na atmosfera uma pressão generalizada, e mudar o ambiente. É assim que se determinam, e passam, essas correntes caprichosas e efêmeras.

Vou mostrar-lhe um caso desta natureza. Expirava, êste ano, o mês de setembro, quando a famosa questão do Código Civil levou à tribuna do Senado um dos mais abalizados ornamentos daquela casa. O eminente senador, indisposto com certos escrúpulos constitucionais opostos, naquela câmara, a algumas disposições do projeto emendado pela comissão especial, tomara a palavra mal humorado contra esta nossa Constituição, "cujo papel, desde que foi promulgada, não tem sido outro senão o de fazer o mal, e impedir que se faça o bem". (*)

Nesta apreciação há, não se pode negar, muito de verdade; porque não são raras as vezes, em que, neste regimen, se tem obstado ao bem e praticado o mal em nome da Constituição. O mesmo, aliás, igualmente se poderia dizer da Constituição anterior, no outro regimen, e, cuido eu, de quantas constituições concebamos no meio brasileiro de até agora, dadas as nossas taras morais de origem, o nosso atraso intelectual, e os vícios da nossa educação política, herdados pela monarquia à república, mas sob a república desenvolvidos espantosamente.

Na escolha, porém, dos fatos com que tentou documentar a sua tese, não podia ter sido menos feliz o ilustre senador.

Com três casos imaginou êle ter levado à evidência a sua demonstração: o da lei por meio da qual o Congresso, em 1892, interpretou o texto constitucional sobre as acumulações; o da jurisprudência, mediante cujos arestos o Supremo Tribunal tem decidido pertencerem à competência das justiças da União os litígios entre cidadãos de Estados diversos; o dos escrúpulos constitucionais, com que se combateu em 1907 e se está combatendo hoje o regimen então criado e agravado agora em matéria de expulsão de estrangeiros.

(*) Senador Feliciano Pena. — Discurso proferido na sessão de 30 de setembro de 1912. (N. do O.)

Ora, quanto à expulsão de estrangeiros, se o mal estava, como entende o nobre senador, *no erro*, cometido pela nossa Constituição, contra a *soberania nacional*, “de considerar perfeitamente equiparados estrangeiros e nacionais” no tocante aos direitos de liberdade, segurança individual e propriedade enumerados no art. 72, se o mal estava, digo, nessa equiparação, inconciliável com a deportação do estrangeiro, e o bem no regimen oposto, — o que os fatos acabam de mostrar, com a lei ora adotada pelo Congresso, lei onde se despe, neste assunto, o estrangeiro da mais explícita das garantias constitucionais, é, justamente, que o *mal* intentado pela nossa Constituição não empecuou nunca *ao bem* concebido pelos seus interpretadores e aplicadores, — proposição diametralmente contrária à sustentada pelo nobre senador.

Teria êle mais razão quanto às duas cincas de jurisprudência, que assacou ao Supremo Tribunal?

Examinemos.

Sob a Constituição atual, disse o benemérito senador, os poderes públicos “todos os dias inventam coisas novas. Vivemos vinte e dois anos supondo, e ninguém duvidando”, que a justiça dos Estados podia ser exercida em causas movidas entre litigantes residentes em Estados diversos. “Agora só a justiça federal pode conhecer de causas, em que os litigantes sejam de Estados diferentes.”

Mas a verdade está precisamente no inverso do que estas duas afirmativas categóricas dão por sabido. Jurisprudência corrente foi “sempre”, debaixo da Constituição atual, que, nos litígios entre pessoas não residentes no mesmo Estado, os tribunais federais têm jurisdição privativa.

Para oferecer desta realidade inquestionável a mais material das provas, basta abrir os *Comentários* de JOÃO BARBALHO, onde se acha consagrada como líquida esta lição constitucional. A obra de JOÃO BARBALHO traz no rosto a data de estampada *em 1902*, e nela se mencionam arestos, que vêm “desde 1896”, consagrando como corrente essa noção.

Abatidos êsses “dezesseis anos”, a que ficariam reduzidos os “vinte” da jurisprudência contrária alegada pelo douto senador? *A quatro*. Mas isso mesmo, se lograsse

mostrar que os julgados anteriores firmavam opinião diversa, o que não conseguiria; porquanto as decisões de 1896 não inovaram, mas continuavam o veio da corrente já estabelecida.

Ainda, porém, não acabam aí os equívocos, a que foi induzido, num movimento de maledicência jurídica muito injusta, o ilustrado censor.

Querendo mostrar que esta maneira de entender o art. 60 da Constituição Republicana "arranca uma atribuição aos Estados, para a dar a outrem", essa crítica pretende haver ficado ali meramente "por inadvertência" a cláusula onde se indicam entre as matérias peculiares à jurisdição federal "os litígios entre cidadãos de Estados diversos, diversificando as leis dêstes".

Segundo essa versão, a história do caso viria a ser esta. Na Constituição, formulada pelo Governo Provisório, cabia aos Estados legislar, não só quanto ao direito processual, mas ainda quanto ao direito substantivo. Por isso, na Constituição que aquêlê govêrno propunha se inseriu o outro texto, onde se comete à justiça da União processar e sentenciar as lides entre cidadãos residentes em Estados diversos, diversificando as leis dêstes; visto como, acredita e assevera o ilustrado senador, "o texto referente à diversidade das legislações" se refere à legislação substantiva... (*) com acêrto, concluindo, como concluiu o nobre senador, que, não dando a Constituição em vigor aos Estados competência alguma em relação às leis substantivas, isto é, às leis que constituem o direito civil, comercial e penal brasileiro, não poderiam elas "diversificar" de Estado a Estado, e, sendo êste o motivo da alçada federal nos pleitos entre individuos residentes em Estados diferentes, cessava por si mesma de existir a competência da justiça da União nesse gênero de causas.

Mas ambos os pressupostos dessa argumentação eram inexatos.

Primeiramente, não era verdade, como cuidava o nobre senador, que a Constituição organizada pelo Governo Provisório entregasse aos Estados a legislação concernente ao

(*) Há uma falha na publicação original.

direito substantivo. Ao contrário, em ambos os decretos, mediante os quais ele formulou a nova organização constitucional, o de 22 de junho e o de 23 de outubro, art. 33, n.º 24, correspondente ao art. 34, n.º 24, da Constituição vigente, se reserva “privativamente ao Congresso Nacional” a competência quanto “às leis civis, criminais e comerciais da República”. E, não obstante, foi justamente o último desses decretos que, reparando a omissão dada no primeiro, acrescentou, no art. 59, b, à cláusula “os litígios entre cidadãos de Estados diversos” a frase complementar “diversificando as leis destes”, frase que, após a mesma cláusula, a Constituição atual, no art. 60, d, literalmente reproduz.

Logo, não só, quanto à reserva da legislação acêrca do direito substantivo ao Congresso Nacional, o que se acha na Constituição adotada é *ipsis verbis* o mesmo que o governo provisório no seu projeto constitucional propunha, com o que se torna palpável a inexatidão do primeiro fundamento no raciocínio do ilustre senador, mas ainda (e com isto se apura a inexatidão, igualmente flagrante, do segundo) mas ainda, repito, se liquida que o complemento exarado nas palavras “diversificando as leis destes” *não alude às leis substantivas*.

Quando aludisse, ainda assim não seria procedente a conclusão de que, sendo um só, como entre nós é, o direito substantivo, já não havia razão, para ser a justiça federal quem conhecesse das questões entre partes residentes em Estados diversos. É o que ensina JOÃO BARBALHO, retilhando a lição *universal* dos constitucionalistas americanos:

“Em rigor a diversidade legislativa” não é a causa determinante da competência federal no caso, mas a que, em resumo, se acha assinalada no § 948 dos *Comentários* de J. STORY: “A Constituição presumiu que as predileções dos Estados, suas preocupações, seus zelos ou interesses particulares” podiam travar ou impedir a administração regular da justiça. E eis por que as contestações entre Estados, ou “entre cidadãos de diferentes Estados”, “submetem as partes” às leis do Congresso e “à jurisdição dos tribunais da União”. (BARBALHO: *Comentários*, pág. 253.)

Desde muito antes de STORY já se exprimia semelhantemente HAMILTON, no *Federalista*, sendo que daí até BRYCE e os que depois dêste ainda têm explanado o assunto, a mesma linguagem falam todos os mestres do direito americano.

Ora, se o que se receia e o que se quer acautelar, são as desigualdades... litígios entre cidadãos de Estados diversos, claro está que com a cláusula relativa à diversidade nas leis, o de que se cogita aqui, e com razão de sobra, são as leis "não substantivas". Variando as leis processuais, variam com elas as garantias de boa justiça dadas às partes. E, por isto, como essas leis variam de Estado a Estado, e, com elas, outras leis, as leis administrativas, as leis políticas, as leis financeiras, que podem atuar sobre as garantias da justiça, — para assegurá-la igual aos litigantes, quando êstes não fôsem de um só Estado, as confiou o julgamento dessas controvérsias judiciais à magistratura da União.

Nunca houve, pois, censura mais gratuita e iniqua do que essa, com que a autorizada voz do nobre senador se levantou contra o respeito catado pelo Supremo Tribunal Federal ao texto da Constituição no art. 60, letra *d*, querendo que êste tribunal o tornasse como uma excrescência desdenhável, para abdicar da autoridade que lhe êle confere sobre êsse gênero de causas, e transferi-la aos tribunais dos Estados".

Com êsses capítulos de acusação, entretanto, foi que o nobre senador impressionou o Senado e o público. O seu discurso foi estampado com títulos de grande relêvo como sensacional, e alguns dos mais autorizados órgãos do nosso jornalismo, em vez de acharem no caso motivos para anotar, com os devidos reparos, os cochilos de HOMERO, romperam em clamar contra as cabeçadas e caduquices desta enxovalhada Constituição, a que já se leva a crime até o haver julgado o Brasil capaz do régimen federativo. E são os nossos republicanos que entram a refregá-lo, justamente quando a dinastia deposta se oferece a entrançar com êle a nova monarquia.

Coisas do Brasil.

Ora, é assim, meus senhores, que, entre nós, se formam "correntes" ou "movimentos" de opinião.

Tão descontentes vivemos (e não sem motivo), que, em se abrindo uma grande bôca, e levantando-se dela um grande brado, apanhamos todos a garça no ar, e, encam-bulhando o bom com o ruim, o verdadeiro com o errôneo, o torto com o direito, por aí nos deixamos levar, desenca-minhados, no coice da processão, engrossando-lhe o côro, sem advertir para onde nos conduz a toada.

Mas, por hoje, façamos ponto. O muito que ainda está por dizer quanto à *vexata quaestio* das acumulações, ficará para outra conversa. Em nos restando ainda, para ela, ensejo e vagar, veremos se a lei, com que as querem acabar de uma vassourada, merece, realmente, altar e charola.

II

HISTÓRIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL TOCANTE AS ACUMULAÇÕES. O ART. 73 DA CONSTITUIÇÃO INTERPRETADO PELOS SEUS PRÓPRIOS AUTORES.

Conforme havia prometido, concedeu ontem a distinção de uma palestra à *Gazeta* o eminente senador RUI BARBOSA.

Novamente fomos encontrar o ilustre brasileiro em sua residência de verão em Ipanema. Lembramos-lhe o compromisso da palestra anterior em que S. Ex.^a, achando bastante longo o assunto das desacumulações, comprometeu-se a melhor explaná-lo em palestras subseqüentes.

As palavras do grande jurisconsulto são sempre ouvidas com aquêle reconhecido respeito que se deve às opiniões dos competentes e dos que consolidaram numa série de anos cheios de trabalhos memoráveis um nome que faz a glória de qualquer nacionalidade.

Eis, em resumo, a palestra que com a *Gazeta* teve o senador RUI BARBOSA:

— Esperamos que V. Ex.^a, hoje, nos satisfaça a natural curiosidade, continuando a explanação dos motivos jurídicos, pelos quais diverge do projeto ultimamente votado no Congresso Nacional sobre as acumulações. Embora discordante, porém, estamos certos que, ao menos, lhe levará em conta o zêlo, que neste assunto parece ter desenvolvido a nossa legislatura pela sorte das instituições constitucionais.

— Grande zêlo, na verdade. *Trop de zèle*. Era de se comentar o caso, parodiando certo dito francês relativo a outro assunto: *Trop de zèle ; pas assez*. O zêlo quer-se quanto baste; e não basta se fôr de menos, ou demais. Zêlo de menos importa negligência. Zêlo demais induz suspeita. Já o padre Vieira estabelecia a distinção que a experiência

nos dita, entre os zelosos e os zelotes. Nos zelotes está o falso zêlo, que quase sempre se traduz no zêlo em excesso. Zelotes e deszelosos duas pragas são, com as quais se arruína o serviço público, senão pelo mesmo jeito, certamente com os mesmos resultados; porque uns com descurá-la, outros com a traiem, desmudarem e corromperem.

Realmente, ao considerar no ardor, com que as duas Câmaras se entregaram a temperar, amassar e rechear êste bôlo de Natal, por entre a fula-fula dos orçamentos, a rapidez com que êsse trabalho foi de varada através de outros, vitais ao curso ordinário da administração, as manobras políticas, as maniprestezas jurídicas, as manigâncias parlamentares, que custou, dizíamos tratar-se de salvar, a todo o preço, a mais útil das nossas invenções constitucionais, o alfa e o ômega do regimen.

Não há vontade que esta legislatura não tenha feito ao poder. Recebeu dêle a sua própria nomeação e, em retôrno, lhe tem dado, pela sua iniciativa, ou com sua colaboração, tôdas as violações constitucionais imagináveis, por mais gratuitas, topetudas ou façanhudas que sejam. O art. 53 da nossa lei orgânica estatui que o presidente da República "será submetido a processo e julgamento, quando incorrer em crime de responsabilidade", e, no art. 54, determina serem "crimes de responsabilidade os atos do presidente da República, que atentarem contra a Constituição e a forma de governo federal". Mas a Câmara dos Deputados, a quem o primeiro dêsses textos incumbe a missão de formar a culpa em tais casos, não admite, nem ao menos que se considere objeto de deliberação uma denúncia onde se documenta a verdade (já documentada na consciência de todos os membros daquela casa), de que o presidente da República tem atentado, com a maior freqüência e escândalo, contra as mais sagradas normas da nossa Constituição e da nossa forma de governo.

Pois então só o art. 73 da Constituição é que será constitucional? Pois então a Constituição da República se reduz ao art. 73?

— Mas, em todo o caso, não se poderá duvidar que o art. 73 esteja na Constituição, e que, estando na Constituição, mereça o respeito devido a tôdas as disposições constitucionais.

— Nem eu pensei nunca de outro modo. Se alguém, nesta terra, procurou sempre inculcar no espírito dos seus concidadãos o dever de reverência igual a todos os cânones constitucionais, maiores ou menores, entre os que por isso têm lidado com afinco, me prezo eu de estar.

Quem nunca esteve por isto, são os juristas e estadistas desse constitucionalismo casuístico, em cujas tretas se tem consolidado como o único dogma invariável na jurisprudência política brasileira o de que para cada ocasião temos uma Constituição diversa. Não foram eles que deram como secundário e despidendo o art. 51 da Constituição, para isentar da obrigação dos relatórios anuais a um ministro, cuja longa administração, através de quatro presidências sucessivas, se arrogou esse privilégio exclusivo entre todos os seus colegas e todos os ministros brasileiros, desde que o Brasil tem ministros? Não foram eles que, aludindo eu, na minha plataforma cortês, discreta e ligeiramente, à reincidência, oito vezes anual, dessa contração da lei constitucional, ainda contra mim se revoltaram, estomagados, abocanhando com a coima de móveis pessoais o meu reparo, ao mesmo tempo que, para absolver a inconstitucionalidade, acharam as mais largas complacências pessoais?

Por isso mesmo, porém, que todas as determinações constitucionais são igualmente respeitáveis é que se não pode levar a sério a singularidade, pela qual, desrespeitadas quase todas as outras, só esta se excetua, para receber um culto não só de observância e guarda, mas de exageração, fanatismo e cegueira.

Caberá, porventura, a esse texto alguma precedência de honra ou valor no meio dos outros, cuja trama compõe o estófo jurídico da nossa Constituição?

Bem longe disto, nenhuma das suas disposições lhe entrou no contexto mais calada, modesta e inadvertidamente. A cláusula tocante às acumulações nasceu de uma emenda silenciosa, apresentada sem justificação, pelo Sr. Batista da Mota e outros, em 13 de janeiro de 1891, e votada sem debate, aos 16 do mesmo mês.

O ponto não mereceu ao Congresso Constituinte o menor estudo, o mais sucinto exame, a mínima nota. Ninguém pronunciou em relação a ele nem uma palavra.

A emenda foi simplesmente deposta na mesa pelos seus signatários, ou pelo seu autor, sem uma frase, que para ela chamasse as vistas da assembléia. Era concebida assim :

“Ao art. 73 acrescente-se: sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas”. (*Anais* II, pág. 236, col. 2.^a).

Insinuada assim mudamente no correr dos trabalhos constituintes, sem uma voz que da sua entrada em cena desse rebate algum, dormiu sôbre a mesa até ser votada, três sessões depois, simbolicamente, sob o mesmo silêncio com que fôra introduzida. Apenas da sua passagem dão notícia as atas do Congresso Constituinte nesta sêca averbação:

“São igualmente aprovadas as seguintes emendas aditivas:

“Do Sr. Batista da Mota e outros: Acrescente-se: ... sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas.” (*Anais da Constit.*, II, pág. 329, col. 1.^a).

Na outra discussão em tal não se falou. Na terceira, igualmente, ninguém tocou no assunto. Discutindo-se a redação final, também não houve quem lhe aludisse. Eis a consideração em que se teve, nos trabalhos da Constituinte, êsse tópico da lei constitucional. Não se dirá, certamente, que ela, nesta maneira de o tratar, denotasse havê-lo em conta de relevante, ou ligar-lhe maior aprêço.

Mais. Nem o Congresso Constituinte, nem os próprios autores ou subscritores do aditivo lhe deram, ao menos, as honras de constituir, no texto, uma oração principal, compondo com êle um parágrafo ou subparágrafo no articulado. Foi apenas encartada a emenda na situação de mero incidente gramatical, mal ajeitado, em cauda a um artigo, no têrmo do qual se enganchou contrafeito como um postigo.

O art. 73 da Constituição formulada pelo Governo Provisório, nos deers. ns. 510 e 914 A, de 1890, rezava:

Os cargos públicos civis, ou militares, são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial, que a lei estatuir.

Ao final dêsse texto alvitrava o autor da emenda se cosesse o adendo, que dizia, numa oração complementar:

“Sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas”.

Aceita a sugestão pelo Congresso Constituinte, cerziu a comissão de redação as duas partes em período gramatical, passando o artigo, sob a mesma numeração de 73, a dispor, como dispõe:

Os cargos públicos, civis, ou militares, são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial, que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas.

É em torno destas seis palavras finais que arde a chama da indignação constitucional, agora inopinadamente acesa nestes homens.

Esta gente do "vai ou racha" quis aplicar o seu método radical de governar por golpes de maioria à hermenêutica dêste fragmento do nosso código fundamental, que ela se acostumou a não ler senão para o maltratar.

Nem por se acolher à rigidez literal do texto, o sofisma, aqui, será menos claramente demonstrável.

— Nesse ponto, sobretudo, é que estamos ansiosos por ouvir a demonstração.

— Tenho por certo que lha farei de modo convincente. Mas, primeiro que a desenvolva, relevará determos aqui um pouco atendendo a uma circunstância capital, em que até agora, nesta controvérsia, ainda se não advertiu.

Sabido é que a lei n.º 44 B, de 2 de junho de 1892, importa num ato de interpretação do art. 73 da Constituição Federal.

Essa lei, de efeito, no seu art. 2.º, prescreve:

O exercício simultâneo de serviços públicos, compreendidos por sua natureza no desempenho da mesma função de ordem profissional, científica ou técnica, "não deve ser considerado como acumulação de cargos diferentes", para aplicação do final do art. 73 da Constituição.

Sustentam os hermeneutas da intransigência dessa cumuladora que êste artigo de lei ordinária, propondo-se interpretar, o que na realidade faz, é "derrogar" a cláusula constitucional.

Mas, na segurança com que dão por líquido este ponto, fazem estes senhores vista grossa à autoridade singular que tinha, no assunto, a legislatura, de onde emanou esse ato.

Os legisladores, de cujas deliberações resultou a Lei n.º 44-B, de 1892, onde se desconhece ao art. 73 da Constituição da nossa República o sentido absoluto hoje preconizado entre os ultra-desacumuladores, eram os mesmos que, pouco antes, acabaram de fazer essa Constituição.

Cessaram de legislar como Congresso Constituinte em fevereiro de 1891, para continuar a legislar, divididos em Câmara e Senado. Na primeira legislatura do Congresso Nacional, durante o resto desse ano e o ano subsequente.

Quem, portanto, na Lei n.º 44-B, de 1892, declara e proclama que o art. 73 da Constituição de 1891 não se aplica às funções de ordem técnica, científica ou profissional entre si naturalmente associadas, "são os próprios autores dessa Constituição", os que a organizaram, a discutiram, a emendaram, a fizeram.

Não se trata, conseqüentemente, no caso, de uma lei ordinária qualquer, que pretenda interpretar a Constituição. Trata-se de dois atos da mesma assembléia, a Constituição e a lei ordinária: o primeiro decretado por essa assembléia, quando, fundida num só corpo, deliberava como Constituinte, o segundo por ela mesma decretado pouco mais tarde, quando, já dividida em dois ramos, deliberava como legislatura.

Assim, pois, é o corpo constituinte de 1891, que, transformado, sem alteração nenhuma dos seus membros, no corpo legislativo de 1892, explica, na lei por ele feita em 1892, o pensamento da Constituição feita por eles em 1891.

Nessa explicação (aliás clara, como veremos, no espírito transparente do texto constitucional) o que esse corpo de legisladores, sucessivamente constituinte e legislativo, nos atesta, é que a cláusula do art. 73, sob a sua generalidade superficial, não abrange nas acumulações defesas as dos cargos em que elas são naturais e antes benfazejas do que maléficas ao bom andamento do serviço, à sua proficuidade, à sua excelência, ou à economia do seu custo.

Temos, desta arte, aqui um caso de interpretação autêntica, estrita e tectnicamente falando, autêntica, pelo menos, virtualmente, moralmente e realmente. Não autêntica na acepção mais rigorosa do qualificativo; porque, com serem os mesmos os membros das duas assembléias sucessivas, as entidades jurídicas por elas constituídas eram diversas, como diversa entre elas a autoridade que exerciam. Uma elaborara e promulgara a Constituição. A outra a observava e aplicava. Mas equivalentemente autêntica, autêntica essencial e praticamente, porque, embora nessas duas assembléias se succedessem dous entes jurídicos distintos, uma e outra, contudo, se compuseram idênticamente das mesmas pessoas, e essas pessoas, que na primeira assembléia criaram a Constituição atual, são as mesmas que na segunda, por êsse modo, lhe definem o intuito.

Sendo assim, como a lei de 1892 é obra dos mesmos entendimentos e dos mesmos homens, reunidos com caracteres diversos, mas pessoal e materialmente os mesmos, que a Constituição de 1891, temos que os autores do art. 73, no primeiro dêsses atos, são igualmente os autores da sua interpretação no segundo.

Essa interpretação, por consequência, era a inteligência de um texto legislativo estabelecido pelos seus próprios autores, o testemunho solene ministrado pelos autores do art. 73 sôbre o seu propósito, o seu objeto e o seu alcance.

Logo, se na significação geral dos termos, interpretação autêntica de texto é a fornecida pelo seu autor, autêntica é a interpretação dada ao art. 2.º da lei de 1892.

Se essa interpretação não foi assentada entre os que a davam, quando êles deliberaram ainda em Congresso constituinte, e, como tais, eram os árbitros da Constituição adotada, para a modificarem, quanto mais para a interpretar, o que daí se conclui unicamente é que o ato interpretativo, não sendo já de uma assembléia constituinte, não encerra como, se o fôsse, encerraria, autoridade imperativa, isto é, virtude específica de obrigar legalmente.

Mas se o de que se cuida, é de saber qual, na realidade, o designio a que obedeciam os autores da Constituição de

1891, no seu art. 73, o arrimo a que nesse artigo deram corpo, a idéia que nêle cristalizaram, então, indubitavelmente, sendo os homens, a quem se deve a lei de 1892 os mesmos a quem devemos essa Constituição, ninguém poderia definir a inteligência desta, em qualquer dos seus textos, com tamanha autoridade quanto os que essa lei decretaram.

Feitas ela e a Constituição atual pelos mesmos homens (não importa que em graus diversos de jerarquia legislativa nas duas ocasiões), quem com êstes homens poderia contender, em ciência e competência, para dar, ao último dêsses atos, o ato legislativo, a significação exata do primeiro, o ato constitucional?

Como, então, em vez de ver na lei de 1892 a autofotografia íntima da cláusula constitucional concernente às acumulações remuneradas, o seu autocomentário, a sua autodefinição, outras legislaturas, nas quais não concorre a qualidade singular de serem, como aquela, a constituinte transformada em congresso, disputam e recusam aos legisladores de 1892 a autoridade para darem a um artigo da Constituição por êles redigida no ano anterior o seu verdadeiro sentido?

Todos os dias, entretanto, se encarece o valor do "elemento histórico" na hermenêutica doutrinal, judiciária e parlamentar. Com essa invocação, a cada passo, na imprensa e no Congresso, nos compêndios e nos tribunais, se exploram os arquivos legislativos, exumando os pareceres, os debates, o teor das apreciações contemporâneas, para, com a prova circunstancial da época, do meio, das idéias ambientes, liquidar o pensamento controverso de um texto, a mente que o arrima, o seu intento exato.

Mas, na hipótese atual, quando êsse subsídio para a elucidação da verdade verdadeira quanto à vontade legislativa num ato dado, se eleva à categoria de uma enunciação direta e específica, geral e solene, formulada pelos próprios autores do texto que se discute, pela coletividade dos membros da assembléia que o decretou, já "o elemento histórico" não serve, não colhe, não decide, não adianta.

Esta exautoração arbitrária, imposta ao Congresso Nacional de 1892, sob a arguição, infelizmente acolhida.

pelo Sr. JOÃO BARBALHO, de que êle cedia aos "interesses contrariados", que com tanto maior violência contra a vontade formal dos constituintes de 1891, reunidos na primeira legislatura republicana, quanto ao ato dessa legislatura, assim contrariado e injuriado, reveste condições extraordinárias de persistência e solenidade. O projeto ulteriormente convertido na lei de 2 de junho de 1892 esbarrou no poder executivo, e volveu, recambiado pelo seu veto, ao Congresso Nacional. Mas êste, por mais de dois terços da sua maioria, em ambas as suas câmaras, o tornou a votar, e o reduziu a lei.

De sorte que não foi uma simples maioria a que resolveu êsse ato legislativo. Foi a maioria extraordinária a que o art. 37 da Constituição confere o privilégio de escusar a sanção presidencial, e suplantar a resistência do chefe da nação. Foi a generalidade, a quase totalidade, talvez, dos seus membros.

Tão profunda era, nessa legislatura, a convicção, que lhe inspirou a lei de 1892, quando lhe estavam tão próximos os dias da sua construção constitucional, e, não só lhe devia estar fresca a memória das suas idéias naquele trabalho, mas o sentimento vivo da sua obra certamente a preservava das tentações de a corromper em serviço de quaisquer interesses.

Brada aos céus e move a riso que, nessa dignidade, ousem querer entrar em cotejo com aquêlê Congresso, e lhe dar lições, os congressos de hoje, quando se têm perdido, quase de todo, não só o tino da lei e a sensibilidade constitucional, mas ainda a dos deveres comuns e, até, a da pátria, envolvidos no mesmo desprezo e na mesma inconsciência, na mesma servilidade e na mesma corrupção.

Façam o que quizerem. Se o de que se trata, é de continuarem a reformar a Constituição por leis ordinárias, podem-no ir fazendo, êsse revisionismo escusa o outro, o que êles temem, o da reforma da Constituição por via constitucional. Para nos safarmos dêste risco, vamo-la reformando por meio dos abusos do govêrno e das leis do Congresso. As mãos ninguém nos virá. O país com isso não se incomoda.

Não queiram, porém, assacar os vezos de hoje ao primeiro Congresso republicano. Essa legislatura ainda

conhecia a Constituição, que lhe acabava de nascer das entranhas. Dessa legislatura na lei de 1892 o art. 73 do pacto federal recebeu a interpretação autorizada, por quem tinha conhecimento, legitimidade, independência, para lha dar. E com essa interpretação, quando outros argumentos não houvesse, estaria demonstrado que, proibindo as acumulações retribuídas, aquêlê texto constitucional estabelece uma regra mas não absoluta.

Ainda nos sobram, porém, outros argumentos, e concludentes, com que restabelecer esta verdade. São os que nos fornece a exegese e críticas do texto.

— Desejaríamos ouvi-los.

— Mas hoje vai já demasiado longe o nosso colóquio. Ficarão para outra assentada.

III

A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS, DO CONGRESSO E DO GOVERNO. — A ANÁLISE DO TEXTO CONSTITUCIONAL. — APOSENTADORIAS, REFORMAS E DISPONIBILIDADES, PENSÕES E O EXEMPLO RIO BRANCO

— A última vez que nos vimos, prometeu-nos V. Ex.^a que, desta, encetaríamos o exame direto do texto constitucional, a cujo respeito se suscita a grande polêmica destes dias.

— Não me esqueci; e, como o prometido é devido, vamos saldar hoje esta conta.

Com o projeto ora pendente da sanção presidencial se suscitam, em torno da cláusula que remata o art. 73 da Constituição Brasileira, várias questões, encadeadas umas às outras. Essas questões, porém, se reduzem a três.

A primeira é a que nos toma logo o passo com a necessidade, aqui preliminar, de averiguarmos o sentido à frase *acumulações remuneradas*.

Proibindo as acumulações remuneradas, que é o que proibiu o legislador constituinte? Únicamente a *acumulação das funções*, quando remuneradas? Ou a *acumulação das remunerações*, corresponda, ou não, a elas o exercício de uma função?

Pela última destas duas soluções está o projeto desacumulatório, quando prescreve, no seu art. 1.º:

A aceitação de emprêgo, comissão, cargo ou função pública remunerada, por parte do funcionário civil ou militar, *aposentado, reformado, jubilado, ou em disponibilidade*, importa na perda de todas as vantagens decorrentes da *aposentadoria, reforma, jubilação, ou disponibilidade*. A esses funcionários são equiparados os que recebem *pensão, a qualquer título*, dos cofres federais.

Mas, evidentemente, essa disposição, longe de obedecer aos termos do preceito constitucional, com ele entra no mais aberto conflito.

Desde que se admitiu essa norma ao nosso direito constitucional, sempre se entendeu que as acumulações ali interditas eram, *exclusivamente*, as de funções.

Como prova aqui temos a lição de JOÃO BARBALHO, lição insuspeita, visto como este autor é dos que reputam absoluta a regra do art. 73, e, reputando-a tal, condenam como inconstitucionalidade a interpretação a ele dada, na lei de 1892, quanto aos cargos de ordem científica, técnica ou profissional.

Comentando esse artigo da Constituição diz este expositor no lance que aqui está:

Os que elaboraram a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, acharam que o assunto não era mais para ser abandonado, nem quiseram mesmo que ficasse para as legislaturas ordinárias a proibição de acumularem-se *empregos* remunerados, e consagraram no Código Constitucional a disposição especial e terminante do art. 73 em sua cláusula final: "sendo, porém, vedadas as *acumulações remuneradas*".

Tudo aconselha essa proibição: a regularidade do serviço público, que não se compadece com o *exercício* acumulado de *funções múltiplas e várias*... a excessiva procura de *empregos*... (Comentár., pág. 340, col. 1.^a).

Funções e empregos, eis, portanto, o que, aos olhos deste constitucionalista, não admite, neste passo, a nossa lei constitucional.

Não via diferentemente este tópico da carta republicana o governo do marechal Floriano Peixoto, apesar de empenhado na sua observância rigorosa, quando, na mensagem endereçada ao Congresso Nacional em 7 de maio de 1904, por isso instava, dizendo:

Dentre as providências de caráter legislativo urgentemente reclamadas, devo indicar à vossa atenção... interpretação formal da disposição relativa à acumulação remunerada de *funções públicas*.

Agora mesmo temos, em recentíssima corroboração destas, uma autoridade, a do Sr. Feliciano Pena, cuja insuspeição todos conhecemos, porque é a de uma das influências da atualidade mais assinaladas no movimento contra as acumulações. Esse poderoso membro do Senado, profligando, no seio dele, como avêssa ao art. 73 da Cons-

tituição, a lei de 1892, reconhecia, no seu discurso de 30 de setembro (ei-lo aqui à mão), que o que êsse artigo tolhe, é somente a acumulação de *funções*.

"A Constituição", diz êle, "proibiu terminantemente a acumulação de *funções* remuneradas".

Para essa inteligência, admiravelmente desenvolvida por um grande magistrado nosso, o Dr. PIRES E ALBUQUERQUE, na sua sentença de 15 de janeiro de 1910, se tem conformado, sem uma só variação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ê o que se vê dos seus reiterados acórdãos formais e categóricos, nesse sentido: o de 19 de agosto de 1895; o de 5 de outubro de 1904; o de 26 de julho de 1905; o de 5 de setembro de 1906; o de 27 de maio de 1908; o de 13 de setembro de 1911; o de 14 de outubro do mesmo ano. E não enumero todos; porque, aqui onde me acho, estou quase sem livros, nem outros recursos para estudo.

Mas os que aí ficam indicados, já sobejam. Estas sete decisões, seis das quais dizem respeito a lentes ou professores aposentados ou jubilados e uma a um diretor aposentado do Tesouro Nacional, lhes reconhecem, ante o art. 73 da Constituição, o direito de perceberem, cumulativamente com o benefício das suas aposentadorias ou jubilações, os vencimentos de vários cargos, administrativos ou legislativos, que exerciam.

Ora é das primeiras letras, é do abecedário, é, até, das lições de coisas e dos jardins de infância em matéria de sistema constitucional, no nosso regímen, que no Supremo Tribunal Federal está o definidor inapelável, o sumo intérprete, o árbitro final da lei, a sua voz viva, o órgão do seu dogma, e que dos seus julgados não existe, na esfera dos três poderes que constituem o mecanismo ordinário da União, recurso nenhum.

Logo, bastaria apontar essas sete sentenças supremas, das quais, no aparelho da nossa vida legal, não existe apelação nem agravo, senão para a reforma da Constituição, bastaria, deixem-me repeti-lo, bastaria pôr o dedo nessa cadeia de arestos, para reduzir a bestuntaria dos nossos atuais legisladores, no projeto que ora está esperando o benefício hesitante do marechal às suas propor-

ções, irrisórias, tôdas, nulas, juridicamente desprezíveis, de um capricho de pachás improvisados a decretarem alcorões de fantasia para uma República em carnaval.

Já antes dessas decisões o marechal Floriano, obrigado pela evidência do texto constitucional, reconhecia, no ato oficial a que, há pouco, aludi, estar circunscrita a sua regra à simultaneidade no exercício efetivo de *cargos*.

O marechal Deodoro se rebelara contra ela, ao ponto de envolver na sua cerebrina interpretação até os serventúrios do culto católico, a quem o governo de então não permitia acumular com vencimentos civis a *côngrua eclesiástica*. Ainda mais: até os contribuintes de *dois montepios*, o montepio obrigatório e o dos servidores do Estado, foram *desacumulados*, a título de acatamento ao art. 73, que proíbe as *acumulações remuneradas*. É curioso como as ditaduras, nos seus arrancos, alternam ou combinam o ridículo com a dureza, como das mesmas fontes do arbítrio a violência faz borbotar o terror e a hilaridade.

Contra êsses excessos do nosso primeiro ditador militar reagiu o segundo, por cuja deliberação muitos funcionários esbulhados sob o seu antecessor, a pretexto de acumulações, volveram aos seus lugares, embolsando os vencimentos atrasados, com sério detrimento do Tesouro Nacional, que assim os teve de pagar em duplicata.

Logo após, sob a primeira presidência civil, começou, em reparação de outras lesões iguais, ainda não remediadas, a série das sentenças, com que o Supremo Tribunal assentou a interpretação jurídica do art. 73, reconhecendo a constitucionalidade à lei de 1892, limitando às funções federais a vedação constitucional das acumulações remuneradas, e excluindo as vantagens das aposentadorias, jubilações ou disponibilidades.

Das seis administrações que, daí a esta parte, se sucederam, *inclusive a atual*, nenhuma desobedeceu a essa jurisprudência abundante, ininterrupta e sã, correta e estritamente justa. Nenhuma, senão a do Sr. Nilo Pessanha, que se deu ao prazer de saborear as delícias da autoridade legislativa, expedindo, em 12 de agosto de 1909, o famoso decreto n.º 7.503. Já então se ensaiava a cinematografia de falsa moralidade, que agora acaba de se reiterar no

famigeradíssimo projeto, cuja responsabilidade até o presidente do Senado e chefe do Partido Republicano Conservador manda repudiar como filho de pais desconhecidos.

Mas como isto não é arroz da Pendotiba, o próprio Sr. Nilo Pessanha, depois de ter declarado, por vários avisos, desde outubro de 1909, até janeiro de 1910, que as desacumulações ali visadas não se estendiam além dos cargos federais, esse mesmo presidente, daí a menos de quatro meses, encontrando vento ponteiro nas sentenças dos tribunais, no voto da Câmara e do Senado, nos pareceres de jurisconsultos venerandos, como JOÃO BARBALHO e LOURENÇO DE ALBUQUERQUE, nas reclamações da Faculdade de Direito de São Paulo e na opinião de jornais influentes, desembandeirou de uma vez, virou noutro bordo, com a mensagem dirigida ao Congresso em 1910, e recuou nas pretensões do seu decreto quanto aos funcionários aposentados, jubilados ou reformados, que reunirem às vantagens dessa condição os vencimentos de cargos atualmente exercidos.

Tirante, porém, a extravagância dessa exceção, que, naturalmente, se explicaria, ali, com a paradoxalidade da invenção e o extremo dos escrúpulos da virtude nos homens de altos ideais, como o presidente que elegeu o marechal Hermes, e, para o eleger, aboliu a eleição na capital da República, — tirante essa, tôdas as outras presidências, incluída a que hoje declina, tributaram a devida reverência ao direito verificado, proclamado e consolidado pelas sentenças iterativas e uniformes do Supremo Tribunal Federal.

A administração Prudente de Moraes seguiu a trilha do seu predecessor.

Sob o governo Campos Sales temos na mesma direção: a circular expedida, com o n.º 64, no 1.º de dezembro de 1899, anulando a circular anterior, n.º 15, de 30 de novembro de 1895; a ordem n.º 73, da diretoria de contabilidade, em 14 de dezembro de 1901, mandada expedir por aviso da mesma secretaria de Estado; os avisos lavrados no Ministério da Justiça, pelo Sr. Sabino Barroso, em 10 de setembro e 23 de outubro de 1901.

O governo Rodrigues Alves assinalou, no assunto, a sua adesão ao rumo estabelecido com a mensagem que en-

dereçou ao Congresso em 17 de julho de 1905, a cuja doutrina aquiesceram, ambas unânimes, as comissões de Finanças numa e noutra casa, dando lugar ao decreto legislativo n.º 1.465, de 8 de janeiro de 1906, e a consignação da verba para o seu cumprimento anual no orçamento desse ano.

O presidente Afonso Pena firmou a sua solidariedade com as precedentes na mensagem de 17 de abril de 1907, estribada numa exposição do marechal Hermes, então ministro da Guerra.

Chegando, enfim, ao govêrno deste, nêle, em um aviso do ministro atual da Justiça, dirigido ao Ministério da Fazenda e estampado no *Diário Oficial*, de 28 de setembro de 1911, encontramos francamente adotada a lição que não vê acumulações remuneradas senão quando existe contemporaneidade no exercício de mais de um cargo pelo mesmo cidadão.

Tratava-se dos ordenados de um juiz de direito em disponibilidade, os quais se lhe não negavam, havia anos, a pretexto de estar êle servindo como procurador geral no Paraná. Pois bem: neste ato, o ministro do Interior, o Sr. Rivadávia, declara ao seu colega do Tesouro que, “de acôrdo com a doutrina firmada pelo Ministério da Justiça, e à vista de diversas decisões do poder judiciário, não há, no caso, acumulação remunerada, nos têrmos do art. 73 da Constituição e, em tais condições, não há motivo para que deixem de ser pagos ao dito juiz os seus ordenados”.

Que é, pois, que faltarâ, para dar à geral aceitação desta evidência a consagração da unanimidade?

Não importa a exceção da presidência Deodoro. Esse govêrno chegou até à dissolução do Congresso. Vejam, pois, aonde iremos ter, se o admitimos por autoridade em matéria de teorias constitucionais. E, depois, se lhe acolhermos a hermenêutica, a respeito do art. 73, fôrça então seria admitirmos as disposições do projeto votado, ampliando-lhe o circuito restrito até os montepios.

Até o consultor geral da República, espécie de conselho de Estado numa só cabeça, teve de alumiar, há anos, com o seu farol, as incertezas da controvérsia, e não descobriu ponto contestável na doutrina firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

De maneira que, sem dissidência, nem descontinuação, a justiça, o parlamento, o governo, a ciência oficial, a doutrina dos juristas, a voz das academias, o sentimento da imprensa, tudo, nestes vinte anos, tem estado sempre de acôrdo em rejeitar da alçada primitiva do art. 73 as acumulações de vencimentos de exercício com as pensões de inatividade.

Ora, desde que me entendo, fiz conhecimento com um velho axioma, tão velho quanto a jurisprudência e o direito, segundo o qual o melhor intérprete das leis é o costume: *Optima legum interpres est consuetudo*.

Na hipótese, o costume é coevo das origens da lei interpretada, é constante, ilibado, universal, e vem carimbado com o cunho da suprema autoridade do colégio dos pontífices da Constituição, instituído para dizer a última palavra sobre a sua verdade, apurar-lhe os dogmas, e os declarar, sentir-lhe a pureza, e esclarecê-la, defini-la, consagrá-la.

É, pois, o costume na sua expressão mais alta, mais sólida, mais cabal, mais perfeita, mais inviolável, o costume enunciado por todos os órgãos da autoridade e sustentado em tôdas as expressões da vida jurídica: o costume, a um tempo, judiciário e legislativo, administrativo e forense, oficial e doutrinal, o costume onímodo, completo, soberano.

— Quer V. Ex.^a dizer que o costume, aqui, faz a lei? A lei era, talvez, obscura, deficiente, incompleta. Veio então o costume e a esclareceu, a expandiu, a completou.

— Não. O que até aqui levo dito, já sobeja, para mostrar que, neste caso, o costume não veio substituir ou suprir a lei, mas confirmá-la, dar-lhe a posição de luz, a boa exposição, em que a tela se deixa ver na harmonia de sua verdade. O texto é suficiente e límpido. Da sua simplicidade brotou a interpretação, como da rocha, no cristal correntio, a linfa nativa.

A redação do art. 73, disse o consultor geral da República, no parecer a que, não há muito, me referi, “a redação do art. 73 é elítica, “mas não obscura”. Acumulações de quê? Está visto que *de funções remuneradas*”.

O Dr. PIRES E ALBUQUERQUE, no julgado em que ainda agora falei com a homenagem devida à sua proficiência e integridade, adverte bem nessa transparência a precisão do texto caluniado pelos sofistas.

“No caso”, pondera êle, a “remuneração está de tal modo associada ao *emprego ou função* pública, que *ninguém se lembrou jamais de violá-la* na interpretação do art. 73. Não se compreende mesmo que o legislador constituinte tivesse tido a intenção de abstrair desta última, para, esquecendo a regra pela exceção, cogitar dos aposentados, jubilados, reformados e dos que, por serviços extraordinários, viessem a merecer uma pensão. No régimen actual são êstes os únicos, que recebem *remuneração* dos cofres públicos, sem terem *emprego ou função pública*”.

— Mas pode V. Ex.^a mostrar-nos como é que da redacção do art. 73 resulta essa *evidência*?

— Fácilmente. Ela emana do texto directa e sensivelmente, como das palavras adequadas o pensamento, que elas significam.

Leiamos juntos o art. 73.

Como se exprime êle?

Os cargos públicos, civis ou militares, são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, *porém, vedadas as acumulações remuneradas*.

Neste período temos, como se vê, uma só oração principal, com duas subordinadas.

Principal: Os cargos públicos, civis ou militares, são acessíveis a todos os brasileiros.

Primeira subordinada: Observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir.

Segunda: Sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas.

A oração principal determina, individua e limita o objeto do artigo, o qual vem a ser os *cargos públicos*, que ela declara *acessíveis a todos os brasileiros*. Consiste, pois, a intenção capital do artigo, resumido nesse período, em assegurar a *todos os brasileiros* o acesso aos *cargos públicos*.

Claro está que, se a matéria dos outros dois membros não concernisse aos *cargos públicos*, o redator do texto não a distribuiria em duas proposições subordinadas; fecharia o período, e consignaria noutras duas orações principais, noutras duas cláusulas independentes, essas outras idéias.

Ligando-as, porém, ao contrário, mediante um vínculo de sujeição direta à primeira oração, e reduzindo-as, gramaticalmente, à situação inferior de complementos, quis o legislador constituinte pôr em claro que aos *cargos públicos*, e só a êles, dizem respeito as três orações sucessivas.

Só na primeira se fala, declaradamente, em *cargos públicos*. Mas, pela relação de imediata e absoluta dependência, em que para com aquela estão a segunda e a terceira, óbvio e incontestável se torna que os *cargos públicos*, assunto exclusivo da primeira, são, também, o exclusivo assunto das outras.

Tôdas três entendem com os *cargos públicos* e o seu exercício por brasileiros.

A primeira, para instituir que os *cargos públicos* são acessíveis a todos os brasileiros.

A segunda, para limitar essa regra, prescrevendo que (os *cargos públicos*) não serão acessíveis aos brasileiros, senão observadas as condições de capacidade especial.

A terceira, para acrescentar nova restrição à mesma regra, estatuinto que, ainda satisfeitas as condições de capacidade especial, não serão admitidas (entre os *cargos públicos*) as acumulações remuneradas.

Na idéia de cargos públicos está o pensamento das três sentenças convergentes.

Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros.

Mas os *cargos públicos* são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade legal.

Isso, porém, sendo vedadas, no acesso aos *cargos públicos*, as acumulações remuneradas.

É como se, invertendo a posição das três orações, rezasse o texto:

“Vedadas as acumulações remuneradas e observadas as condições de capacidade especial, os *cargos públicos* são acessíveis a todos os brasileiros”.

Com a expressão material, com a expressão gramatical, com a expressão literal do texto, chegamos, assim, à certeza que são unicamente *dos cargos públicos as acumulações remuneradas* ali defesas.

É *cargo público* a aposentadoria? a jubilação? a disponibilidade? a pensão?

Ninguém, no uso da sua razão, o ousaria dizer.

Logo, nenhuma dessas noções cabe na oração inicial do art. 73; porquanto aí *explicitamente* se trata só dos cargos públicos, declarando-os acessíveis a todos os brasileiros.

Caberá na segunda oração?

Não; porque esta manda sejam *observadas as condições especiais de capacidade legal*. Alguém se atreveria a sustentar que haja *condições de capacidade* para as jubilações, aposentadorias e pensões, quando tôdas essas situações jurídicas se reservam e pelo contrário, justamente, à inatividade, à invalidez, à *incapacidade*?

Logo, se nem no primeiro, nem no segundo membro do art. 73 se alude senão ao *exercício de cargos* — um terceiro membro, com êsses gramaticalmente entrelaçado num só período, não havendo o menor indício de mudança no assunto, não se pode figurar que se trate senão, igualmente, do *exercício de cargos*, quando aí se fala em *acumulações remuneradas*.

São concepções, que se contradizem, e mutuamente se excluem essas duas. *Exercício de cargos públicos* importa e significa *atividade*. Mas *inatividade*, pelo contrário, é o que se encerra e traduz na jubilação, na aposentadoria, na disponibilidade, na pensão.

Como admitir, pois, que, sendo o art. 73 um composto orgânico de três proposições conexas e interdependentes (como o seu próprio aspecto literal está evidenciando), se a primeira e a segunda regem só as situações de *atividade* nos cargos, a terceira, diversa e contrariamente, se ocupe com as hipóteses de *inatividade*, sem uma palavra que nos dê rebate dessa transição violenta entre os dois conceitos diametralmente opostos?

Mas, ainda quando fôsse menos translúcida a expressão verbal dêste texto, não se lhe podia enxergar outro.

pensamento. Não se podia decerto: porque não é lícito interpretar a lei de modo que ela desalinhe, ou tresleia.

O cidadão, que a lei aposentou, jubilou ou reformou, assim como o a que ela conferiu uma pensão, não recebe êsse benefício, a paga de serviços que esteja prestando, mas a retribuição de serviços *que já prestou*, e cujas contas se liquidaram e encerraram com um saldo a seu favor, saldo reconhecido pelo Estado com a estipulação legal de lho amortizar mediante uma renda vitalícia, na pensão, na reforma, na jubilação, ou na aposentadoria.

O aposentado, o jubilado, o reformado, o pensionista do Tesouro são credores da nação, por títulos definitivos, perenes e irretratáveis.

Sob um regímen, portanto, que afiança os direitos adquiridos, santifica os contratos, submete ao cânon da sua inviolabilidade o poder público, e, em garantia dêles, adstringe as leis à norma tutelar da irretroatividade, não há consideração de natureza alguma, juridicamente aceitável, moralmente honesta, socialmente digna, logicamente sensata, pela qual se possa autorizar o Estado a não honrar a dívida, que com êsses credores contraiu, obrigação que para com êles firmou.

A aposentadoria, a jubilação, a reforma, são bens patrimoniais, que entraram no ativo dos beneficiados, como renda constituída e indestrutível para tóda a sua vida, numa situação jurídica semelhante à de outros elementos da propriedade individual, adquiridos, à maneira de usufruto, com a limitação de pessoas, perpétuos e intransferíveis.

Na espécie das reformas, jubilações ou aposentadorias, a renda assume a modalidade especial de um crédito contra a fazenda; e, por isto mesmo, a esta não seria dado jamais exonerar-se dêsse compromisso, essencialmente contratual, mediante um ato unilateral da sua autoridade.

Valer-se da sua situação privilegiada, para, devedor, por êsse convênio solene, a indivíduos que acontece estarem, ao mesmo tempo, como funcionários, na condição de seus dependentes, lhes negar o salário das suas funções, a pretexto de que já lhes entra para o bôlso com as prestações daquele contrato, seria cometer, pelas mãos do poder legislativo, uma extorsão tão desonrosa como a dos tratan-

tes graduados, que, fiados no seu poderio e grandeza, não saíam o que devem, por contarem com a irresponsabilidade para calotear livremente.

Se na consciência dos homens se não houvesse embotado a percepção moral, o sentimento dos mais ordinários deveres, não nos veríamos obrigados a fazer passar por uma demonstração em regra estes rudimentos de intuição vulgar. É um dos frutos da época e um dos seus piores sintomas. O legislador perdeu o senso da evidência e da justiça, da lisura e da probidade.

— Mas acha V. Ex.^a que todo êsse raciocínio se aplica igualmente ao caso das pensões?

— Não sofre dúvida. Quando o poder público outorga uma pensão, é por entender que *a deve*. Aos funcionários galardoa o Estado, com a jubilação, a aposentadoria, ou a reforma, longas séries de anos de serviço ordinário. Aos funcionários ou não funcionários gratifica certos serviços de ordem e valor especial com as pensões. Estas, nos governos absolutos, são mercê do arbítrio soberano. Mas, nos governos de legalidade, representam a gratidão pública ao merecimento de cidadãos notáveis, aos benefícios deles recebidos pela comunidade.

Sua origem está no sentimento social da equidade, e não no direito estrito. Mas entram na região do direito estrito, uma vez concedidas. Até o ato de se operar a liberalidade, não há nada, que a ela obrigue o doador. Mas, consumada que seja a doação, tornou-se donatário, pelo direito rigoroso dos contratos, senhor da coisa doada, com título para a reivindicar.

Vamos a um crédito prático, pondo exemplo num caso eloquente.

Ao barão do Rio Branco, pelo bom êxito da nossa defesa em duas reivindicações de território nacional, doou a República, além de uma gratificação em dinheiro, uma pensão mensal de dois contos de réis. Pois bem. Se êle ainda vivesse, e continuasse a ser ministro, teria, agora, de perder, enquanto o fôsse, o benefício da sua pensão. Porque o projeto, no art. 1.^o, determina que, em aceitando um cargo, perderá o funcionário a pensão percebida, *a qualquer título, dos cofres federais*.

Em vão observaria êle a êstes singulares legisladores:

— Se a minha pensão representa os meus serviços *de outrora* nos pleitos do Amapá e das Missões, com que direito ma subtraem, quando, chamado a ser ministro, venho, nesta qualidade, prestar ao Estado, hoje, *novos* serviços? Pois, se êstes são uma coisa, e aquêles outra; se êstes se me retribuem com o ordenado, e aquêles com a pensão, como é que cessarei de merecer a pensão, por começar a vencer o ordenado? Que tem a gratificação dos meus *antigos* serviços com a remuneração dos meus serviços *atuais*? São duas obrigações distintas e sucessivas, que o Tesouro Nacional contraiu. Onde se viu que, por incorrer na segunda, se exonerasse da primeira?

A estas apóstrofes lhes não poderiam responder senão encolhendo os ombros, e ou o país havia de renunciar aos serviços do reclamante, ou êste se havia de resignar a ser fraudado em nome da lei, se já não houvesse juizes no Brasil, para nos guardarem das leis arbitrárias, extorsivas e desastradas.

Mas... ponto por hoje, e da primeira vez espero acabaremos de liquidar o assunto.



IV

SANÇÃO OU VETO ? SILÊNCIO IMPORTA SANÇÃO. PASSA-SE À SEGUNDA QUESTÃO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. A PRÓPRIA LETRA CONSTITUCIONAL AS AUTORIZA.

Ainda uma vez, ontem, a *Gazeta* foi procurar o eminente senador RUI BARBOSA, na sua aprazível residência de verão. Levávamos à presença do egrégio brasileiro o desejo de ouvir a palavra autorizada do Mestre sobre a debatida questão das desacumulações.

Com a distinção de sempre, recebeu-nos o ilustre homem público, que conosco manteve a seguinte palestra :

— No correr da nossa entrevista precedente, mostrou V. Ex.^a que a fórmula, adotada pelo texto constitucional, de “acumulações remuneradas” não quer dizer o que lhe imputaram no projeto pendente da sanção.

Acredita V. Ex.^a que o presidente lha dê ? Ou, para se furtar de todo a responsabilidade, não sancionando, nem vetando, abraçará o meio termo de abster-se, deixando correr os dez dias, no espaço dos quais lhe cabe exercer a sanção ou o veto ?

— Que fará o presidente, não sei. Ver-se-á empuxado entre as três influências opostas, uma para o veto, outra para a sanção, outra para o terceiro alvitre, e acabará, talvez, optando pela menos justa.

Mas o que aqui releva advertir, para atalhar um equívoco por aí corrente, é que mal enganados andam em considerar como refúgio contra qualquer responsabilidade o arbítrio de deixar correr sem veto nem sanção os dez dias constitucionais.

Imaginam que, procedendo assim, transfere de si o presidente da República ao presidente da Câmara, ou do Senado, a responsabilidade atual dessa função.

Erro palmar. O art. 73, § 1.º, da Constituição taxa ao presidente da República dez dias, para negar sanção, se o houver por bem, aos projetos aprovados no Congresso Nacional. Mas, acrescenta, em seguida, no § 2.º, que “o

silêncio do presidente da República no decêndio importa a sanção”.

O silêncio do presidente da República nos dez dias, portanto, constitui “uma das formas da sanção”. Esta é “formal”, ou “tácita”: formal, quando se outorga expressamente; tácita, quando se opera mediante o silêncio do presidente da República nos dez dias.

Neste último caso, a intervenção do presidente da Câmara ou do Senado não o envolve na matéria da sanção, não lhe impõe, quanto a esta, responsabilidade nenhuma. O presidente daquela das duas casas do Congresso, onde o projeto acabou a sua gestão parlamentar, se limita a “promulgá-lo”. A sanção já estava dada pelo silêncio do chefe do Estado.

O presidente da Câmara ou do Senado apenas efetua “a promulgação” (art. 30), mera solenidade autenticativa, consumada “automaticamente” por um ato necessário da autoridade, a quem a Constituição “o ordena”, e destinada a certificar, de um modo específico, aos interessados, que a deliberação do Congresso Nacional, “tácitamente sancionada pelo presidente da República”, se converteu em lei.

Não se iluda, pois, o marechal com as reticências e rodeios dos que lhe disputam a vontade. O nosso direito constitucional só lhe deixa eleição entre duas responsabilidades: sancionar, ou vetar.

“Em não votando”, “terá sancionado”. Que o faça explícita ou caladamente, nada importa, desde que o preceito constitucional o avisa de que o seu silêncio importa a sanção.

— Na verdade, não há que redargüir. E era bem conveniente desmanchar êste equívoco, para governo do presidente e orientação do público.

— Mas, tornemos ao fio do assunto.

A análise do art. 73 elimina da sua alçada as remunerações não correspondentes ao exercício atual de funções.

Se a lei constitucional tivesse em mente as “remunerações”, teria dito, buscando a redação natural dessa idéia, não “sendo vedadas as acumulações remuneradas”, como diz, mas: “Sendo vedada a acumulação de remuneração”.

Em “acumulações remuneradas”, evidentemente o adjetivo — *remuneradas* não é a designação “do objeto que se veda”, mas a qualificação dêsse objeto.

O objeto são as *acumulações*. Mas, como o tecido verbal da cláusula nos não revela “de que sejam as acumulações vedadas”, temos de o procurar no resto do período, na parte anterior do artigo, na proposição dominante do seu texto. E, como a matéria dêste são os *cargos públicos*, de cuja necessidade aos cidadãos brasileiros ali se trata, basta saber ler, para ver que, se não forem *de cargos públicos*, as acumulações não são as vedadas por essa disposição constitucional.

A conjunção *porém*, que endenta a última oração do texto na sua proposição inicial, ainda imprime a essa dependência maior relêvo. Depois de estatuir que “os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial”, embebe o legislador constituinte a oração imediata na anterior, por meio da advertência, que assinala a subordinação de uma à outra: “sendo, *porém*, vedadas as acumulações remuneradas”.

É como se estivesse redigido: sendo vedadas as acumulações remuneradas dos “mesmos cargos”. Desta enunciação pleonástica, desta redundância ociosa e inelegante fugiu, com acêrto, a linguagem constitucional, evitando a repetição inútil, mediante a conjunção restritiva.

Restritivo se chama o *porém*, ali usado; porque a sua função consiste em *restringir*, com a frase onde entra, o sentido, o alcance, a extensão ao enunciado anterior. Logo, se o enunciado anterior se circunscrevia aos *cargos públicos*, o que a restritiva subsequente faz, é modificar, na última cláusula do texto, o objeto da precedente, vedando, *quando se tratar de cargos públicos*, as acumulações remuneradas.

Consequentemente, se a jubilação não é *cargo*, se cargo não é a aposentadoria, a reforma, a disponibilidade, a pensão, — o pensionista, o funcionário em disponibilidade, o reformado, o aposentado, o jubilado, que nenhum cargo exercem, não incorrem na interdição do art. 73, quando algum cargo assumirem.

Esta questão, pois, está esgotada.

— Qual vem a ser, então, a seguinte ?

— Apurado que o art. 73 só alude a *cargos* ou *funções*, e que só existem acumulações vedadas, quando sejam de *funções* ou *cargos*, resta saber se todos os cargos, tôdas as funções incorrem nesta regra proibitiva.

Dir-se-ia, à primeira face, que sim; visto como o texto não apresenta, declaradamente, exceção.

Mas, nem tôdas as disposições *gerais* são *absolutas*. Em muitas, indefinidamente amplas no seu contexto, há reservas incontestáveis, que decorrem da natureza mesma das regras estabelecidas.

Desta verdade, elementar em hermenêutica, se experimenta a relevância, principalmente no domínio das leis constitucionais. Ai, sobretudo, é que o *espírito* do ato legislativo domina a sua letra.

Não me faltariam oráculos, com que demonstrar até à saciedade esta proposição trivial, se estivéssemos aqui arrazoando a causa dos prejudicados. Disso, porém, *non est hic locus*.

Mas quero-lhe dar a ver, com a simples evocação de uma grande autoridade, a importância desta norma jurídica naquele, dentre todos os países, onde a ciência da interpretação constitucional tem tido a sua maior expansão: os Estados Unidos.

Na história da sua Suprema Côrte, um dos juizes que tem deixado memória de mais longos e assinalados serviços, é JOHN MARSHALL HARLAN, cuja carreira se encerrou pela morte, há pouco mais de um ano. Naquele tribunal julgou êle durante trinta e quatro anos, tantos quantos os do seu glorioso homônimo na primeira metade do século passado.

Quando os advogados ante a Suprema Côrte se reuniram, para lhe comemorar o passamento, o presidente da assembléia, relembrando os feitos mais notáveis dessa vasta existência judicial, apontou como a culminação da sua celebridade o voto dissidente de HARLAN, nos *Civil Rights Cases*. Dêsse voto disse uma das maiores sumidades forenses americanas, ROSCOE CONKLING, ser “o maior dos julgados, pela sua ciência, patriotismo e senso político, na história de todos os tribunais conhecidos” (*Cases argued*

in the Supreme Court of the U. St. L. Ed., vol. 56. Apend. I, pág. 1.274).

Pois bem: é aí que esse grande magistrado nos diz: "Não posso resistir à conclusão de que a substância e o espírito das emendas recentes à nossa constituição têm sido lesados pela sutileza e requinte de uma crítica literal. O que constitui "a lei, não são as suas palavras, mas o seu íntimo sentido". A letra da lei vem a ser o seu corpo. O espírito que a anima, está no seu sentido e na sua razão: *in his sense and reason*. (*Ib.*, pág. 1.288.)

Ainda na interpretação das leis ordinárias se rende constante homenagem a esta necessidade inerente à natureza de tôdas as fórmulas humanas; porque, até agora, se não descobriu meio de exprimir, nos textos legislativos, tudo o que eles devem conter, e pretendem resolver

Quanto mais no interpretar de uma carta política, onde o trabalho de condensação, levado ao extremo, ocasiona deficiências inevitáveis e, por outro lado, o caráter desse instrumento, exigindo-lhe, sob a sua aparente rigidez, uma elasticidade, que o acomode à evolução do organismo nacional, obriga os seus redatores a legislar, no contexto da sua trama, por meio de largas sínteses e altas generalidades.

Essa doutrina dos *poderes implícitos*, a que, não há muito, aludia, no Senado, um dos seus mais grados membros, com desdém e ironia, é substancial à essência de tôdas as constituições, por mais liberais, democráticas e restritivas que sejam, por mais vigilantes nas suas garantias, mais individuativas nas suas enumerações, mais analíticas nos seus sistemas.

No mais recente dos tratados sobre a constituição americana, um dos seus mais acreditados explanadores contemporâneos repete esta noção elementar: "Conquanto o governo federal seja um régimen de poderes *enumerados*, tais poderes não se descrevem pelo miúdo (*in detail*), e desde as suas origens se tem interpretado que esse governo possui não só os poderes que declarada e especificadamente lhe são outorgados, senão também os não expressos, mas necessários e convenientes ao exercício eficaz dos poderes expressos".

Estas palavras são de WILLOUGHBY, no livro que os senhores aqui estão vendo, *The Constitutional Law of the United States*, dado a lume, há dois anos, em Nova York, a págs. 54 do seu primeiro volume.

Ora, a teoria dos poderes implícitos não é senão um dos casos da norma geral, sob cujo império se entende, como se entendeu sempre, que, nas melhores leis, sobretudo nas da espécie *leis constitucionais*, há, necessariamente, elementos "*implícitos*", vontades implícitas, disposições implícitas, implícitas restrições, que a índole e o intuito dessas leis nos revelam através dos seus textos, às vezes mesmo dos aparentemente mais estritos.

Nem entre nós se trata, aqui, de uma dessas lições, cuja contestabilidade as remove para as fronteiras indecisas da ciência do direito, para a região das matérias opinativas. Não. Nos próprios textos da nossa constituição está declarado muitas vezes que, acima da sua letra, lhe paira o espírito e que, além do seu direito expresso, lhe compõe a urdidura o seu direito *subentendido*, ora ampliando, ora limitando as normas explícitas do sistema.

No art. 34, n.º 32, por exemplo, se investe da mais ampla autoridade o Congresso Nacional, para "decretar as leis e resoluções necessárias ao exercício dos poderes que pertencem à União". É em uma disposição análogamente indefinida e redigida análogamente que a doutrina dos poderes implícitos estriba no direito constitucional americano. O art. 34, n.º 33, da constituição brasileira espelha e traduz o artigo 1, seq. 8.ª, cláusula 18, da constituição dos Estados Unidos.

Logo após, no art. 35, n.º 1, a constituição atual incumbe o Congresso, bem que não privativamente, de "velar na guarda da constituição e das leis", e providenciar sobre as "necessidades de caráter federal". É outra generalidade legislativa, em cuja imensa extensão se espraia todo um mundo, indeclarado e impreciso, de atribuições que se não enumeram, por serem inumeráveis. O reino das faculdades implícitas encontra aqui um dos seus latifúndios mais largos e indemarcados.

Ao diante, no art. 65, n.º 2, o legislador constituinte não hesitou em dar à teoria das investiduras implícitas na organização republicana uma consagração *formal*, de-

clarando que aos Estados é facultado, em geral, todo e qualquer poder, que lhes não fôr negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da constituição.

Não menos interessante, pela perspectiva das consequências jurídicas, a que nos conduz e pelo seu alcance no que toca a esta demonstração, o art. 78 assenta que “na especificação das garantias de direitos expressos na constituição “não exclui outras garantias e direitos não enumerados”, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”, abrindo, assim, um dilatado e indefinido círculo de importantes direitos e garantias legais, por cuja função debalde se revolveria até aos mínimos escaninhos o texto constitucional, mas que, não obstante, nêle se contêm, ou dêle emanam como indicações e derivações da superioridade necessária do espírito sobre a letra da vida orgânica das grandes leis propostas à existência das nações.

Enfim, traçando ainda outro campo, e não estreito, ao ramo das normas inexpressas em matéria constitucional, o art. 83 dispõe que “continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regimen, no que, explícita ou *implicitamente*, não fôr contrário ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados”.

É, portanto, o legislador constituinte mesmo quem, pelas declarações mais incisivas, deixa estabelecido que, debaixo da câmara exterior, sob os textos visíveis da constituição explícita, se estende e desenvolve, com a mesma autoridade, a constituição *implícita*, reconhecida e sancionada por aquela mesma série de memoráveis consagrações.

Não há dúvida que desta verdade se pode abusar. Mas nem por isso deixa ela de ser verdade. Da própria evidência matemática, dos números e fórmulas que a servem, até da palavra de Deus, se utiliza a malícia humana; e nem por estarem expostas a essa contingência, cessam elas de ser o que são, ou valer o que valem. Contra este risco não está mais seguro o direito *explicito* do que o *implícito*. “Não pode haver interpretação genuína de texto algum”, diz LIEBER, na sua *Hermenêutica*, “sem boa-fé e consciên-

cia. Mas isto se verifica especialmente com respeito à política; pois nenhuma sabedoria humana seria capaz de inventar um instrumento constitucional, cuja interpretação não se possa torcer, com tal arte que dela extraíam o contrário do estabelecido nos seus textos e princípios fundamentais". (Pág. 170.)

Se, portanto, em matéria de interpretação, mormente de interpretação constitucional, a letra não se pode separar do espírito, a letra não o exclui, a letra o pressupõe, óbvio é que, ainda quando um texto assuma a côr de *universalidade*, cabe sempre examinar se da mesma índole do seu conteúdo, ou das suas relações com os textos que a cercam, na lei onde concorrem, lhe não resulta, interiormente, alguma explanação ou modificação do sentido superficial.

Porque a nossa Constituição declara "vedadas as acumulações remuneradas", de pronto aí concluem não ser possível "acumulação remunerada, que não esteja vedada".

Ainda há poucos dias, um dos nossos mais bem redigidos órgãos de publicidade, retratando-se das simpatias com que, a princípio, acolhera o projeto eliminatório das acumulações, reduzia a verdade constitucional sôbre o assunto à sucinta regra de uma lei, disse: "Nenhum funcionário poderá exercer, simultâneamente, dois empregos públicos".

Mas, ainda recolhida a êstes limites, a teoria radical no concernente às desacumulações está longe de ser admissível.

Primeiramente, nem sempre a fisionomia de absoluta, a expressão de universalidade, apresentada por um texto legal, o exime a restrições, consideráveis às vêzes e graves, na inteligência das suas divisas reais.

— Poder-nos-á V. Ex.^a mostrar, na Constituição, outros textos, com que isto aconteça?

Aí têm os senhores o texto, que no art. 11, § 3.º, veda aos Estados e à União "prescrever leis retroativas". Não é geral? Não é radical esta proposição? Não é *universal*? Não recusa ação retroativa a tôda e qualquer lei imaginável?

Dir-se-ia que sim. Ainda outro dia, um dos nossos jurisconsultos, ouvido sôbre as desacumulações, lhe dava a qualificação de "absoluto categórico".

Pois absoluto categórico será, mas não sem fronteiras. A enunciação do texto oferece o aspecto de uma universalidade, excluindo, sem exceção, as leis retroativas. Todavia, é inquestionável que muitas leis, e leis importantíssimas, gozam, constitucionalmente, de retroatividade.

Embora destacada para o art. 11, por amor do método, no intuito de formar corpo, em um só texto, com as outras proibições comuns aos Estados e à União, a interdição das leis retroativas pertence, especialmente, à nossa declaração constitucional dos direitos do indivíduo. Era este o seu lugar na Constituição do Império, onde, entre as trinta e cinco garantias ali enumeradas no art. 179, tinha a honra de ser a terceira. Já existia, pois, havia sessenta e seis anos, no direito político brasileiro, quando o nosso 89 a reeditou na Constituição republicana. Nesta, pois, se há de entender como inspirada no mesmo pensamento e destinada aos mesmos efeitos que sob a nossa Constituição anterior.

Ora, essa Constituição a bebeu na doutrina e jurisprudência de todos os povos livres sobre a irretroatividade das leis; e, definida assim, não é senão a égide inviolável do direito adquirido, em matéria civil, penal e constitucional. As leis que o anularem, o alterarem, o contrariarem, o desconhecem, o ferirem, essas, e tão-somente essas, são as leis, cuja retroatividade a Constituição obsta. Mas, se, em vez de piorar a condição do direito individual, a lei nova a melhora, amplia, ou favorece, a essa lei não se pode, em nome da Constituição, negar retroatividade.

Uma lei, por exemplo, que diminua os recursos judiciais da defesa, cairá sob a proibição constitucional. Uma lei que os alargue, não cairia.

Se a lei agrava as penas de um delito, não seria lícito aplicá-la aos delitos desse gênero antes dela cometidos. Então, incorreria na retroatividade proibida. Mas, se, ao contrário, reduzisse a penalidade, essa lei, não obstante o preceito geral da irretroatividade, é a que se aplicaria aos delitos dessa espécie antes dela perpetrados, mas ainda não julgados.

O art. 81, § 1.º, da Constituição, instituindo, em benefício dos condenados, a revisão, pelo Supremo Tribunal, dos processos criminais, estipula que uma lei marcará

os casos desse recurso. Suponhamos que a lei, de futuro, os diminua. Essa lei não tem retroação. Figuremos, pelo contrário, que a lei aumente o número desses casos. Essa lei tem de ser retroativa.

Querem outros exemplos?

— Por que não? Lá diz o rifão latino que *quod abundat non nocet*.

— No mesmo art. 11, § 2.º, recusa a Constituição da República aos Estados e à União o direito a “embaraçar o exercício dos cultos religiosos”. A proposição é, igualmente, universal: abrange *todos* os cultos. Mas, se os cultos forem imorais, anárquicos, desumanos, se fôr o culto mormon, com a sua poligamia, se fôr o culto da deusa Kall, com o seu rito homicida, se forem certos cultos selvagens, com o seu sacerdócio de feiticeiros e as suas superstições brutais, quem ousará negar ao Estado o direito de os tolher, quem os não considerará excetuados à disposição constitucional, que autoriza e assegura a liberdade a todos os cultos?

Veja-se o art. 72, § 24, onde se declara “garantido o livre exercício de qualquer profissão, moral, intelectual e industrial”. Se lhe não sujeitarem a letra *ao espírito*, iremos até os extremos da ultraliberdade profissional, não teremos o direito de pôr limites às explorações da charlatanaria e à ganância malfazeja dos incapazes, sere-mos obrigados mesmo a acabar com a fiscalização sanitária, com os regulamentos policiais, com o código penal, visto como com tôdas essas restrições é incompatível “o livre exercício”, se aceitarmos esta fórmula na plenitude absoluta da sua letra.

Veja-se, ainda no art. 72, o § 12, pelo qual “não é permitido o anonimato”. Se com a radical aplicação desta medida, se a não entendermos, obedecendo à intenção, e temperando a letra do texto, um Congresso reacionário tais vexames contra os jornais poderia engendrar e acumular, que burlasse a cada passo a liberdade constitucional da imprensa.

Outras espécies, da mesma natureza, poderia eu continuar a trazer à colação. Mas já não quero argumentar

com a doutrina geral, nem com o subsídio exemplificado de textos alheios ao ponto debatido.

Agora é com a própria *letra* da Constituição que vou dar as minhas provas, e com a letra da Constituição *justamente na matéria das acumulações remuneradas*.

— Há, então, na Constituição atual, além do art. 73, outros textos, onde se disponha sobre “acumulações remuneradas”?

— Certo que os há, e positivos, frisantes, concludentes. Ninguém, contudo, ainda os viu, neste debate, ninguém os mencionou, a eles nem sequer houve quem aludisse. E, entretanto, lá estão eles, declarados e precisos, desmentindo abertamente a teoria de que a Constituição proíba *tôdas* as acumulações de cargos remunerados.

Se no art. 73 se achassem proibidas *tôdas* as acumulações de cargos públicos remunerados, *tôdas*, como se quer, *tôdas* como se blatera, *tôdas* como se dá por óbvio, palpável e incontroverso — claro está que, sendo cargos públicos as funções de ministros de Estado, vedada se acharia, *pelo disposto nesse artigo*, a acumulação dessas com outras funções públicas.

Para isso não necessitaria, pois, a Constituição de outro texto, de um texto especial, como o que inscreveu no art. 50, princípio, consagrado a determinar que *os ministros de Estado* “não poderão acumular o exercício de outro emprego ou função pública”.

O art. 50 da Constituição não se explica senão — ou supondo que pelo art. 73 não são defesas *tôdas* as acumulações de cargos remunerados, — ou vendo no art. 50, onde se veda a acumulação dos cargos de ministro de Estado com outros, uma redundância, um pleonasmo jurídico, uma inutilidade. Mas, como dizem os mestres da hermenêutica, o julgador não deve, senão quando lhe fôr de todo impossível, considerar inútil cláusula alguma, uma palavra que seja, da lei escrita: “It is the duty of the courts to give effect, if possible, to every of old of the written law”. (BLACK: *Constitution*, pág. 83).

Logo, só nos poderíamos resignar a ver no artigo 50 uma repetição do art. 73, se nos não fôsse possível entender

o art. 73 de modo que coexista, sem superfluidade, com o art. 50. Ora, essa coexistência já não encontra semelhante embaraço, em se reconhecendo que o art. 73 não exclui tôdas as acumulações de cargos remunerados.

Esta, conseguintemente, vem a ser a conclusão, que se impõe. Não sendo universal a disposição do art. 73, aos casos abrangidos na sua generalidade, sujeita a execução, o art. 50 adiciona um caso especial.

Mas êsses ainda não são os elementos decisivos do texto constitucional, para mostrar que *a letra* da constituição autoriza *formalmente* acumulações “de cargos públicos remunerados”.

Decisivas neste sentido são as disposições do art. 23.

Estejam os senhores comigo, e leiamos juntos êsse artigo todo.

O que êle nos diz, é, nem mais nem menos:

Nenhum membro do Congresso, desde que tenha sido eleito, poderá celebrar contratos com o poder executivo, nem dêle receber comissões ou *empregos remunerados*.

§ 1.º Excetuam-se desta proibição :

1.º As missões diplomáticas;

2.º Os cargos de acesso e as promoções legais.

§ 2.º Nenhum deputado ou senador, porém, poderá aceitar nomeação para *as missões, comissões ou comandos*, de que tratam os ns. 1 e 2 do parágrafo antecedente, *sem licença da respectiva câmara, quando da aceitação resultar privação do exercício das funções legislativas*, salvo nos casos de guerra, ou naqueles em que a honra e a integridade da União se acharem empenhadas.

Demos-lhe atenção, e veremos que êste complexo texto se decompõe em cinco proposições.

1.º) Nenhum membro do congresso poderá receber do poder executivo *comissão ou emprego remunerado*.

Eis a regra.

Mas (é a exceção):

2.º) Por exceção a esta proibição, os membros do congresso poderão receber *comissões ou empregos remunerados*, se êstes ou aquelas forem missões diplomáticas, ou comissões e comandos militares.

Porém, (é a condição):

3.º) Essas missões, comissões ou comandos, não poderá o deputado ou senador aceitar sem licença da res-

pectiva câmara, quando dêles “ressaltar privação do exercício das funções legislativas”.

Logo (é a consequência):

4.º) Quando o deputado ou senador possa exercer a missão diplomática, o comando, ou a comissão militar (evidentemente remunerados) sem privação “do exercício” das funções legislativas (também retribuídas), acumulará a efetividade dos dois cargos independentemente de licença da câmara ou do senado.

É o que sucederá, quando a missão diplomática, o comando, ou a comissão militar se houverem de exercer na mesma capital, onde funciona o Congresso.

Mas (é a hipótese extrema):

5.º) Embora do exercício dessas missões ou comissões resulte privação do exercício do mandato legislativo, o deputado, ou senador, para as aceitar, não haverá mister licença da sua câmara, em sendo caso de guerra ou interesse da honra e integridade nacional.

Em certas hipóteses, consequentemente (as dos ns. 3 e 5), o art. 23 da constituição autoriza, declarada e literalmente, “acumulações de funções remuneradas”.

Em certas outras (as do n.º 4), permite, explicita e textualmente, a “acumulação do exercício de funções remuneradas”.

Logo, o art. 73 da constituição, vedando “as acumulações de funções remuneradas”, não consigna uma regra absoluta.

Logo, atenta contra o art. 73 da constituição o projeto ainda não sancionado, quando no art. 2.º estabelece perder as funções públicas todo o funcionário, civil ou militar, que exercer qualquer outro cargo.

Logo, e ainda mais flagrante, se insurge êle contra o art. 23 da constituição, quando, a todos os funcionários que aceitarem comissões eletivas impõe, durante estas, a privação total do exercício e dos vencimentos das outras.

Logo, tampouco se poderá tolerar, em substituição do projeto, a regra legislativa de que *nenhum* funcionário poderá exercer simultaneamente duas funções públicas”.

O art. 23 da constituição declara, terminantemente, que certos funcionários, em certos casos, *o podem*.

Já vêem os senhores quão diversa é a realidade constitucional da que por aí anda balburdiada nas apologias do projeto.

Mas, se o texto do art. 73 não é absoluto, qual será o critério que o limita?

Buscá-lo-emos noutra palestra.

V

UTILIDADE E NECESSIDADE NAS ACUMULAÇÕES. — AS ACUMULAÇÕES CIENTÍFICAS, TÉCNICAS E PROFISSIONAIS. — ACUMULAÇÕES MILITARES. — DESACUMULAÇÕES IMPOSSÍVEIS. — O PROJETO MORALIZADOR.

Na última e eruditíssima palestra com que o eminente senador RUI BARBOSA distinguiu a *Gazeta de Notícias*, sobre a lei das desaccumulações, deixou patente o sábio jurisconsulto brasileiro que o assunto, por sua magnitude, não ficara esgotado, e emprazara-nos para outro encontro, em que S. Ex.^a ainda estudaria outros pontos interessantes da lei em questão. Com prazer, desobrigando-nos do compromisso de buscar mais uma vez a opinião do intemerato chefe do civilismo — opinião que o público recebe com um respeito religioso — foi a *Gazeta* procurá-lo no seu retiro de verão, em Ipanema.

Eis, em resumo, a palestra de S. Ex.^a com o representante da *Gazeta* :

— Rejeitadas como infiéis ao pensamento da Constituição as fórmulas ora sugeridas, por lhe atribuírem o caráter de regra absoluta, estimariamos ouvir hoje, definido por V. Ex.^a, o intuito verdadeiro do art. 73.

— É o que buscaremos agora e espero alcançaremos, se os senhores me ajudarem.

Serão, porventura, danosas tôdas as accumulações ? Serão tôdas elas imorais ?

Evidentemente não.

Em regra, as accumulações de cargos públicos são nocivas. Mas accumulações há, excepcionalmente, que o não são.

A Constituição enunciou a regra, deixando à lei ordinária o precisar as exceções. Logo, a lei ordinária, negando a existência das exceções, contravém ao pensamento constitucional.

Tôda a lei, sendo racional, tem a sua razão. A razão é a alma da lei. *Ratio est anima legis*, dizem os mestres da interpretação. Alguns acrescentam que a lei consiste na

sua razão: *ratio est ipsa lex*. Pelo que, a disposição da lei cessa, onde cesse a sua razão. *Cessat legis ratione, cessat et ejus dispositio*.

Ora, qual a razão da norma constitucional que, em matéria de cargos remunerados, proíbe as acumulações?

A razão é o interesse do serviço público, o bem da administração. Não é assim?

— Parece óbvio.

— As acumulações, por via de regra, prejudicam ao serviço público, relaxam e desmoralizam a administração. Por via de regra, logo, as acumulações devem ser vedadas, como inconvenientes à excelência dos serviços, que a administração desempenha.

Vulgarmente por aí se cuida outra coisa, e é sob esse aspecto que os governos de arranjos e a clientela dos partidos encaram as desacumulações. O acervo dos empregos representa, a esses olhos, um grande bôlo, de que a desacumulação sistemática multiplica as fatias, habilitando os distribuidores a ensanchar o número de comensais e satisfazer a maior soma de apetites.

Essa política interesseira tem o seu meio de se recomendar à democracia. Manda embelezar o povo, induzindo-o a supor que o princípio da igualdade exige a partilha dos cargos entre todos os cidadãos. A cada um tem de caber o seu pedaço no despôjo. Do bom serviço pouco se cura. Pouco tem com isso o país. Quanto mais numeroso o exército dos servidores, melhor. Eis o que se quer; e, para uma nação de funcionários, não há doutrina que mais fale à popularidade.

Um grão de milho para cada bico não mata a fome a ninguém, mas assegura a sujeição de todos. É o que às facções e aos mandões convém. Quando já não resta onde se possa demitir, metem-se mãos a desacumular; e, dêste modo, novas adesões vêm suprir as que a descontentamento vai levando.

Mas outro foi o alvo da proibição constitucional. Outro objeto não podia ela ter em mente senão banir do novo regimen um vício antigo: o vício sentido nas acumulações de cargos nacionais.

As acumulações, *em geral*, são nocivas, porque desfavorecem o bom serviço do Estado.

Geralmente, com elas sofre o serviço público de dois modos.

Sofre o serviço, primeiro: porque, ordinariamente, cargos acumulados são cargos mal desempenhados. Uma atividade individual, suficiente ao exercício de uma função, cansa, entibia e se relaxa, dobrado o seu peso.

Outras vezes danam as acumulações ao serviço, porque, reunindo numa só pessoa cargos de natureza diversa, quase sempre acontecerá que, para um dos dois, quando menos, falte ao serventuário a devida aptidão. Em tais casos, a acumulação nasce do favoritismo e acoroçoa a inabilidade.

Atentemos bem nestas duas considerações: nelas acharemos a solução dêste problema de hermenêutica.

As acumulações não são, de seu natural, boas ou más. São más, ou boas, úteis, ou nocivas, consoante os casos, isto é, segundo a natureza dos cargos e a maneira de se proverem.

Casos até há em que elas resultam da natureza das coisas e são, portanto, necessárias, imperiosas e quase subentendidas, algumas vezes, a respeito de certas funções, cargos ou serviços.

Imaginemos que se trate de um museu antropológico e uma cadeira de antropologia, existente no mesmo lugar. São duas criações que se completam, se beneficiam mutuamente e dependem uma da outra. Não seria mais vantajoso à ciência, ao ensino e ao país, havendo um homem superior na especialidade, que êle acumulasse a direção do museu e a regência da cadeira, do que entregar um dos dois a uma competência inferior, ou ser obrigado a confiá-los ambos a duas mediocridades?

Suponhamos a coexistência de um curso de bacteriologia e um instituto consagrado às investigações dêste ramo de estudos. Seria acaso mais proveitoso à sociedade, nesses dois serviços, distribuí-los entre um prático sem teoria e um teorista sem prática do que reuni-los num PASTEUR, num KOCK, num OSVALDO CRUZ ou num CARLOS CHAGAS?

Seja agora a hipótese um museu geológico, instituído na mesma cidade que uma cadeira de geologia. Não se lucraria mais em confiar uma e outro a um AGASSIS ou a um DERBY, do que em sacrificar o ensino prático ou o teórico, entregando qualquer dos dois a uma capacidade menos alta?

Figure-se, ainda, outro exemplo. Temos, lado a lado, um observatório astronômico e uma cadeira de astronomia. Dar-se-á que ganhasse mais o desenvolvimento da astronomia em divorciar os dois serviços, cometendo-os a duas inferioridades vulgares, do que em cometer um e outro à competência de um grande astrônomo, um LIAIS, *verbi gratia*, ou um FLAMMARION, igualmente ilustre na doutrina e na experiência no assunto?

Consideremos o ensino de certos ramos de medicina e as respectivas clínicas, mantidos, na mesma cidade, pelo governo da União; a psiquiatria teórica e a psiquiatria experimental, num hospício de alienados; a teoria obstétrica, professada numa escola, e a obstetria, praticada numa maternidade. A desacumulação *obrigatória* não correrá o risco de ser, em qualquer desses casos, e outros semelhantes, inconveniente, desastrosa e aconselháveis, benéficas, excelentes as acumulações?

Demos que um dos senhores seja o primeiro matemático desta terra, ou que seja em biologia o nosso HUXLEY, em física o nosso LAVOISIER, em química o nosso BERTHELOT. Há, suponhamos, dois institutos federais aqui, onde se ensina a alta química, a física desenvolvida, a experimentação biológica, ou a matemática superior. Para essas cátedras de ciência elevada se tem de proceder à seleção dos candidatos, mediante concurso. Se o grande biólogo, o físico eminente, o químico superior, o sábio matemático, reúnem cada qual ao seu extraordinário saber os dotes de bom professor, não lucrará mais o magistério, não lucrará mais a nação em que cada um deles reja as duas cadeiras oficiais, do que em se condenar uma destas a ser mal servida por um indivíduo menos apto, ou excluir de uma e outra o homem capaz de as ocupar com superioridade?

Haverá nada mais estúpido, mais ridículo, mais bestial do que a desacumulação forçada em tais casos, dando em

resultado a seleção dos piores e a eliminação dos melhores? E, depois, com um tal sistema, não se mutila, não se desnatura, não se balda e falsifica o princípio dos concursos, a escolha dos mais capazes, a vitória do merecimento?

Note-se que, em certas circunstâncias e em certas matérias, a acumulação é o único meio de obter para o serviço público a concorrência dos homens de mérito avantajado. Com os vencimentos de um só lugar, não se podem captar, às vezes, os serviços de uma notabilidade científica ou profissional. Mas a faculdade, admitida na lei, de acumular, quando se trate de cargos dessa categoria, profissionais, científicos, ou técnicos, habilita os governos a enriquecerem as instituições desse caráter com os melhores servidores, as mais assinaladas reputações, os competentes de mais valor em cada especialidade.

— Mas se os governos não se levarem por esses móveis desinteressados?

— Com os governos de tal jaez tanto faz, para o serviço público, a desacumulação forçada como a permissão das acumulações. Num e noutro caso os cargos públicos são providos sempre nos incapazes, eleitos da afilhadagem. Com as acumulações cresce o número destes, que as desacumulações reduzem.

Que mudança haverá, para uma nação servida por incapazes, em que a sua multidão seja maior ou menor? O essencial é ter governos refreados pela opinião pública. Se esta, pela sua apatia, os deixa perderem a vergonha, não é a desacumulação incondicional e cega a que dotará de melhores funcionários a nossa administração.

— Isso é verdade.

— Pois então não sacrificuemos a esse ídolo da tolice ou do fingimento.

Mas, se há, como acabamos de ver, acumulações absolutamente naturais e conspicuamente vantajosas, claro está que a estas não se estende a proibição do art. 73, desde que a Constituição, como o verificamos na palestra anterior, não os instituiu, nesse texto, fórmula absoluta.

Se há, porém, acumulações lógicas e úteis, outras se contam quase necessárias, e muitas chegam a ser totalmente inevitáveis.

Quando se trata, por exemplo, de liceus e, principalmente, de faculdades, cujo pessoal docente, de ordem superior, constituído em congregações, ocupa uma situação privilegiada, com foros de independência e autonomia, necessário é que do seio delas saiam os seus diretores. Um dos membros do corpo docente deve, por nomeação do governo ou eleição de seus pares, acumular com as funções do magistério as da diretoria, e, importando estas numa adição de trabalho diverso, receber por elas uma remuneração adicional à da sua cadeira.

Aqui temos, pois, um grupo de situações, nas quais, com frequência, se acumulam, se têm acumulado, se devem acumular cargos até de natureza distinta, um de ensino, outro de administração, mas intimamente associados; porque a conveniência o aconselha, o bem do serviço o quer, a necessidade, juntamente da administração e do ensino, o exige.

Não é tudo.

Atente-se agora na hipótese das escolas militares, das escolas de guerra, das escolas de engenharia militar, das escolas de Estado Maior, todos êsses estabelecimentos, de ensino especial, onde se instrui o soldado, se prepara o oficial, se formam os especialistas nas várias disciplinas dêste ramo de estudos, onde se aprende o uso das armas, a ciência e o manejo da artilharia, a tática, a estratégia, a arte do comando, a administração dos exércitos. A quem senão a militares há de caber essa educação da força armada, essa preparação intelectual dos seus vários elementos, de seus agentes, dos seus chefes, da sua oficialidade? Aqui a necessidade é absoluta, especial, impreterível. Nasce da substância mesma dos serviços, cuja acumulação se requer.

Os instrutores, os professores, os lentes, nessas especialidades, têm, indispensavelmente, de ser oficiais, que, como oficiais, são chamados a êsse magistério, e, acumulando assim dois trabalhos, forçoso é que acumulem os vencimentos de ambos. Onde a justiça, onde a honestidade, num governo, que, reunindo em um só funcionário dois

cargos, para os *ter assim melhor servidos*, sisasse, como pilhante vulgar, ao servidor sobrecarregado com as duas tarefas, o salário de uma, cujo pagamento não ratinharia, se com dois empregados, as tivesse menos bem feitas?

Mais. A Constituição, no art. 77, prescreve que “os militares de terra e mar terão fôro especial nos delitos militares”. “Este fôro”, acrescenta, “compor-se-á de um supremo tribunal militar, cujos membros serão vitalícios, e dos conselhos necessários para a formação da culpa e o julgamento dos crimes. A organização e atribuições do Supremo Tribunal Militar serão reguladas por lei”.

A lei, porém, que houvesse de organizar êsse tribunal, entendido estava que havia de reconhecer uma necessidade substancial à sua natureza: a de meter na sua composição juizes militares. Porque, evidentemente, submetendo os delitos militares de militares a uma jurisdição especial, a Constituição teve em mira que a sua magistratura fôsse militar, senão na totalidade, na maioria, pelo menos, dos seus membros. “A infração do dever militar”, diz JOÃO BARBALHO, “por ninguém pode ser melhor apreciada que pelos mesmos militares; êles, mais do que os estranhos ao serviço das fôrças armadas, sabem compreender a gravidade da situação e as circunstâncias, que podem modificá-la”. (*Coment.*, pág. 343.)

Ora, se desta noção não se poderia discrepar quanto às justiças inferiores, os conselhos de investigação e de guerra, *a fortiori* seria absurdo contestá-la, em se legislando para o Supremo Tribunal Militar. Êste, necessariamente, se compõe, e, necessariamente, se há de compor de oficiais superiores, escolhidos no Exército e na Marinha. Mas a missão, que, nesse tribunal, se lhes incumbe, constitui um cargo público, de alta categoria, grande responsabilidade e deveres muito onerosos.

Como, portanto, neste caso, fugir das acumulações? Desinvestindo os militares dessa magistratura? Mas seria falsear e envolver num caráter de inconstitucionalidade o Supremo Tribunal Militar, cuja composição militar está implícita nos termos da Constituição. Então como? Exigindo que servissem de graça êsses cargos? Seria contrário às normas constitucionais do regimen, cujo espírito democrático rejeita dos cargos públicos a gratuidade. Privá-

los das remunerações militares que perceberiam, se, não tendo cargo ou comissão especial, se achassem apenas no gozo das vantagens ligadas aos seus postos e patentes? Mas, em última análise, vinha a ser o mesmo: subtrair o salário de uma das duas funções ao funcionário que com ambas carrega.

Entre estas duas alternativas não há que escolher. Com a primeira se abastardaria o serviço público, dando ao fôro especial dos militares, por Supremo Tribunal Militar, um corpo de julgadores civis. Na segunda se fundaria um sistema de iniquidade, expropriando, aos militares onerados com essa acumulação, dos vencimentos de uma das duas funções acumuladas.

Mais uma situação legal, portanto, aqui se nos depara, da qual a exigibilidade, a necessidade, a inevitabilidade absoluta das acumulações entra pelos olhos aos mais botos, aos mais rombos, aos mais cascudos.

A mesma conclusão temos de chegar a respeito de todas as outras emergências possíveis, correntes, usuais em que se trata de serviços e comissões, cujo encargo, por sua natureza, ou não pode absolutamente caber senão a militares, ou não se poderia confiar a civis, sem inferioridade no seu desempenho e grave detrimento ao bem geral.

Logo (recapitulando), se inegavelmente há, e em não exíguo número, acumulações racionais, acumulações benéficas, acumulações *necessárias*, acumulações *inevitáveis*, — igualmente inegável é que, vedando as acumulações remuneradas, *nestas* não podia a Constituição abranger *essas* acumulações.

Ordenar o que não há meio de fazer, proibir o que se não pode evitar, é desarrazoar, e ensandecer. Não se há de supor que a lei ordinária, quanto mais a lei constitucional, caduque, e delire. Da interpretação dos textos legislativos se deve refugar sempre o absurdo: *Absurdus intellectu ab omni dispositione est abjiciendum*.

A lei não treslê. A Constituição não disparata.

Proibindo as acumulações, ela não proibiu senão as acumulações que devia e podia proibir: as acumulações injustas, perniciosas e evitáveis. As imprescindíveis, as naturais, as úteis ao bem da nação não ficaram proibidas.

Assim que o art. 73 não compreende entre as funções, cuja acumulação veda:

1.º) As de cargos científicos, técnicos e profissionais, entre si congêneres ou dependentes, cuja acumulação o bem do serviço público aconselhar.

2.º) As acumulações inevitáveis, ou necessárias, pela inseparabilidade ou interdependência dos cargos, sobre que recaírem.

Desta maneira, precisaremos, com uma delimitação prática, numa fórmula exata, o sentido a êsse texto constitucional.

Quaisquer leis, que, a êste respeito, se houverem de estabelecer, hão de ter em vista êste critério, se não quiserem transgredir a Constituição.

Aliás, o uso e abuso, em matéria de acumulações, é, essencialmente, uma dessas questões de moralidade administrativa, em que os governos são tudo, e quase nada as leis.

Nos países mais cultos, mais livres, mais bem governados, cargos públicos há, de cuja acumulação ninguém questiona a legitimidade, sucedendo, muitas vêzes, que um homem, pelo seu saber e merecimento, acumule três, quatro, ou cinco funções remuneradas, com indisputada utilidade para o serviço das letras, das ciências, da administração.

Entre nós o fanatismo dos ultradesacumuladores surgiu exatamente, pela mais eloqüente das coincidências, sob os três governos que mais têm atentado contra as leis do regimen: o governo Deodoro, que se suicidou com o golpe de Estado, o governo Nilo, que presidiu à bacanal da eleição militar, e o governo Hermes, com o qual o regimen entrou em decomposição.

É dessa má tradição que nasceu o célebre projeto, denominado pelos seus entusiastas o projeto moralizador. Como se a moralidade se pudesse gerar da imoralidade. Como se pudera ser *moralidade* um expediente, que falsifica o direito, calunia a lei, e pratica a injustiça.

Alcançar-se-á por êle, ao menos, alguma coisa como dique ao arbítrio dos governos? Não se alcançará. Os governos, que têm explorado as acumulações, para aninhar os incompetentes, amigos seus, explorarão, doravante, as

desacumulações, para beneficiar os incapazes, seus afilhados. Mera questão de mudança no sistema do arbítrio, de variação no regimen da incompetência, da moda na distribuição do nepotismo.

As épocas de servilismo e prostituição vivem destas superstições. Aluem-se os templos e multiplicam-se as casas de feitiço. Vende-se a honra, e se incensa à hipocrisia. Ninguém se lembra do bem senão para instrumento do mal. A Deus e aos santos ainda se ora, mas sômente para afortunarem o garito do jogador, alumiarem a alcova da messalina, e abençoarem o punhal do bandido.

Mas... não nos indignemos. Não vale a pena, a quadra é de paciência, pomadas e pétas. Depois do Código Civil, a desaccumulação geral: administração moralizada e direito em pratos limpos. Vamos acender as candeias da senzala, e dar "seunscristo" a sinhô.

— Então, estamos despedidos ?

— Não. Ainda um dia e nos diremos adeus.

VI

O VETO. — SUAS CAUSAS. — CONSEQUÊNCIAS DA SANÇÃO. — O PROJETO E AS CLASSES MILITARES. — O OFICIAL ATIVO. — O REFORMADO. — A FAMÍLIA MILITAR. — ESBOÇA-SE A QUESTÃO. — O FIM PARA AMANHÃ.

A *Gazeta* voltou ontem a procurar, em sua residência, o eminente jurista nacional, senador RUI BARBOSA, que promettera, em continuação à sua última palestra com esta fôlha, tratar ainda do assunto das acumulações.

Eis, em resumo, a palestra do ilustre brasileiro com a *Gazeta*:

— Desta vez, com o ato presidencial que acaba de vetar o projeto desacumulador, deve estar V. Ex.^a satisfeito, vendo que nem sempre, entre nós, se prega a verdade a surdos.

— Certamente que é sempre agradável sentir-se a gente livre do espetáculo odioso da vitória de uma grande injustiça, como era esta. Este projeto levaria de arrastão cinco ou seis artigos constitucionais, que o veto presidencial salva da execução sumária pelo sistema do tenente Melo. (*)

As feridas da legalidade não vertem imediatamente sangue humano, como as dos fuzilados do *Satélite*; mas preparam as suas grandes efusões, desenvolvendo o fermento revolucionário, precipitando nas reações violentas as classes conservadoras, e suscitando no povo as tenebrosas organizações do anarquismo em revindicta e defesa contra a anarquia orgânica dos governos.

O do marechal Hermes não quis, desta vez, levar mais uma carrada, a lenha da grande fogueira, em que a sua

(*) Tenente Francisco Melo, comandante da escolta que conduzia antigos fuzileiros navais a bordo do *Satélite*, após a revolta da Ilha das Cobras, e, mais tarde, já promovido a capitão, comandante da polícia militar de Pernambuco no governo Dantas Barreto. (N. do Org.).

presidência tem pôsto a arder o regimen, para assar as castanhas dos charlatães da mentira republicana, cuja ortodoxia em frases feitas e idéias postiças não apostatou, indo buscar na vanguarda monárquica o Sr. JOAQUIM NABUCO, o barão do RIO BRANCO, o Sr. JOÃO ALFREDO, e agora excomunga um brasileiro como o Sr. OLIVEIRA LIMA, honra da nossa diplomacia e da nossa nacionalidade, por ter, acidentalmente, aludido à monarquia como tôda a gente, nos momentos de náusea ao aspecto da cloaca atual. Quando não há quem não veja que, se a dinastia voltasse, êles é que a teriam restaurado, a êles é que se deveria a reconstrução do trono, anunciada como realidade iminente pela família imperial e seus adeptos, desde a proclamação da candidatura militar.

Louvores, pois sejam dados ao nosso capitão-general por êste ato acertado. Uma vez, pois, ao menos, se poderá dizer que os seus erros o não colocam involuntariamente no papel de Monck.

Não esqueçamos, entretanto, que, desta feita, a boa causa estava soberbamente apadrinhada. O projeto não abarcava no lanço unicamente a reles pescaria de meia dúzia de artigos constitucionais, os direitos da paisanada e outras sardinhas, lixo da praia, refugio do sistema, debique dos ministros. Nas malhas da xareta havia esqualos e cetáceos, tubarões e tintureiras, a cujas rabanadas não há cairo de rêde, que resista. A arrastadura levava na redada cega o Exército, a Marinha, três ministros militares, um prefeito *idem*, alguns governadores, *idem idem* e o próprio chefe da nação *idem idem idem*.

Sancionar o odioso projeto seria sangrar na algibeira a todo êste pessoal, e praticar o presidente em si mesmo o *harakiri* japonês. Para batismo de sangue era sangueira em demasia. Mas eu não quero negar ao marechal coragem e desinterêsse para uma e outra heroicidade, se entre êle e ela não estivesse a evidência de uma grande maldade. Consentir nesta, por se livrar de insinuações maliciosas, fôra sacrificar os escrúpulos da consciência aos escrúpulos da vaidade. O marechal sufocou os ruins, e cedeu aos bons. Mas seria só a êstes que cedeu? não teria obedecido principalmente ao receio de se indispor com a sua própria classe?

Mas, se o marechal com essa resolução não imolou uma das obras da sua paternidade (o que seria ainda para lhe tornar mais laudável a decisão), quem virá, por fim, a ser o pai do monstro, que o Sr. Coronel José Faustino tão pinturescamente caracterizou no remate das suas entrevistas com *O Imparcial*?

Caso inaudito e indecifrável. O Senado não tem outras vontades que as do seu chefe, amigo incondicional do presidente. A outra Câmara não passa de um grande Guignol, titerado pelo filho do presidente e seu irmão, a quem dizem vai galardoar com a senatoria o Rio Grande, terra onde nos assegura um dos seus deputados que não há senão homens de bem. O Congresso, a União, os Estados autônomos, tudo são aparelhos de executar o que o presidente manda. Pois bem: nesse presepe de figuras, cujos cordéis o governo maneja, — zoncha-se a bomba rijo e têso, dias e dias, na azáfama das grandes empreitadas, passando-se até por cima das leis ânuas; exumam-se projetos fossilizados; fazem-se com os regimentos das duas casas as mais grossas trapaçarias; altera-se nas redações o votado nas discussões; nessa dobadoira ingrata entram em cumplicidade as mesas das duas câmaras com os seus *leaders*; de todo êsse temperar e cozinhar resulta, ao cabo, um suculento prato, que o presidente leva dez dias a cheirar, e não enjeita senão depois de confortado o seu estômago e os dos secretários de Estado com um almôço de conselho de ministros. Mas ninguém sabe, por fim, a quem se deva o mérito dessa trapalhada, nenhum dos responsáveis pela situação aceita a honra de lhe haver metido nas entranhas esta prole.

Dir-se-ia estar essa gente empenhada em confirmar a versão insinuada por um dos nossos grandes jornais, já há dias, numa nota, onde se aventou que tudo isto não passava de uma hábil encenação, um grandioso truque, para dar ao presidente ensejo de se recomendar à sua classe, bem como ao número considerável dos interessados contra as desaccumulações, com um rasgo de alta benevolência.

Como quer que seja, não serei eu quem se iluda. Valha pelo que valer, entretanto, o ato presidencial tem, a meus olhos, a vantagem de fechar a questão, por agora, com a

chave da legalidade. Ao menos da legalidade como eu alcanço enxergá-la com as melhores luzes da minha razão. Deixem-me guiar pela minha consciência aquêles, a quem nunca neguei o direito de se guiarem pela sua.

Estranho caso! Por que me atacam os que me estão atacando? Porque, tendo a solução presidencial que coincidir com a minha opinião, ou com a dêles — em vez de coincidir com a dêles, coincidiu com a minha. Se o chefe do Estado pendesse para a parte dêles, ia tudo bem. Como se inclinou para a minha, vai tudo mal. Mas que culpa tenho eu de que o marechal caísse para êste lado, e não para o outro? Politicamente, só lutaria eu com o contrário. E quem me poderá, licitamente, agredir, porque insisto em sustentar hoje convicções *notôriamente minhas já vinte anos*? Como justificar investidas tais, sobretudo vindas, como vêm, de arraiais, onde, até agora, se comungava comigo numa grande causa por mim até hoje religiosamente sustentada? Faltei eu a ela? Podem-me acaso argüir de ter solicitado alguma cousa ao nosso capitão-general, de alguma cousa lhe dever, de o estar lisonjeando, cercando, ou poupando?

Bem sabem os senhores que, se neste caso me embrenei, a culpa é sua. Foram os senhores que comigo instaram pelo meu parecer. Retrai-me. Busquei-me escusar. Mas cedi ao seu empenho acreditando não me ser lícito encerrar-me numa escusa inabalável, em matéria na qual eu sentia envolvida a lei fundamental do regimen, além de poder invocar os direitos de legítima defesa, como um dos autores da lei de 1892, contra os que a increpam de sofisticada, abusiva, imoral e contrária à constituição.

Não me fui bater por ela na tribuna do Senado: porque a experiência da inutilidade absoluta do meu clamor no caso MIBIELLI (*) e no caso do Código Civil, estava ainda muito viva no seu amargor. Ninguém podia exigir que eu volvesse tão cedo a ensaiar as virtudes da palavra numa assembléia de surdos voluntários. Era meu direito abster-me de freqüentar as discussões daquela casa. Muitas vêzes, noutras épocas, a tenho deixado, para buscar

(*) Pedro Mibielli, Ministro do Supremo Tribunal Federal. — (N. do O.).

na imprensa um lugar, de onde fale livremente ao país; e esta é a primeira, em que acho quem mo estranhe, embora hoje mais do que nunca me pareça assistirem-me os melhores títulos a esta equidade.

Como quer, porém, que mo recebam, irei cumprindo o que eu tenho por meu dever como souber, e puder. O Congresso e o presidente não eram as únicas autoridades com voto no assunto. Havia, ainda, os tribunais, que, neste regimen, são os intérpretes supremos da lei constitucional. Esse poder tem jurisprudência assentada na questão. Certamente não a reconsideraria, por comprazer à nova lei. Manteria a sua tradição jurídica, declarando-a inconstitucional, nos pleitos que, ante elle, não deixariam de mover os interessados.

Esses litígios pululariam, condenando a Fazenda pública, além dos pagamentos recusados, aos outros elementos de uma indenização completa. Em muitos casos teria o erário nacional que desembolsar duas vezes os mesmos vencimentos, pagando-os ao funcionário exonerado, depois de os haver pago ao nomeado. O veto do marechal, portanto, não veio senão forrar o Tesouro da União a êsses prejuízos, grandes, certos, indubitáveis, a que as ações contra a inconstitucionalidade, prejulgadas com a jurisprudência preexistente, o viriam obrigar. Porque nem os prejudicados se resignariam à lesão, nem as justiças federais lhes poderiam negar um direito, já de antemão reconhecido numa série formidável de categóricos arestos.

Como, pois, insistirem nesse clamor contra o veto? Esperariam acaso que os tribunais da União recuassem da sua doutrina assentada? Ou quereriam que o poder executivo lhes desobedecesse aos julgados, e estariam desta vez inclinados a lhe absolver, em nome da moralidade administrativa, a rebeldia contra os atos da justiça?

O certo é que, para os ameaçados pelo projeto, vinha, em última análise, a ser quase indiferente o veto, ou a sanção. Contra o veto lhes assistia remédio nas sentenças da magistratura federal. Com a sanção rejubilariam os desaccumuladores incondicionais. Mas o Tesouro Nacional, com as indenizações e os vencimentos em duplicata, pagaria caro a vitória desta campanha contra a Constituição.

A questão ainda não chegou, todavia, ao seu estágio final. Com as razões do veto, o projeto vai tornar ao Congresso, a quem assiste arbitrio, para o converter em lei, sustentando-o com o têrço dos seus votos.

— Mas não será de supor que o faça.

— Não será, também o creio. Não há Congresso, hoje em dia, capaz de resistir à vontade presidencial. Mas haverá, pelo menos, debate. A desacumulação tropejará de novo moralidade e legalidade, para violar uma e outra com os abusos e extorsões da sua fórmula radical. Lado a lado com esta, surgirão novas fórmulas, mais ou menos extremadas. Os nossos legisladores, severíssimos atualmente, como se sabe, em pontos de moral, lá de quando em quando precisam de seu bico d'obra, onde estadear a austeridade, e desenferrujar a energia.

Não acho, pois, que seja ocioso visitarmos com as derradeiras basculhadas esta casa de cupim, cujos estragos solapam tantos artigos constitucionais.

Deixei para o cavaco de hoje, como aliás estava na dedução natural dos assuntos, uma das questões mais interessantes e graves do nosso estudo, a terceira na série a que em começo aludi: o caso do projeto com os militares.

Dêstes, como violação facilmente demonstrável da Constituição em mais de um artigo, fere o projeto os direitos mais antigos e inconcussos três vêzes: no militar em atividade, no reformado, nas famílias militares.

Segundo o projeto, o militar em atividade perderia o sôlido, em exercendo um cargo qualquer, civil ou militar. Nesta situação, consoante a hermenêutica desenvolvida nas explanações dêsse ato, a reunião das vantagens pecuniárias da patente aos vencimentos do cargo é o que constitui a *acumulação*. Muitas vêzes não há senão *um* cargo exercido pelo militar. Em tais hipóteses, a *acumulação* é de um só cargo, fenômeno lógico de cujo absurdo se desenvencilham os adeptos do projeto, aplicando às *remunerações* o conceito de *acumulação*, que o texto constitucional circunscreve aos *cargos*.

Semelhantemente perderá o sôlido o militar reformado, se aceitar emprêgo ou comissão retribuída. Quando a co-

missão, ou o emprêgo, não passar da unidade, ter-se-á repetida aqui a nova entidade lógica das *acumulações de um só objeto*.

A Constituição vedou acumular *cargos*. O militar, em certos casos, não ocupa senão *um*. Mas, ainda assim, *acumula*. Que *acumula* êle? O que a Constituição proibiu? Não: o de que ela não cogitou, os vencimentos do cargo às vantagens *do que não é cargo*, a retribuição do emprêgo ao sôlido. Não obstante, cumpre *desacumulá-lo*.

Por último, temos o quinhão das famílias militares no sistema inflexível do projeto. Segundo o que êle dispõe no art. 1.º, parte primeira, cláusula final, aos funcionários, civis ou militares aposentados, jubilados, reformados ou em disponibilidade, quanto às vantagens decorrentes destas situações, *são equiparados os que* "recebem pensão, a qualquer título", *dos cofres federais*.

Nesta categoria estão as viúvas dos militares. Esta classe de pensionistas ficaria incompatibilizada para o serviço do Estado. A viúva do oficial, que se empregasse numa estação telegráfica, numa agência do correio, na direção de uma escola, decairia do direito ao meio-sôlido, prêmio dos serviços do morto. Esse compromisso irrevogável, cassá-lo-ia o governo brasileiro *ex proprio Marte*. O galardão assegurado ao servidor extinto da pátria sob a forma de um benefício sobrevivente ao premiado se lhe anularia sob o mais vil dos pretextos.

Se, em vez de uma renda perpétua, fôsse uma jóia, ou um capital, dádvas do Estado, que a viúva ainda possuísse, deviam, pela mesma justiça, confiscar-lha caso a beneficiada recebesse cargo ou emprêgo. Em ambas as espécies era a mesma honestidade e a mesma razão jurídica de um simples *Passa para cá o que te dei*.

Mas deixemos outras considerações e cinjamo-nos estritamente à questão de legalidade ao exame do nosso direito sob a luz dos textos positivos.

Não será, porém, melhor que fique o resto, o remate para amanhã? Assim terminaremos, sem nos fatigar.

— Muito bem. Estamos de acôrdo. Para amanhã a questão do sôlido.



VII

A PATENTE E O SÓLDO ANTE A CONSTITUIÇÃO. — MILITARES SEM SÓLDO OU MILITARES SEM PATENTE. — AS INCONSTITUCIONALIDADES DO PROJETO. — ANTIGUIDADES E PROMOÇÕES DE MILITARES CONGRESSISTAS. A GRANDE REFORMA: MILITARES FORA DA POLÍTICA. — OS LOUROS DA VITÓRIA. — O FUTURO PROJETO.

Procuramos ainda uma vez, ontem, o eminente senador RUI BARBOSA, a fim de ouvir a sua palavra autorizada sobre a lei das desaccumulações.

Após receber-nos, assim começou o sábio jurisconsulto:

— Entremos logo em matéria, meus senhores.

No direito brasileiro, a patente do oficial é inviolável.

Não se trata aqui de privilégios concedidos à classe pela influência militar na revolução de 15 de novembro. Não. Sessenta e seis anos antes, a Constituição do Império, no seu art. 149, dispunha:

Os oficiais do exército e armada não podem ser privados das suas *patentes*, senão por sentença proferida em juízo competente.

Nada inovou, portanto, a Constituição atual, quando, no artigo 74, estabelece:

As *patentes*, os postos e os cargos inamovíveis são garantidos em toda a sua plenitude.

Equiparando as patentes aos cargos *inamovíveis*, esse texto assegura às patentes a garantia de inamovibilidade, ou vitaliciedade, e, durante ela, afiança as patentes, como os cargos inamovíveis, *em toda a sua plenitude*.

Esta cláusula terminal acrescenta ao privilégio da inamovibilidade o da inviolabilidade.

O art. 75 da Constituição em vigor o reforça ainda, acrescentando, nos mesmos termos que a Constituição imperial:

Os oficiais do exército e da armada só perderão as suas patentes por condenação em mais de dois anos de prisão, passada em julgado nos tribunais competentes.

As patentes são *inauferíveis* e *intangíveis*. Gozam de perpetuidade; e, como tais, não se podem perder, senão, como os cargos vitalícios, por sentença. Mas, enquanto subsistem, na sua perenidade, são ao mesmo tempo *inde-sintegráveis*. Porque outra coisa não pode significar a declaração terminante de que serão mantidas *em toda a sua plenitude*.

A este respeito não são novas as minhas opiniões. Vinte anos faz que eu já as sustentava, na ação que intentei contra os decretos arbitrários do marechal Floriano, em 7 e 12 de abril de 1892, ação onde, pela primeira vez entre nós, se mostrou a grande novidade constitucional do novo regime: o caminho da justiça, contra os atos inconstitucionais do Executivo e do Congresso. Eram não menos de trinta, ali, os militares meus clientes: os doze generais ou almirantes e os dezoito, em sua maioria, oficiais superiores.

Aí, comentando o art. 74, ponderava eu, nas minhas alegações finais (págs. 153):

A patente e o posto decompõem-se em dois elementos: o título, que sobrevive à reforma, e a efetividade, que com ela cessa. Assegurar, portanto, as patentes e os postos *em toda a sua plenitude*, é assegurá-lo aos seus dois elementos: contra a privação da efetividade, tanto quanto contra a privação do título; contra a reforma, tanto quanto contra a destituição. Isto é: *a estabilidade* dos postos e patentes, *a integridade* das patentes e dos postos são invioláveis, diante da Constituição, *na forma das leis em vigor*. (*)

Duas proposições firmava eu portanto, desde aquêlo tempo.

A primeira vinha a ser na cláusula constitucional. Têm as patentes dos oficiais duas garantias.

Primeiramente, a garantia da *estabilidade*.

Depois, a da *integridade*.

(*) Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal. Capital Federal, 1893.

A segunda proposição era que a estabilidade e a integridade constitucional, em matéria de patentes militares, se entendem, *na forma das leis em vigor*, a saber, que o pensamento da Constituição do Império e da Constituição da República, neste assunto, se define pelas instituições legislativas existentes ao tempo em que uma e outra se promulgaram.

Assim procedendo, observei o axioma, corrente entre os mestres americanos, como elementar em hermenêutica constitucional, de que as constituições, quando não reformarem as leis existentes no Estado, ao tempo em que se promulgarem, de harmonia com elas se hão de entender e interpretar. *A constitution should be construed with reference to... the legislation previously existing in the States.*

Isto pôsto, consideremos os dois problemas jurídicos respondentes a essas duas proposições. Ou melhor, consideremos o problema jurídico delas resultante; porque a um se reduzem os dois.

Garante a Constituição (art. 74) as patentes *na sua plenitude*.

Plenitude, que vem a ser ?

O estado ou condição do que é *pleno*.

E *pleno* ?

A condição ou situação do que se acha perfeito, completo, *inteiro*.

Inteiro e pleno são expressões de todo em todo sinônimas. Logo plenitude equivale a integridade. Se a coisa não se acha inteira; se lhe falta alguma das suas partes, algum dos seus requisitos, algum dos seus elementos, *não é plena*.

O que a Constituição garantiu, pois, garantindo a plenitude às patentes, é que elas seriam invioláveis *em todos* os seus elementos, requisitos e partes constitutivas.

Quantos e quais são os elementos constitutivos da patente ?

Três: 1.º, as honras; 2.º, a graduação efetiva, com os seus privilégios de autoridade, jerarquia e acesso; 3.º, o *sóldo*.

Logo, de nenhuma dessas vantagens, no grau relativo à patente do seu pôsto, será lícito privar o oficial efetivo.

Subtrair-lhe à patente qualquer desses elementos seria inutilizá-la, seria fraudá-la, seria desinteirá-la, seria torná-la *não plena*, seria tirar-lhe, assim, a *plenitude*, e, destarte, violar a garantia constitucional do art. 74.

Ora, das três condições essenciais à inteireza da patente, isto é, à sua plenitude, nenhuma lhe é mais congênita, mais essencial, mais inseparável do que o *sôlido*.

O oficial pode não ter serviço, pode-se achar licenciado, pode estar suspenso, pode ver-se condenado, pode curtir a humilhação do cumprimento de uma pena, se esta não é das que originam a privação da farda; através de tôdas as situações possíveis o acompanhará sempre o seu sôlido. Militar sem sôlido não o há, não o pode haver.

É o que mostra a nossa legislação tôda, sob os três regimens que este país tem conhecido: o colonial, o monárquico, o republicano. Os três são rigorosamente acordes em que o sôlido é inseparável da patente e só com esta cessa, não se podendo suspender nunca, enquanto ela dura.

Assim o determinavam, antes da nossa emancipação política, o alvará de 24 de outubro de 1763, os de 23 de abril e 16 de dezembro de 1790, o de 2 de janeiro de 1807 e o assento do Conselho Ultramarino adotado em 28 de março de 1792, pelos quais se regiam as honras, as isenções, franquezas e vantagens asseguradas aos oficiais de terra e mar, determinando-se (alv. de 23 de abril de 1790) que só por condenação a degrêdo, ou a mais de dois anos de prisão, decairia o oficial da sua patente e, com ela, do direito ao seu sôlido, direito havido por tão inviolável, que nem à penhora estava sujeito (alv. de 24 de outubro de 1763), e tão incorporado no seu patrimônio, que dêle ainda lhe herdava a família uma parte. (Alv. de 16 de dezembro de 1790).

O Império continuou o fio dessa tradição, reforçando-a com uma série de atos confirmativos e ampliativos. Tais, nos primeiros oito anos do regímen, a provisão de 24 de janeiro de 1824, mantendo o estatuído no alv. de 16 de dezembro de 1790, com as leis de 6 de novembro de 1827 e 6 de junho de 1831, que ratificaram e estenderam o disposto no alv. de 16 de dezembro de 1790.

Posteriormente, a lei de 1 de dezembro de 1841, no seu art. 5.º, se exprimiu dêste modo:

Só tem direito às gratificações marcadas nesta lei os oficiais que estiverem empregados no serviço do Exército, em tempo de paz ou de guerra; aquêles, porém, que servem em repartições militares e vencem por isso ordenado e gratificação marcados em lei, não *acumularão* a êsse ordenado e gratificação inerente ao emprêgo algum outro vencimento *que não seja o seu sôlido*.

Ficou assim assentado, para os oficiais empregados em cargos militares retribuídos com ordenado e gratificação, o direito absoluto de acumularem a êsses vencimentos o *sôlido*.

Mais tarde as ordens do Tesouro expedidas em 3 e 23 de março de 1847 mandaram que, *em vista das disposições em vigor*, os oficiais do Exército e Armada empregados fora das suas classes vençam "o sôlido, que lhes pertence, e as gratificações pelo serviço em que estão empregados".

Quanto aos reformados, não eram menos categóricas a legislação e a jurisprudência do Conselho de Estado.

A Imperial Resolução de 25 de novembro de 1834 deliberou que "os oficiais não podem ser privados de *seus soldos, nem mesmo em virtude de prisão ou condenação*, visto que dever-se-á entender que tais soldos lhes são conferidos para seus alimentos, como uma *tença* ou pensão, obtida em remuneração de serviços anteriores".

Depois, a lei n.º 181, de 23 de junho de 1841, veio prescrever que vigorasse entre nós o assento adotado pelo Conselho Ultramarino, em 28 de março de 1792, acêrca das *tenças militares*, com tôdas as disposições concernentes a estas, entre as quais a de que *o sôlido do oficial reformado, em caso algum, deve deixar de ser abonado, mesmo na prisão, pronúncia, ou condenação*.

Nesta regra existia o aviso de 28 de abril de 1866, alegando estabelecerem "todos os assentos e provisões em vigor o princípio, em geral admitido, de que o sôlido do oficial reformado é *uma tença* ou remuneração de serviços anteriormente prestados ao Estado".

Feita a República, o govêrno que a declarou e organizou, num decreto promulgado não me lembra agora se com a referenda ministerial de Benjamin Constant, ou a

de Floriano Peixoto (qualquer dos dois servirá, creio eu, de autoridade entre os ortodoxos do regimen), no decreto, digo, n.º 474-B, de 10 de junho de 1890, reafirmou, com a maior solenidade, as tradições mais que seculares do nosso direito neste assunto.

Nesse decreto, com efeito, o artigo 1.º peremptoriamente estabelece:

Os oficiais do Exército, da Armada e das classes anexas, *que exercerem quaisquer comissões ou empregos, quer de caráter civil, quer militar, ou desempenhem cargos políticos e administrativos, no governo geral da República, ou no dos Estados Unidos do Brasil, têm sempre direito ao sôlido das suas patentes*, independentemente dos vencimentos e vantagens, que por tais comissões, empregos ou funções, lhes competirem.

É, como se está vendo, a mais total inversão da norma adotada no atual projeto, a sua contraditória mais absoluta.

Onde foi, pois, éle buscar o novo direito, que priva categóricamente do sôlido os militares empregados em qualquer das funções, cuja remuneração o decreto do governo provisório circunstanciou? Onde foi a obsessão dos arbitreiros desta reforma descobrir elementos que legitimem êste improviso, esta surpresa, esta originalidade?

Depois daquele ato do governo revolucionário o que se segue, vem a ser a Constituição de 1891.

Nesta, a matéria se acha regida por disposições a ela peculiares: as dos arts. 74, 76 e 85.

No art. 85 se igualam, em matéria de patentes, os oficiais do Exército e os da Armada.

No art. 76 se determina que “os oficiais do Exército e da Armada só perderão as suas patentes por condenação em mais de dois anos de prisão, passada em julgado nos tribunais competentes”. É precisamente a disposição do alvará de 23 de abril de 1890.

No art. 74 se dispõe que “as patentes... são garantidas em tôda a sua plenitude”.

Note-se aqui, entre parêntesis, que o art. 74 sucede imediatamente ao art. 73, onde se encerra a regra proibitiva das acumulações remuneradas. Se, portanto, o que se veda no art. 73 fôsse, não, como é, acumular *cargos* remu-

nerados, mas acumular remunerações, ainda que não correspondentes a cargos, segundo pretendem os ultra-acumuladores, — teríamos, no art. 74, a disposição *especial*, relativa às patentes, que não importam remuneração de cargo, limitando e restringindo a disposição *geral* do art. 73, concernente, segundo a inteligência desses hermeneutas, a tôdas as remunerações, ligadas ou não ao exercício de um cargo. *Lex specialis derogat generali*.

Aí, vai mais um argumento. Também este será dos velhos?

O art. 74 da Constituição, pois, é a garantia das patentes. Garantia das patentes (reza o texto) *em toda a sua plenitude*.

Em *toda a sua plenitude*; isto é: em toda a sua *inteireza*. A patente é garantida absolutamente *inteira*, como um todo inteiriço, um conjunto orgânico, uma entidade indesealçável. O art. 73 obsta irredutivelmente a que se cerceia, se diminua, se modifique às patentes *a sua plenitude*.

Ora o conceito de *patente* é um conceito técnico, legal; e em toda a parte se acha admitido que, na interpretação das leis, especialmente das constituições, as expressões da técnica jurídica hão de ser entendidas como nela se entendem.

Vejam aqui os Srs. o que diz BLACK, muito conhecido constitucionalista americano, a págs. 25 do seu tratado sobre a *interpretação das Leis*: “As palavras usadas numa constituição hão de se tomar no seu sentido nativo e popular, *salvo se forem termos técnicos* legais, caso em que as devemos tomar no seu significado técnico”. (*The words employed in a constitution are to be taken in their natural and popular sense, unless they are technical legal terms, in which case they are to be taken in their technical signification.*)

Neste caso está o vocábulo *patente*, como palavra do glossário militar.

Mas a quem competirá definir aos termos técnicos legais o seu significado? Evidentemente às leis da especialidade.

Ora, as leis desta especialidade, acabamos de as percorrer juntos, desde o alvará de 24 de outubro de 1763

até ao Decreto n.º 474-B, de 10 de junho de 1890. Esses cento e vinte sete anos de legislação militar definem *na patente* do oficial um complexo de elementos, entre os quais avulta como substancial e fundamental, como indeligiável e insuspenível o *soldo*.

O soldo não se separa da patente. A patente não se separa do soldo.

Casos há *de extinção* da patente: a sentença condenatória a mais de dois anos de prisão e a morte.

Mas de suspensão, de cessação temporária da patente, *não há caso nenhum*.

Perde-se a patente, sim, nas duas hipóteses mencionadas. Mas suspender-se, *não se suspende nunca*.

O soldo, por igual, se extingue, em se extinguindo a patente. Mas, tal qual a patente, não se interrompe, não se descontinua, não se suspende em caso algum. São as disposições acima apontadas, em cinco quartéis de século de leis militares, as que soberanamente o declaram, constantes e imutáveis através de três formas de governo, entre si radicalmente opostas, são essas leis que o estatuem na harmonia do mais extraordinário consenso.

Assim que, definitivamente, sem patente não há oficial, sem soldo não há patente.

Eis aí, portanto, definidas *as patentes*, a que alude o texto constitucional do artigo 74.

As patentes, de que ele se ocupa são as que essas leis, coloniais, imperiais e republicanas, caracterizam, declarando que, enquanto subsista a patente, não cessa o oficial jamais de vencer o seu soldo.

Essas leis, de mais a mais, encontram a ratificação mais terminante na própria constituição, art. 83, onde se diz continuarem todas “em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regimen, no que, explicita ou implicitamente, não fôr contrário ao sistema de governo firmado pela constituição e aos princípios nela consagrados”.

Quando, portanto, o art. 73 garante *as patentes em toda a sua plenitude*, a plenitude, em que as garante, é a que lhe atribuíam as leis a esse tempo existentes, nunca, até então, ou de então até hoje, revogadas, nem contrárias ao sistema de governo ou aos princípios consagrados na constituição.

Bem longe de estabelecer princípios, que contrariam essas leis, a constituição os reafirma, reconhecendo, como elas, às patentes a perpetuidade, com as equiparar aos cargos vitalícios, e, como elas, assegurando-as na sua plenitude total.

Ora, que faz o projeto? Desmembra dessa plenitude um dos seus elementos mais vitais, senão o mais vital de todos, o *soldo*, a condição mais elementar da independência do oficial, e cria uma concepção inaudita em direito militar: a das *patentes sem soldo*.

Segundo os arbitristas deste direito novo e curioso, o *soldo* e, com ele, a patente, não só se suspendem temporariamente, em certas situações transitórias, mas podem, até, em certas outras situações, desaparecer *por toda a vida*, sem que o militar deixe de ser militar. Porque, se o cargo fôr vitalício, o estatuído no projeto, art. 2.º, envolve, para o oficial, que aceite emprêgo, cargo, ou comissão remunerada, a perda, enquanto viver, *das funções* militares, isto é, da patente, com o respectivo *soldo*.

É o caso dos lentes militares. Como se sabe, estes gozam de vitaliciedade nas suas cadeiras. Pelo fato de as exercerem, pois, os lentes das escolas militares incorreriam, segundo o projeto, enquanto as exercessem, isto é, enquanto vivos fôsssem, na privação do *soldo*.

Isto quando (sem contestação possível) o *soldo* é um dos elementos *integrantes* da patente, e dois textos constitucionais, o art. 74 e o art. 76, depois de estabelecerem que as patentes são inamovíveis, garantindo-as *em toda a sua plenitude*, nos declaram que as patentes não se perdem senão mediante sentença condenatória a mais de dois anos de cárcere.

Se não há patente sem *soldo* (e nisto são unânimes todas as leis brasileiras), nem oficial sem patente (uma vez que a patente é o título do posto), como é que se conceberão *oficiais sem soldo*, como é que militares sem *soldo* continuariam a ser militares?

Se o *soldo* é uma das condições integrativas, uma das partes componentes da patente, como é que, subtraindo-se o *soldo* à patente, subsistiria a patente *na sua plenitude*?

Mas, se, desfalcada a patente do *soldo*, se destrói a *plenitude* à patente, como é que, afiançando a constituição

as patentes *na sua plenitude*, o projeto que da sua plenitude as despoja, há de escapar à censura de revogar a constituição?

Só aí, pois, dois artigos da constituição empalma e some o projeto, abertamente, visivelmente, inquestionavelmente. Não falando no art. 83, que manda respeitar as leis do antigo regime, quando não inconciliáveis com a constituição, quando não inconciliáveis com a constituição atual, nem no art. 73, a que se quer dar a extensão de regra absoluta, contra expressas disposições constitucionais em contrário, e se pretende tomar como relativo à acumulação de remunerações, quando o não é senão às acumulações de cargos, nem no art. 72, § 17, que assegura "em toda a sua plenitude o direito de propriedade", direito evidentemente lesado nas disposições do projeto que desconhecem tal caráter ao sôlido dos reformados, aos vencimentos dos aposentados, às tenças dos pensionistas nacionais.

Ainda há, todavia, por aí quem me cresse capaz de aquiescer neste desafôro jurídico, e me tome contas porque eu o estigmatizo.

Na verdade o delírio moral, a anarquia do senso comum, a babel das idéias vai tocando, entre nós, as fronteiras do inverossímil.

Se o projeto obedecesse a um plano de verdadeira moralização, não teria esquecido, no tocante às classes militares, a maior injustiça, de que elas, com razão, a respeito de acumulações indevidas, tanto se queixam.

Não há, neste particular, iniquidade maior que a de vencerem, segundo o projeto, antiguidade, e poderem galgar promoções por merecimento, os oficiais, que se desviam do exercício da sua profissão, para se dar à política nos cargos de administração ou eleição popular. O militar deputado ou senador, ministro, governador, ou presidente, não deve, não pode continuar a subir em postos, ou acumular antiguidade, como se não houvesse trocado a carreira das armas, temporária ou definitivamente, por outros cuidados e funções.

Era mister cortar pelos escândalos desta natureza: os generais formados nas campanhas eleitorais, os almirantes feitos nos mares do Congresso, nas tormentas da política,

nas manobras dos partidos, em detrimento dos que se consagram aos árduos deveres da vida militar, dos que labutam na fileira, vivem na comunhão com o marinheiro e o soldado, absorvem a sua existência nos estudos profissionais.

De tal não curou o projeto. Esqueceu-se, pois, do que devia, para fazer o que não podia.

Com essa providência equitativa, judiciosa, moralizadora se teria, ao mesmo tempo, alhanado o caminho à grande reforma, que, pelos meios regulares, excluísse inteiramente da política os militares, saneando o Exército, como a Marinha, da corrupção, que os decompõe, e dando à ordem civil as suas verdadeiras garantias.

Já vêem os senhores que não estou cortejando os militares. Defendo-lhes os direitos, que desde a monarquia me habituei a defender, quando ninguém os defendia. Mas não me esqueço nunca do programa civilista, dos meus grandes compromissos, contra os quais não transigirei, nem cederei a interesses ou negociações, intimidações ou seduções de natureza alguma.

Não vale a pena ir além. Basta de conversa, meus amigos. Aí ficam as minhas opiniões. Respeito as dos outros. Mas quero para as minhas o mesmo respeito. Não estou habituado a ser músico de orquestra. A batuta a que obedeço, é a da minha consciência.

— Em todo caso, a resolução do presidente deve trazer-lhe contentamento.

— Já se disse, até, que eu com ela me devo rejubilar. Por quê? Porque com ela se obedeceu à constituição? Isto sim. Mas esta, para mim, vale por si mesma, não pelas homenagens duvidosas e precárias que, ordinariamente por conveniência de ocasião, lhe rendem, algumas vezes, os governos de má nota. Estes, pelo seu descrédito, carecem de autoridade, para a dar à jurisprudência, que estabelecem.

Se eu sentisse precisão de valedores oficiais, para cobrar alento na propugnação do direito que esta questão envolve, não os iria buscar nos atos do marechal Hermes, o mais violento iconoclasta das nossas tradições jurídicas, o devastador mais ciclônico da nossa constituição, nem

nos do seu ministro da Justiça, o Sr. Rivadávia, o ministro-congresso, o ministro-parlamento, o ministro-legislatura, a nova entidade constitucional, de cuja escrivadinha saiu, proposta, discutida, votada e promulgada, a *lei orgânica do ensino*.

A estar à cata de padrinhos consagrados, bastar-me-ia nomear os dois consultores gerais da República, o Sr. ARA-RIPE JÚNIOR e o Sr. CLÓVIS BEVILÁQUA, cujos pareceres o público encontrará, bem à mão, no discurso do deputado Valois de Castro e nos artigos do coronel José Faustino.

Agora, se os que me cuidam exultante, imaginam que o devo estar, por me sentir lisonjeado, imaginando que o valor da minha argumentação ou autoridade contribuisse para a deliberação do presidente, bem triste juízo do meu bom senso fazem êsses maldizentes.

De nenhuma influência acreditei jamais que fôsem capazes na política da atualidade, quando advogadas pela minha voz, a verdade e a justiça.

Se tal influência pudesse eu exercer, como é que me não atenderiam no caso do código civil? no do bombardeio da Bahia? no das intervenções militares? no do confisco da autonomia estadual? no da obediência negada às sentenças da justiça? no dos fuziladores do *Satélite* impunes e galardoados? no da reforma do ensino? no da violação da anistia? no da eleição do marechal pelo Congresso? no da candidatura militar?

Já se viu alguma vez, nestes quatro anos, valer de alguma coisa a minha intervenção, pela tribuna do Senado, ou pela imprensa, a favor de tantas causas em que a evidência, a opinião pública, os mais sagrados interesses nacionais têm bradado aos céus nos meus discursos ou escritos?

..... (*)
caber os louros desta campanha. O Catete cedeu ao descontentamento militar, cujos surdos murmúrios se ouviam distintamente, e de que o marechal, ao que se diz, ouviu "alguma coisa mais". Governo de caprichos, habituado a contrariar sistematicamente a oposição, não se abriga, desta vez, sob o meu nome, senão levado pela coincidência

(*) Na publicação original há um salto.

acidental de grandes interesses seus com a doutrina do meu voto.

É o que ordinariamente acontece com a *minha autoridade*. Inimigos ou amigos alternativamente a invocam, em lhes convindo, para a repudiarem, assim que lhes desconvém. Eis ao que se reduz, afinal, praticamente, a tal autoridade minha, guindada às alturas de oráculo, se os autores dessas amplificações imaginam, esperam, ou sabem que as minhas opiniões estão com as suas, para, ao outro dia, em entrando com eles em divergência, se ver desdenhada ou arrogantemente castigada.

Bem sentem, pois, os senhores que eu não dou um níquel pela minha autoridade entre os políticos da nossa terra.

— Mas se eles não poderiam contestar que o seu estudo explorou e clareou o assunto.

— Não sei. Os meus argumentos, aí os deixo. Já os menoscabaram com a tacha de *velhos*. Que hei de fazer? Não me tenho em conta de *cordon-bleu*, para surpreender com acepipes raros a paladares gastos nos requintados hábitos de não usarem senão de argumentos *novos*. Não é para os *gourmets* de alta roda que eu raciocino e escrevo. Tão alto não deitam as minhas letras. E, depois, vêzo foi sempre dos juristas o penderem para o *antigo*. A jurisprudência não se faz senão de lições maduras, arestos repetidos e costumes a que o tempo redobra a autoridade.

Velhos serão os meus argumentos, velhos como a minha coerência, porque vinte anos há que deles me sirvo. Mas não eram velhos, quando, há vinte anos, os articulei; porque então fui eu dos primeiros a formulá-los ao tempo em que, membro da legislatura por quem acabava de se fazer a Constituição, e devendo, assim, ter-lhe bem vivo o pensamento, convencidamente colaborei na lei de 1892, hoje malsinada pelos desacumuladores.

Se, porém, velhos são agora, por contarem tantos anos de alegados, honra lhes fazem os seus cabelos brancos; pois, havendo, em tão longos anos da sua idade, tempo sobejo para encontrarem quem os rebatesse, não encontraram, até hoje, comêço de refutação.

RESOLUÇÃO A QUE SE REPORTA MATÉRIA
DA ENTREVISTA (*)

O Congresso Nacional decreta :

Art. 1.º A aceitação de emprêgo, comissão, cargo ou função pública remunerada, por parte de funcionário civil ou militar, aposentado, reformado, jubilado ou em disponibilidade, importa na perda de tôdas as vantagens decorrentes da aposentadoria, reforma, jubilação ou disponibilidade. A êsses funcionários são equiparados os que recebem pensão, a qualquer título, dos cofres federais.

Parágrafo único. Excetuam-se os mandatos eletivos, entendendo-se, porém, que aquêles que os exercem perdem as vantagens da inatividade: se o mandato fôr de Presidente ou Vice-Presidente da República, durante o quadriênio; se fôr de Senador ou Deputado Federal, durante as sessões legislativas; se fôr estadual ou municipal, durante o exercício efetivo.

Art. 2.º Todo aquêle que, civil ou militar, ocupar funções públicas, perde-as exercendo qualquer outro emprêgo, cargo ou comissão remunerada.

§ 1.º Tratando-se de comissões eletivas, profissionais, técnicas ou científicas, a aceitação implica apenas a perda do exercício e dos vencimentos integrais, enquanto durarem as mesmas comissões, observado, quanto às eletivas, o disposto no parágrafo único do art. 1.º.

§ 2.º Não se compreendem nas disposições dêste artigo e § 1.º as comissões que o funcionário civil ou militar exercer em consequência do próprio cargo, pôsto ou patente, caso em que perderá sòmente a gratificação do mesmo cargo, pôsto ou patente, para perceber, juntamente com o ordenado ou sòlido, a gratificação que por lei lhe couber no exercício da nova função.

Art. 3.º Revogam-se as disposições em contrário.

Senado Federal, 31 de dezembro de 1912. — *José Gomes Pinheiro Machado*, Presidente. — *Joaquim Ferreira Chaves*, 1.º Secretário. — *Manuel Preciliano de Oliveira Valadão*, 2.º Secretário interino.

(*) Projeto n.º 73 — de 1896, da Câmara dos Deputados; n.º 125 — de 1912, do Senado Federal (n.º 518 — de 1912, da sessão legislativa da Câmara dos Deputados). Foi relator da matéria, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o deputado Carlos Maximiliano Pereira dos Santos.

III

EXECUTORIEDADE DAS SENTENÇAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS AÇÕES ORIGINÁRIAS DE LIMITES INTERESTADUAIS

NOTA DO ORGANIZADOR

Perante o Supremo Tribunal Federal, propôs o Estado de Santa Catarina, em 1900, uma ação ordinária, em cuja inicial, depois de expor longamente os títulos em que se arrimava a sua pretensão, pedia que fôsse compelido o Estado do Paraná a reconhecer e respeitar os limites entre êsse Estado e o Autor, definidos pelos rios Saí, Negro e Iguaçu, bem como à restituição de quaisquer territórios, de que, além dêsses rios, estivesse de posse o réu, Estado do Paraná.

Subscreveu a inicial o Cons. Manuel da Silva Mafra, sendo o feito, depois de autuado, convertido na ação cível originária n.º 7.

Citado regularmente, constituiu o Estado do Paraná seus patronos, a fim de atuarem no pleito, os advogados Joaquim da Costa Barradas, Anfilóbio Botelho Freire de Carvalho e Bento Fernandes de Barros, sendo contestada a lide pelo primeiro dêstes (fls. 257 *usque* 268, vol. I, dos autos).

Sem incidentes processuais assinaláveis, seguiu a demanda seu curso. Suficientemente instruída com os documentos oferecidos pelas partes ⁽¹⁾, apresentadas as alegações finais do Autor ⁽²⁾ e do Réu ⁽³⁾, foi a causa submetida ao pronunciamento do Procurador Geral da República, ministro Eptácio Pessoa, que se limitou ao *fiat justitia*.

Por acórdão de 6 de julho de 1904, relatado pelo ministro André Cavalcanti de Albuquerque ⁽⁴⁾, foi a ação julgada procedente, na forma constante da inicial, condenado o réu nas custas do processo.

Opostos embargos de nulidade e infringentes de julgado (fls. 1.134), articulados ⁽⁵⁾, impugnados pelo Autor ⁽⁶⁾ e sustentados pelo embargante ⁽⁷⁾, foram julgados em sessão de

(1) Vols. II e III dos autos.

(2) Fls. 791 a 880, do vol. IV, dos autos.

(3) Fls. 938 a 1.113, vol. IV.

(4) Fls. 1.119-1.132, vol. IV dos autos.

(5) Fls. 1.136-1.146, vol. IV.

(6) Vol. IV, fls. 1.160 a 1.216 verso.

(7) Idem, fls. 1.219 a 1.237.

24 de dezembro de 1909. Desprezaram-se tais embargos, mantida a decisão embargada.

Não sendo unânime o acórdão, foram opostos embargos de declaração (fls. 1.269), rejeitados por acórdão de 25 de julho de 1910 ⁽⁸⁾.

* * *

Expedida carta de sentença, e realizada audiência de praxe, requereu o autor exequente que se enviasse precatória ao Juiz da Secção Federal do Paraná para o fim de ser intimado o governador do Estado a dar início à execução através de seus órgãos competentes ⁽⁹⁾: solicitou ainda o Estado de Santa Catarina que se desse conhecimento ao Poder Executivo do teor do acórdão proferido, sendo, neste sentido, feita a necessária comunicação ao ministro da Justiça e Negócios Interiores ⁽¹⁰⁾.

Pedida a vocatória ao Juiz Seccional do Paraná, procurou êsse dar cumprimento ao despacho do relator, sem que, todavia, fôsse realizado o intento, visto como, feita a citação do Estado réu, foram opostos embargos à precatória, dêles conhecendo o juízo deprecado ⁽¹¹⁾.

Em petição datada de 10 de agosto de 1915, subscrita pelo advogado Epitácio da Silva Pessoa, já na qualidade de patrono do Estado de Santa Catarina (fls. 635-643), foi solicitada a citação do executado, Estado do Paraná, na pessoa de seu Procurador Geral. A essa intimação novamente embargou o executado (vol. II, fls. 662), subcrevendo êsse ato o advogado Sancho de Barros Pimentel (6 de setembro de 1915).

Não obstante, foi citado o Paraná, oferecendo embargos como executado (fls. 685-693).

Sendo, nessa fase, pedida a opinião do Cons. Rui Barbosa, foi por êle examinada a questão em face dos termos em que se achava exposta a controvérsia pelos advogados Sancho de Barros Pimentel e Ubaldino do Amaral Fontoura. Também se manifestou a seu respeito Clóvis Beviláqua. Daí, o parecer cuja íntegra constitui o trabalho ora reeditado.

Apresentaram executado e exequente memoriais onde foi a matéria fartamente debatida ⁽¹²⁾.

Dos nove volumes dos autos, que formam a demanda, em todo o seu curso, durante os 18 anos em que transitou no Supremo Tribunal, quatro se referem à fase principal, e cinco dizem respeito à execução.

(8) Fls. 1.281 e 1.281 v. do vol. IV dos autos.

(9) Achava-se, então, com o patrocínio da causa, pelo Estado de Santa Catarina, o advogado Afonso Celso de Assis Figueiredo.

(10) Vol. II, dos autos de execução, fls. 596.

(11) Despacho por certidão a fls. 616-617 do vol. II dos autos de execução.

(12) Cf. vol. II dos apensos (n.º IV da execução).

Sobrevindo, porém, o acôrdo firmado pelos dois Estados aos 20 de outubro de 1916, por fôrça do qual foram estabelecidos os limites da região contestada, e aprovado êste pela resolução do Congresso Nacional, mandada publicar pelo decreto legislativo n.º 3.304, de 3 de agosto de 1917, entendeu o Procurador Geral da República, Ministro Edmundo Muniz Barreto, ter o processo perdido o seu objetivo (13).

Conclusos ao relator aos 30 de janeiro de 1918 (fls. 1.205), nenhum outro ato foi depois disso praticado, sendo os autos arquivados.

O texto ora reproduzido é o que se contém no opúsculo divulgado em 1915, sob o título — | *Supremo Tribunal Federal* | AÇÃO CÍVEL ORDINÁRIA N.º 7 | Execução do Acórdão | sobre os Limites entre Paraná e Santa Catarina | Embargos do Executado — Estado do Paraná | Relator: O Exmo. Sr. Ministro André Cavalcanti | Acompanham os Embargos Pareceres do Conselheiro RUI BARBOSA | e do | Dr. CLÓVIS BEVILÁQUA | Rio de Janeiro | Tip. do *Jornal do Commercio* | 1915. O parecer de RUI BARBOSA ocupa, no opúsculo, hoje, aliás, raro, as págs. 27 a 85. Foi também publicado êle na *Revista Forense* (vol. XXIV, págs. 409 a 434), sendo incluído no volume XLII, tomo I, das OBRAS COMPLETAS, atualmente em vias de publicação na Imprensa Nacional.

(13) Parecer de 30 de novembro de 1917, a fls. 1.230 dos autos de execução.



CONSULTA

Tendo o Estado de Santa Catarina proposto contra o Estado do Paraná uma ação em que pediu que fôsse êsse condenado a respeitar os limites legais entre os dous Estados e a restituir os territórios pertencentes a Santa Catarina, dos quais estava indevidamente de posse, além dos seus limites, e tendo esta ação sido julgada procedente, iniciou a execução pedindo que o Estado do Paraná fôsse intimado a aprovar árbitro para, conjuntamente com o que fôsse designado pelo juiz para o caso de empate, proceder-se à demarcação e medição da linha divisória nos pontos em que não estivesse iniludivelmente determinado.

Feita a citação, o Estado de Santa Catarina não prosseguiu, mas, passados quatro anos, reaparece para iniciar a execução por um modo inteiramente diferente: reque-rendo que, nos termos do art. 571 do regulamento n.º 737, de 1850, o Estado do Paraná seja citado para entregar-lhe a *cousa certa* que foi objeto da condenação, isto é, todo o território de que se acha indevidamente de posse, — declarando que desiste das diligências anteriormente re-queridas.

Pergunta-se:

1. Dada a natureza da ação, e considerando-se que o Estado de Santa Catarina nunca estêve na posse do território litigioso, tem cabimento, em direito, a execução pelo modo por que acaba de iniciá-la o Estado de S. Catarina ?
2. Se não tem, qual seria, pela nossa lei processual, o meio jurídico de promover a execução ?



PARECER

1. A jurisdição em cujo exercício o Supremo Tribunal Federal processou e julgou a questão de limites entre o Paraná e Santa Catarina, é a que lhe confere a Constituição da República, no art. 59, n.º 1, letra c, onde se determina:

Ao Supremo Tribunal Federal compete:

Processar e julgar originária e privativamente:

as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes, uns com os outros.

2. As causas judicialmente processadas e julgadas abrangem duas fases distintas e essenciais: a ação, até ao julgamento, e a execução da sentença, que o pronuncia.

Na jurisdição, portanto, que ao Supremo Tribunal cabe, segundo esse texto, de processar e julgar, originária e privativamente, os litígios dos Estados entre si, está necessariamente incluída, não só a de julgar o direito controverso, mas também a de executar o julgado, que o decide.

Uma vez que a jurisdição, originária, em tais casos, nesse Tribunal, lhe é, outrossim, *privativa*, só êle, em litígios tais, exerce, na execução como na ação, a autoridade constitucional de julgar. Se a competência de proferir a sentença é exclusivamente sua, sua é, com o mesmo carácter de exclusiva, a competência para lhe dar execução.

3. Mas a Constituição limitou-se a estabelecer a competência. Não lhe estava na alçada, nem cabia nos limites da sua necessária brevidade, ir além, formular as regras do processo, dar os moldes à ação, ditar à execução o seu sistema. Ou, se cabia, em todo o caso não o fez.

Não o tendo feito, quanto à fase da ação, nessas demandas, assentou a jurisprudência que elas seguem o curso das ações ordinárias (PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*, pág. 52; reg. interno do Supremo Tribunal Federal, artigos 87-90); e, pelo que respeita aos conflitos de natureza judiciária, a que alude esse mesmo texto, a lei n.º 221, de

20 de novembro de 1894, art. 49, parágrafo único, mandou aplicar-lhes o processo instituído para os conflitos de jurisdição entre os tribunais.

4. No tocante, porém, à execução das sentenças pronunciadas em tais pleitos, não se conhece, em toda a legislação republicana, ato legislativo regulamentar ou regimental, que lhe dê forma.

Nem o decreto legislativo n.º 848, de 11 de outubro de 1890, que precedendo a Constituição atual, mas sucedendo ao ato constitucional do Governo Provisório (decr. n.º 510, de 22 de junho de 1890), organizou a justiça federal;

Nem a lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, que, confirmando a anterior (art. 1.º), deu complemento a essa organização, nem o regimento interno do Supremo Tribunal Federal (8 de agosto de 1891) no capítulo "Dos conflitos e litígios internacionais e dos Estados entre si ou com a União ou nação estrangeira" (arts. 87 a 91);

Nem a Consolidação das Leis da Justiça Federal (dec. n.º 3.084, de 5 de novembro de 1898), quando, sob essa mesma rubrica, se ocupa com o processo de tais causas (parte 5.ª, tit. 1.º, arts. 1.º a 6.º);

Nem outro qualquer ato de algum dos poderes autorizados, pela Constituição ou pelas leis, a estatuir normas gerais sobre o processo judiciário encerram disposição nenhuma, que regule o da execução nas causas entre a União e os Estados, ou destes uns com os outros.

5. Não estando, pois, traçadas, em parte alguma da legislação brasileira, ao Supremo Tribunal Federal, as regras, a que ele deve obedecer, quando exerça o encargo constitucional de proceder à execução das sentenças proferidas nesses litígios, a questão vem a ser se lhe é lícito desempenhar essa função, e como, enquanto não existir lei que a regule.

Mas o formular esta interrogação equivale a perguntar se todas as disposições constitucionais são executáveis independentemente de lei, que as paute, ou se, pelo contrário, algumas haverá que, antes de lhes ser pautado em lei o exercício, não se possam exercer.

Se há disposições constitucionais que, para se aplicarem, dependem de que a lei ordinária as desenvolva, quais serão elas ?

Como as distinguiremos das que se não achem sujeitas a exigência tal ?

Onde, e qual, o critério, para se discernirem uma das outras ?

6. Nos Estados Unidos se têm debatido freqüentemente estas questões, e na jurisprudência dos seus tribunais, na União e nos Estados, jurisprudência que é, entre nós, subsidiária da jurisprudência e processo federal (decr. n.º 848, de 11 de outubro de 1890, art. 387), abundam as decisões mais luminosas e precisas, formando hoje, sobre a matéria, doutrina clara e corrente, para onde nos orientemos na solução do interessante e relevantíssimo problema, que a consulta suscita.

7. Nos arestos e tratados americanos é vulgar e inconcussa a noção de que, ao passo que muitas disposições constitucionais, mas não as disposições constitucionais em sua maioria, são, digamos assim, *auto-executáveis*, isto é, se executam de si mesmas, se executam imediatamente, se executam independentemente de qualquer desenvolvimento legislativo (*self-executing, self-enforcing, self-acting, self-operative dispositions*), outras, primeiro que venham a entrar em ação, demandam a interferência do legislador, para se revestirem da forma prática, e terem, nos preceitos que êle ditar, um diretório geral, uniforme e permanente aos seus executores.

8. Tôda vez que, numa espécie debatida, se levante semelhante dúvida, a questão principal vem a ser, como dizia o juiz MITCHELL, na suprema côrte do Minnesota, decidindo o caso *Willis v. St. Paul Sanitation Co.*, "se a disposição constitucional é auto-aplicável (*self-executing*), ou se, pelo contrário, para se pôr em efeito, requer a intervenção da lei". *The principal question in the case is whether this provision of the Constitution is self executing,*

or whether it requires legislation to carry it into effect. (16. L. R. A. 283). (*)

A controvérsia assim posta o que pretende, é averiguar, nos diferentes casos, “se a linguagem do texto constitucional se endereça aos tribunais, ou ao corpo legislativo, se denota haver êle sido concebido como prescrição de efeito imediato como lei já completa nos seus próprios termos, ou se exige, para se pôr por obra, o complemento ulterior da legislação”.

The question in every case is whether the language of a constitutional provision is addressed to the courts or the Legislature, or does it contemplate subsequent legislation to carry it into effect? (16 L. R. A. 285).

9. As constituições não têm o caráter analítico das codificações legislativas. São, como se sabe, largas sínteses, súmulas de princípios gerais, onde, por via de regra, só se encontra o *substratum* de cada instituição nas suas normas dominantes, a estrutura de cada uma, reduzida, as mais das vêzes, a uma característica, a uma indicação, a um traço. Ao legislador cumpre, ordinariamente, revestir-lhes a ossatura delineada, impor-lhes o organismo adequado, e lhes dar capacidade real de ação.

É o que sentia a nossa Constituinte, e o que a nossa Constituição exprime, quando, no art. 34, depois de enumerar, em trinta e duas cláusulas sucessivas, as atribuições do Congresso Nacional, declara, nas duas subseqüentes, que a êle privativamente compete:

“Decretar as leis e resoluções necessárias ao exercício dos poderes, que pertencem à União;

Decretar as leis orgânicas para a execução da Constituição”. (Art. 34, ns. 33 e 34).

(*) Nas citações abreviadamente feitas dêste modo, segundo o uso adotado, as iniciais L.R.A. indicam a *Lawyers Reports Annotated*, a grande coleção da jurisprudência americana, federal e estadual, mas especialmente estadual, editada pela *Lawyers' Cooperative Publishing Co.*, vasto repositório consagrado como fonte autêntica pelo consenso de todos os tribunais americanos, e que já conta hoje oitenta e sete volumes. Os algarismos que precedem as três iniciais indicam o número do volume, e os que se lhe seguem, a numeração da página onde se acha o trecho citado.

10. Comentando estas duas proposições, diz João Barbalho:

“É da natureza das constituições conterem sòmente os lineamentos gerais da organização política, que instituem, seus princípios essenciais e a discriminação das funções dos diferentes órgãos do governo, indicando o *objeto* delas, mas em geral, sem descer aos meios particulares e às providências próprias da execução”. (*Comentários*, pág. 137).

11. “Um dos poderes que pertencem à União”, é o Poder Judiciário. É, pois, este um dos poderes, ao exercício dos quais são necessárias as leis e resoluções, cujo encargo a Constituição incumbe ao Congresso Nacional.

E, se “leis orgânicas” vêm a ser “as que têm por objeto regular o modo e a ação das instituições ou estabelecimentos, cujo princípio foi consagrado por uma lei precedente” (FR. DOMINGOS VIEIRA, *Gr. Dicion. Port.*, v. 3.º, p. 1.280), claro está que, sendo uma das nossas instituições a justiça federal e, nessa justiça, acima de tudo, o tribunal, onde ela culmina, — “para a execução completa da Constituição”, neste particular, segundo ela mesma o determina, será mister que o Congresso Nacional decrete as leis indispensáveis à ação orgânica dêsse tribunal supremo, *ao exercício dos seus poderes, à execução das suas sentenças*.

12. Não sendo a constituição de um Estado senão uma lei, se bem que lei de uma categoria superior a tôdas, a lei suprema, a sua lei das leis, nada obsta a que a nação, ou o povo, assentando nela os fundamentos gerais do seu governo, particularize também, no que entender com certos assuntos, pela atenção que lhe mereçam, pelo cuidado que lhe inspirem, circunstâncias de organização, providências de aplicação, mais próprias da esfera ordinária da legislatura.

Nos Estados Unidos avultam bastante as disposições desta natureza nas constituições estaduais, onde as tem multiplicado a necessidade, indicada pela experiência, de atalhar os abusos, a que se entregam as assembleias legislativas dos Estados, inutilizando as normas constitucionais, a cuja execução negligenciam.

"A constitution is but a higher form of statutory law, and it is entirely competent for the people, if they so desire, to incorporate into it self-executing enactments. These are much more common than formerly, the object being to put it beyond the power of the Legislature to render them nugatory by refusing to enact legislation to carry it into effect".

13. Mas na própria Constituição Federal dos Estados Unidos muitos são os exemplos de prescrições, que, completas na fórmula da sua enunciação, não necessitam de medidas legislativas, para ter, praticamente, efetividade.

"Without stopping to specify, it will be found on examination that our own Constitution abounds in provisions that are unquestionably self-executing, and require no legislation to put them into operation."

(Willis v. St. Paul Sanitation Co., *loc. cit.*)

14. Em regra, porém, as disposições constitucionais dependem, para ser levadas a execução, de atos legislativos, que as desdobrem: são, por via de regra, leis fundamentais (*fundamental laws*), e não leis orgânicas (*organic laws*).

A praxe, dizia, em 1841, perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, um notável advogado americano, "a praxe, sob a constituição dos Estados Unidos, bem como sob a deste Estado (do Mississippi), tem sido confiar ao poder legislativo a elaboração das leis, que ponham em atividade os princípios constitucionais. Supor que se deva interpretar uma constituição de modo que por ela mesma se lhe executem as disposições, sem o auxílio de providências especiais, adotadas pelo corpo legislativo, seria pormo-nos em divergência com o curso usual dos exemplos".

To assume that a Constitution is to be construed to carry into action the provisions it contains, without the aid of special enactments by the legislative body, is out of usual examples. (Groves et al v. Slaughter. 15 Peters 477. 10. L. Ed. 811.)

No caso Fusz v. Spaunhorst, pleiteado ante o Supremo Tribunal do Missouri, o Chief Justice SHERWOOD, proferindo a sentença, disse:

“Excepcionais são os casos, em que as disposições constitucionais são por si mesmas executórias. De ordinário os atos da assembléia constituinte só depois de completados com a legislação, que os supre, se podem executar. *The cases are exceptional where constitutional provisions enforce themselves; ordinarily the labors of the Convention have to be supplemented by legislation before becoming operative.* (67 Missouri 265. *American and English Encyclop. of Law*, vol. 6.º, pág. 915, not. 3)

15. Acompanhando a série dos *exemplos*, a que se alude, como há pouco vimos, no caso *Groves v. Slaughter*, chegaremos com clareza e segurança à verificação prática das normas, que presidem à discriminação exata entre as disposições constitucionais imediatamente executáveis e as disposições constitucionais inexecutáveis enquanto não legislativamente reguladas.

16. Entre os textos constitucionais executáveis sem o concurso de legislação applicativa sobressaem os de caráter proibitório.

“It is the prevailing doctrine, thought there is contrary authority, that prohibitory constitutional provisions are self-executing.”

(6 *Americ. and Engl. Encycl. of Law*, 912, b.)

“All negative or prohibitive provisions in a constitution are self-executing.”

(*Law v. People*, 87 Illinois, 385. COOLEY : *Constitutional Limit.*, 7.^a ed., p. 120, not. 5.)

“The rule favored by the weight of authority is that prohibitive and restrictive provisions are self-executing, and may be enforced by the courts independent of any legislative action.”

(*Cyclopaedia of Law and Procedure*, vol. 8, p. 754).

No proibir que se faça alguma cousa não há nada que exija ulterior ação de lei. A ação ulterior da lei poderá vir a ser necessária, a fim de castigar as infrações da regra proibitiva. Isto, porém, é cousa totalmente diversa da proibição em si mesma. *There is nothing in forbidding a thing to be*

done which requires future action. Future action may be necessary to punish a violation of the prohibition; but that is a matter totally different from the prohibition it-self.

(Groves v. Slaughter, 15 Peters 475. 10 L. Ed. 803).

Prohibitory provisions in a Constitution are usually self-executing.

(Willis v. St. Paul Sanitation C. 16. L.R.A. 285).

17. É que a norma proibitiva encerra em si mesma tudo quanto se há mister, para que desde logo se torne obrigatória a proibição, embora a sanção contra o ato, que a violar, ainda não esteja definida. Se uma Constituição proíbe formalmente certos e determinados atos, a prática de qualquer dêles transgride *ipso facto* o preceito constitucional; porquanto a interdição, como interdição, na medida traçada pelos seus termos, é cabal quanto à obrigação, que, juridicamente, estabelece *erga omnes*, de ser respeitada.

18. Assim, quando a nossa Constituição declara que nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente, que fica abolida a pena de galés, a de banimento e a de morte; quando estatui que ninguém sofrerá privação dos seus direitos por motivos religiosos; quando prescreve que nenhum impôsto se cobrará senão em virtude de lei anterior (art. 72, §§ 19 e 20, 21, 28 e 30); quando veda ao govêrno federal criar distinções de qualquer natureza em favor dos portos de uns contra os de outros Estados (art. 8.º); quando proíbe aos Estados tributar bens, rendas ou serviços da União, assim como a esta, reciprocamente, lançar impostos sobre serviços, rendas ou bens dos Estados (art. 10); quando exclui a decretação de leis retroativas pelos Estados, ou pela União (art. 11), — a inibição que resulta dêsses textos, assim como de quaisquer outros que apresentem o mesmo caráter, é absoluta e imediata.

Nenhuma legislação complementar se requer, para que êles operem e obriguem na sua maior plenitude.

19. No grupo dos exemplos que autorizam esta regra, poderemos citar, entre outros, os seguintes:

1) As disposições constitucionais que proíbem às municipalidades contrair, no espaço de cada ano, dívidas

excedentes das forças da receita assegurada para esse exercício, salvo com o assentimento de dois terços do eleitorado municipal, tomados os seus votos em escrutínio especial, que para tal fim se celebre. (*Constituição do Kentucky*, 1890, seções 157 e 158. THORPE: *The Federal and State Constitutions*, vol. 3.º, págs. 1.339, 1.340. — *Beard v. Hopkinsville*, 23 L.R.A. 403, 405 e 409).

2) As determinações constitucionais que vedam às municipalidades fazer donativos a associações particulares. (*Constituição do Illinois*, 1870. — *Washingtonian Home of Chicago v. City of Chicago*. 1895. 29 L.R.A. 798, 800 e 802).

3) As prescrições constitucionais que não permitem a ninguém acumular com um cargo estadual um cargo federal. (*Constituição da Pennsylvania*, 1870, art. XII, seção 2.ª. THORPE: *Constitutions*, vol. 5, pág. 3.143. — *De Turk v. Commonwealth of Pennsylvania*, 1881, 5 L.R.A. 853-5).

4) As provisões constitucionais que negam aos municípios faculdade, para empenharem o crédito municipal em auxílio de indivíduos ou associações particulares, assim como para se constituírem acionistas de companhias. (*Constituição do Tennessee*, 1870, art. II, 29. — THORPE: *Constitutions*: vol. 6.º, pág. 3.457 — NEWMAN: *Digest of State Constitutions*, pág. 173. — *Norton v. Board of Commissioners of the Taxing Distr. of Brownsville*, 1888, 129 U. S. 479-493. 32. L. Ed. 774-780. — *Digest of Unit. States Supr. Court Reports*, vol. 2.º, pág. 1.587, n.º 97.)

5) As disposições constitucionais, onde se estatui que não se autorizará loteria alguma, nem se consentirá em que se vendam bilhetes de loterias. (*State v. Woodward*. 16 L.R.A. 282-283, not. — *Bass v. Nashville (Tennessee)*. *Yerger v. Rains*. — 6 *Amer. and Engl. Encycl. of Law*, 914, not. 6 — COOLEY: *Constitut. Limitat.*, pág. 120, not. 5.)

6) As regras constitucionais de que a propriedade particular não será tirada ao seu dono, nem deteriorada em proveito público, senão mediante justa indenização. (6 *Americ. and Engl. Encycl. of Law*, 913, texto, n.º 2 e not. 10. — 16 L.R.A. 283, not. — *Hickman v. City of Kansas*. 23 L.R.A. 658-665).

7) Os preceitos constitucionais que se opõem a qualquer discriminação, quanto ao direito de voto, entre os cidadãos, por motivo de raça, côr ou antiga privação de

liberdade (Emenda 15.^a à Constituição dos Estados Unidos. — *United States v. Reese*. 2 Otto 92. U. St. 214-256. 23 L. Ed. 563-578. — 16 L.R.A. 281, not. — COOLEY: *Op. cit.*, p. 120).

20. No mesmo caso estão as declarações constitucionais de direitos. Estas atuam *ipso jure*, pelo mero fato da sua existência nas constituições onde se consignam.

Isto, por três motivos.

Primeiro, porque a declaração de um direito individual pela constituição do Estado importa na imediata aquisição do direito assegurado e na proibição geral, aos particulares e às autoridades públicas, de o violarem.

Segundo, porque, ainda quando o Poder Legislativo não estabeleça medidas especiais em defesa, êsse direito, pela simples razão de existir, encontra nos remédios gerais de direito comum os meios de se desafrontar, reparar e manter. "*When the Constitution forbids damage to private property, and points out no remedy, and no statute affords one for the invasion of the right of property thus secured, the common law, which provides a remedy for every wrong, will furnish the appropriate action for the redress of such grievance*" (LOBINGIER: *Constitutional Law*, IV. 6 Am. and Engl. *Encycl. of Law*, 913, n. 2.)

O juiz Brace, na Suprema Côrte do Missouri, comentando o art. 20 da Declaração de Direitos, que, na Constituição do Estado adotada em 1875, assegura a propriedade, e não permite a sua expropriação em benefício público, senão mediante compensação reparadora, declarou, ao proferir a sentença do tribunal, que o direito reconhecido por êsse texto é absoluto e de execução imediata: "*is an absolute right and self-enforcing*". "Se bem que a legislatura não haja adotado lei alguma, onde se proveja à maneira de averiguar e pagar a indenização devida, o indivíduo, a quem assiste o direito, pode lançar mão da ação ordinária, para se ressarcir devidamente". (Hick. am v. City of Kansas. 23 L.R.A. 662).

A terceira consideração, enfim, pela qual os direitos individuais proclamados nas Constituições não são dependentes da lei, para se efetuarem, está em que, sendo o principal intuito dessas declarações constitucionais cercar êsses direitos de uma trincheira inacessível ao arbítrio,

assim dos governos, como dos parlamentos, ficaria totalmente anulada a garantia, de que aí se cogita, se tais direitos se não pudessem reivindicar senão estribados em atos legislativos. "*The prime object of a Bill of Rights is to place the life, liberty and property of the citizen beyond the control of legislation, and to prevent legislatures or courts from any interference with or deprivation of the rights therein declared and guaranteed except on certain condition. It would be merest delusion to declare a subsisting right as essential to the acquisition and protection of property, and make its employment depend upon legislative will or judicial interpretation.*" (People v. Mc Roberts. 6 Am. and English Encycl. of Law, 913, not. 10. — Groves v. Slaughter, 13 Peters 457-8. 10 L. Ed. 804).

21. As proibições constitucionais e às declarações de direitos articulados nas Constituições adicionam os arestos americanos, como dotadas, igualmente, de vigor imediato e anterior a qualquer exploração legislativa, as isenções constitucionalmente decretadas. "*Exemptions may be regarded as prohibitions*". (16 L.R.A., 284 not.)

Pelas isenções, assim consagradas, certos e determinados bens se declaram imunes aos encargos e responsabilidades, a que se acham sujeitos os outros da mesma natureza. Cada uma dessas imunidades, pois, redundam, numa disposição proibitiva, mediante a qual se tornam inacessíveis aos encargos comuns a toda a propriedade os objetos por elas favorecidos. Nenhuma, conseqüentemente, necessita de lei, para adquirir efetividade. Esta lhe resulta diretamente do texto constitucional, que a pronuncia.

Várias Constituições americanas, como a do Alabama e a do Michigan, por exemplo, declaram impenhorável e inexecutável o *homestead*, limitando logo a máxima extensão de terra ou o maior valor, em que ele deve consistir para desfrutar esse benefício legal; e tanto basta, para que se realize a isenção, isto é, para que os bens, sobre que recai essa franquia, não sejam suscetíveis de execução forçada.

É o que decidiu a Suprema Corte do Michigan e a Suprema Corte do Alabama, esta no caso Miller v. Marx (55 Alab. 332) e aquela no caso Beecher v. Baldy (7 Michig. 500).

“Essa cláusula”, diz o primeiro dêsses tribunais, “nos limites a que se estende, tem a forma e as propriedades de uma lei declaratória da vontade e intenção da soberania, lei, conseqüentemente, executável por si mesma. O seu desígnio era estabelecer a isenção do *homestead* como fato imediatamente consumado, e não encarregar a legislatura de o consumir.” (6 *Am. and Engl. Encyclop. of Law*, 9.914, not. 1. — 16 L.R.A., 284, not.)

“Nesta disposição constitucional”, diz o segundo, “vemos inteiramente uma proibição expressa da execução forçada contra o *homestead* que ela indica; e, desde que proibição é, entendemos que, como tal, não há mister de lei, para ser aplicada.” (6 *Am. and Eng. Encycl. of Law*, p. 914, not. 1. — 16 L. R. A., 284, not. — COOLEY: *Op. cit.*, p. 122).

22. Muitas outras disposições constitucionais, de que, sob êste aspecto, se tem ocupado a jurisprudência americana, entram por si mesmas em execução, não aguardando para isso contribuição alguma da autoridade legislativa; porque desta são independentes, dela, por sua natureza, não necessitam, ou têm nos seus próprios termos elementos cabais, para atuar e obrigar.

Quando, por exemplo, um texto constitucional sujeita a um máximo certos e designados tributos, o contribuinte não precisa de outra lei, a que se abrigue, se a tributação ultrapassar êsse limite. Porque o intuito da Constituição, aí, foi, precisamente, instituir uma restrição ao arbítrio da legislatura, e não entregar o assunto à sua mercê. (6 *Am. and. Eng. Encycl.* 914, n. 3).

A Constituição da Califórnia determinou que as cidades, cuja população fôr maior de cem mil almas, se governarão pelas cartas, que elas mesmas adotarem. Esta disposição se aplica, *ipso jure*, independentemente de qualquer refôrço legislativo; porque o direito, neste caso, resulta, concretamente, para cada município, a que êle assista, do número dos seus habitantes, verificado segundo o recenseamento legal. (People v. Hog. 55 Calif. 612. — 16. L.R.A. 281, not. — Anderson v. Whatcom County. 33 L.R.A. 140. — 6 *Amer. and Engl. Encycl. of Law*, 915, in princ.)

O art. XII, seção 12, da constituição adotada, em 1889, pelo Estado de Washington responsabiliza, individualmente, os diretores dos bancos, seus gerentes, caixas e outros empregados pelas somas, que em depósito receberam no estabelecimento, onde sirvam, depois de lhe conhecerem a insolvência (THORPE: *Constitutions*, vol. 7, pág. 3.996). Para se verificar essa responsabilidade, será mister que alguma lei renove a declaração constitucional? Não. (Mallon v. Hyde, 44 L. Ed. 588, not. — 6 *Amer. and Engl. Encycl. of Law*, 912 — 8 *Cyclopaed. of Law and Procedure*, 752-753).

23. Como estas, consideram-se também executáveis independentemente de aplicação legislativa outras muitas disposições constitucionais, cujo teor encerra em si mesmo tôdas as condições de execução direta e imediata.

Se, *verbi gratia*, uma constituição prescreve que certo e determinado funcionário perceberá certos e determinados vencimentos, a êles tem direito o funcionário, ainda que o poder legislativo os não consigne em lei. (Thomas v. Owens. 4 Maryland 189. — 16 L.R.A. 285, not.)

Se, como acontece na Pennsylvania, um texto constitucional faculta aos acionistas de companhias o arbítrio de acumular cada qual todos os seus sufrágios num só candidato, ou distribuí-los por quantos lhe convenham, dessa faculdade se lograrão os acionistas das companhias haja, ou não, lei, que lha consagre. (Pierce v. Com. 104 Pennsylvania 160. — 16 L.R.A. 281, not.)

Se, como sucede no estado de Washington, a constituição (art. IV, § 10) determina que, nos municípios de mais de cinco mil habitantes, os juizes de paz vencerão ordenado, em vez de emolumentos, a disposição constitucional é executável *semet ipso* quanto ao direito do funcionário ao ordenado, embora só à legislatura caiba fixar-lhe o *quantum*. (Anderson v. Whatcom County, 33 L.R.A., 137, 139. — COOLEY: *Op. cit.*, p. 121, not. 2., col. 2)

Se, como se dá no Minnesota e no Kansas, uma cláusula da constituição manda que os acionistas de qualquer companhia sejam responsáveis aos credores desta, pelas suas dívidas, até a importância do capital, que êles possuírem em ações, claro está que êsse preceito firma *ex proprio vigore* a responsabilidade pessoal do acionista, independentemente de qualquer legislação suplementar. (Willis v.

St. Paul Sanitation Co. and Mabon, 16 L.R.A., 281, 284. — Whitman v. National Bank of Oxford, 176 U.S. 559, 44 L. Ed. 587, 588, not. 589, 590 — COOLEY: *Op. cit.*, p. 122, not.)

24. Executáveis por si mesmas, ou auto-executáveis, se nos permitem uma expressão, que traduza num só vocábulo o inglês *self-executing*, são portanto as determinações, para executar as quais, não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação.

“Disposição executável por si mesma é a que ministra a norma, ou os meios, pelos quais se possa exercer e proteger o direito, que ela dá, ou cumprir o dever, e desempenhar o encargo, que ela impõe.”

“A *self-executing provision* is one which supplies the rule or means by which the right given may be enforced or protected, or by which a duty enjoined may be performed.”

(GEORGE TUCKER : *Constitutional Law*, IV, D, n. 4 in 8 *Cyclopedia of law and procedure* — 753).

25. Mas nem tôdas as disposições constitucionais são auto-aplicáveis. As mais delas, pelo contrário, não o são.

“A constituição não se executa a si mesma: antes requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos. *The Constitution does not enforce itself, but requires legislative action to make its provisions effective.*” (De *Turk v. Commonwealth of Pennsylvania*, 5 L.R.A., 854).

Não há, numa constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Tôdas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem. “*While no part of a constitution is to be regarded as immaterial or advisory, there are many provisions, which do not directly confer power so that rights under them can be enforced, but merely confer power to be exercised when the legislature,*

in its discretion, shall deem it wise. (GEORGE F. TUCKER: *Op. cit.*, p. 752).

Destas convém aduzir alguns exemplos, como aduzimos das outras (ns. 14 a 23), mantido sempre o sistema, que adotamos, para dar solução a esta consulta, de proceder praticamente, mediante, por assim dizer, um trabalho de lições de cousas, seguindo, nos seus copiosos arestos, a jurisprudência do único país, onde a matéria, ventilada amplamente nos tribunais, tem chegado a uma teoria definida e completa, com princípios assentes, regras precisas e luminosas analogias para maior parte dos casos possíveis.

26. Suponhamos uma constituição, como a do Kentucky (1890, § 172), onde se declare que tódia a propriedade tributável será estimada, para o lançamento dos impostos, segundo o justo valor que ela teria em moeda, se houvesse de ser voluntariamente vendida. (THORPE: *The Fed. and State Constitutions, House of Representatives*. Doc. n.º 357, vol. 3.º, p. 1.342). Aí está unicamente a norma fundamental, a que o fisco se tem de adscrever na distribuição dos ônus tributários pelos bens sujeitos ao tributo. Evidentemente, porém, a execução de tal norma supõe uma série de regras práticas, um conjunto de operações sucessivas, um sistema de apreciações delicadas, que a cláusula constitucional deve guiar, mas que nela não estão exaradas, nem dela se poderiam desentranhar por si mesmas. Cabe, pois, à lei formulá-las: e, enquanto as não formule, a disposição constitucional não terá desembaraçado o seu caminho.

Na Luisiana uma prescrição constitucional manda que as terras vendidas em execução de sentenças judiciais sejam divididas em lotes de dez a cinquenta jeiras. É executável essa disposição independentemente de leis, que a regulem? Não. (Bowie *v.* Lott. 16 L.R.A., 282, not. 286. — 6 *Amer. and Engl. Encyc. of Law*, 915, not., col. 2, *in princ.*) Não, diz o tribunal; não, porque ali não se estabelece “o *modus operandi*, mediante o qual se efetuam as vendas”. A constituição firma, apenas, uma norma geral “endereçada à legislatura, anunciando um sistema novo quanto à divisão das terras, e cometendo ao legislador a tarefa de o levar, praticamente, a efeito”. (*Ibidem*).

No Michigan e na Pensilvânia, na Luisiana e no Mississippi, as constituições exigem que, em cada classe de objeto, os tribunais sejam uniformes e equitativos na distribuição e arrecadação dos impostos.

Mas é óbvio que estas disposições constitucionais dependem, necessariamente, de uma legislação especial, que as concretize, e lhes dê vida. (6 *Amer. and Engl. Encycl. of Law* 915, not. 3, col. 2.^a — 16 L. R. A., 284, not., col. 2.^a *in fine* — COOLEY: *Op. cit.*, p. 120, *princ.*)

A constituição do Idaho, adotada em 1889, criou certos cargos mas não lhes regulou nem a eleição, nem as funções, nem os vencimentos, nem o termo de serviço. Sem uma lei, portanto, que a tal respeito dispusesse, a prescrição constitucional não entraria em vigor. (*Hays v. Hays*. — *Blake v. Ada County*. — 6 *Americ. and Engl. Enc. of Law*, 916, not., col. 1).

Um preceito da constituição californiana manda estabelecer um sistema de governo para as municipalidades. Quem o há de estabelecer, senão a legislatura? Logo, enquanto ela o não estabeleça, não pode ter efetividade a disposição constitucional. (6 *Am. and Engl. Enc. of Law*, not. 3, 2.^a col.)

Várias constituições, como a do Ohio, a do Missouri, a do Arkansas, a de Washington e outras, contêm disposições, onde se autoriza a desapropriação de terras particulares “por necessidade”. Mas, segundo a jurisprudência estabelecida e obviamente justa, enquanto a lei não definir as condições da necessidade, e submeter a desapropriação a um processo regular, não podem ter applicabilidade esses textos constitucionais. (6 *Am. and Engl. Enc. of Law*, 913, texto 913, not. 3. — COOLEY: *Op. cit.*, p. 120).

O mesmo se tem julgado:

quanto a disposições constitucionais, que autorizam a tributação dos bens das municipalidades não utilizadas no serviço municipal;

quanto às que obrigam os municípios a não contrair dívidas, sem prover, ao mesmo tempo, à criação da receita necessária ao pagamento ánuo dos seus juros;

quanto às que atribuem às companhias de vias férreas o direito de comunicarem, ligarem e cortarem entre si as linhas. (6 *Am. and Engl. Enc. of Law*, 915. 16 L. R. A., 286.)

27. Entre muitas outras decisões neste sentido, ali proferidas, merece especial atenção, pela sua analogia direta com o caso da consulta, a que se refere à execução da cláusula, formulada em várias constituições daquele país, na qual se autorizam os pleitos contra o Estado, mas não se lhes designa a jurisdição, nem se lhes traça o processo. No Michigan, na Luisiana, no Mississippi, na Califórnia, na Pensilvânia, a justiça, provocada a discutir o assunto, tem decidido unânimemente que essas disposições constitucionais "não poderão entrar em atividade, enquanto os congressos estaduais lhes não subministrarem os meios de execução indispensáveis dando juizes a esses litígios, e regulando-lhes o processo".

"Until this is done any rights conferred under such a provision must lie dormant, because the means by which they may be enforced are not supplied." (G. F. TUCKER: *Op. cit.*; 8 Cyc. 752).

Seria, porventura, outra a jurisprudência americana, se tal qual na espécie da consulta, aquelas constituições, em vez de emudecerem quanto ao processo e ao tribunal, instituíssem, como a constituição brasileira, neste caso, o tribunal, mas não se explicassem quanto ao processo? Não. A jurisprudência americana havia de ser, indubitavelmente, a mesma; porquanto, para não ter exequibilidade imediata uma norma de lei fundamental, que autorize o uso de uma ação, tanto monta deixá-la sem processo, nem juiz, quanto dar-lhe juiz, deixando-a sem processo.

28. Bastaria o exame atento dos casos que acabamos de expor, uns de preceitos constitucionais exequíveis *proprio vigore*, outros de prescrições constitucionais, só executáveis mediante leis suplementares, para se ver claramente por onde correm as divisas entre o território das primeiras e o das segundas.

A linha que as estrema, poderia descrever-se num só traço, dizendo-se como a Suprema Côrte dos Estados Unidos no caso de *Davis v. Burke*, que uma disposição constitucional é executável por si mesma, quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo o que exprime. "A constitutional provision, *which is com-*

plete in itself, needs further legislation to put it in force, but is self-executing." (179 U. S. 393, 45 L. Ed. 249. — 2 Digest 1587, n. 95).

O acórdão proferido, nesse litígio, em 1900, por aquêle grande tribunal, busca elucidar esta noção, dizendo:

"Quando uma disposição constitucional é de si mesma inteira, não há mister de legislação ulterior, para a levar a efeito. Tôda a vez, porém, que se limita a declarar certos princípios gerais, como quando estabelece bases às leis, que têm de reger certas matérias, prescreve regras à incorporação municipal das cidades de certa população, ou impõe uniformidade às contribuições tributárias, então lhe poderá ser necessário o auxílio de uma legislação, que lhe imprima exeqüibilidade. Por outras palavras: a disposição constitucional só é executável por si mesma, até onde seja, realmente, suscetível de execução. *In other words, it is self-executing so far as it is susceptible of execution...*"

...A si mesma, em suma, se executa, quando constitui de si mesma um todo completo. *In short, if complete in itself, it executes itself.*

(Davis v. Burke, 179 U. S. 403, 45 L. Ed., 231-2).

Ora, ninguém dirá que constitua, de si mesma, um todo completo, que seja completa em si mesma, uma disposição constitucional, onde se confere a certa magistratura uma função judiciária, mas nada se lhe diz sobre a maneira de a exercer.

29. No caso Tuttle v. National Bank of Republic a Suprema Côrte de Illinois, discutindo a maneira de reconhecer, numa constituição, as cláusulas de exeqüibilidade imediata e as não exeqüíveis senão mediante leis auxiliares, assim se exprime:

Em sendo manifesto que uma disposição de lei orgânica há de entrar em atividade imediatamente sem o concurso de legislação auxiliar, e que, para se chegar a êste resultado, basta dar tôda a fôrça, todo o efeito às cláusulas ali concernentes ao assunto, não se lhes deparando, na linguagem, ambigüi-

dade, que a obscuridade — dever estrito será dos tribunais de justiça declararem executável por si mesma essa disposição.

"Where it is apparent that a particular provision of the organic law shall go into immediate effect without ancillary legislation, and this can be determined by giving full force and relating to the same subjectim and the language is free from ambiguity, then it becomes the imperative duty of judicial tribunals to declare it self-executing."

(161 Illinois 502. — 6 Am. and. Eng. Enc. of law, 912, not.) .

Profundando a mesma questão, no caso *Willis v. St. Paul Sanitation Co. and Mabon*, a Suprema Côrte do Minnesota contribui para o seu esclarecimento com estas considerações, mais tarde adotadas pela Suprema Côrte do Estado de Washington no caso *Anderson v. Whatcom County*:

"A questão, em cada espécie, vem a ser se a linguagem do texto constitucional se dirige aos tribunais, ou aos legisladores. Indicará ela que a disposição fôsse destinada a construir uma norma posta desde logo em efeito, como já completa na sua plenitude cabal de lei definitiva ? Ou denotará que aguardava, para se aplicar, a legislação ulterior ? É o que se há de apurar, estudando-se-lhe, não só o contexto da redação, mas também a natureza intrínseca do conteúdo. Se a natureza e extensão do direito conferido, ou do encargo imposto, se acham definidas tão inteiramente no próprio texto, que, para as averiguar, baste só por si o exame, a inteligência dos seus próprios termos, e se na linguagem dêles não há indício nenhum de que a matéria foi confiada à ação legislativa, então se deverá concluir que a disposição é executável por si mesma."

"The question in every case is whether the language of a constitutional provision is addressed to the courts or the legislature. Does it indicate that it was intended as a present enactment, complete in itself as definitive legislation to carry it into effect, or does it contemplate subsequent legislation to carry it into effect? This is to be determined from a consideration both of the language used and of the intrinsic nature of the provision itself. If the nature and extent of the right conferred and of the liability imposed are fixed by the provision itself, so that they can be determined by the examination and construction of its own terms, and there is no language used indicating that the subject is referred to the legislature for action, then the provision should be construed as self-executing."

(16 L.R.A. 285. — 33 L.R.A. 140).

30. Não nos dilataremos em transcrever os julgados, onde outras Supremas Côrtes estaduais, nos Estados Unidos, como a do Missouri, no caso *Fusz v. Spaunhorst*, e a do Tennessee, no caso *Friedman v. Mathes*, apóiam decisões análogas na mesma doutrina. (6 *Am. and Engl. Enc. of Law*, 912 e 915).

Baste-nos citar as palavras, onde a resume sólida e luminosamente COOLEY, no seu tratado *Das Limitações Constitucionais*:

"Pode-se dizer que uma disposição constitucional é auto-executável (self-executing), quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever impôsto, e que não é auto-aplicável, quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a êsses princípios vigor de lei."

É assim que, embora uma constituição exija mui claramente a instituição de governos municipais, em condados e cidades, se lhes não indica os limites, nem os provê do mecanismo adequado, não será, nesta parte, imediatamente exeqüível, e ne-

cessitará, para que o seja, do concurso de leis. Os direitos, em tal caso, jazarão dormentes, até que a legislação lhes acuda; ao passo que, em havendo uma regra distinta, se esta fôr por si mesma capaz de execução, lei será, nesses limites, e com ela se deve manter em harmonia tôda a legislação suplementar.

"A constitutional provision may be said to be self-executing if it supplies a sufficient rule by means of which the right given may be enjoyed and protected, or the duty imposed may be enforced; and it is not self-executing, when it merely indicates principles without laying down rules by means of which those principles may be given the force of law.

Thus a constitution may very clearly require county and town governments; but if it fails to indicate its range, and to provide proper machinery, it is not in this particular self-executing, and legislation is essential.

Rights in such a case may lie dormant, until statutes shall provide for them, though in so far as any distinct provision is made, which by itself is capable of enforcement, it is law, and all supplementary legislation must be in harmony without."

(Constit. Limitat., pág. 121).

31. Estas palavras do célebre magistrado e constitucionalista americano ali se tem citado muitas vêzes, nos tribunais e pelos tribunais, dos Estados e da União, em seus debates e sentenças, como a enunciação mais exata e autorizada, a lição clássica, a fórmula corrente do critério admitido para estreimar as disposições constitucionais executáveis por si mesmas das que se não podem executar sem lei, que as regule. (Davis *v.* Burke, 179 U.S. 402, 45 L. Ed. 253. — Anderson *v.* Wathcom County, 33 L.R.A. 139. — Beard *v.* Hopkinsville, 23 L.R.A. 403, 405).

Ora, o que essa fórmula nos ensina, de acôrdo com o bom senso, é que as determinações constitucionais, que apenas estabelecem princípios, não se podem executar,

enquanto uma lei as não tornar executáveis, organizando-lhes êsse mecanismo, de que a constituição, no seu texto, as deixou destituídas.

32. Mas tal é, precisamente, o que se verifica, na constituição brasileira, com a cláusula, que comete ao Supremo Tribunal Federal as causas e conflitos da União com os Estados e dêstes uns com os outros.

Essa cláusula, exarada no art. 59, n.º 1 c, declara o objeto da jurisdição outorgada, particularizando essa espécie de causas e conflitos, descreve-lhe a extensão, qualificando-a de originária e privativa, indica o tribunal, onde ela reside, entregando-a ao Supremo Tribunal Federal.

Não estabelece, porém, o mecanismo, segundo o qual ela se há de exercer, isto é, o processo, que tem de observar.

Logo, a fixação dêsse processo cai sob o disposto na mesma constituição, art. 34, n.º 23, onde se estatui que

“Compete privativamente ao Congresso Nacional:

Legislar sobre o direito... processual da justiça federal”.

33. Se, porém, essa jurisdição é privativa do Congresso Nacional, ninguém nela com êste poderia participar. Porque, se alguém dela coparticipasse, já essa jurisdição não seria privativa do Congresso Nacional.

Nem mesmo ao Supremo Tribunal Federal, portanto, embora seja sua, e também privativamente, a competência de julgar tais causas, caberia substituir o Congresso Nacional na organização do processo, a que elas se têm de submeter. São duas competências igualmente privativas, mas absolutamente distintas : uma para processar e decidir êsses litígios; outra para lhes dar a forma legal de se decidirem e processarem.

Tem o Supremo Tribunal Federal o seu Regimento Interno, expedido em conformidade com o dec. n.º 848, de 11 de outubro de 1890, arts. 349 e 364, bem como com o dec. n.º 1, de 26 de fevereiro de 1891, art. 3.

Neste, o que se diz, é que o Supremo Tribunal Federal “observará o regimento do extinto Supremo Tribunal de Justiça, enquanto não organizar o seu”.

Quanto aos arts. 349 e 364, do dec. n.º 848, o primeiro apenas autoriza o Supremo Tribunal Federal a determinar no seu regimento "a forma para o julgamento *das apelações*", e o segundo tão-sòmente estatui que, "para regular *a ordem do serviço e a distribuição do trabalho, tanto em as seções como na secretaria*, o Supremo Tribunal organizará o seu regimento interno".

A Constituição da República, no art. 58, se limita a prescrever que "os tribunais federais elegerão do seu seio os seus presidentes e organizarão as respectivas secretarias".

Nas leis do antigo régimen, também, leis que o art. 83 da carta republicana declara que "continuam em vigor, enquanto não revogadas, no que explícita ou implicitamente não fôr contrário ao sistema de governo firmado pela constituição e aos princípios nela consagrados", nada se encontra, por onde a atribuição, dada, nos arts. 349 e 364, do dec. n.º 848, no art. 3 do dec. n.º 1 e no art. 58, da Constituição, ao Supremo Tribunal Federal, de organizar o seu regimento interno, se estenda além das raias precisas, que êsses textos indicam...

34. No exercício da sua função de interpretar as leis federais, de sentenciar em última instância sobre a sua inteligência, aplicabilidade e aplicação, o Supremo Tribunal Federal considerou cabíveis nas formas gerais das ações ordinárias o processamento e julgamento das causas e conflitos da União com os Estados e dos Estados uns com os outros.

Era seu direito; e de tal jurisprudência não podia haver recurso, a não ser para o Congresso Nacional, a fim de que, exercendo, nos termos da Constituição, art. 34, n.º 23, a sua função de legislar sobre o direito processual das justiças da União, criasse, para êsse gênero de causas, o processo especial, que a especialidade evidente delas, pelo seu objeto, pela qualidade das partes, pela índole das suas relações, está exigindo.

35. No tocante, porém, à *execução* das sentenças pronunciadas nesses pleitos, o Supremo Tribunal mesmo reconheceu sem hesitação e declarou com solenidade que não lhe era lícito usar daquele expediente, sujeitando à

praxe das execuções ordinárias os litígios entre Estados ou entre êstes e a União.

Para a execução dos julgados que se proferissem nesses litígios, o regimento interno do Supremo Tribunal Federal categoricamente declara não existir lei, e se confessa obrigado a esperar a que o poder competente lhe forneça.

É o que do seu regimento interno consta, no art. 91, que, após os arts. 87 e 90, onde se regula o curso da ação nas demandas entre a União e os Estados, ou entre êstes uns com outros, estatui:

“NA EXECUÇÃO se guardará o QUE FÔR DETERMINADO EM LEI FEDERAL, tratado, convenção ou compromisso das partes”.

A *Consolidação das Leis da Justiça Federal*, promulgada com o decreto n.º 3.084, de 5 de novembro de 1898, reproduz literalmente, na parte V, cap. 1.º, art. 5.º, êsse texto, dizendo, como êle:

“NA EXECUÇÃO SE GUARDARÁ O QUE FÔR DETERMINADO EM LEI FEDERAL, tratado, convenção ou compromisso das partes”.

36. Nesses dois textos, idênticos entre si, o Supremo Tribunal Federal e o Poder Executivo afirmam contestemente a não existência *de lei* que regule a execução das sentenças, nos litígios entre Estados ou entre êstes e a União. É o que exprime o futuro verbal “se guardará o *que fôr determinado*”.

Se lei federal existisse para tais execuções, os dois textos, em vez de se redigirem, dizendo: “Na execução se guardará o *que fôr determinado* em lei federal”, naturalmente se enunciaria, estabelecendo: “Na execução se guardará o *que está determinado* na lei federal”, ou: “Na execução se guardará o *que determina* a lei federal”.

As leis, que tudo regem, não podem, todavia, reger a gramática, sem a qual, não logrando ser entendidas, não lograrão ser obedecidas. *Mala grammatica vitanda est.*

O Regimento do Supremo Tribunal Federal e a Consolidação das Leis da Justiça Federal não podiam ter pecado tão claramente contra a gramática elementar, como o teriam, se existindo leis, que determinam o pro-

cesso da execução nessas causas, dissessem “o que fôr determinado”, em lugar de “o que é, ou está, determinado”.

37. Demais, se acêrca do assunto *existisse lei federal*, fôrça era que essa lei se transcrevesse na *Consolidação das Leis da Justiça Federal*.

Com efeito, o art. 87 do dec. n.º 221, de 1894, *ex vi* do qual foi expedido êsse ato, mandou que nêle se procedesse

“à consolidação sistemática de tôdas as disposições vigentes sôbre a organização da justiça e processo federal”,

e o dec. n. 3.084, de 1898, que, no exercício dessa incumbência legislativa, expediu a *Consolidação*, de que se trata, declara que, aprovando-a, e promulgando-a, aprova e promulga o govêrno

“a consolidação sistemática de tôdas as disposições vigentes sôbre a organização da justiça e processo federal, mandada elaborar pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores”.

Mas, longe de consolidar qualquer texto concernente à execução das sentenças do Supremo Tribunal Federal nesse gênero de ações, o dec. n.º 3.084, como o Regimento Interno dêsse tribunal, declara, simplesmente, que, na execução de tais sentenças, se observará “o que fôr determinado em lei federal”, isto é, que será observada a lei federal quando lei federal houver a tal respeito

38. Aliás a interpretação autêntica dêsse texto do dec. n.º 3.084, está dada pelo Ministro, que a adotou e subscreveu, o Dr. Amaro Cavalcanti, o qual, no projeto que ao Supremo Tribunal, em agôsto de 1910, submeteu acêrca desta matéria, declarou, no primeiro dos seus considerandos, que,

“nem nas leis processuais, nem no atual Regimento do Supremo Tribunal Federal, se acha providenciado, por forma alguma, acêrca da matéria e condições, segundo as quais se devem considerar executadas as decisões dêste Tribunal, relativas às questões de limites entre os Estados da União”.

39. Nem se pretenda que, sendo considerados, entre nós, subsidiários da jurisprudência e do processo federal,

nos termos do dec. n.º 848, art. 387, "os estatutos dos povos cultos, e, especialmente, os dos Estados Unidos da América do Norte", — ao Supremo Tribunal Federal, aqui, se deveria reconhecer, como ali se reconhece à Suprema Côrte, o direito de estabelecer o processo nas causas, em que julga.

Não.

O dec. n.º 848, de 1890, *anterior* à Constituição e a *ela subordinado*, como lei ordinária, que é, não a poderia derogar, estendendo ao Supremo Tribunal Federal a atribuição, que a nossa lei fundamental reserva privativamente ao Congresso Nacional, de legislar sobre o direito processual da União. Tão longe não vai, nem poderia ir jamais o alcance da norma, que imprime o caráter de direito subsidiário à legislação e à jurisprudência de nações estrangeiras. Ao uso acessório destas não seria lícito atribuir nunca a propriedade extravagante de alterar o direito público interno nacional, alterando a órbita aos poderes do Estado, e ampliando a competência de uns em detrimento da de outros.

40. Nos Estados Unidos a Suprema Côrte adquiriu a faculdade, a que se alude, muito formalmente.

Ali, como aqui, a Constituição remata a enumeração das atribuições do Congresso Nacional com a cláusula ampla, que lhe confere todos os poderes necessários ao exercício das funções anteriormente especificadas. E entre esses poderes a Suprema Côrte dos Estados Unidos, numa sentença pronunciada por Marshall, como seu *Chief Justice*, em 1825, reconhecia incluir-se o de prover com a legislação necessária à execução dos julgados desse tribunal.

"That a power to make laws for carrying into execution all the judgements which the judicial department has power to pronounce, is expressly conferred by this clause, seems to be one of those plain propositions which reasoning can not render plainer. The terms of the clause neither require nor admit of elucidation. The terms of the clause neither require nor admit of elucidation. The Court, therefore, will only say, that no doubt

whatever is entertained on the power of Congress over the subject."

(*Wayman et al v. Southard et al.* 10 Wheat. 22, 6 L. Ed. 258).

Foi, porém, exatamente, no exercício desse direito, assim proclamado, nesse aresto, como evidente e inconcusso ante a letra do texto constitucional, observa o grande juiz americano, que o Congresso dos Estados Unidos, n.º 17 da lei judiciária decretada em 1789, autorizou, geralmente, os tribunais federais a estabelecerem "tôdas as regras necessárias ao andamento regular dos seus trabalhos". (*"The 17th section authorizes the courts "to make all necessary rules for the orderly conducting of business in the said courts".*) (10 Wheat, 23. 6 L. Ed. 258).

A Suprema Côrte, especialmente, recebeu dêsse ato legislativo, confirmado pelos de 8 de maio de 1792, 19 de maio de 1888 e 23 de agôsto de 1842, autorização para assentar as normas precisas ao curso do processo, assim nas causas antes dela pleiteadas, como nas demandas perante as outras justiças federais:

"The Supreme Court was expressly authorized to make and establish all necessary rules for the orderly conducting of business", in all the courts of the United States, "provided that such rules are not repugnant to the laws of the United States"; and successive statutes have recognized its power to make rules not inconsistent with the laws of the United States, prescribing the forms of writs and other processes, at common law as well as in equity or admiralty in those courts". (HANNIS TAYLOR: *Jurisdiction and Procedure of the Supreme Court of the Un. States*, n.º 21, pág. 43. — *The Federal Statutes Annotated*, vol. IV, 1904, pág. 583, § 917. — DESTY: *A Manual of Practice of the Courts of the United States*, vol. II, § 439, pág. 779-80).

41. Essa competência, pois, existe ali, como "*acts of Congress*", diz BALDWIN. "The Supreme Court, under power derived from acts of Congress", diz BALDWIN (*The American Judiciary*, pág. 142). "The Supreme Court was expressly authorized... successive statutes have recognized its power", ensina HANNIS TAYLOR, no lanço que acabamos de transcrever.

A base dessas leis está na doutrina de que ao Congresso incumbe "organizar a Suprema Côrte, *definir-lhe os poderes*, de harmonia com a Constituição, e distribuir os resíduos dessa autoridade entre êsse tribunal e os tribunais inferiores". "*It is left to Congress to organize the Supreme Court, to define its power consistently with the Constitution, and to distribute the residue between it and the inferior courts.*" (DESTY: *Op. cit.*, vol. I, 1, pág. 8).

Senhor dessa atribuição, entendeu o Congresso que ela o habilitava a investir, como investiu, a Suprema Côrte na missão de preencher as lacunas, que encontrasse, em matéria de processo, na legislação federal. Isso, porém, contanto, não só que as regras assentadas por êsse tribunal se subordinem às leis (TAYLOR, *loc. cit.*; 11 *Cyc.* 888), mas ainda que sejam meramente regras processuais, e não regras de direito, *rules of practice, not rules of law.* (*Federal Statutes Annotated*, vol. IV, págs. 583, 585).

Evidentemente, porém, esta restrição, com a qual o Congresso dos Estados Unidos, obrigando a Suprema Côrte a não ultrapassar, na criação dessas normas, os limites da esfera processual, legitima a investidura, que lhe confere, de regular o processo, não a legitimaria no Brasil, onde o estatuído no art. 34, n.º 23, da Constituição opõe barreira invencível ao exercício de semelhante autoridade pelo Supremo Tribunal Federal.

42. Debalde se buscará na constituição federal daquele país um texto especial, correspondente a êsse, com que, na constituição brasileira, se aquinhoou privativamente ao Congresso a função de legislar sobre o processo federal.

Não havendo ali disposição análoga a esta, que declare *privativa* da legislatura a competência de elaborar o direito processual, natural era que a Suprema Côrte americana, raciocinando com a vasta noção constitucional da sua jurisdição, reclamasse o direito de lhe dar as formas do processo, enquanto o Congresso Nacional não lhas desse. (HANNIS TAYLOR: *Op. cit.*, pág. 44, n.º 22, pág. 100, n.º 66).

Mas, se na Constituição americana existisse uma cláusula igual à do art. 34, n.º 23, da Constituição brasileira, onde se determinasse, como nesta se determina, que só ao

Congresso Nacional compete legislar sobre o processo nos tribunais federais, certamente a Suprema Corte não reivindicaria o direito de estabelecer, nos casos omissos, a legislação processual.

43. Fazê-lo com efeito, seria então, evidentemente, aspirar a uma usurpação, como, por outro lado, viria a ser uma abdicação, ou uma delegação, ambas ilegítimas neste regime, o ato do Congresso Nacional, que reconhecesse ao Supremo Tribunal Federal poderes tais. Procedendo assim, o Congresso delegaria ou abdicaria no Supremo Tribunal, isto é, transferiria a este uma atribuição, que a nossa lei fundamental declara reservada exclusivamente ao poder legislativo. O projeto n.º 28, de 1910, submetido ao Senado, em 27 de setembro desse ano, por alguns dos seus membros, dizia, no art. 15:

“O Supremo Tribunal tem competência, *para prover aos casos omissos das leis processuais*, até que o Congresso Nacional legisle a respeito”.

O que importava, evidentemente, em dizer :

“O Supremo Tribunal Federal tem competência para fazer as leis processuais, enquanto o Congresso Nacional as não houver feito”.

Ou, noutras palavras:

“Ao Supremo Tribunal Federal compete *legislar sobre o direito processual da justiça federal*, enquanto o Congresso Nacional não tiver legislado”.

Mas isto seria, abertamente, o contrário do estatuído na Constituição, art. 34, n.º 23, onde se declara que só ao Congresso Nacional compete, que

“*competete privativamente ao Congresso Nacional legislar sobre o direito processual da justiça federal*”.

É o que não teve dificuldade em perceber a Comissão de Justiça e Legislação, naquela casa do Congresso, comissão cujo parecer (n.º 212, de 20 de outubro de 1910) qualificou deste modo esse tópico do projeto:

“É manifestamente inconstitucional o art. 15.

Legislar sobre o processo federal, ou da justiça local no Distrito Federal, é atribuição privativa do Congresso Nacional, que não pode delegá-la, sobre-

tudo pela forma genérica dessa disposição, que investe o Supremo Tribunal da faculdade de prover sobre as omissões das leis do processo em geral."

(*Diário do Congresso*, 22 de outubro de 1910, pág. 1.736).

44. Pronunciando-se, como se pronunciou, neste sentido, a comissão do Senado, entre cujos membros se notava até um dos signatários do projeto, que ela recusava, o Sr. Tavares de Lira, podia ter invocado em seu socorro, se a espécie não fôsse tão clara, o juízo do próprio Supremo Tribunal Federal, que, último intérprete das leis e da Constituição, formalmente declara, segundo já vimos (n.º 36), no seu regimento interno (art. 91), que o processo da execução, nos litígios da União com os Estados, ou dos Estados entre si, está dependente da lei, que tal lei não existe, que aquêle tribunal a não pode suprir, e que lhe deve aguardar a decretação pela autoridade competente.

Portanto, se o Supremo Tribunal Federal, agora, antes que essa autoridade haja decretado tal lei, a suprisse, mandando, independentemente dela, proceder à execução numa causa desta categoria, numa questão de limites entre dois Estados, êsse tribunal contraviria, da maneira mais direta e positiva, ao seu próprio regimento, por êle mesmo feito, adotado, praticado e ainda não derogado.

Mas, além do seu regimento, contraviria, ainda, à Consolidação das Leis da Justiça Federal, que, decerto, o não obriga senão enquanto conforme com a Constituição, mas a que êle não poderia assacar a tacha de inconstitucionalidade, justamente numa disposição em que aquêle decreto se limita a trasladar *ipsis litteris* um texto do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

45. Para evidenciar, de mais a mais, quão ruim seria de acomodar ao nosso direito, embora americanizado pelo novo regimen, o exotismo dessa transplantação americana, bastaria advertirmos em que, nos Estados Unidos, não é só ao Supremo Tribunal Federal que se concede o arbítrio de remediar às deficiências da lei em matéria de processo.

Dessa faculdade participam, ali, com a Côrte Suprema, as outras côrtes federais, isto é, todos os tribunais de circuito e todos os tribunais de distrito. A cada um desses tribunais confere o direito americano poderes de formular

as regras do seu processo. "*Every court possesses the power to make its own rules, unless forbidden by law.*" (JOYCE: *Courts. Cyclopaed. of Law and Procedure*, vol. 11, pág. 888).

Eis o que determinam, a tal respeito, as leis federais, nos Estados Unidos:

"Practice in the several courts to be regulated by their own rules. — The several circuit and district courts may, from time to time, and in any manner not inconsistent with any law of the United States, or with any rule prescribed section, make rules and orders directing the return of writs and processes, the filing of pleadings, the taking of rules, the entering and making up judgments by default and other matters in vacation, AND OTHERWISE REGULATE THEIR OWN PRACTICE as may be necessary or convenient for the advancement of justice and the prevention of delays in proceedings."

(Lei de 22 de março de 1793, c. 22, 1 *Statutes at Large*, 335. — Lei de 23 de agosto de 1842, c. 188, 5 *Statutes at Large*, 518. — *Federal Statutes Annotated*, vol. IV, p. 585. DESTY: *Op. cit.*, vol. II, pág. 781, § 740. — BALDWIN: *Loc. cit.*)

Se essas regras, estabelecidas por cada um dos tribunais federais sobre o processo das causas que correm pelos seus juízos, não contrariarem a Constituição, as leis, ou as regras, que, por sua vez, no exercício da mesma autoridade, em grau superior, houver ditado a Corte Suprema, — o direito americano lhes reconhece "vigor e efeito de leis. *They have the force and effect of law*". (*Federal Statutes Annotated*, vol. IV, pág. 585, not., 2.^a col.)

De modo que, se aconselhássemos o uso dos Estados Unidos, se nêle nos houvéssemos de estribar, para atribuir ao Supremo Tribunal Federal o direito de regular o processo nas lacunas da nossa legislação processual, isto contra a letra categórica da Constituição brasileira no seu art. 34, n.º 23, — consequência inevitável seria estendermos êsses poderes de legislar judiciariamente, em matéria de processo federal, às outras justiças da União, aos juízes

de seção, hoje, e, mais tarde, a quantos tribunais federais se criassem, de acôrdo com o art. 55 da nossa lei fundamental.

Porque lacunas, sempre as houve, sempre as haverá, em tôdas as legislações, por mais esmeradas que sejam; e, se os Estados Unidos as supuseram, as tiveram por inevitáveis na sua; se, para as seguir, não lhes pareceu bastarem as regras suplementares, que a Côrte Suprema instituisse, — admitida a competência desta como fonte de elaboração legislativa no direito processual, não haveria, logicamente, meio de nos evadirmos à consequência, com que êles tiveram de capitular, e seríamos obrigados, como êles, a associar a essa função nova do Supremo Tribunal Federal os tribunais federais inferiores.

Se recuam, como decerto, entre nós, tôda a gente recuaria, ante esta conclusão, fôrça é recuarem também da premissa que a tal conclusão nos leva.

46. Em todo o caso, porém, não se esqueça que, se, nos Estados Unidos, a Côrte Suprema exerce inconcussamente autoridade tal, não é senão porque, como nos atesta o professor HANNIS TAYLOR (*loc. cit.*), “a lei judiciária de 1789, § 17, explicitamente, a isso autorizou (*by the Judiciary Act of 1789, § 17, the Supreme Court was expressly authorized*)”, e porque, depois, vários outros atos do Congresso Nacional, sucessivamente, a reinvestiram nessa atribuição: “*successive statutes have recognized its power to make rules*”. (TAYLOR : *Ibid.* Ver supra, n.º 40).

Aqui, portanto, para que o Supremo Tribunal se visse em situação correspondente, neste assunto, à da Suprema Côrte nos Estados Unidos, seria necessário que neste sentido a nossa legislação primeiro se pronunciasse, como se pronunciou a americana, — se é que, entre nós, a essa naturalização daquela praxe se pode ajeitar o art. 34 da Constituição, declarado, terminante e irredutível, como é, na sua letra.

47. Alega-se que o processo da execução é um só, que tôdas as execuções são as mesmas, que ao Supremo Tribunal Federal, portanto, se acha desembaraçadamente aberta a estrada larga do direito ordinário, para levar a efeito a sua sentença no litígio entre os dois Estados.

Mas, se assim fôsse, como se explicaria o art. 91 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, onde esse Tribunal declara que “se guardará na execução o que fôr determinado em lei federal”?

Pouco antes, no art. 87, o mesmo regimento dêsse Tribunal, dispondo sobre a fase anterior da lide, nos litígios entre Estados, a submete “a todos os termos do *processo ordinário* ATÉ O JULGAMENTO”.

Por que “até o julgamento”? Não está, dêste modo, patentemente excluída a execução, que lhe é posterior?

E por que, ainda, ao tratar, quatro artigos depois, da execução, manda o regimento do Tribunal, com relação a esta, guardar “o que fôr determinado em lei federal”, em vez de mandar, como a respeito da fase precedente mandara, que siga “os termos do *processo ordinário*”?

Pois êste contraste entre as duas fórmulas, a de se observarem “os termos do *processo ordinário*”, usada quanto ao curso do litígio até o julgamento, e a de se guardar “o que fôr determinado em lei federal”, adotada no tocante à execução, não está evidenciando, irresistivelmente, que só no período antecedente ao julgamento se mandou seguir o teor do processo ordinário, e do teor do processo ordinário se exclui, nessas causas, a execução?

48. Aplique-se, agora, o mesmo raciocínio ao dec. n.º 3.084, de 1898. Aí se acham consignados, na parte III, arts. 341 e seguintes, como observava o eminente Ministro Pedro Lessa, na sessão de 30 de julho de 1910 (*Jornal do Comércio*, 31 de julho de 1910), as regras do processo ordinário, tomado ao reg. n.º 373, de 1850, a que se quereria amoldar a execução das sentenças do Supremo Tribunal Federal nestes litígios especiais.

Ora bem. Se essas disposições estão consignadas no dec. n.º 3.084, parte III, arts. 341 e seguintes, se ali mesmo se acham, uma a uma, enfiadas tôdas as normas, a que a execução de tais sentenças teria de obedecer, caso essa execução estivesse adstrita às regras do *processo ordinário*, — como é que o próprio decreto, onde elas estão sucessivamente exaradas, o dec. n.º 3.084, parte V, art. 5, ao dispor sobre os litígios da União com os Estados, ou dos Estados uns com os outros, em vez de remeter essa execução

para os textos anteriores, onde traçou aquêlê caminho, o caminho do processo ordinário, lhe indica rumo diverso, mandando observar, nessa execução, "*o que fôr determinado em lei federal*" ?

Se tal lei já existia, ignorava, por acaso, o autor da *Consolidação*, o seu eminente autor, e o govêrno a cuja iniciativa se deve essa codificação do processo federal, ignoravam êles que tal lei existisse ? Se o não ignoravam, como poderiam tê-la sonogado à *Consolidação das Leis Federais* ? Se não a sonegaram, onde está ela nessa *Consolidação* ?

Se ela e a *lei do processo ordinário*, em matéria de execução, nos litígios de que se trata, são uma e a mesma lei, como é que a *Consolidação*, quando se ocupa com a execução nesses pleitos, em vez de se referir aos artigos, onde ela mesma, na sua parte III, regula o curso ordinário das execuções, nos remete a uma lei eventual, a uma lei vindoura, a uma lei não designada senão como aquela "*onde fôr determinado*" o que se deve guardar especialmente nos litígios da União com os Estados e dos Estados uns com os outros ?

Mas, se da coexistência, *no mesmo decreto*, no decreto n.º 3.084 (como no mesmo regimento do Supremo Tribunal), se da coexistência, no decreto-consolidação, entre os textos onde, na parte III, se regem as execuções ordinárias, e o texto, onde na parte V, se submete a execução, nesses litígios especiais, "*ao que fôr determinado*" numa lei ulterior, — se daí se segue, palpavelmente, não se reger a execução, em tais litígios, pela mesma lei que rege as outras execuções — como fugir à evidência de que tôdas as execuções não são as mesmas, de que o processo não é um só para tôdas as execuções ?

49. Se o processo fôsse um só para tôdas as execuções, como agora se tem afirmado, parece que no Supremo Tribunal Federal se não poderia esquecer tão comezinho rudimento de praxe forense. Magistrados encanecidos na prática de julgar e elevados, na madureza da sua carreira judiciária, ao tribunal mais alto da nação, não seria admissível que deixassem de saber se, no direito brasileiro, só um sistema de execução existe, ou existe mais de um sistema.

Quando, pois, em 1910, o pleito de limites entre Mato Grosso e o Amazonas suscitou, naquela casa, a mesma questão, com que agora nos ocupamos, bastaria, para acabar com o debate, que, no cenáculo dos nossos grandes juizes, algum dentre eles recordasse aos outros a noção elementar de que, entre nós, tôdas as execuções de julgados observam *um só processo*. Estaria encerrada a discussão, e ninguém mais duvidaria que, sendo êsse processo obrigatório, indistintamente, para tôdas as execuções, a das sentenças proferidas em litígios entre Estados a êle se havia de cingir.

Bem longe disso, porém, flutuou a controvérsia entre as hipóteses mais variadas, aventando-se — ora a de se processar essa execução como a das causas ordinárias, segundo o decreto n.º 3.084, parte III, — ora a de se lhe mandar aplicar o estatuído, para demarcação de terras, pelo decreto n.º 720, de 5 de setembro de 1890, — ora a de aguardar o Tribunal, de acôrdo com o seu regimento, que o Congresso Nacional provesse em lei ao assunto, — ora a de se lhe aditar o regimento com um sistema de regras adotadas pelo Tribunal para os casos desta natureza, enquanto o legislador não mandasse cousa diversa. De sorte que, em quase tôdas as soluções, a opinião dominante reconhecia constituírem as causas dêste gênero uma especialidade processual, onde a execução não estava ainda regulada no direito pátrio, e não poderia vir a sê-lo mediante normas diferentes das do processo comum.

50. Tudo, realmente, nesses pleitos, concorre para lhes imprimir caráter excepcional. Os assuntos, se não são de natureza política, entestam com interêsse desta natureza e vêm a ser, pelo menos, quase sempre, de ordem altamente constitucional. As partes são governos, são Estados, não soberanos, mas autônomos, ou semi-soberanos, empenhados na defesa, não só do seu patrimônio público, mas, muitas vêzes, dos elementos da sua semi-soberania, um dos quais é o território, objeto do litígio nas causas de limites. O processo, que nas demandas particulares atravessa duas instâncias, só uma tem nessas lides, em que a grandeza dos interêsses pleiteados, a importância dos direitos indecisos, o valor das entidades contendentes parece estarem exigindo um aparelho de meios de defesa mais amplos, de garantias jurídicas mais acentuadas.

Eliminada a apelação, desde que o Tribunal é um só, desde que nêle começa e acaba a lide, os recursos reduzem-se aos embargos. Os julgadores são os mais elevados, que o país conhece. Mas dêles não se recorre senão para êles mesmos.

Com tôdas estas diferenças, o processo, nos litígios da União com Estados, ou dos Estados entre si, não pode, não deve ser o mesmo que no litígio entre particulares. Tudo para êle requer uma organização peculiar, um regimento acondicionado à sua especialidade.

51. É o que tem reconhecido, nos Estados Unidos, a Suprema Côrte, cuja praxe, nestes pleitos de relevância excepcional, abre as mais largas exceções aos rigores do processo ordinário.

"By reason of the dignity of the parties and importance of the interest involved, such controversies are not to be decided upon mere technicalities, but the chancery rules should be so molded and applied as to bring the cause to a hearing on its real merits, and the court will not applie the same rules as to the time of answering, or the effect of laches or the lapse of time, as in suits between individuals."

"Em razão da dignidade das partes e da importância dos interesses nêles envolvidos, êsses litígios não se hão de julgar, apurando estritamente o rigor das normas técnicas, mas amoldando as regras de equidade (*chancery rules*), e aplicando-as de tal arte, que se conheça da causa na plenitude cabal do seu merecimento. O Tribunal, pois (a Suprema Côrte), não aplicará as mesmas regras, no tocante ao prazo da contestação (*as to the time of answering*), aos efeitos da negligência (*laches*), ou ao decurso do tempo (aos têrmos, aos prazos), que nas demandas entre particulares."

(JOSEPH R. LONG: *States*, II F., 1, *Cyclopaedia of Law and Procedure*, vol. 36, págs. 843-44).

Assim, decidiu, entre outras, em 1839 e 1841, na questão de limites entre o Estado de Rhode Island e o de Massachusetts, sôbre a qual três vêzes se pronunciou a

Côrte Suprema. (Rhode Island v. Massachusetts, 13, Peters 23. 10 L. Ed. 41. Peters. 210. 10 L. Ed. 423. 15 Peters 233. 10 L. Ed. 721).

Da primeira vez que a Suprema Côrte entendeu na pendência entre os dous Estados, a decisão adotada exprimiu-se em termos, que a súmula oficial do julgado, com a qual se precede a sentença, assim compendia:

"The rules which govern courts of equity as to the allowance of time for filing an answer and other proceedings in equity between individuals, will not be applied by the Supreme Court to controversies between States of the Union. The parties to such cases must, in the nature of things, be incapable of acting with promptness of an individual".

"A Suprema Côrte não aplicará, nas causas entre Estados da União, as regras ordinárias dos tribunais de equidade quanto ao termo estabelecido para a contestação, bem como a respeito de outros atos do processo entre individuos nesses tribunais. Pela natureza mesma das cousas não é possível exigir das partes, em tais litígios, igual presteza à que dos simples individuos se exige."

(13 Peters 23. 10 L. Ed. 41).

Na sentença do Tribunal o juiz Taney, que o presidia, e a proferiu, acentua os fundamentos dessa decisão, dizendo:

"From the character of the parties, and the nature of controversy, we cannot, without committing great injustice, applie to this case the rules as to time, which govern courts of equity in suits between individuals. In the last mentioned cases the material allegations in the bill are comparatively few in number, and rest in the personal knowledge of the individual who is to put in his answer. But in a case like this, and one, too, of so many years standing, the parties, in the nature of things, must be incapable of acting with the promptness of an individual".

“Atento o caráter das partes e a índole da controvérsia, *não podemos, sem cometer grave injustiça, aplicar a esta lide*, quanto aos prazos e termos, as mesmas normas que regem os tribunais de equidade nas ações entre particulares. Nos casos desta última espécie as alegações relevantes do libelo são, comparativamente, poucas em número e do conhecimento pessoal do indivíduo, que tem de acudir com a contestação. Mas num litígio como este, e por tantos anos pendente, não permite a própria natureza das cousas que os litigantes sejam capazes de ter a mesma prontidão que um indivíduo.”

(13 Peters 24. 10 L. Ed. 42).

52. Já se vê quão longe estão da verdade os adeptos da tese, que, considerando os litígios entre os Estados como idênticos aos litígios entre particulares, sustenta que idêntico há de ser também o processo nuns e noutros.

Na Suprema Corte dos Estados Unidos um dos seus grandes *chief-justices*, o egrégio sucessor de Marshall, sentenciando uma dessas questões de fronteiras, como a que vai hoje, no Brasil, entre o Paraná e Santa Catarina, rejeitou peremptoriamente essa identidade, mostrou que a natureza das cousas estabelece diversidade flagrante entre os pleitos de Estados e os de particulares, declarou, enfim, que aquêle tribunal *não poderia* aplicar as leis processuais dos segundos ao regimento dos primeiros, sem cometer injustiça grande, “without committing great injustice”.

A autoridade oracular desta lição nos dispensa de outros desenvolvimentos, e bastará, para evidenciar, ao que supomos, o desacêrto da praxe, que, no Supremo Tribunal Federal, entre nós, aplica às demandas entre os nossos Estados o processo ordinário das demandas entre indivíduos.

53. Ora, se assim é quanto ao processo, na sua primeira fase, até ao julgamento, com maioria de razão o há de ser, quando se trate da execução.

Esta, nos litígios entre particulares, se apresenta em uma situação bem diferente da que a singulariza nas questões entre Estados.

Nas primeiras a ação, julgada sucessivamente em duas instâncias, volta, depois de chegar ao seu termo na segunda, à instância onde começou e onde se processa a execução, no mesmo juízo que dela conheceu primordialmente, que ouviu o debate contraditório entre os contendores, que lhes recolheu a prova, e que tem a sua sede no território da residência dos pleiteantes, no lugar da situação das cousas pleiteadas, ou no teatro dos sucessos sobre que versa o pleito.

Nas pendências judiciais entre os nossos Estados tudo é outro. A instância é uma só. Tem a sua sede na metrópole do país. Aí se trava a lide, se produz a prova, se debate a controvérsia, se pronuncia a sentença do único tribunal judicante no assunto; e, em chegando o ensejo da execução, é num juízo alheio a todo o andamento do feito que ela terá de recorrer; porque os juizes, que o sentenciaram, estão longe, constituem uma justiça coletiva, não podem baixar à cena, mais ou menos remota, dos fatos, e são obrigados a delegar o cumprimento do julgado exequiêndo a executores que não colaboraram no desenvolvimento da causa.

De tôdas estas dessemelhanças, profundas e substanciais, resulta, obviamente, a necessidade absoluta de um mecanismo especial, adequado às disparidades, múltiplas e acentuadas, que caracterizam a entidade jurídica dêsses pleitos, sobre os quais, por lei constitucional, a jurisdição toca, originária e privativamente, ao Supremo Tribunal Federal.

É o que sentiu o ilustre Ministro Amaro Cavalcanti, ao formular, há cinco anos, o seu projeto de regimento para a execução das sentenças dêsse tribunal nos pleitos de limites entre os Estados brasileiros, enquanto o Poder Legislativo os não houvesse regulado por lei.

Não estabeleceu o provecto jurisconsulto que essas execuções trilhariam a linha do processo ordinário. Não. Circunstanciou e traçou, pelo miúdo, uma longa série de normas peculiares ao gênero de tais questões, no tocante à louvação, à escolha do relator, à designação do juiz seccional, às despesas e custas, aos deveres dos peritos, aos direitos das partes, à apresentação do laudo, aos termos de vista e ao julgamento final.

54. Isto pôsto, dado às considerações, que aí ficam, o pêso, que nos parece merecerem, — ou muito nos enganamos, ou a conclusão indeclinável de tudo o exposto é que

1) o processo de execução das sentenças do Supremo Tribunal Federal, nas causas de que a Constituição, artigo 59, n.º I, c, lhe atribui o conhecimento originário e privativo, ainda não está regulado;

2) a autoridade competente, para regular êsse processo, nos termos da Constituição, art. 34, n.º 23, é o Congresso Nacional;

3) o nosso direito constitucional não permite que a essa competência se substitua a do Supremo Tribunal Federal;

4) aceito por modelo o uso americano, que, a nosso juízo, os termos da nossa Constituição repelem, de ser a matéria regulada por êsse tribunal, ainda assim necessário seria, para a isto o autorizar, um ato legislativo;

5) não existindo nem ato legislativo, que a tal o autorize, nem ato legislativo, que regule o processo dessas execuções, a sentença proferida no caso do Paraná com Santa Catarina, é, por enquanto, inexequível;

6) o meio de lhe promover a execução seria solicitar do Congresso Nacional a lei, de que, a tal respeito, carecemos.

55. Se, apelando para o Congresso Nacional, aconselhemos remédio talvez demorado, não nos parece que, na solução de um caso meramente jurídico, possa vir a ser elemento atendível esta consideração, mormente sendo tão alta a relevância legal da questão, sobre que versa a lide. Em havendo remédios jurídicos, natural é que seja de aconselhar o mais pronto. Mas, quando o direito nos não proporciona nem um só já existente, não haverá outro alvitre indicável, senão o de provocar a elaboração jurídica do remédio, cuja falta se sente.

Depois, se de morosidade se pode argüir a ação legislativa, não costuma andar mais apressada a atividade judicial, especialmente nas questões de território e fronteiras entre Estados, ou entre Estados e a União. No litígio do Amazonas acêrca do Acre Setentrional a ação, por nós

proposta em dezembro de 1905, ainda não teve a primeira sentença. No do Ceará com o Rio Grande do Norte, onde as nossas razões finais, por parte dêste Estado, são de 4 de abril de 1904, e de 1908 a nossa impugnação dos embargos da parte vencida, o pleito ainda não chegou a sentença final.

Os próprios Estados contendentes, em tais lides, não é grande a diligência que desenvolvem. Santa Catarina encetou em 1911 a execução da sentença que obtivera e sobrestando nela, há quatro anos, só agora torna ao caso, para desistir dos termos, em que a propusera, e recomeçá-la com orientação inteiramente diversa.

A gestação de um projeto legislativo, em assunto de tão urgente necessidade pública, seria incomparavelmente menos tarda. E, se ao Estado até agora vitorioso na lide lhe não faz mingua êsse quatriênio de inatividade, quer-nos parecer que lhe não poderia causar detrimento apreciável o pouco tempo, que se gastasse em promover a votação de uma lei, como a que viesse dar à execução da causa já vencedora formas não increpáveis de erro ou bastardia.

56. Há, porém, quem argua que, não executando a sentença, de que se trata, por não haver lei, que regule a execução de tais sentenças, o Supremo Tribunal Federal incorreria na disposição proibitória, geral entre os códigos modernos, segundo a qual não é lícito ao juiz eximir-se de resolver as causas submetidas ao seu conhecimento, a pretexto de obscuridade, ambigüidade ou silêncio da lei. Seria, pois, uma *denegação de justiça* o que, procedendo assim, cometeria êsse tribunal.

57. Mas não têm razão os que dêste modo objetam.

A espécie vertente não cabe nos casos de mero *silêncio da lei*, a que os códigos civis, nessa fórmula proibitiva, se referem.

Na missão de aplicar o *direito ordinário*, exige essa norma que o magistrado supra as lacunas do texto escrito, porque a decisão do pleito se considera um problema científico, cuja solução, ainda quando árdua, se tem por alcançável em todo o caso, se tem como possível sempre, mediante recurso aos princípios gerais. *Pand. Belg.*, v. *Cas non prévus*, vol. 16, c. 266, n. 2; v. *Déni de Justice*, vol. 29, c. 752, n. 6).

Aplicar-se-á, porém, a mesma regra, e na mesma extensão, às lacunas legislativas em matéria *de direito processual*? Caberia aí, como na aplicação do direito substantivo, à magistratura essa autoridade supletiva de prover às omissões da lei? Pode o julgador, com a mesma liberdade com que resolve o direito obscuro entre as partes, legislar em matéria de formas judiciais, criar processos novos, ou, a título de analogia, amolgar a espécies incógnitas nas leis processuais um processo instituído para outros casos?

58. Apela-se para a *analogia* como para a chave das dificuldades neste gênero de casos embaraçosos. Mas, como na espécie da consulta evocar seriamente a analogia?

Estes pleitos entre Estados à barra de um tribunal judiciário são uma das criações mais características do direito americano. Para entre nós a transplantamos, conservando-lhe na fisionomia todos os traços da sua primitiva originalidade. A competência é *sui generis*, *sui generis* o caráter da ação. Como, pois, não há de a execução participar desta singularidade, comum à ação e à jurisdição?

59. Não é tudo. O magistrado supre o silêncio das leis nos casos de direito ordinário, de direito civil. Poderá supri-lo, igualmente, nos de ordem pública, nos de direito público, nos de matérias regidas por normas constitucionais?

60. Mais. Não é um caso de *silêncio* na lei constitucional o de que se trata. É um caso de *incompetência*, claramente resolvido pela Constituição.

Unânime é a doutrina e unânime a Jurisprudência em que o Juiz, recusando-se a decidir, por se considerar incompetente, não incorre em denegação de justiça. “Um juiz não se pode abster de julgar *sob o pretexto* de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei. *Mas pode recusar-se a julgar pela razão de ser incompetente.*” (Huc : *Comment.*, tom. I, pág. 168, n.º 82 — DALLOZ: *Répert.*, vol. *Déni de justice*, n.º 6 — FIGUET: *Déni de justice*. Lausanne, 1907, pág. 29).

Eis as palavras de Dalloz:

“Il importe de préciser avec soin, d’une manière générale, ce qui constitue le déni de justice proprement dit. C’est lorsque le juge dénie la justice aux parties,

c'est-à-dire, refuse ou néglige de statuer sur les causes ou procès dont il est saisi, alors que ces causes sont en état et en tour d'être jugées. S'il statue, s'il prononce d'une manière quelconque sur ces mêmes causes, même iniquement et en violation de la loi, *ou par fins de non recevoir*, ou *par déclaration d'incompétence*, il n'y a pas déni de justice"...

(*Répert.*, tomo XV, pág. 385, n. 6).

Um publicista americano dos mais modernos, estudando a questão da acionabilidade dos Estados nos tribunais dos Estados Unidos, põe toda a matéria das denegações de justiça nesta forma concisa: "A lei é necessária, para estabelecer a competência; mas, verificada a competência, a função do Juiz é administrar justiça, consoante a lei, se houver lei aplicável, mas, em todo o caso, administrar a justiça." (KARL SINGEWALD: *The doctrine of non-suability of States in United States*, 1910, pág. 11). Administrar justiça, ainda mesmo na carência de lei, mas só em tendo *por lei* a competência, em tendo a jurisdição *por lei*, "*Law is necessary for jurisdiction*".

Se a lei não lhe outorga a competência, falece-lhe o direito de exercer justiça; porque, onde mingua o poder legal, não tem legitimidade o exercício da função.

Ora, na hipótese cuja realidade levamos demonstrada, na hipótese de não existir lei, que regule a execução nos litígios entre Estados, — que é o a que se pretende levar o Supremo Tribunal Federal, induzindo-o a executar, *quand même*, a sentença pronunciada numa questão de fronteiras interestaduais?

A criar para essas execuções um processo novo, ou a transportar para elas um processo, que a lei não lhes destinou. Num ou noutro caso, portanto, a fazer ato de legislador. Num ou noutro, a legislar. Num como noutro, a exercer a função, que o art. 34, n.º 23, da Constituição do país reserva unicamente ao Congresso Nacional. Num e noutro, a usar de uma competência, que a Constituição lhe nega.

Os embargos a essa execução, portanto, são verdadeiramente embargos *de incompetência* à ação do tribunal, embargos à competência, assumida por ele, nessa hipótese, de penetrar no território constitucional das funções le-

gislativas, — embargos, em suma, equivalentes a uma exceção de incompetência. *Porque aí o Tribunal já não estaria desempenhando a sua missão de julgar, de executar o seu julgado: estaria criando um processo, matéria para que, de todo, lhe recusa jurisdição a nossa lei fundamental.*

Logo, aceitando essa exceção, logo, aquiescendo a tais embargos, logo, reconhecendo a incompetência alegada, para se abster de continuar na execução, ou de a encetar, — não contraviria aos princípios, que lhe vedam a denegação de justiça: obedeceria, simplesmente, à lei das leis da sua existência, à lei de não exorbitar das suas atribuições constitucionais, êle, que, para velar na observância da linha de respeito entre as atribuições constitucionais dos três poderes, tem, entre êles, o lugar de árbitro supremo da inteligência da Constituição.

61. Seja qual fôr, pois, o aspecto, a que encaremos o assunto submetido ao nosso exame pela consulta, as conclusões, a que chegamos, são que, ante o nosso direito constitucional, com as leis atuais do processo, não tem cabimento a execução da sentença obtida por Santa Catarina contra o Paraná, e não havendo, na lei processual existente, meio de executar os julgados desta natureza, ao Congresso Nacional compete acudir a essa lacuna da nossa organização judiciária com o remédio, não difícil, que a sua importância está exigindo, para a satisfação da justiça e o desempenho de uma das funções mais eminentes do Supremo Tribunal Federal.

Tal o nosso parecer.

RUI BARBOSA.

Rio, 28 de agosto de 1915.

IV

RESILIÇÃO DE CONTRATO PELO GOVERNO ESTADUAL

NOTA DO ORGANIZADOR

O texto agora mais uma vez divulgado é o que se contém em avulso divulgado em 1906, hoje bastante raro, pertencendo o único exemplar que conhecemos à coleção do Prof. HOMERO PIRES, donde foi copiado, e, como tal, incluído no Vol. XXVII, Tomo II (págs. 39 a 57) das OBRAS COMPLETAS, correspondente ao ano de 1900 (Rio de Janeiro, 1950). Alterou-se, apenas, a ortografia, que teve de ser uniformizada.

Autorizado pelo Congresso Estadual, *ex vi* do que se continha na lei n.º 279, de 22 de setembro de 1899, contratou o governador do Amazonas a criação de um banco, com sede em Manaus, fixando-se, nesse ato bilateral, os limites da concessão e demais obrigações recíprocas.

Foi a concessão, nesse ato, outorgada ao cidadão Manuel Floriano Correia de Brito, sendo os estatutos do banco aprovados por ato do Poder Executivo.

Por decreto de 11 de agosto de 1900, do chefe do Poder Executivo local, foi declarado caduco o contrato celebrado com Manuel Floriano, quando já havia este recebido parte do capital efetivo do banco a instalar-se.

Ouvido, então, emitiu Rui Barbosa o parecer adiante publicado.

Intentada ação contra o Estado, por sentença de 18 de setembro de 1902, do juiz Caetano Estelita C. Pessoa, na qual, entre outras, era invocada a opinião de Rui Barbosa em seu parecer, foi julgada procedente a ação, condenando-se a ré, fazenda estadual, a pagar ao autor, não o que pedia este na inicial, mas uma justa e razoável indenização, a que tivesse incontestável direito pelo dano sofrido, lucros cessantes e mais despesas judiciais, em conformidade com o que se liquidasse na execução, julgando-se improcedente a reconvenção da ré,

Apelaram ambas as partes, havendo o Superior Tribunal de Justiça do Estado, por acórdão de 22 de abril de 1903, dado provimento ao recurso da Fazenda e negado provimento ao do autor, para o fim de reformar a sentença recorrida e julgar o autor carecedor da ação. Embargou o autor, sendo os embargos desprezados por decisão de 13 de agosto de 1903.

Interposto recurso extraordinário (n.º 406), dêle não conheceu o Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido a 3 de novembro de 1906, contra o voto do ministro André Calvanti.

Opostos embargos da decisão, foram êstes desprezados por acórdão de 23 de agosto de 1908.

EXPOSIÇÃO

O Congresso do Estado do Amazonas, por sua resolução n.º 279, de 22 de setembro de 1899, autorizou o Governo a contratar com quem conviesse a organização de um Banco Hipotecário e de Descontos, com sede em Manaus, sob a denominação de Banco do Estado do Amazonas (art. 1.º) e com o capital de Rs. 10.000:000\$000, dividido em 50.000 ações de Rs. 200\$000, podendo ser elevado a..... 30.000:000\$000 (cit. art., letra a).

Para auxiliar a fundação desse Banco, o Estado subcreveria um terço do capital efetivo (*sic*), art. 4.º, e nomearia um fiscal para acompanhar as operações bancárias, podendo assistir às reuniões da Diretoria e Membros do Conselho Fiscal e às eleições para os cargos de Diretores e membros do Conselho Fiscal, e faculdade para praticar outros atos de fiscalização.

O Governo do Estado, no sentido de dar execução a esta lei, contratou com o cidadão Manuel Floriano Correia de Brito a função desse Banco, e o respectivo contrato foi devidamente lavrado na Repartição do Contencioso do Estado.

No intuito de desobrigar-se o Estado do compromisso assumido na cláusula 13, de acordo com o art. 4.º da lei cit. n.º 279, de 22 de setembro, o Governador de então, Coronel José Cardoso Ramalho Júnior, pelo decreto n.º 413, de 30 de março de 1900, abriu o crédito necessário para pagamento da terça parte do capital, como auxílio prestado pelo Estado ao Banco que ia se organizar, auxílio considerado como — entrada antecipada, e pelo ofício de 3 de abril do dito ano, o citado Governador ordenou ao Secretário da Fazenda que mandasse entregar ao incorporador Manuel Floriano Correia de Brito, a quantia correspondente àquele terço. Recomendando mais, caso o Tesouro não tivesse numerário suficiente, fôsse efetuado àquele adiantamento em títulos da dívida do Estado, vencíveis no prazo de quatro meses e recebíveis em pagamento

de impôsto até 50% do valor depois de 60 dias de sua expedição, etc., etc.

Em virtude do contrato celebrado, e já aludido, o concessionário Manuel Floriano Correia de Brito organizou sindicatos na Europa e nesta Capital, e levantou o capital necessário para instalação e funcionamento do Banco, chegando até a depositar, como prova do levantamento dêsse capital, dez por cento dêle em um Banco nesta Capital. Fêz mais. Pronto o capital, antes de convocar a assembléia geral dos subscritores, confeccionou os respectivos Estatutos do Banco, e os sujeitou à aprovação do Govêrno, e êste não só os aprovou, como mandou publicá-los no *Diário Oficial* do Estado, em 1.º de abril de 1900.

O Govêrno, tendo conhecimento de todos os fatos ocorridos para a fundação do Banco, e já se tendo pedido permissão para dar início às operações das carteiras que não dependiam de licença especial do Govêrno Federal, não cumpriu as cláusulas do contrato.

1.º — não pagando na época do vencimento os títulos emitidos como têrço do capital;

2.º — declarando nulos êstes títulos e intimando o contratante a fazê-los recolher ao Tesouro;

3.º — declarando caduco o contrato.

PERGUNTA-SE:

1

O Govêrno podia, sem acôrdo com a parte, mandar sustar o pagamento dos títulos, que constituíam o têrço do capital do Banco ?

2

A rescisão ou caducidade do contrato por infração de qualquer cláusula pode ser decretada por ato do Govêrno ?

3

O contratante tem direito a pedir indenização dos prejuízos causados ?

PARECER

Tendo examinado:

1.º a exposição assinada, em forma de requerimento ao Governo do Amazonas, pelo Sr. Manuel Floriano Correia de Brito;

2.º os atos do Governo daquele Estado outorgando ao consultante a fundação de um Banco de Crédito Real e Descontos;

3.º o contrato celebrado entre as duas partes, para se levar a efeito essa concessão;

4.º o ato do Governo que o rescindiu;

5.º o protesto judicial do prejudicado;

6.º a opinião de alguns doutos jurisperitos, favorável ao seu direito;

7.º as cartas, devidamente autenticadas pelas autoridades competentes, dos capitalistas

Bard,

Francis Driou,

Ch. Huot,

Jamet,

pude fazer juízo cabal sobre os fatos em questão e as consequências jurídicas dêles resultantes.

A lei amazonense n.º 279, de 22 de setembro de 1899, autorizou, no seu 1.º artigo, o Governo "a contratar a organização de um Banco Hipotecário e de Descontos, denominado Banco do Estado do Amazonas", com sede na capital, fixando-lhe o capital de dez mil contos, assinando-lhe a duração de trinta anos, e determinando, no art. 4.º, que, do capital prescrito, o Governo do Estado, "para auxiliar a fundação do Banco, subscreveria um terço".

Para êsse fim celebrou o governador do Estado, que sancionara a lei, aos 29 de setembro de 1899, com o consultante uma escritura legal de contrato, outorgando-lhe a concessão, que o ato legislativo lhe dava poderes para fazer. A cláusula 12.ª dessa escritura literalmente repro-

duz o art. 4.º da lei, que se transcreve igualmente no art. 6.º dos Estatutos, aprovados pelo decreto administrativo n.º 410, de 21 de março de 1900, e publicados no *Diário Oficial* do 1.º do mês imediato. Em que sentido se empregaram, nesses textos, as expressões, a frase “subscreverá um têrço do capital”? Não houve, a tal respeito, divergência entre os contratantes. Tendo expedido o decreto n.º 1.113, de 30 de março do corrente ano, que abriu, “no orçamento vigente, o crédito necessário, para ocorrer ao pagamento autorizado pelo art. 4.º da lei n.º 279, de 22 de setembro do ano passado”, o governador, por ato de 3 do mês imediato, resolveu que se fizesse ao concessionário, de uma vez, a entrega total da importância correspondente ao têrço do capital do estabelecimento projetado, isto é, mandou embolsar-lhe 3.333:333\$333 réis, imediatamente, em dinheiro de contado, ou, faltando essa espécie, em títulos da dívida do Estado, vencíveis no prazo de quatro meses e admissíveis no Tesouro estadual em satisfação dos tributos por êle cobrados.

Evidentemente estava assim liquidada, para o concessionário, a questão da entrada, com que para o futuro estabelecimento concorreria o Estado, seu valor, sua espécie, sua realização. Embolsados os títulos, que designara o governador, em razão de não haver numerário no Tesouro, estava a contribuição do Amazonas ultimada, e era daí em diante um dos elementos fundamentais (senão o mais importante dêles), com que devia contar o organizador para as diligências financeiras, que ia encetar na Europa. Os títulos emitidos em 4 de abril dêsse ano teriam de converter-se em espécie no dia 4 de agosto. Era uma base de operação líquida, certa, definitivamente adquirida. Não o podia entender por diverso modo a outra parte, que, possuindo êsses valores uma representação quase monetária do têrço do capital, o obteve dos capitalistas europeus unicamente nesse pressuposto, como condição irretratavelmente verificada. Em tôdas as cartas, com efeito, que me foram exibidas, se encontra essa declaração, em termos como êstes:

“15 Janvier.

“Il est entendu que le gouvernement des Amazones, suivant son contrat avec vous, versera le tiers du capital, 3.333:333\$000”.

"16 Avril.

"Il est bien spécifié que, d'après votre contrat, le gouvernement s'engage à verser, le 4 août 1900, la somme de trois mille contos de réis, plus trois cent trente trois mille réis, comme tiers du capital de la banque. Si le versement n'est pas effectué à la date ci-dessus, nous nous considérons comme absolument dégagés du syndicat, qui sera dissous."

Sob essa condição, pois, se negociou, acordou e fundou, na Europa, mediante os esforços do concessionário, um sindicato, que assumia o compromisso de perfazer o capital estipulado, contribuindo com os dous terços: 6.666:666\$666. E o que certificam várias cartas apresentadas. Mas sobreveio a caducidade, inopinadamente fulminada pelo novo governador, com o dec. n.º 441, de 11 de agosto, que o *Diário Oficial* estampou três dias depois; e desse fato, comunicado aos membros da associação quitada, resultou para logo a distratação de negócio concluído.

A prova está nesses documentos, um dos quais reza:

"Suivant votre demande et nos conventions, du 15 Janvier passé, je me suis occupé, sous mon initiative particulière, de former à Paris un syndicat, pour réaliser le capital de 6.666:666\$666, nécessaire pour fonder à Manáos une banque avec avantages du gouvernement.

"Il avait été entendu, entre autres choses, que le gouvernement des Amazonas verserait le 4 août le tiers du capital. Comme vous savez, le syndicat se trouvait prêt à fonctionner. Vous me faites savoir ce jour que le gouvernement des Amazonas ne peut opérer son versement, que vous ne savez pas quand il sera en mesure de le faire.

"Dans ces conditions, j'ai le regret de vous avertir que le syndicat se dissout, et je vous prie de me faire verser, pour frais et demandes, la somme de trois cents mille francs".

Dêstes dados, evidentemente se segue:

1.º Que estava constituído, com os capitais precisos, o sindicato, para efetuar o banco concedido;

2.º Que a realização desses capitais e a fundação do banco dependiam unicamente de que o Governo executasse o compromisso, pelo qual se obrigara, em 3 de abril, resgatar, em 4 de agosto, os títulos entregues no valor de sua quota;

3.º Que anulando, pelo de 11 de agosto, os atos de 21 de março, 30 de março e 3 de abril, o Governo faltou à obrigação contraída.

4.º Que, faltando a essa obrigação, destruiu a expectativa, sobre a qual se ia fundar o banco, e dissolveu o sindicato para esse fim organizado;

5.º Que, operando esses resultados, infligiu ao concessionário dano considerável, envolvendo-o em altas responsabilidades pecuniárias, deixando-o no desembolso das expensas feitas para a consecução do seu *desideratum*, e privando-o das vantagens ulteriores, que lhe êle assegurava.

Obrando assim, obrou legitimamente o Governo do Amazonas?

Parece fácil demonstrar que não.

Primeiramente, os estatutos do banco, onde se assentou que as entradas se fariam, a primeira com 50%, as demais de 10%, a trinta dias de intervalo umas das outras, são, como não podiam deixar de ser, posteriores à lei, que autorizou a fundação dêsse estabelecimento. O que na lei, anterior aos Estatutos, portanto, se quis prescrever, não se pode subordinar ao que nos Estatutos depois se determinou. A lei estatuiu, simplesmente, que “o Governo do Estado, para auxiliar a fundação do banco, subscreveria um terço do capital”. Ora, na autorização para subscrever se abrange a autorização para realizar o capital subscrito. Nada obstava a que a sociedade, ao fundar-se, convencionasse a resolução de entrarem imediatamente com todo o capital, que subscrevessem. Para isso estava habilitado o Executivo estadual pela autorização legislativa, que o habilitava a subscrever aquela soma. E a prova está no próprio texto da lei, art. 6.º, que supôs a realização dêsse contingente numa prestação só, dizendo:

“O Governo do Estado abrirá o crédito necessário à execução da presente lei.”

Não diz os créditos. Diz o crédito. Logo não supõe a realização da parte, que o Governo assumia, por entradas. Supõe uma só entrada, e com esta só entrada figura consumada pelo Governo “a execução da lei”. Logo, o seu pensamento que o Governo entraria de uma só vez com a totalidade do capital, que assinava.

Essa inteligência, ademais, é a que se harmoniza com a redação do art. 4.º, onde se consigna que a contribuição do terço do capital do banco pelo Governo era “para lhe auxiliar a fundação”.

Não auxiliava a subsistência, não auxiliava o desenvolvimento, não auxiliava a sustentação do estabelecimento, para o que servem as entradas prestadas sucessivamente. Auxiliava a *fundação*, a saber, o ato inicial da existência do banco. Era, por conseguinte, uma dotação, que se completava num só ato.

Nada importa que os direitos, daí promanantes para este subscritor, se houvessem de traduzir, como os direitos dos demais subscritores, na forma de ações. A assembléia geral deles competia harmonizar depois, segundo a proporção estabelecida para as entradas, a situação desse acionista com a dos outros.

Tampouco faz ao caso a consideração, invocada no decreto anulatório, de que, em face do decreto n.º 474, de 4 de julho de 1891, os sócios são responsáveis somente pela quota do capital, que subscrevem, e de que, portanto, só se obrigam a fazer as entradas estipuladas nos estatutos, à proporção das chamadas, que se forem annunciando. Ninguém diz que, *por lei*, na condição de acionista, o Governo se achasse adstrito a mais. Mas, também, nada, na lei, obsta a que, em proteção e benefício de uma sociedade cuja organização se ajusta, um dos seus fundadores assumia outros, além dos seus compromissos estritamente legais. Se um acionista espontaneamente se oferece a entregar a importância das suas ações, renunciando ao *benefício* de fazê-lo parceladamente por entradas, nada se opõe a que ele renuncie, assim, ao seu direito, favorecendo, por uma antecipação de capitais, a constituição da entidade social, a que liga particular aprêço.

Devia ser esse (é, ao menos, o que da lei e das circunstâncias se depreende) o intuito da legislatura estadual, bem como o do Governo do Amazonas, o primeiro qualificando, caracterizando e regulando a quota, que prometia, como auxílio de *fundação*, ao banco, o segundo executando a autorização, de conformidade com esses termos, mediante a entrega do capital subscrito numa só prestação. Provavelmente, consultando a depressão geral do mercado, as péssimas condições financeiras do país, a retração, enfim, dos capitais, nacionais, ou estrangeiros, em relação a negócios intentados no Brasil, acreditavam os poderes estaduais que só com essa coadjuvação extraor-

dinária poderia lograr bom êxito a tentativa. Não calcularam mal; tanto assim que só com o apoio dêsse elemento surtiram efeito as diligências pela reunião do sindicato, e, malograda essa expectativa, no mesmo ponto se dissolveu, malogrando a fundação do estabelecimento.

Mas, como quer que entendamos os termos da autorização legislativa, o certo é que ela foi interpretada por quem tinha a competência de a interpretar: pelo governador, a quem a lei encarregara a celebração do contrato, a quem, para isso, dera poderes, e que, por conseguinte, ao celebrar o contrato, obrou como mandatário da legislatura. Ora atos do mandatário são atos do mandante. Dêles resultam, para o outro contraente, os mesmos direitos, que se pelo mandante fôsse pessoalmente firmada a convenção. O mesmo procurador, que contratou, ou o que lhe sucede, se para isso lhe falecem poderes especiais, não pode retratar-se do ajustado, a pretexto de que no ajuste se ultrapassaram os termos do mandato. Se, com efeito, se deu excesso, ao mandante, que, na hipótese, era o Congresso Estadual, cabe privativamente a iniciativa de argüi-lo; e, se não o argüiu, a inferência é que excesso não houve, ou que deliberadamente o ratifica.

O ato de 3 de abril dêste ano, pelo qual o Governo do Estado mandou entregar ao concessionário a soma total da quota por êle subscrita em vales do Tesouro a prazo de quatro meses, é, de mais a mais, não só um ato de interpretação, mas ainda um ato de *execução* do contrato de 29 de setembro de 1899. A tal respeito absolutamente não pode haver duas opiniões.

Títulos de vencimento pronto e circulação rápida, que nem de endosso dependem, são equivalências da moeda. Logo, o subscritor, que os entrega, em desempenho de um compromisso firmado numa subscrição, executou o compromisso assumido.

"Esegue la obbligazione *chi adempie la prestazione*, paga, consegna, *fa ciò che promise*." (GIORGI, *Obbligazioni*, vol. VIII, n.º 194, pág. 287).

Ora, evidentemente, não pode haver interpretação mais categórica e decisiva de um contrato pelo contraente, que a execução por êste dada às suas estipulações. A exe-

cução do contrato pela parte interessada é a suprema interpretação dêle, a sua interpretação definitiva. E a melhor das interpretações é a que o contraente deu ao que tinha contratado:

"C'est l'interprétation par les parties, elles mêmes, qui paraît bien être *la plus naturelle et la meilleure*, puis qu'elle émane de celui même qui l'a provoquée par l'obscurité ou l'insuffisance de son expression: *ejus est interpretare legem; cujus est condere*." (GANGUIER: *De l'interprétation des actes juridiques*, pág. 66).

Pelo contrato os contraentes firmam a lei das relações que ali criaram, e, dada à lei a interpretação por quem a fêz, está irrecusavelmente interpretada. Desde então não lhes é mais lícito mudar, senão por acôrdo entre as duas partes. Na espécie vertente, com poderes para subcrever, pelo art. 4.º da lei, o Governo igualmente os tinha, para pagar, pelo art. 6.º. Para um, como para outro efeito, era legítimo procurador. E, nesse caráter, a tal ponto executou o contrato, que parte dos vales entregues, passando às mãos de terceiro, por negociação do concessionário, em desempenho do compromisso contraído a benefício da concessão, foram apresentados pelo adquirente ao Tesouro do Amazonas e por êle pagos.

Êsses títulos, por conseguinte, eram irrescindíveis. Quando, porém, contra êles fôsse ainda lícito ao Estado articular a increpação de nulidade, não era função, que êle mesmo, parte contratante, pudesse exercer. Procedendo, como fêz, usurpou a alçada judicial.

"Le contrat annulable peut succomber à la suite de l'exercice de l'action d'annulation." (PIZE, *De l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, pág. 245).

"Il peut se trouver que les parties ne rectifient pas. d'elles mêmes, l'obscurité, qui a pu naître de leur expression.

"Dès lors, une première autorité se présente, pour la faire disparaître: *c'est le juge*... On peut dire que *c'est toujours* le juge qui sera saisi de ces questions, *c'est toujours* lui que prononcera." (GANGUIER, *op. cit.*, pág. 67).

"L'azione de nullità o rescissione è il mezzo giuridico concesso al contraente, che se obbligò invalidamente, o fu leso dal contratto, di liberarsi dagli effetti pregiudicevoli, ottenendone l'annullamento o rescissione che dir si voglia." (GIORGI, *Obbligaz.*, vol. VIII, n.º 149, pág. 221).

Não há, pois, outro meio legítimo, para a parte se desobrigar de um contrato lesivo, ou inválido, que a ação de nulidade ou rescisão. O outro, o de que lançou mão o Governo do Amazonas, é o dos países, onde cada um pelas próprias mãos se faz justiça a si mesmo. Que se diria do comerciante, de qualquer indivíduo, que, tendo dado letras suas em pagamento, um belo dia as declarasse nulas, intimando o portador a restituí-las? Que êle se constituía juiz na sua própria causa, esquecia a existência dos tribunais, e burlava por um ato de violência a sua palavra solene.

O abuso não varia de caráter, por ser obra do Estado; visto que o princípio universal, admitido hoje ainda pelos mais extremados regalistas, é que o Estado, quando contrata, *utitur jure privatorum*, a saber, que

o Estado, nos seus contratos, é pessoa de Direito Civil, sujeita às regras de Direito Civil.

Ninguém, presentemente, contesta o princípio da igualdade nos contratos entre o Estado e os particulares.

"Il giudice estraneo ed indipendente deve vedere, senza riguardo a bene pubblico o privato, se infatti quel diritto che s'invoca sussiste, in quali confini va guarentito, se una violazione veramente ebbe luogo, se un danno dev'essere riparato. Deve dare il *suum* egualmente, *così all'amministrazione come al privato, rendere giustizia. In questo suum si parificano le parti.*" (PERSICO, *Principii di diritto amministrat.*, vol. II, pág. 234).

"È sotto altra forma, in altra funzione, che l'amministrazione sovrasta e comanda: ma in quello che scende a combattere col privato intorno ad un diritto che costui pretenda gli appartenga, mentre quella sostiene di no, le armi debbono essere eguali come in ogni altro duello giudiziario". (PERSICO, *Ibid.*).

"È il potere giudiziario il naturale giudice di tutte le questioni appartenenti al diritto civile contrattuale, siano in esse interessati privati, siano pubbliche enti." (ROMANELLI, *Questioni di diritto civ. e commerc.*, pág. 61, n.º 9).

"Ciò l'abbiam lo detto fin dal principio: lo Stato, se tratta, è una persona giuridica." (*Ib.*, pág. 63, n.º 11).

No mesmo sentido: ORLANDO, *Tratt. compl. di Dir. amministr.*, vol. I, pág. 104.

MEUCCI, *Istituz. di Dir. amministr.*, pág. 69.

MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice civile*, vol. I, pág. 54.

GRECO, *Il nuovo dir. amministrat. ital.*, pág. 247.

Não continuarei; porque teria de enumerar quantos sôbre o assunto discorreram. Bastará, para resumir o *jus receptum* no assunto, reproduzir a lição de um dos mestres na escola francesa, que, como se sabe, pende exageradamente para a desigualdade em favor do Estado:

"L'interprétation d'un acte administratif doit être donnée par l'autorité de qui émane cet acte, ou, s'il s'agit d'actes anciens, par l'autorité qui a remplacé celle dont l'acte émanait. Il en est ainsi du moins pour les actes administratifs *autres que les contrats*; car, pour les contrats, il n'est pas possible qu'une des parties en cause vienne seule déclarer quel est le sens d'un acte, qui n'a été complet que par l'accord des deux parties. Dans ce dernier cas, c'est au juge appelé à statuer sur les difficultés relatives à l'exécution du contrat qu'il appartient de prononcer". (Aucoc, *Droit administr.*, vol. I, pág. 505, n.º 293).

Isto pôsto, aqui terminarei, respondendo aos três quesitos:

1.º Absolutamente não era lícito ao Govêrno do Amazonas, sem aquiescência do outro contratante, sobrestar no pagamento dos títulos emitidos em satisfação do compromisso, que assumira, subcrevendo um têrço do capital na fundação do Banco.

2.º Só por sentença judicial, em ação de rescisão do contrato, provando-se lesão, ou nulidade, se poderia êle resilir.

3.º Ao contratante prejudicado cabe indubitavelmente direito às perdas e danos, não havendo hoje quem ponha em dúvida que o Estado responde dêste modo pela culpa de inobservância nos seus contratos.

Êste o meu parecer.

Rio, 26 de dezembro de 1900.

RUI BARBOSA.



V

CARGO PÚBLICO VITALÍCIO EM FACE
DE LEI ORDINÁRIA

Natureza Contratual da Função Pública

CONSULTA

1.º) Tem o Dr. Ulpiano direito adquirido ao acesso ao cargo de catedrático de Direito Romano?

2.º) Podia o decr. n.º 3.903, de 12 de janeiro de 1901, embora expedido por força de autorização conferida na lei orçamentária n.º 746, de 29 de dezembro de 1900, art. 3.º, n.º II, tirar ao Dr. Ulpiano a substituição da cadeira de Direito Romano e o consequente direito ao acesso ao lugar de catedrático dessa cadeira?

3.º) Pode o Dr. Ulpiano intentar ação sumária para pedir à Fazenda Federal os vencimentos de catedrático desde a data da nomeação de outro, para a cadeira de Direito Romano, por diante?



PARECER

Comentando o art. 74 da Constituição, adverte o Dr. J. BARBALHO:

Convém notar que a vitaliciedade, que a Constituição garante, é a dos cargos, a que ela ligou essa condição, isto é, os de juizes, de membros do Tribunal de Contas, do Supremo Tribunal Militar e a dos postos de Oficiais do Exército e Marinha. Pode, é verdade, a lei ordinária, excepcionalmente, declarar vitalícios outros cargos, quando a isso aconselhem altos motivos de ordem pública; mas essa garantia, se a lei a deu, a lei a poderá retirar, quando lhe pareça terem cessado seus motivos determinantes (*Coment.*, p. 341).

Esta doutrina, porém, verdadeira quando a entendamos em hábeis termos, será falsa e absurda, se a estendermos além do objeto que o direito lhe impõe.

A norma de onde resulta a vitaliciedade participa, em relação a cada cargo, da natureza, constitucional ou legislativa, do ato que a estabeleceu. Se o cargo se declarou vitalício por um texto da Constituição, só uma reforma constitucional o poderá sujeitar à condição comum da amovibilidade. Se o legislador ordinário é que lhe imprimiu a vitaliciedade, a lei ordinária lha poderá retirar.

Este arbítrio, porém, diz respeito ao cargo, não à pessoa que o exerce. Para esta o cargo, em que foi provida vitaliciamente, não perderá jamais o caráter de vitaliciedade, embora a lei revogue a regra geral, que a estabeleceu. Porque, nas relações entre o nomeante e o nomeado, a saber, entre o Governo e o funcionário, a vitaliciedade faz parte das condições, sob as quais o primeiro propôs e o segundo aceitou a nomeação. A vitaliciedade é, com efeito, "uma garantia", para nos servirmos da justa expressão adotada por aquêle comentador. Mas, por isso mesmo que é uma "garantia", não a pode retirar aquêle que a prestou. Que vem a ser, neste sentido, uma "garantia"? A segurança prestada, em firmeza de uma obrigação, por aquêle que a contrai. Mas, o devedor não

pode anular a própria obrigação, nem diminuí-la, ou enfraquecê-la. Logo, a garantia poderá ser renunciada por quem a recebe; mas não pode ser retirada por quem a outorga. Figurar, pois, uma garantia suscetível de ser retirada por aquêlê que a deu, quando lhe aprouver, é supor a maior das extravagâncias e a mais grosseira das antilogias. Quando, portanto, o Dr. J. BARBALHO observa que “essa garantia, se a lei a deu, ela a poderá retirar, quando lhe pareça”, não pode querer dizer que dela caiba ao legislador o arbítrio de privar os funcionários já nomeados. Aos futuros poderá negá-la e serão nomeados sem essa garantia, que foi retirada ao cargo. Mas, aos atuais, a quem ela se prometeu, nunca será lícito subtrai-la, ainda que a tenha perdido o cargo por êles ocupado. Porque, tirar a garantia à função, é modificar-lhe as condições *ad futurum*, e tirá-la ao funcionário é legislar *ad praeteritum*, destruindo um direito adquirido, o que a nossa Constituição, art. 11, n.º 3, não consente.

Se o cargo, realmente, era vitalício ao tempo da nomeação, o funcionário nêle investido adquiriu direito à vitaliciedade, por estipulação implícita no ato que o nomeou. As relações de serviço que unem o funcionário ao Estado assentam num verdadeiro contrato — num contrato de Direito Público. (SEYDEL; LABAND; STENGEL; GAREIS; GAUPP; BAYER; LOUING; ENDEMANN; JELLINEK; BEHM). “O contrato não é uma concepção de direito privado, mas uma concepção de direito geral”. (LABAND, v. II, § 45). Cabe, até, no Direito Público Internacional. Não há motivo para que não caiba no Direito Público Interno. Não importa a desigualdade das partes. A igualdade dos contraentes não é indispensável à validade da convenção. O essencial é a sua liberdade. Não importa a forma unilateral do ato de nomeação. Ainda no Direito Privado atos jurídicos há, que dêste modo se consumam. Haja vista a negociação das letras de câmbio e outros papéis à ordem. O que importa à idéia jurídica de contrato é tão-sòmente o mútuo e livre concurso de pessoas capazes. Há capacidade? Há liberdade? Há estipulação de compromissos, recíprocos ou unilaterais? Então há contrato. Ora, todos êsses elementos concorrem no provimento dos cargos públicos. Temos aí, por conseguinte, um contrato. De Direito

Público ? Sim. Também os há dêste caráter. Exemplos no Direito das Gentes, os tratados; no Direito Público Interno, as naturalizações. (LABAND, ed. fr., v. II, p. 107 e seg. 127 — 132, 135, 8. KAMMERER: *La fonct. publ. en Allem.*, páginas 88-104).

Se, pois, as relações do funcionário com o Estado nascem de um contrato, e neste se assegurou ao funcionário a vitaliciedade, não pode ser dado ao outro contraente o retirar-lha. Se o faz por simples ato administrativo, é a brutal ruptura do vínculo contratual. O Direito não a sanciona. Se o faz mediante uma lei, essa lei é retroativa e, por conseguinte, nula, ante o art. 11, n.º 3, da Constituição brasileira.

Ora, o que acabamos de firmar quanto à perpetuidade do cargo se adapta rigorosamente, e com o mesmo fundamento, ao seu objeto. Êste, como aquela, se abrangem na matéria do contrato, no seu conteúdo. Logo, não podem ser alterados por nenhum dos contraentes. O título de nomeação, conferindo ao nomeado o cargo vitalício, lhe impôs o ônus e lhe assegurou o direito de exercer, enquanto válido, as funções ligadas a êsse cargo pelas leis então vigentes. Se o Estado o demitisse dessas funções, lhes mudasse o objeto, ou removesse o funcionário para outras, procederia nulamente, porque sairia dos termos do contrato, anulando ou modificando o seu conteúdo.

Exemplificando com a hipótese do professor, sôbre que versa a consulta, provido vitaliciamente numa cadeira, não o podem constranger à aceitação de outra. "Les professeurs de l'enseignement secondaire et supérieur ont un droit véritable à leur enseignement", diz um tratadista do assunto, ocupando-se com a legislação d'Alemanha, onde a vitaliciedade se estende a êsses dois graus do professorado. (KAMMERER, *op. cit.*, p. 388). Não pode ser obrigado a ler Direito Público o que concorreu para Direito Romano, nem a ensinar economia política o nomeado para lecionar Prática do Processo.

Aplicando-se ao caso, a que se refere a consulta, dos substitutos nas faculdades de Direito, não há razão para que o princípio varie de conseqüências. Determinava a lei n.º 314, de 30 de outubro de 1895, compor-se a quarta seção de três cadeiras: Direito Romano, Direito Civil e Legislação

Comparada. Por outro lado, o Código do Ensino promulgado com o decreto n.º 1.159, de 3 de dezembro de 1892, e aprovado pelo decreto legislativo n.º 230, de 7 de dezembro de 1894, estatuiu, no art. 61:

Vagando alguma cadeira, será para ela nomeado, por decreto do Governo, o substituto mais antigo.

Ambas essas leis vigoravam, quando concorreu à 4.ª secção, em São Paulo, o consulente, quando para ela foi nomeado, e quando nela se empossou, como substituto de Direito Romano. Acresce, ainda, que, sob a vigência das mesmas leis, lecionou por quatro anos, substituindo o catedrático dessa cadeira, e que, nesse decurso de tempo, fez o curso complementar, prescrito no art. 1.º, § 2.º, da lei n.º 314, de 1895.

São essas leis, conseqüentemente, as que lhe definem os direitos. Sob o império delas fez êle o seu concurso, aceitou a sua nomeação, recebeu a investidura do cargo, e lhe exerceu duplamente as funções durante quatro anos. Ora, essas leis, sob a garantia de vitaliciedade, lhe afiançaram o acesso à cadeira de Direito Romano, em se lhe abrindo a vaga. Dêsse acesso, conseqüentemente, nenhuma lei o poderia privar sem ferir um direito adquirido. Logo, o decreto n.º 3.903, de 12 de janeiro de 1901, art. 5.º, transferindo para a primeira secção a cadeira de Direito Romano, não podia alcançar, derogar, nulificar aquêlê direito.

A vitaliciedade, evidentemente, não teria objeto, se ao Governo tocasse o arbítrio de suprimir ou desmembrar os direitos de que ela constitui a garantia legal. O substituto não concorreu ao número designativo da quarta secção, mas ao ensino das matérias que a compõem, com as vantagens da promoção ao lugar de catedrático nas vacâncias respectivas. Sob essa cláusula se submeteu às provas do concurso, e se desempenhou das substituições que lhe couberam. De modo que, não só as obrigações por parte do Estado se acham solenemente firmadas, mas ainda as obrigações por parte do funcionário estavam cabalmente satisfeitas, assentando assim o seu título jurídico, de um lado, no contrato, do outro, na sua observância por aquêlê dos contraentes que ora lhe reclama do outro o cumprimento.

Admitir que o Governo, unicamente com remover para outra seção a matéria, a cuja cadeira fizera jus o substituto, o dispa legitimamente dêsse direito, seria autorizar em princípio o Estado a esbulhar êsse funcionário de todos os direitos de sua situação. Porque bastava, nesse caso, distribuir por outras seções as três disciplinas, de que a quarta se compunha, quando êle a ela concorreu, para que o substituto decaísse do seu direito a tôdas as cadeiras, cuja sucessão lhe estava estipulada. Ficar-lhe-iam então as novas matérias, de que aquela seção passava a compor-se, e em que êle, confiado no seu direito legal, talvez se não habilitara; o que, para um homem de senso moral e probidade científica, importaria virtualmente uma exoneração.

Se a posição do substituto não fôsse vitalícia, tais faculdades teria, indubitavelmente, a administração; porque, tendo o poder extremo de o demitir, com maioria de razão possuiria o de lhe sujeitar sucessivamente a ocupação do cargo a condições novas e diversas. No tocante às funções amovíveis, de feito, a única obrigação do Estado para com o funcionário está em lhe pagar os vencimentos durante o tempo de serviço. Mas, se o emprêgo é perpétuo, e a lei lhe atribuiu uma entidade constituída por certos direitos, dêstes não pode ser arbitrariamente desapossado o funcionário, a quem se asseguraram. O legislador, que tentasse fazê-lo, incorreria no abuso de atentar contra um contrato solene, anulando-lhe as obrigações. E os poderes públicos, em nosso regímen, "are prohibited from passing laws impairing the obligation of contracts", porque essa é uma das formas injurídicas da retroatividade. (WADE: *A treat. on the oper. and construct. of retroactive laws*, § 8, p. 10).

Respondo ao primeiro quesito, pois, que, para o Dr. Ulpiano, o acesso à cadeira de Direito Romano era um direito adquirido.

Respondido está, portanto, igualmente, o segundo quesito. Se era um direito adquirido, nenhuma lei o poderia desprestar, sem cair em inconstitucionalidade.

Logo, ou o decreto n.º 3.903, de 1901, não cogitava de tal aplicação, e o Governo procedeu inconstitucionalmente, quando lha deu; ou cogitava, e, por inconstitucional, não devia ser aplicado.

II

Isto suposto, não se pode vacilar na solução do 3.º quesito. O direito adquirido, que se violou, entendia com o patrimônio do indivíduo lesado. Era, portanto, um direito individual, e foi transgredido por um ato da autoridade administrativa. Logo, em qualquer tempo, tem o amparo da ação ordinária, que, nos casos de inconstitucionalidade, é imprescritível, e, se o atentado não tiver um ano, o benefício da ação sumária do decreto n.º 221, art. 13, para demandar o prejudicado à União os vencimentos de caráter drástico desde a data da nomeação indevida.

Rio, 5 de junho, 1904.

RUI BARBOSA.

VI

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

RATIFICAÇÃO TÁCITA DO LEGISLATIVO. EXORBITANCIA.
VÍCIO DE FORMA E PODER COMPETENTE PARA
DECLARÁ-LO

NOTA DO ORGANIZADOR

O Congresso do Estado do Amazonas, por uma resolução de 1898, autorizou o Poder Executivo local a contratar com uma empresa que mais vantagens oferecesse, uma linha de navegação entre Manaus e a Capital Federal. Convertida a proposição na lei n.º 242, de outubro de 1898, foi esse ato pôsto em execução meses depois, celebrando o governador um contrato com a firma Antônio Luculo de Sousa e Silva, assinado a 11 de agosto de 1899.

Alegando-se não ter sido precedido o ato da necessária concorrência administrativa, e reputado esse requisito legal como uma formalidade intrínseca, foi a concessão anulada pelo novo governador do Estado.

Ocorre, entretanto, que o Congresso estadual, na votação da lei de meios para o exercício de 1899, havia consignado a verba destinada a satisfazer a prestação a que se obrigara o chefe do Executivo local. Essa deliberação do Legislativo implicava, sem dúvida, numa ratificação tácita, num assentimento ao ato do governador, autoridade executora da resolução do Poder legiferante. É evidente que, sem essa forma de anuência, seria anulável o ato inquinado de vício originário, qual fôsse a ausência da concorrência que haveria de preceder à celebração do convênio.

Consistindo a autorização numa espécie de mandato, uma delegação, não havia como o mandatário exceder os poderes conferidos, e como tal se considerava a prática de ato não revestido das condições prescritas. Essa exorbitância foi, contudo, implicitamente homologada pelo Congresso, mediante a sua aquiescência tácita manifestada na lei orçamentária.

Aqui, mais uma vez, foi ventilada a tese da igualdade do Estado quando tem de pactuar com pessoas de direito privado, doutrina até então não inteiramente assimilada pelos tribunais, que preferiam inclinar-se pela opinião de Mantellini, e de outros autores concordes com a tese regalista.

Propôs mais tarde, em 1904, Antônio Luculo de Sousa e Silva uma ação ordinária contra o Estado do Amazonas, em que reclamava a indenização de 3.648:000\$, pela inexecução do contrato, sendo a lide julgada procedente, para o fim de ser

condenada a Fazenda estadual a pagar o que se liquidasse na execução conforme sentença do juiz José Maria Correia de Araújo.

Interposta apelação para o Supremo Tribunal Federal (ap. civ. 1.955), foi dado provimento ao recurso para, reformando-se a sentença recorrida, julgar-se improcedente a ação (*).

Opostos embargos, foram êstes desprezados (**).

O texto é o que se contém no manuscrito de próprio punho de seu Autor e conservado no seu arquivo, já anteriormente divulgado, ao que se presume, pela primeira vez em letra de fôrma, no volume XXVII, Tomo II, págs. 59 a 81, correspondente ao ano de 1900 (Rio de Janeiro, 1950).

(*) Acórdão de 17 de abril de 1915 (fls. 271-273 v.).

(**) Acórdão de 12 de dezembro de 1919.

CONSULTA

A lei n.º 242, de outubro de 1898, autorizou o Governador do Estado do Amazonas a contratar *com quem mais vantagens oferecesse* uma linha de navegação a vapor de Manaus à Capital Federal, determinando que *na concorrência que se fizesse* não fôsem recebidas e aceitas propostas, porventura, apresentadas por Companhias já subvencionadas pelo Estado, ou pela União.

O Governador, servindo-se da autorização que lhe foi conferida, contratou em 11 de agosto de 1899 com Antônio Luculo de Sousa e Silva o aludido serviço, sem que tivesse precedido ao contrato a concorrência recomendada pela lei.

Publicado o contrato no *Diário Oficial* de 19 do referido mês de agosto, o Congresso Legislativo, que então se achava reunido, consignou na lei orçamentária vigente a verba correspondente à subvenção por trinta e seis viagens, que tantas são as determinadas pelo contrato no seu primeiro ano de execução.

Posta assim a questão, pergunta-se:

O ato do Congresso Legislativo consistente na consignação da verba exigida pelo primeiro ano de execução do contrato não importará uma aprovação do mesmo contrato a despeito da falta de concorrência estabelecida na lei?

Na hipótese afirmativa, poderá o contrato ser anulado por força da falta de concorrência?

Na negativa, poderá o Poder Executivo decretar a anulação do contrato, ou somente o Poder Judiciário, em virtude da ação competente?

* * *

Vai a resposta em separado, nesta data. Rio, 6 de novembro, 1900.

RUI BARBOSA.



PARECER

Mediante a lei n.º 242, de 13 de outubro de 1898, o poder competente, no Estado do Amazonas, autorizou o Executivo a contratar, *com quem mais vantagens oferecesse*, uma linha de navegação entre o porto de Manaus e o do Rio de Janeiro. Na concorrência que se fizesse, acrescentava esse ato legislativo, no art. 2.º, não se aceitariam propostas de empresas ou companhias já subvencionadas pelo Governo da União, ou pelo daquele Estado.

Eram duas restrições, que destarte ali se estabeleciam à faculdade outorgada: a condição da concorrência e a exclusão de pretendentes já favorecidos pelos cofres estaduais, ou federais.

Contratando, porém, esse serviço com Antônio Luculo de Sousa e Silva, em 11 de agosto de 1899, o governador não observou a primeira dessas duas cláusulas, e parece que violou também a outra.

Mudada a administração, o sucessor daquele que celebrara o contrato, anulou-o, por ato de 9 de agosto deste ano, estribando-se nessas duas faltas.

Entre as duas datas, porém, mediara uma circunstância digna de nota, para que na consulta se nos chama a atenção. Estava reunido o Congresso, quando se firmou o contrato; e, publicado este no *Diário Oficial* de 19 de agosto, a lei orçamentária em vigor (n.º 266, de 6 de outubro de 1899) consignou, no art. 1.º, sob o n.º 137, *para a navegação entre o Amazonas e a Capital Federal*, a quantia de Rs. 720.000:000\$000, “verba”, diz a proposta, “correspondente à subvenção por trinta e seis viagens, tantas quantas as determinadas pelo contrato no primeiro ano da sua execução”.

Não obstava, pergunta-se, esse ato do Congresso ao Poder Executivo a deliberação, que adotou, de rescindir o contrato?

Parece-me evidente que obstava.

No contrato feito com Antônio Luculo o Governo do Estado obrara por uma autorização, a saber, por uma delegação legislativa. "La délégation législative", escreve um dos mestres em matéria administrativa, "a toujours le caractère d'un mandat donné par le législateur, qui communique à son mandataire une partie de la puissance législative." (LAFERRIÈRE: *Traité de la juridiction administrative*. Ed. de 1896. Vol. II, pág. 11).

Ora, o mandatário tem obrigação de ser fiel ao mandato. *Diligenter mandati fines custodiendi sunt, nam qui excessit, aliud quid fecisse videtur*. (L. 4 D., *Mandat.*) No caso não houve desvio quanto ao que os juriconsultos denominam as qualidades intrínsecas do mandato. Executando-o, o governador não substituiu o seu objeto por outro. Contratou a navegação prescrita: fez idêntica, exclusiva e totalmente a coisa determinada. Nas *qualidades extrínsecas*, na maneira por que o comitente o mandou executar, na forma, em suma, do mandato, é que não houve conformidade perfeita entre êle e o seu desempenho. *A forma mandati non est recedendum, sive respiciat res, sive personas, sive locum, sive tempus*. (BALDUS, *in leg.*, 1, D. de *exercit. act.*). Mas tanto basta, para viciar o ato praticado; pois não menos na forma que na substância a execução da incumbência recebida havia de manter-se *intra fines praepositionis*. "Non essendo adempita la forma del mandato, non è tenuto il mandante a osservare e ratificare ciò che vien fatto dal mandatario." (CASAREGIS, *Disc.* 119, n.º 9).

Desde que o mandatário exorbitou dos seus poderes, cessa de obrigar aquêle, que lhos deu; porque o princípio da representação limita estritamente pelos termos do instrumento de outorga a presença do mandante no contrato. O mandante não contratou, não foi parte no convênio, permaneceu fora dêle, desde que o seu representante ultrapassou os confins do mandato. "É um terceiro o mandante quanto às convenções, que o mandatário pactuou fora da procuração."

(LAURENT: *Princip. de Dr. Civ.*, vol. XXVIII, n.º 64).

Mas, se o ato perpetrado pelo mandatário não excedia os legítimos limites da ação do mandante, isto é, se o mandante podia ter lícitamente autorizado o seu repre-

sentante a consumá-lo, a saber, se podia consumá-lo ele mesmo, por si, ou por outrem, de modo que apenas lhe faleceu, para ser jurídico e eficaz, a existência, no mandato, de poderes suficientes, a lacuna desaparece, a nulidade se repara com o assentimento ulterior do mandante ao acôrdo em seu nome concluído.

"A lei permite ao mandante ratificar o que o mandatário fez além dos seus poderes. Ratificar o mesmo quer dizer que consentir aprovando o ato, que o mandatário praticou sem autorização. O consenso dado após o ato equivale ao poder conferido antes do ato. Neste sentido se sói dizer que a *ratificação equivale ao mandato*. A ratificação não emana de um dos contraentes: emana de um terceiro, isto é, do mandante. Entre as partes, o mandatário e o outro contratante, válido é o contrato; mas o mandante é estranho a ele, que lhe não aproveita, nem dana. Está, porém, nas suas mãos ratificar o ajuste, aprovando o que o mandatário concluiu sem mandato. Supõe a ratificação, pois, a existência de um mandato, que o mandatário transpôs. Ela supre o que ao poder do mandatário minguava. Dado depois do ato do mandatário, presume-se que o assentimento se deu antes dêsse ato. E êsse consenso revalida tudo."

— LAURENT: *Op. cit.*, v. XXVIII, n.º 65. —

Alguns períodos adiante observa ainda o mesmo autor:

"A analogia existente entre a confirmação e a ratificação dá origem a uma dificuldade. É de princípio que se não podem confirmar aos inexistentes; porquanto não se valida o nada. Será o mesmo a respeito da ratificação? O ato, que o mandante ratifica, tem existência, desde que reúne as condições requeridas para as convenções entre o mandatário e terceiros. Não existe, porém, com relação ao mandante, por não se ter êste representado, supondo-se que o mandatário excedeu as raías do mandato. Mas, se o mandante aquiesce depois de estipulado o acôrdo, essa aquiescência convalida tudo."

— *Ib.* n.º 68. —

Tal a doutrina de todos os expositores e de tôdas as legislações, já muito antes de estatuir o Código Civil francês: "Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au delà, *qu'autant qu'il l'a ratifié* expressément ou *tacitement*". (Art. 1.998.)

No mesmo sentido:

- o Cód. Civ. italiano, art. 1.752;
- o Cód. Civ. belga, art. 1.998;
- o Cód. Civ. hol., art. 1.844;
- o Cod. Civ. esp., art. 1.727;
- o Cód. Civ. portug., art. 1.351;
- o Cód. Civ. alem., art. 144;
- o Cód. Civ. chil., art. 2.160;
- o Cód. Civ. arg., arts. 1.093-4.
- COELHO RODRIGUES: *Proj. de Cód. Civ.*, art. 1.082;
- BEVILÁQUA: *Proj. de Cód. Civ.*, a. 1.457;
- C. DE CARVALHO: *Nova Consol.*, a. 1.358;
- Cód. Comerc. Brasil.*, art. 163;
- TROPLONG: *Mandat*, n.º 601;
- DURANTON: *Cours*, v. XVIII, n.º 260 e segs.;
- THIRY: *Cours*, v. IV, n.º 231, pág. 210;
- HUC: *Comment.*, v. XII, n.º 87, pág. 113;
- AUBRY ET RAU, § 415;
- RICCI: *Corso*, vol. IX, págs. 161 e segs.;
- ARNTZ: *Cours*, vol. IV, pág. 162, n.º 1.482;
- LOMONACO: *Istituzioni*, vol. VI, pág. 444;
- PACIFICI-MAZZONI: *Istituz.*, vol. V, pág. 365;
- DE FILIPPIS: *Corso*, vol. VII, pág. 209, n.º 432.

Ninguém, portanto, poderia hoje pôr sèriamente em dúvida a regra, formulada há muito e adotada em tôda a parte, de que *ratihabitio mandato equiparatur*, isto é, de que os poderes correspondentes ao cometido excesso de mandato se consideram retroativamente nêles inseridos pela ratificação. Figura-se, por uma indução natural, que o mandante variou de intento, que, esclarecido pelo ato do mandatário, ou induzido por circunstâncias posteriores ao mandato, acolheu como favorável aos seus interesses o arbitrio assumido pelo seu representante.

“La ratifica ha suo fondamento nella mutata volontà del mandante, imperocchè ciò che da esso non si voleva allorchè conferiva il mandato, può volersi dopo l'operato del mandatario, in quanto quello che ha fatto costui può apparirgli opportuno e conveniente.”

— RICCI, *loc. cit.* —

Só num caso seria impossível a ratificação: se o ato praticado pelo mandatário, ou o compromisso por êle tomado em nome do mandante fôsse ilícito a êste, ou por não estar na órbita dos seus direitos, ou por ser em absoluto contrário à lei. Nessa hipótese, porém, a convenção não seria anulável por exorbitância do procurador no exercício da comissão: seria inexistente por uma nulidade intrínseca ao objeto do excesso por êle cometido. Dado isso, a ratificação seria impossível; porque ninguém pode ratificar o que não poderia fazer, ninguém pode aprovar o que não poderia autorizar. A ratificação é uma delegação póstuma, retroativa; e não se delegam poderes, que se não têm. "Se a nulidade fôr perpétua", diz LAURENT, "*ipso facto* é irreparável. A razão é simples e evidente: subsistindo sempre o vício, a confirmação estaria tão viciada, quanto o convênio que se trata de confirmar." (*Princíp. de dr. civ.*, v. XVIII, pág. 549, n.º 599).

Mas é óbvio que tal não sucede na espécie vertente. Nada obstava a que o Congresso do Amazonas, na lei de 13 de outubro de 1898, que autorizou a subvenção a uma linha de vapores entre a capital daquele Estado e a do país, se abstinésse das duas cláusulas, cujo descumprimento serviu de base, mais tarde, ao ato rescisório do Poder Executivo. Se a Constituição do Amazonas não limita, a êsse respeito, a ação da legislatura estadual, como certamente não o faz, se não obriga o Congresso do Estado a submeter a concorrência essas concessões, nem as adscrive à condição de se não darem a emprêsas ou companhias já subvencionadas, claro está que o Congresso amazonense poderia não ter estipulado essas duas ressalvas, no ato que ordenou aquela despesa. Logo, estava indubitavelmente no seu direito, ratificando o arbitrio da concessão administrativa, que as desprezara. Podia estar por elas em agôsto de 1898, e variar de resolução no ano seguinte. A precaução, ordinariamente salutar, da concorrência nem sempre satisfaz melhor os interesses gerais. Tal fôsse a escolha, tais as condições do contrato, que os legisladores do Estado tivessem motivos, para o adotar, relevando ao executivo o desvio, em que incorrera. Quanto à exigência de não recair a concessão em emprêsa já contemplada com subsídios gerais ou estaduais, manifesta-

mente arbitrária como é, não admiraria se lhe reconhecesse a inconveniência, e se lhe dispensasse a execução por inútil, ou daninha.

Que o Congresso podia, pois, ratificar o ato de 11 de agosto de 1899, pelo qual se fez a concessão a Antônio Luculo, não podia dúvida nenhuma. Tudo está em saber se de feito o ratificou.

Quais as condições jurídicas da ratificação?

Há mister, porventura, de ser expressa?

Não: pode ser tácita.

É o que estabelecem, assim no tocante à *ratificação* propriamente dita, como no que respeita à *confirmação*, todos os códigos e todos os juristas.

Quanto à primeira, basta reportarmo-nos às leis e autores acima citados. Quanto à segunda, equiparada neste particular à primeira (LAURENT, *Princípios de dr. civ.*, v. XXVIII, pág. 59, n.º 70), indicaremos as fontes e autoridades seguintes:

Cód. Civ. fr., art. 1.338;

Cód. Civ. ital., a. 1.309-1.311;

Cód. Civ. esp., a. 1.309-1.313;

Cód. Civ. chil., a. 1.693-7;

Cód. Civ. arg., art. 1.093-9;

T. DE FREITAS: *Consol.*, n.º 31 ao art. 26, pág. 23;

C. DE CARVALHO: *N. Consolid.*, págs. 95-6;

Pandectes Françaises, v.º *Obligat.*, ns. 6.440, 6.628;

LOMONACO: *Obbligaz.*, vol. II, pág. 581 s.;

GIORGI: *Obblig.*, v. VIII, págs. 275, 285;

BARASSI: *Della ratifica*, págs. 320, 322, 325-35;

BARTOLI: *La ratifica*, p. 183;

PIZE: *De l'inexistence et de l'annulabil. des contrats*, pág. 252;

DURANTON: *Cours*, vol. XIII, pág. 278;

LAROMBIÈRE: *Obligations*, vol. VI, pág. 350;

HUC: *Cours*, vol. VIII, págs. 343 segs.;

PLANIOL: *Tr. élém.*, vol. II, n.º 1.354;

BUFNOIR: *Propriété et contrat*, págs. 714-17;

ZACHARIAE, ed. MASSÉ e VERGÉ, v. III, pág. 485;

CHIRONI: *Istituzioni*, v. I, § 75, pág. 123;

WINDSCHEID: *Pandekt.*, § 74.

Como se verifica a ratificação, ou a confirmação tácita? "*Mandatorem habentem certam scientiam de excessu sui mandati*", dizia CASAREGIS (*Disc.* 30, ns. 61 e 62), "*eique neque facto, neque verbis contradicentem, haberi pro approbante, dummodo cum scientia concurrat aliquis actus*." Se o mandante, ciente do excesso aventurado pelo mandatário, não só o não repudia, mas convém nêle por algum ato exterior, tem-se por anuente.

A ratificação pelo mandante "não se acha adstrita a nenhuma forma determinada", e, sendo tácita, "pode resultar de quaisquer circunstâncias, fatos, ou atos, que manifestem, da parte do mandante, a vontade certa de ratificar". (Huc, vol. XII, pág. 114, n.º 88).

O mais significativo desses fatos é o indicado no art. 1.338 do Código Civil francês e no art. 1.309 do Código Civil italiano, ambos concernentes à *confirmação*, mas ambos aplicáveis, nesta parte, à *ratificação* igualmente: *a execução voluntária, ainda que parcial*, do contrato anulável por aquêle, a quem assistia o direito de invocar-lhe a nulidade, isto é, pelo mandante.

Não sendo esse o único meio de operar a ratificação (*Pandectes franç., loc. cit.*, n.º 6.629; DURANTON, vol. XIII, n.º 267; LAURENT, vol. XVIII, n.º 620; BAUDRY-LACANTINERIE, vol. II, n.º 1.241), é, todavia, o mais expressivo, o mais concludente.

E, na hipótese, é o que se realiza.

Senão, vejamos.

O contrato argüido pelo governador atual de inválido teve a sua celebração em 11 de agosto de 1899.

Oito dias depois era estampado no *Diário Oficial* n.º 1.651, pág. 16.822.

Funcionava então o Congresso estadual, de que aquela publicação é igualmente órgão.

Estava dêste modo, pois, estabelecida, com todos os seus requisitos solenes, a publicidade legal a respeito do contrato, em que o Governo do Estado acabava de dar execução à lei estadual.

Se essa execução desaprovasse ao legislador, estavam-lhe à mão os meios de repudiá-la; e para isso bastava um fato negativo: omitir, no orçamento que se elaborava, os

recursos pecuniários para a subvenção, que êsse contrato ajustava.

Pois bem: foi precisamente o contrário o que fez o Congresso.

O contrato de 11 de agosto, publicado no *Diário Oficial* de 19 dêsse mês, avençava, na cláusula XXIII, que o concessionário, durante o primeiro decênio, perceberia de subvenção 20.000:000\$ por viagem, assim como, pela cláusula XI, que nos primeiros seis meses se fariam duas viagens mensais, e daí em diante quatro mensalmente. De acôrdo, pois, com a cláusula XI, haveria, no primeiro ano, *trinta e seis viagens*, correspondendo, segundo a cláusula XXIII, a uma subvenção de 720 contos.

E que fez o Congresso estadual?

Ciente do contrato, que se firmara estando a legislatura reunida, e se publicara logo depois na sua fôlha oficial, *votou para essa navegação, exatamente no decurso daquele ano, os 720 contos, que aquela convenção estipulava.*

Logo *executou, por sua parte, o contrato*; visto que, por parte do Poder Legislativo, *executar aquêlê contrato era decretar a verba para a subvenção, a que êle obrigava os cofres estaduais.*

Logo, operou assim a ratificação tácita pelo modo mais solene, que o Direito lhe conhece: *a execução do contrato.*

Daí em diante nem o próprio Poder Legislativo, que já o aprovara com essa notoriedade e essa precisão, podia rescindi-lo, quanto mais o Executivo, autor da irregularidade que a ratificação legislativa sanara.

A situação era a que um grande pandectista alemão definira nestas palavras:

“Se alguém concluiu um negócio jurídico em nome de outrem, sem estar autorizado, releva saber se o negócio jurídico foi, ou não, ratificado pela pessoa, em cujo nome se obrou. Não havendo resolução, o negócio jurídico está pendente; não se lhe nega a eficácia jurídica: apenas se suspende... Mas, ocorrendo a ratificação, com ela se repara a deficiência originária de faculdades no representante, e o negócio jurídico *adquire, para o ratificante, a mesma eficácia que se houvesse ultimado por incumbência sua.*”

— WINDSCHEID: *Pandekt.*, § 74.

A consignação da verba orçamentária para a subvenção, portanto, importando na execução legislativa da concessão feita pelo Governo, transforma o ato dêste como representante da legislatura em ato direto dela mesma; que tal é o alcance da ratificação consumada por fatos de expressão indubitável.

Logo, o ato administrativo de 9 de agosto de 1900, declarando sem efeito, a pretexto de exorbitante das cláusulas da autorização legislativa, a concessão dada, no ano anterior, a Antônio Luculo, não é mais que um excesso de poder, contra o qual cabe ao prejudicado incontestável direito à reintegração no seu contrato, ou à indenização das perdas e danos, que lhe causar o esbulho.

I

Quer sob o antigo régimen, quer sob o atual, e, sob o atual, assim nos tribunais dos Estados, como nos da União, a nossa jurisprudência sempre considerou as concessões outorgadas pelo Governo a particulares e solenizadas por escrituras formais de contratos como sujeitas aos princípios de Direito Privado quanto às obrigações e deveres entre os contraentes, negando ao mais poderoso dos dois o direito, que êle freqüentemente se arroga, de romper a seu sabor essas convenções, e submetendo-o, nesses casos, às leis da responsabilidade civil.

Mas ainda entre os advogados mais estremes da autoridade do Estado, ainda entre os mais avessos a equipará-lo nas relações com os particulares, em matéria de interesses, às pessoas de direito privado, não se contesta que às normas dêste fica o Estado adstrito, *quando contrata*. Ninguém mais suspeito nisto que MANTELLINI; e, todavia, êle abertamente o reconhece:

“Lice al privato l'agire *civilmente* con lo Stato, quando il privato agisce di privata ragione o come singolo, e per rapporti dove lo Stato assuma veste civile; o, se ed in quanto lo Stato posseda, *contratti* o litighi. Persona giuridica, o di diritto, lo Stato, ente politico nell'impero e nella giurisdizione, *aggiunge veste civile* nella gestione, *se ed in quanto* prossiede, *se ed in quanto* contratta, *se ed in quanto* piatisce.”

— *Lo Stato e il Codice Civile*, vol. I, pág. 54.

Eis aí: o Estado, *se e enquanto contrata, é pessoa civil.*

Oiça-se a autoridade, mais recente e não menos valiosa, do grande tratado de direito administrativo editado por ORLANDO com a colaboração dos primeiros especialistas italianos, e ver-se-á reproduzida a mesma teoria, a teoria inegável, de que o Estado, *em contratando*, entra *ipso facto* na ordem comum das pessoas particulares.

“Quando lo Stato emana un regolamento organico, riscuote un tributo, elimina un assembramento pericoloso, destituisce un impiegato infedele, ordina la chiusura di uno stabilimento insalubre, autorizza l'apertura di un pubblico esercizio, e via dicendo, esso esplica una attività ben distinta da quella per la quale lo Stato medesimo contrae una obbligazione di mutuo, compra e vende, conduce l'opera altrui, riceve a deposito, dà in affitto ecc. Nel primo ordine di attribuzioni il potere esecutivo manifesta in tutta la sua efficacia il carattere di potere sovrano; nel secondo, per converso, mira, *come le persone private*, al raggiungimento di scopi patrimoniali.”

— *Primo trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. I, pág. 1.004.

Não há dúvida nenhuma que a concessão principia por um ato de autoridade, por um ato de império: esse o seu caráter no tocante à seleção do concessionário e à deliberação das vantagens, dos favores, dos privilégios, que se lhe outorgam. Mas, desde que assume regularmente a forma ordinária de uma convenção escrita, com direitos e deveres mútuos, a figura administrativa da concessão desaparece na figura civil do contrato.

“La concessione pura non è più conosciuta nella nostra pratica odierna; e l'atto sovrano e governativo suole essere accompagnato da un contratto, che, imponendo obblighi e diritti reciproci, *immuta l'indole giuridica della concessione*, la quale diventa pertanto una figura mista chiamata da molti *Concessione-contratto*, o *ad instar contractus*, che tiene un luogo medio fra l'atto autoritario e il contratto, e presenta il doppio elemento della concessione e del contratto riuniti insieme e convergente al medesimo intento. Logicamente pertanto, l'atto di autorità precede il contratto, ed investe il concessionario dei diritti regali necessari per il compimento e l'esercizio dell'opera: *la figura contrattuale sussegue, e riduce la concessione al criterio della giustizia commutativa*, per quanto è conciliabile con l'interesse pubblico, *modificando quella revocabilità e insindacabilità assoluta, che altrimenti avrebbe la concessione pura.*”

— GIORGI: *La dottrina delle persone giuridiche*, vol. II, pág. 461-2. —

“Sia una legge speciale, sia un decreto reale quello che sanziona la concessione, ognuno di questi atti sovrani suol essere accompagnato da un contratto, e da uno o più capitoli, i quali determinano compitamente gli obblighi e i diritti reciproci.”

— *Ib.*, pág. 463. —

Celebrado, pois, o contrato, que ultima a concessão, não há, daí em diante, nas relações provenientes daquele fato, senão duas partes, cujos deveres e direitos recíprocos são os que o instrumento do acôrdo individua. A todos êsses direitos, a todos êsses deveres, precede e domina, como garantia comum, de lado a lado, a renúncia, por parte de ambos os contraentes, à sua liberdade, no que fôr incompatível com a observância do pactuado. Ambos êles, em consequência, implicitamente se obrigam a submeter aos tribunais as questões suscitadas pelo contrato, e a não se libertar dêles por ato de sua própria vontade. Ora, com estas prenoções rudimentares está em conflito aberto o arbítrio, reivindicado por alguns atos oficiais, como êste, de pronunciarem a caducidade, ou a nulidade das convenções em que o Governo é parte sujeita às mesmas regras de Direito que a outra.

Ainda quando, portanto, na espécie, existisse, contra a concessão de que se trata, a tacha alegada, só os tribunais regulares a poderiam declarar.

“O ponto de saber se o mandatário excedeu os limites do mandato”, ensina THIRY, “é uma questão de fato, cometida à apreciação dos juizes.” (*Cours de Droit Civil*, vol. IV, n.º 231, pág. 210). PIZE, do mesmo modo, discutindo, na sua monografia já citada, a sanabilidade, pela confirmação, ou pela ratificação, dos contratos defeituosos por ausência ou insuficiência de poderes no procurador, ou no gestor, observa:

“O contrato anulável existe legalmente, e, desde que se forma, entra a gerar provisoriamente os efeitos do contrato válido. Sua existência, porém, é precária e como que suspensa. O contrato anulável pode, com efeito, succumbir à ação de anulação, que o ameaça”. (Pág. 245) BARASSI, no seu tratado especial *Da Ratificação*, não é menos explícito: “*L’annullamento a luogo per via di*

azione". (Pág. 322, n.º 163). E, noutro lugar: "Quando un vizio indebolisce uno dei requisiti essenziali del negozio giuridico, rendendolo annullabile, la parte *in favore della quale è concessa l'azione di annullamento*, potrà in vece ratificare". (*Ib.*, pág. 197).

Ainda quando, portanto, o vício do contrato de 11 de agosto de 1899 já se não achasse remediado com o disposto na lei do orçamento, absolutamente não cabia ao Poder Executivo decretar-lhe a nulidade sob esse pretexto. Fazê-lo, como fez, equivalia a se constituir juiz, numa questão em que era parte.

Mas esta resposta não damos senão por figurar, como o último quesito da consulta, uma hipótese já eliminada: a de subsistir, a despeito da lei n.º 296, art. 1.º, n.º 137, a anulabilidade da concessão.

Com esse texto já evidenciamos que o Congresso deu execução legislativa ao contrato. E, de todas as maneiras de ratificação possíveis, a execução voluntária pela parte competente para alegar a nulidade é a mais decisiva.

"A défaut d'acte de confirmation ou de ratification expresse, il suffit que l'obligation ait été exécutée volontairement après l'époque à laquelle elle pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. Art. 1.338 du Code civil.

Une pareille exécution est aussi concluante que la ratification expresse: Tacitum quod facto demonstratur, quidem dicitur esse tacitum quia verbis non est expressum, sed expressum dicitur quia facto magis quam verbis voluntas declaratur. Celui, en effet, qui exécute volontairement une convention qui l'obligeait à faire ou à délivrer quelque chose, ne peut manifester d'une manière plus certaine l'intention de faire ce à quoi il était obligé. Les écrits peuvent être infidèles, les paroles peuvent être trompeuses; mais les actes d'exécution ne le sont point; car il est impossible de supposer que celui qui exécute volontairement l'obligation qu'il a souscrite, ne veuille pas s'y soumettre."

— SOLON: *Théorie sur la nullité*, vol. II, página 368-9.

Tal, ante os fatos e documentos que nos foram submetidos, o nosso parecer.

Rio, 6 de novembro, 1900.

RUI BARBOSA.

VII

IMPÔSTO ESTADUAL SÔBRE AGÊNCIAS DE COMPANHIAS DE NAVEGAÇÃO

CONSULTA

Dispondo o orçamento do Estado ser a taxa para a arrecadação do impôsto de indústrias e profissões a da tabela n.º 2, onde se diz, no § 5.º, que pagar-se-á:

“600\$000 por agência de cada companhia ou empresa de navegação a vapor de linha regular de 1.ª ordem.

“400\$000 por agência de cada companhia ou empresa de navegação a vapor de linha regular de 2.ª ordem.

“200\$000 por agência de cada companhia ou empresa de navegação a vapor de linha regular de 3.ª ordem.

“São considerados de 1.ª ordem aquelas cujos vapores ancorarem no pôrto desta cidade mais de dezesseis vêzes por ano, de 2.ª até este número e de 3.ª até oito vêzes”,

e também o orçamento municipal que cobrar-se-á, sob o título de indústrias e profissões, art. 4.º, § 26 :

“500\$000 por agência de cada companhia ou empresa de navegação a vapor de linha regular de 1.ª ordem, 300\$000 pela de 2.ª.

“São considerados de 1.ª ordem aquelas cujos vapores ancorarem neste pôrto mais de 15 vêzes por ano e de 2.ª até este número”;

PERGUNTA-SE :

1.º

— Se, em face dos artigos 7.º, § 2.º, 34, n.ºs 5 e 6, da Constituição Federal, são ou não inconstitucionais estas disposições dos orçamentos apontadas e transcritas ?

2.º

Se se podem considerar como atos de legislação sôbre a navegação e conseqüentemente sôbre o comércio, uma vez que se referem ao transporte, o fator mais importante das relações mercantis ?

3.º

Se, pela liberdade de cabotagem e pelas regalias que a União concede à navegação internacional a vapor, estes dispositivos ofendem a Constituição ferindo o art. 7.º, § 2.º, e o n.º 5 do art. 34, que estatui ser da competência do Congresso Federal regular o comércio internacional?

4.ª

Se, sob a denominação de impôsto de indústrias e profissões, tal contribuição deve ser cobrada, sem gravame à nossa Lei fundamental, pois tributadas às agências e sendo estas mandatárias das companhias de navegação a vapor nacionais ou estrangeiras, incidirão sobre as mesmas tôdas as despesas provenientes daquele impôsto, recaindo portanto em a navegação?

5.º

Se as aludidas disposições procuram tributar a agência em separado — em escritório especial — ou aquela existente em comum com outro gênero de comércio e se, neste último caso, se pode admitir que, sob o título de taxa especial, seja cobrado impôsto, quando outra disposição do orçamento obriga ao pagamento pelos resultados das transações comerciais efetuadas, como impôsto de indústrias e profissões?

6.º

Que se deve entender por navegação a vapor de *linha regular*?

7.º

Podem os cônsules, como mandatários de suas nações interessadas neste assunto, recorrer à Justiça Federal pedindo a declaração de inconstitucionalidade para as disposições contestadas?

8.º

Qual o meio?

O advogado,

João Alfredo Conde.

Bahia, 1.º de outubro de 1904.

PARECER

I

Mui delicada é a questão suscitada na consulta.

A lei orçamentária do Estado, a que ela se refere, a título de imposto de indústrias e profissões, carregou uma taxa de duzentos, quatrocentos e seiscentos mil réis às agências de companhia ou empresas de navegação, conforme a importância destas, ali distribuídas em três categorias. Por sua vez, o orçamento municipal, na capital desse Estado, sob a mesma denominação fiscal, tributou as mesmas agências com o ônus de trezentos ou quinhentos mil réis, segundo a classe em que, pela extensão do seu comércio, ali se houverem de capitular. Quer-se saber agora se esses gravames são legítimos, em presença dos textos constitucionais que vedam a tributação interestadual, desde que as agências, às quais se cobrar essa contribuição, forem companhias, cujas linhas servirem a mais de um Estado.

Luz sobre o assunto, só a jurisprudência americana no-la poderá dar, e a nossa, a tal respeito, não contém, até agora, decisão, que o esclareça.

Examinemos, pois, os julgados americanos.

Os primeiros que com este particular entendiam, buscavam distinguir dos impostos sobre o comércio interestadual os que sobre a ocupação de gerir ou exercer esse comércio recaíssem. Pretendia-se que as ocupações ou profissões exercitadas no interior de um Estado lhe ficam sujeitas à autoridade legislativa; de modo que uma taxa lançada sobre essas profissões ou ocupações, embora interessasse o transporte entre Estados, não se havia como tributo sobre o comércio interestadual, por considerações análogas às que da regra proibitiva então excluía os impostos sobre a receita proveniente do comércio de transporte entre os Estados (PRENTICE AND EGAN: *The Commerce Clause of the Federal Constitut.*, Chic., 1898, pág. 268).

O aresto que proclamou essa doutrina, foi o proferido, em 1872, no caso *Osborne v. Mobile*.

Osborne era, em Mobile, cidade sita no Alabama, o agente da Southern Express Company, e como tal exercia o comércio de receber nesse Estado e dêsse Estado remeter mercadorias procedentes de outros, ou para outros destinadas. Um ato municipal daquela cidade obrigou ao imposto de quinhentos dólares as companhias de caminho de ferro, que, ali passando, transpusessem os limites do Estado. Intimada a satisfazer essa contribuição, a agência da Southern Express resistiu, e, sendo-lhe contrárias, nas duas instâncias, as Justiças estaduais, recorreu para o Supremo Tribunal Federal. Este confirmou a solução adotada pelo Supremo Tribunal do Alabama.

Com que fundamentos?

Começara a Suprema Côrte americana, recordando que, num julgamento recente, "o Tribunal todo conviera em que uma taxa lançada sobre atos de comércio praticados no interior do Estado, sem discriminação alguma entre os seus cidadãos e os de outros Estados, se podia cobrar constitucionalmente". Ora na hipótese não havia discriminação nenhuma. Nem de tal vício argüiam o imposto contestado. "O argumento contra a validade consistia na increpação de onerar o comércio interestadual, repugnando assim à cláusula da Constituição que reserva ao Congresso a atribuição de regular o comércio entre os Estados" ⁽¹⁾. Mas, aos olhos da Suprema Côrte americana, a objeção não procedia no caso. "Este", disse ela, "cai diretamente sob as regras estabelecidas no aresto concernente à taxa sobre a receita bruta das estradas de ferro. Nesse julgamento, dissemos: "Nem tudo o que entende com o comércio, se poderá dizer que o *regula*, na acepção do texto constitucional". Ali admitíamos que, "em último resultado", a taxa sobre a receita bruta poderia "aumentar o custo do transporte"; mas sustentávamos que o direito de taxar a receita bruta, posto interessasse em parte o comércio interestadual, cabia na autoridade geral, reconhecida aos Estados, de tributar as pessoas, os bens, os atos e as ocupações abrangidas nos limites do território

(1) Idêntica à da Constituição Brasileira, art. 34, 5.º.

respectivo". No caso vertente, a taxa de licença recaía sobre um negócio exercido na cidade de Mobile. O negócio licenciado incluía, verdade é, o transporte além dos limites estaduais, ou antes, a celebração de contratos dentro no Estado para um tráfego extensivo além dos seus confins. Foi encarando esta feição deste comércio que o tributo, em parte, se estabeleceu. Mas nem por isso lhe assentaria melhor a classificação de taxa sobre o comércio interestadual do que a uma contribuição geral sobre o transporte por carroças, embora o carroceiro licenciado se empregasse às vezes em conduzir a bordo mercadorias que se têm de navegar para outros Estados. A assimilação nos parece manifestamente inexata. (Salvo o respeito devido a tamanha autoridade). Demasiadamente longe iríamos, a nosso ver, estreitando assim o âmbito à competência estadual em matéria de impostos".

E assim terminava o acórdão supremo, sustentando a sentença recorrida. Duas considerações havia que pesar: o lugar onde o agente exercia sua profissão, e o comércio a que ele dizia respeito. Ao juízo do tribunal, a primeira consideração devia prevalecer à segunda. A taxa recaía sobre o negócio de celebrar certos contratos mercantis dentro no Estado. Verdade seja que êsses contratos se referiam ao transporte de Estado a Estado. Mas a contribuição caía sobre a função do agente, não sobre o movimento do transporte. E esta reflexão decidiu o tribunal pelo impôsto. (16. Wall. 479. THAYER: *Cases on Constitutional Law*, pág. 1950-1952).

Dez anos mais tarde, porém, no caso *Moran v. New Orleans*, julgado em 1882, já era praticamente revogado o princípio do aresto, que acabamos de examinar. (PRENTICE AND EGAN: *The commerce clause*, pág. 269, — 112. Un. Stat. 69. — THAYER: *op. cit.*, p. 1.904, n.).

Mas, dizem PRENTICE e EGAN, "It way not expressly overruled until the decision in *Leloup v. Mobile*". (*The Comm. Clause*, p. 269). Isto é: só no caso *Leloup v. Mobile* rejeitou expressamente a Suprema Corte a teoria que defendera no pleito *Osborne v. Mobile*.

A questão *Leloup v. Port of Mobile* foi julgada em 1888. Tratava-se de um impôsto de \$ 225, lançado em

Port of Mobile, por um ato municipal, sobre as companhias telegráficas. Edw. Leloup, agente da Western Union Telegraph Co., recusou-se ao pagamento, intentando ação pelos tribunais federais, e a Côrte Suprema se pronunciou pelo autor, eximindo-o à taxa como inconstitucional.

Aqui “se nos apresenta redondamente a questão”, disse o juiz BRADLEY, formulando a *opinion of the court*, “a questão se um Estado pode impor, como requisito para dentro na sua jurisdição exercer o comércio, uma taxa de licença a uma companhia telegráfica, larga parte de cujas operações consiste em transmitir despachos de um Estado para outro, ou entre os Estados Unidos e outros países... Pode um Estado tolher que esta Companhia exerça o seu comércio no território estadual, se lhe não pagar certa contribuição, e obtiver certa licença? A podê-lo, poderá excluir essa companhia, e proibir o comércio que ela exerce. Ora nós não nos sentimos autorizados a dizer que o possa. Por vários modos se taxam, em geral, as profissões, e, as mais das vêzes, legitimamente. Mas não percebemos como um Estado possa tributar uma profissão comercial, quando não lhe é dado tributar o comércio, a que ela pertence. Exigir uma taxa de licença como condição para exercer certo e determinado comércio, é, claro está, criar uma taxa sobre uma profissão; e uma taxa sobre a profissão de comércio, outra coisa não é que uma taxa sobre o comércio, em que esta profissão se exercita. Ora nós decidimo temos que a comunicação por telégrafo é um ramo de comércio, relacionado por sua natureza com o serviço postal, e, quando mantida entre diversos Estados, é comércio interestadual, diretamente abrangido na esfera do Congresso, alheio, portanto, à ação dos Estados, exceto nas matérias de caráter estritamente policial”.

Em seguida rememora a sentença várias decisões pronunciadas nos quinze anos anteriores, proclama a necessidade imperiosa de volver francamente “aos princípios fundamentais com tanta clareza e energia expostos e desenvolvidos por Marshall”, retificando certos julgados ocorrentes no período intermédio, e termina:

A inteligência da Constituição, por nós adotada, nos leva a concluir que os Estados não têm o arbitrio de estabelecer tributos sobre o comércio interestadual debaixo de qualquer forma seja mediante direitos lançados sobre o transporte dos objetos desse comércio, seja por meio de taxas impostas a qualquer função ou profissão em que se ela exerça; sendo o motivo disto que tais gravames constituem ônus sobre o mesmo comércio, e, conseguintemente, o restringem, ou regulam, o que só ao Congresso compete fazer. (*Leloup v. Port of Mobile*. 127. Un. Stat. 640. THAYER, *op. cit.*, pág. 2095-20).

Pouco importava que, em parte, as operações telegráficas fossem interiores ao Estado do Alabama e, consequentemente, tributáveis por ato dele. Tal consideração, no sentir do tribunal, não liquidava a dificuldade. A taxa entendia, sem distinção, com o comércio todo, a que a companhia se entregava, e, como tal, o Estado não a podia instituir.

No litígio *Norfolk & Western Railway Co. v. Pennsylvania* se tratava de uma Companhia, cuja via férrea, percorrendo a Virgínia Ocidental, era um meio de comunicação, por onde, através desses dois Estados, se fazia para o de Pennsylvania, que lhes demora ao norte, o tráfego de passageiros e mercadorias. "Na exploração desse negócio a empresa mantinha em Filadélfia", capital como se sabe, da Pennsylvania, "uma agência (*office*), para o serviço de seus empregados, corretores, agentes e gerentes. Por essa agência lançara a lei de que se questionava uma taxa sobre a companhia. Não podia sofrer dúvida, reflexionava o Tribunal Supremo, que as transações do negócio explorado pela companhia eram matéria de comércio interestadual. Exercer esse negócio era o intuito para que a agência ali se estabeleceria. Ela não se ocupava, naquele Estado, com a exploração de faculdades ou direitos não imediatamente ligados ao comércio interestadual. *Um imposto sobre a manutenção dessa agência recaía, portanto, sobre um dos meios do comércio exercitado pela companhia, e, consequentemente, violava a Constituição*". (PRENTICE AND EGAN: *op. cit.*, p. 270).

Na causa *McCall v. California* (136 (1) Un. Stat. 104) o autor era agente (*agent*) de uma companhia, cuja linha se estendia entre Chicago e New York. Consistia o seu ofício em agenciar, em S. Francisco, o tráfego de passageiros, para a estrada que representava. E a Suprema Côrte sustentou que a cooperação dessa agência era um dos meios graças aos quais a Companhia diligenciava aumentar o seu tráfego interestadual de passageiros. Não se ligava acessória ou remotamente à exploração da ferrovia; não: era um recurso direto a fim de prosperar essa exploração. Tributando, pois, essa agência, o que se tributava, era o exercício de um comércio interestadual e, em tal caráter, independente da ação legal do Estado.

"The court held that the business of the agency was one of the means by which the company sought to increase its interstate passenger traffic. It was not incidentally or remotely connected with the business of the road, but was a direct method of increasing that business. The tax upon it was therefore upon the occupation of carrying on interstate commerce, and as such beyond the power of the State" (PRENTICE AND EGAN: *op. cit.*, págs. 270-71).

Decisão análoga se proferiu na lide *People rel. Pennsylvania Railroad Co. v. Wemple*. Mantinha a *Pennsylvania Railroad Company* um caminho de ferro, para o transporte de cargas e passageiros, que, atravessando New Jersey, se estendia por outros Estados. Pelo de New York não passava a estrada; mas, par a par com ela, a empresa estabelecera um serviço de navegação fluvial das costas de New Jersey pelas águas do Hudson até o pôrto de Nova York, onde acabavam de a favorecer certas comodidades, complementares, que possuía, em cais, docas e edifícios empregados em facilitar o transporte de gêneros e passageiros na linha mantida pela Companhia com os seus barcos e os seus trens. Em Nova York as únicas operações de transporte a que se ela dava, consistiam em receber e remover a carga e os passageiros, que dali partiam, ou ali chegavam, a celebrar os ajustes relativos à condução das pessoas, ou ao

(1) "A tax upon the maintenance of this office was therefore upon one of the means of the company's commerce, and as such was a violation of the constitution."

transporte das mercadorias, mediante os conhecimentos de frete e os bilhetes de passagens. Para isso tinha a empresa na grande capital americana a sua agência com o corpo de serventuários precisos, por cujas mãos esse comércio corria. (PRENTICE AND EGAN, *op. cit.*, pág. 271)

Pois bem: a situação dessa agência em Nova York provocou a imposição de contribuição sobre a companhia. Mas a Justiça Federal pelos seus tribunais tachou de inconstitucionalidade essa contribuição, com o fundamento de que as operações comerciais em cujo tráfico se ocupava a agência de Nova York eram de um caráter absolutamente interestadual. "*It was held that the business was exclusively interstate commerce*". (Ibid.)

Em New Jersey e nos outros Estados, opinava a sentença, a via férrea explorava um serviço meramente interior, digamos *intraestadual*. Mas em Nova York o seu negócio era exclusivamente o de um empresário de transportes *interestaduais*. "*In New York its business was that of an interstate carrier exclusively*". (Ibidem).

Dos julgados que acabamos de analisar resulta que as agências estabelecidas em cada Estado por companhias empregadas no transporte, marítimo ou terrestre, de carga e passageiros entre portos de vários Estados são *instrumentos de comércio interestadual*, peças essenciais no mecanismo desse comércio, o qual sem elas não se poderia exercer, e como tais, não podem ser tributadas constitucionalmente nos Estados, quer pelas suas legislaturas, quer, com maioria de razão, pelas suas municipalidades.

Óbvio é o motivo. Se as exigências, digamos, para frisar a hipótese, das companhias de navegação constituem serviços necessários às operações dessas empresas, mediante impostos restritivos, ou proibitivos, a legislação estadual poderia facilmente ora dificultar o comércio, que elas praticam, ora impossibilitá-lo. Porque o poder de taxar envolve, não só o de empecer, mas até o de destruir. Mas o comércio que essas empresas fazem, se opera entre portos de vários Estados. É, portanto, um comércio interestadual. Logo, sobre o comércio interestadual recaem os impostos que se estabelecerem sobre as agências de companhias de navegação, cujas linhas se estenderem a vários Estados.

Figure-se uma companhia de transportes marítimos, cujos barcos se destinam a receber e deixar carga, ou passageiros, nos portos dos Estados. Pode essa companhia exercer êsse tráfico, sem ter agências organizadas nesses portos? Como, não tendo essas agências, entreter as suas relações com os carregadores e passageiros, vendendo a êstes suas passagens, convencionando com aquêles os seus fretes? Impossível. Essas relações pressupõem um serviço especial em terra, um escritório, uma escrituração, um representante da empresa, que concentre nas mãos os seus interesses, e por ela responda, acuda, satisfaça à sua clientela, um corpo enfim, mais ou menos numeroso, de empregados, com certo material, terrestre e marítimo, necessário ao despacho dos seus navios e ao pronto desempenho das suas responsabilidades profissionais. Eis o que constitui as agências, sua origem, seu objeto, sua necessidade. Se a legislação estadual puder gravá-las, *ipso jure* as poderá tolher e vedar, criando-lhes embarços tais que, sem as proibir declaradamente, virtual e praticamente as manietem, ou excluam.

Tal autoridade, logo, não pode ser admitida ao Congresso. Mas por quê? Já o vimos explicitamente declarado no aresto do pleito *Osborne v. Mobile*: porque é "*repugnant to the clause of the constitution which confers upon congress the power to regulate commerce among the several States*" (THAYER: pág. 1952).

Como se exprime, porém, essa cláusula da Constituição americana? Nestes termos:

The congress shall have power to regulate commerce with foreign nation, and among the several States.

(Art. 1, sec. 8.º, par. 3).

A saber, em linguagem:

Compete ao Congresso a atribuição de regular o comércio com as demais nações e *entre os diferentes Estados*.

Ora na Constituição brasileira temos a mesma definição de competência, em termos quase literalmente iguais

e ainda com mais ênfase quanto ao exclusivismo do poder atribuído à União:

Compete *privativamente* ao Congresso Nacional:

Regular o comércio internacional, *bem como o dos Estados entre si*.

(Art. 34, 5.º).

Logo, a jurisprudência americana, que levamos estudada, quanto à inteligência da cláusula exarada na Constituição dos Estados Unidos da América, art. 1, sec. 8.ª, p. 3, se aplica rigorosamente à interpretação da cláusula correspondente na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, art. 34, n.º 5.

E, pois, os impostos a que se refere a consulta, em recaindo sobre agências de companhias, cujas linhas façam o comércio entre vários Estados, são inconstitucionais, como incursos em quebra da competência privativa do Congresso Nacional.

A mesma conclusão evidentemente se impõe, e por virtude expressa do mesmo termo constitucional, se o comércio explorado por essas empresas fôr entre o Brasil e outras nações.

Temos assim respondido aos três primeiros quesitos.

II

A questão suscitada pelo quarto está implicitamente resolvida. A denominação convencional dada ao imposto nas leis orçamentárias que o averbam na classe de indústrias e profissões, não altera a natureza do tributo. Se esta dependesse da qualificação arbitrariamente adotada pelos artificios do legislador, não haveria corretivo às usurpações da competência reservada ao Congresso.

Na espécie a taxa é lançada sobre as agências de empresas de navegação. Sobre esta, portanto, recai, segundo já demonstramos. Se ela, portanto, não é interior ao Estado, a atribuição excede a alçada constitucional do poder, que a decreta.

III

Não me parece de alcance o quinto quesito. Nos textos tributários que a consulta nos comunica, a redação não distingue entre agências incursas no gravame e agências a êle imunes. O intuito do legislador nos parece, pois, envolou a tôdas, compreendendo assim as que tiverem escritório especial, como as que se utilizarem, para o seu serviço, de casas comerciais empregadas noutros ramos da indústria mercantil.

Numa ou noutra hipótese, a inconstitucionalidade seria a mesma, porquanto a incidência do impôsto se daria sempre na companhia de navegação e no comércio, internacional ou interestadual, por ela exercido.

IV

A expressão “emprêsa de navegação a vapor *de linha regular*” não tem, que nos conste, jurídica ou legalmente, definição precisa.

Afigura-se-nos, entretanto, que por *linhas regulares* se devem entender as que tiverem fixado, mediante compromissos legais e formais com o público, a organização do seu serviço, os portos de escala dos seus navios, o número e as datas das suas viagens, os preços e condições do seu transporte.

V

Respondo ao sétimo quesito negativamente.

Bem que aos cônsules caiba representar e proteger, nos limites dos seus distritos consulares, os interesses privados de seus conterrâneos (BLUNTSCHLI, *Dr. intern. codif.* n.º 224; PRADIER-FOD., *Cours de Dr. diplomat.*, 1. página 293), essa condição não lhes atribui direito de representação judicial, para por êles estar, como autores ou réus, nos tribunais.

Cingindo-nos ao caso, de que se trata, diremos que a inconstitucionalidade do impôsto não pode ser pleiteada judicialmente senão pelos interessados, isto é, pelas companhias, ou emprêsas, que êle ferir. (RUI BARBOSA: *Atos Inconst.*, páginas 117-19.)

VI

O meio mais natural para o fazerem, será não pagarem o impôsto, e aguardar a execução fiscal. Daí, se as decisões da Justiça do Estado forem contrárias ao executado, terá êle, para levar a questão à Justiça Federal, o recurso da Const. da República, art. 59, § 1.º, b.

Este o meu parecer.

Rio, 5 de dezembro, 1904.

RUI BARBOSA.



VIII

DELITO MILITAR

LEVANTE DE 14 DE NOVEMBRO DE 1904

NOTA DO REVISOR

Determinada a vacinação compulsória, como meio preventivo contra a varíola, *ex vi* da lei n.º 1.261, de 31 de outubro de 1904, suscitou essa providência legal alguns descontentamentos, culminando com ameaças de surtos revolucionários.

Cerca de 19 horas do dia 14 de novembro de 1904, o General-de-Brigada Silvestre Rodrigues da Silva Travassos, sublevando a Escola Militar da Praia Vermelha, assumiu-lhe o comando. Prendendo ato contínuo o General José Alípio Macedo da Fontoura Costallat, comandante desse estabelecimento de ensino militar, marchou para o centro da cidade, à frente da tropa, com o fim, segundo ficaria mais tarde apurado, de depor o chefe do Governo, Presidente Francisco de Paula Rodrigues Alves, e entregar a suprema direção do País a um governo de fato.

Atacada nas imediações da Praia de Botafogo, quando se dirigiam em marcha para o palácio presidencial, foi dispersada a formação chefiada pelo General Travassos, que, gravemente ferido, faleceu dias depois, a 22 de novembro.

Em mensagem de 16 de novembro de 1904, pediu o Presidente Rodrigues Alves a decretação de estado de sítio para a Capital Federal e Niterói, apontando ao mesmo tempo ao Congresso os nomes do senador Tte.-Cel. Lauro Sodré e deputados Major Alexandre José Barbosa Lima e Alfredo Varela (civil) como implicados no movimento.

Autorizada a declaração de estado de sítio, consoante os termos do decreto n.º 1.270, de 18 de novembro, foi encarregado do inquérito o bacharel Antônio Augusto Cardoso de Castro, chefe de polícia do Distrito Federal, sendo seu *Relatório* publicado em suplemento ao *Diário Oficial* de 23 de dezembro de 1904.

Tendo o ministro José Joaquim Seabra, titular da Justiça e Negócios Interiores, formulado uma consulta a alguns juristas-consultos, a fim de saber-se qual o fôro competente (*) para conhecer dos fatos criminosos praticados na noite de 14 para 15 de novembro de 1904, pronunciou-se o Cons.^o Rui Barbosa com o parecer ora estampado.

Reproduz-se aqui o texto como foi êle publicado em 1904, salvo no tocante à ortografia, adaptada à atual (Cf. Pareceres | Competência de fôro para conhecer dos fatos criminosos | ocorridos na noite | de 14 de novembro de 1904 (Rio de Janeiro, 1904). Foi incluído êle no volume XXXI, tomo II, das OBRAS COMPLETAS (págs. 177 a 200), saído em 1952.

(*) Perante o Supremo Tribunal Federal impetrou o Major Alexandre José Barbosa Lima uma ordem de *habeas-corpus* em favor do Senador Lauro Sodré, alegando nulidade do processo movido perante a justiça especial a que respondia o paciente, por ser incompetente o fôro militar. (H. c. n.^o 2.255).

Decidiu o Tribunal, por acórdão de 1 de abril de 1905, e contra os votos dos Ministros Manuel José Murinho, João Pedro Belfort Vieira e Alberto de Seixas Martins Tôrres, denegar a ordem, reconhecendo aos tribunais marciais a competência para julgar crimes militares cometidos por membros do Congresso pertencentes à classe militar (Cf. *Revista dos Tribunais*, abril de 1905, vol. III, págs. 255 a 261).

CONSULTA

Qual a jurisdição competente para conhecer dos fatos criminosos praticados na noite de 14 para 15 do corrente pelas forças militares sob o comando do General Travassos?

Dr. J. J. Seabra

Vai, nesta data, em separado, a consulta, de minha letra.
Rio, 25 de novembro de 1904. — RUI BARBOSA.



PARECER

A urgência com que se me pede esta consulta, recebida ontem de tarde, para se responder hoje, mal me permite esboçar rapidamente os motivos da minha opinião.

Claro está que a competência, sobre que versa a questão, não depende, aqui, senão somente da classificação do delito. O fôro será civil ou militar, segundo fôr civil ou militar a infração.

Como estabelecer esta discriminação com segurança? Óbvio é que, precisando o critério da infração militar, para por êle aquilatarmos a de que ora se cogita.

Esse critério, ora se assenta em um ponto de vista meramente objetivo (*ratione materiae*), e, nesse caso, a jurisdição militar se estende a todas as ofensas da lei militar, seja quem fôr o delinqüente; ora se firma num ponto de vista meramente subjetivo (*ratione personae*), e então os tribunais militares conhecerão de todos os delitos, militares ou não, cometidos por membros da força armada. Sob a primeira teoria, a competência, de ordem *real*, se determina pela natureza dos fatos. No segundo sistema, a competência de caráter *pessoal*, se estabelece pela qualidade das pessoas. E, apoiando-se em parte numa, em parte na outra solução, temos o critério misto, que para instituir a competência, leva em conta, a um tempo, o fato e a pessoa.

Esta parece ter sido a regra dominante no estado final do Direito romano, sob VALENTINIANO e VALENTE. (L. 1 C. *de exhibendis et transmitt. reis*, IX, 3). Nos séculos anteriores, porém, contendem ainda hoje os autores sobre se era a natureza do ato, ou a qualidade do autor, o que, fixando a competência, fixara o critério discriminativo do delito. Nas legislações modernas, porém, a escolha da orientação tem variado com as épocas e os países. Em França, por exemplo, após longa evolução, desde o antigo Direito até o Direito revolucionário, a noção do delito mi-

litar se amplia ao extremo, com a lei de 9 de junho de 1857, assentando-se-lhe o critério, definitiva e exclusivamente, no caráter do infrator. (Arts. 55 e 56.) Sendo este militar, qualquer que seja a natureza da infração, terá de ser julgado pelos conselhos de guerra. No mesmo princípio comungam legislações dos países mais diversos e opostos quanto à forma e ao espírito das suas instituições constitucionais, desde a russa, a alemã, a austríaca e, até certo ponto, a espanhola até a belga. As outras, geralmente, combinam os dois elementos, adotando já o critério pessoal, já o real, já o composto, ao mesmo tempo, de um e outro. (GRAN: *Fonctionnement de la justice milit. dans les différ. pays d'Europe*. Cristiânia, 1884, v. I, pág. 87-8, 119-20, 180-81; v. II, págs. 4, 66, 88, 116, 140, 161-2. — SORTAIS: *Des délits milit. et de leur répress.* Paris, 1900, págs. 18-36, 66-71, 81-105. — *Pandectes Franç.*, v. XIX, v.º *Compétence*, pág. 458, n.º 1.261 e segs. — MARSIL: *La réforme de la justice militaire*. Paris, 1901, pág. 48-113.)

Nos Estados Unidos, as infrações de que julgam os tribunais militares, são, por via de regra, as capituladas nos artigos de guerra e nos regimentos do exército, ou as havidas como congêneres dessas pelos usos da guerra; isto é: as infrações da ordem militar. A elas, porém, se equiparam, ficando sujeitos à mesma alçada certos delitos ordinários, como o roubo e a pilhagem, quando perpetrados com detrimento da ordem e disciplina militar. (GRAN: *op. cit.*, v. II, *Supplém.*, p. 77. — DAVIS: *A treatise on the military law of the United States*, 2nd edit. 1901, págs. 46, 59-60).

E entre nós ?

Examinemos as fontes.

O privilégio do fôro militar, já consignado no reg. de 1.º de junho de 1678, art. 49, e no alvará de 21 de out. de 1763, só muito mais tarde no Direito pátrio se definiu.

O primeiro monumento legislativo nosso que aludiu formalmente a uma discriminação entre as duas competências, foi o Cód. Criminal (16 de dez. 1830), que, no art. 308, § 2.º, estatui:

Este Código não compreende :

Os crimes puramente militares, os quais serão punidos na forma das leis respectivas.

Seguiu-se-lhe o Código do Processo Criminal (l. de 29 de nov. de 1832), cujo art. 8.º dispõe:

Ficam extintas as ouvidorias... e a jurisdição criminal de qualquer outra autoridade, exceto... os juízos militares, que continuam a conhecer dos *crimes puramente militares*...

Quais se deviam considerar, porém, os crimes “puramente militares”, a que os dous códigos se referiam?

A provisão de 20 de outubro de 1834 o veio elucidar, apoiando-se numa resolução de consulta do Conselho de Estado, adotada pela regência imperial, em 17 do mês anterior. Determinava ela que:

Enquanto não houver lei explícita, se estremem os crimes militares dos crimes civis, para o fim do cumprimento das disposições do Cód. do Processo Criminal, reputando-se *crimes meramente militares todos os declarados nas leis militares, que só podem ser cometidos pelos cidadãos alistados nos corpos militares do exército ou armada, como são: 1.º, os que violam a santidade e religiosa observância do juramento prestado pelos que assentam praça; 2.º, os que ofendem a subordinação e boa disciplina do exército e armada; 3.º, os que alteram a ordem pública e econômica do serviço militar em tempo de guerra ou paz; 4.º, o excesso ou abuso de autoridade...*

Mais tarde, a lei de 3 de dezembro de 1841, no artigo 109, estatuiu:

Quando nas *rebeliões* ou *sedições* entrarem militares, serão estes julgados *pelas leis e tribunais militares*.

Este preceito veio a se reproduzir no decr. n.º 120, de 31 de janeiro de 1842, art. 245, por este modo:

Se nas *rebeliões* ou *sedições* entrarem militares, serão julgados *pelas leis e tribunais militares*; e assim, se as justiças civis os acharem envolvidos nos processos que organizarem, remeterão às competentes autoridades as cópias autênticas das peças, documentos e depoimentos que lhes fizerem culpa.

Anos depois, o Governo Imperial, resolvendo, aos 13 de outubro de 1858, sobre uma consulta dada no 1.º dêsse mês, pela secção de guerra e marinha do Conselho de Estado, sendo relator o Visconde de Albuquerque, a propósito do crime de um anspeçada, que assassinara outra praça do Exército, fora do quartel e do serviço, invocara a provisão de 1834, e observava que com ela se conformara sempre

em várias decisões ali citadas, o Conselho Supremo Militar de Justiça, para concluir, pela competência da Justiça comum, com estes fundamentos:

Na hipótese que deu causa ao conflito, que vos ocupa, não é possível ser o crime puramente militar. Quer o matador, quer o assassinado não estavam em serviço; ambos achavam-se fora do seu aquartelamento; o crime foi cometido no meio da rua, e com instrumento não militar. (Apud TITARA: *Segundo complemento do Auditor Brasil*, 1.^a ediç. págs. 232-4).

Comentando essa consulta, nota este especialista que, mediante ela, "para cessarem de uma vez abusos e ilegalidades, os quais abalavam a severa disciplina do Exército, ficou definitivamente resolvido ... pertencer ao fôro militar conhecer de todos os crimes declarados nas leis militares, e que só podem ser perpetrados por cidadãos alistados nos corpos do Exército". (Ibid.)

TITARA escrevia em 1859. Só muito mais tarde, pois, se adotou a resolução imperial de 4 de março de 1876, sobre consulta de duas secções do Conselho de Estado, reafirmando aquela doutrina.

Tratava-se de um *habeas-corpus*, concedido pela Relação de Pernambuco contra uma prisão militar. O paciente, além de outras considerações, de Direito militar e Direito comum, alegava em sua defesa não estar sujeito à alçada militar, já por se achar reformado, já porque o delito não era militar. "Crime militar", dizia, é "aquêle, que se dá por infração da lei militar. Os crimes militares são somente os definidos na provisão de 20 de outubro de 1834, os quais são os declarados nas leis militares". (Gazeta Jurídica, v. XV, 1877, pág. 134).

Na secção de Justiça, o Visconde de Niterói e o Visconde de Jaguarí, constituindo maioria, opinaram pela incompetência da Relação, contra o voto do Conselheiro NABUCO. Das explanações por este desenvolvidas, em abono da teoria liberal, extratarei unicamente o tópico relativo à discriminação jurídica dos crimes militares, objeto do quesito que se me propôs. É este:

Não posso concordar com o parecer do ilustre relator. Desde que o art. 8.º do Cód. de Proc. Crim. reduziu a jurisdição militar aos crimes puramente militares, não é mais possível

caracterizar tais crimes só e só pela qualidade da pessoa, que os comete, *ratione personae*.

É preciso, para que o crime seja puramente militar:

1.º Ou que seja militar por sua natureza, contra a subordinação, boa ordem e disciplina militar;

2.º Ou que, pôsto seja comum, tenha alguma razão especial, que diretamente afete a subordinação, boa ordem e disciplina militar.

Ora, para que assim seja, é preciso que o indivíduo o cometa *ut miles* (L. romana 2.ª D. 49, 16), que esteja sob as bandeiras, ou em atividade, ou no exercício de pôsto, ou nos quartéis, praças, fortalezas, etc. (*Gazeta Jurídica*, v. XV, pág. 139).

E, aplicando à espécie êsses dados, advertia, em seguida:

Quanto ao 1.º O crime de sedição não é militar por sua natureza; porquanto, nos elementos que o constituem (Cód. Crim., art. 111), não entram a subordinação, boa ordem ou disciplina militar.

Quanto ao 2.º O crime computado ao alferes Santiago (reformado) não se reveste de alguma das razões especiais prenotadas, que têm relação com a subordinação, boa ordem e disciplina militar, ou influência sobre a subordinação, boa ordem e disciplina militar. (Ibid., pág. 139-40).

Esta decisão assinala a fórmula definitiva, a que, sob o outro regime, chegou nos espíritos mais liberais a teoria do critério adequado à discriminação dos delitos militares.

Ante essa opinião, firmada pelo maior dos juristas consultos da Coroa, será ocasião de me deter, primeiro que examinemos a legislação republicana; visto como, sob o Império, nada, após aquela data, se inovou, quanto ao assunto, em leis, ou arestos, judiciais, ou administrativos.

Divide o Conselheiro NABUCO DE ARAÚJO os "crimes puramente militares" em duas categorias:

Primeira, a dos que o são *por sua natureza*, atentando, *por sua natureza*, contra a subordinação, boa ordem e disciplina militar.

Segunda, a dos que, sendo *por sua natureza comuns*, ofendem a subordinação, a boa ordem e a disciplina militar, por "*alguma razão especial*".

A sedição pode ser absolutamente civil, levantando-se unicamente por obra de paisanos, com elementos inteiramente alheios ao Exército e à Armada, sem relação de espécie alguma com a subordinação, a boa ordem, ou a disciplina das forças militares. *Por sua natureza*, pois, não cabe entre os crimes de caráter puramente militar.

Mas, não tendo êsse caráter de sua natureza, o pode adquirir, se "*por alguma razão especial*" contrariar a su-

bordinação, a boa ordem, ou a disciplina da força armada. Na hipótese ali considerada, eram paisanos os sediciosos. O único militar envolvido no crime era reformado, como o Conselheiro NABUCO acentua, aquiescendo assim à defesa por ele articulada, ao requerer o *habeas-corpus*, de que, como reformado, não se achava alistado em nenhuma classe do Exército, conforme o expressamente disposto na lei n.º 648, de 18 de agosto de 1852, art. 9.º e 13. Da sua conivência na sedição não resultara nada, que alterasse, no Exército, a subordinação, a ordem, a disciplina.

Poder-se-á dizer o mesmo, porém, de uma sublevação conspirada, organizada e executada por corpos do Exército? de uma sublevação, que se forma em estabelecimentos militares? que nêles depõe os seus comandantes? que, depostos os seus comandantes, se arma e municia com as armas e munições militares, para se bater nas ruas contra as forças legais? que contra estas, nas ruas, dá batalha? que, vencidas então pelos batalhões fiéis, volve à praça, de onde saíra, para se entrincheirar e resistir ainda? que, afinal, perdendo os seus cabecilhas, majores, coronéis e generais do Exército, não capitula, senão quando se vê sem munições, cercada em terra por forças superiores e, do mar, ameaçada pelos canhões de vasos de guerra?

Só a zombaria ou a insânia poderiam contestar que o conjunto formidável dêsses atentados não interesse, num caso raro e tremendo, a subordinação, a boa ordem, a disciplina militar, no que lhes é mais essencial, mais melindroso e mais grave. Logo, a sedição, que militar pode não ser, neste caso vem a tornar-se essencialmente e exclusivamente militar. Não sendo militar de seu natural, absolutamente militar é, na espécie, à vista, para falarmos como o Conselheiro NABUCO, "*das razões especiais*", que aqui assim a caracterizam.

A mesma conclusão se chegará, cotejados êsses fatos com as outras definições ou caracterizações brasileiras do delito militar acima transcritas. A provisão de 1834, como vimos, define como delitos militares os "que só podem ser cometidos pelos cidadãos alistados nos corpos militares do exército ou da armada", e acrescenta, exemplificando: "Como são: 1.º, os que violam a religiosa observância do juramento prestado pelos que assentam praça; 2.º, os que

ofendem a subordinação e boa disciplina do exército e armada; 3.º, os que alteram a ordem, polícia e economia do serviço militar”.

Ora, sustentará, por acaso, alguém no seu siso, que a deposição do comandante de uma praça pelos seus subordinados, a depredação dos armazéns militares para os municiar, sua organização em corpo insurgido, para destruir os poderes constitucionais, a marcha em tom de guerra pela cidade contra o palácio do chefe do Estado, a intimação de se renderem, endereçada às forças legais, a peleja com elas travada, sob a chefia de oficiais rebeldes, cindindo o exército, na capital da República, em dous campos ensangüentados, não alterem a ordem, polícia e economia do serviço militar, não lhe ofendam a subordinação e boa disciplina, e não falem à observância religiosa do juramento ou do compromisso de honra, assumido pelo soldado, quando se alista?

Dos delitos militares, nenhum cai mais rigorosamente nos termos da definição, quando nessa classe inscreve os crimes, “que só podem ser cometidos por cidadãos alistados nos corpos militares”. Como praticar o atentado, que se praticou em a noite de 14, com as feições que o compuseram e distinguiram, sem pertencerem ao estabelecimento militar onde êle surgiu e se armou, sem ter os chefes militares que êle teve, sem dispor dos elementos e instrumentos militares, com que se aprestou, para desafiar, militarmente, a força armada, e com ela militarmente combater?

Voltemo-nos agora para a lei de 3 de dezembro de 1841. Manda ela, como vimos, que os tribunais militares julguem os militares envolvidos em “rebeliões ou sedições”. Aqui temos uma rebelião em campo aberto, urdida, capitaneada, levada a combate, quase exclusivamente por militares. Quem os há de julgar, em face dessa lei, senão os tribunais militares?

Com a resolução imperial de 1858 não se poderia chegar a outra dedução. Ali, o homicídio não se considerava militar, quando perpetrado entre militares *não em serviço, fora do aquartelamento*, com instrumentos *não militares*. Aqui, a rebeldia começa, depondo o comandante da Escola

Militar, *em serviço* no estabelecimento de que era chefe, opera-se *dentro* dessa escola, *aquartelamento* dos insurgidos, e por chefes militares se acaudilha, marcha com bandeira militar, e com *instrumentos militares* se arma. Não são, portanto, militares os homicídios, que perpetrou? os estragos e desordens, que exerceu?

Até aí os elementos, em plena atualidade ainda hoje, que para a solução do problema nos ministra o antigo regimen.

Vejamos no de agora.

O decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, art. 95, b, reproduzindo o disposto no Cód. do Proc. Crim., art. 171, 1.º, exclui da competência do júri “os militares, que, *por crime de emprêgo militar*, serão acusados no juízo de seu fôro”. (¹)

Ora, quais são os *crimes de emprêgo militar*? Os definidos pela provisão de 20 de out. de 1834, pelos avisos de 3 de agosto e 5 de novembro de 1855, pelo de 26 de abril de 1858, pela resolução imperial, enfim, de 13 de outubro dêsse ano, a que se ajunta a de 4 de março de 1876. (PAULA PESSOA: Cód. de Proc. Crim., ed. de 1899, págs. 207-8, n.º 1.176.)

Mas, quando hesitação ainda pudesse haver, estava dissipada, quanto à hipótese vertente, em presença do decreto n.º 18, de 7 de março de 1891 (Cód. Pen. da Armada, mandado aplicar ao exército pelo decreto n.º 612, de 29 de setembro de 1899).

Êsses dous códigos, ou êsse código dos dous exércitos nacionais, prescrevem, no art. 87, ns. 2 e 5:

“É crime de conspiração concertarem-se mais de vinte pessoas ao serviço da marinha de guerra” (ou do exército), para:

“Tentar diretamente e por fatos, mudar, por meios violentos, a Constituição da República e a forma de governo por ela estabelecida.

“Opor-se, diretamente e por fatos, ao livre exercício das atribuições constitucionais dos poderes legislativo,

(¹) A êsses dois artigos do Cód. do Proc. e do decreto n. 848 alude expressamente, em nota, a Consol. da Lei da Justiça Feder., parte II, art. 27.

executivo e judiciário da União, ou dos Estados, ou influir, por ameaças ou violências, nas suas deliberações.”

Basta ler êste enunciado, para ceder à evidência de que êle frisa estritamente o caso de 14 de novembro.

Ê, por conseguinte, um crime tècnicamente militar. E, para o ser, basta em face da Provisão de 1834, da Resolução Imperial de 13 de outubro de 1858, como da de 4 de março de 1876, e do Código Penal em vigor, art. 6.^o b, o *ser declarado tal nas leis militares*.

Ante o nosso direito positivo, logo, não é crime político. Nem poderia sê-lo em teoria, pela doutrina mais justa e autorizada no assunto.

Não são, com efeito, pròpriamente delitos políticos os fatos “*cuja criminalidade subsiste independentemente do seu objeto político*”. Essas infrações à *double tranchant* constituem, “essencialmente infrações *mistas*, e, por isso mesmo, não são delitos políticos pròpriamente ditos”. O delito político tem necessariamente por objeto a ordem política do Estado. Necessário é, porém, para ser delito político, no rigor científico da expressão, que o fato não ataque senão a ordem política. “*Il faudra ajouter que le délit politique est celui qui n'attaque QUE l'organisation ou l'ordre politique d'un Etat déterminé.*” (ALBERIC ROLIN, *Les infractions politiques*. Na *Revue de Droit Intern. et de Législ. Comparée*, vol. XVI, págs. 160-162.)

Ora, eliminada aos sucessos do dia 14 a intenção política de atacar a ordem constitucional, restam sempre os crimes de caráter comum e militar, que compõem a trama daqueles acontecimentos: a deposição dos superiores militares, a sublevação armada, o uso ilegal das armas de guerra, o ataque às forças legais, os ferimentos e mortes violentas com instrumentos militares.

Não tenho, pois, dúvida nenhuma em que o delito é militar. E, se êste o não é, não sei qual outro o poderá ser.

Logo, deve ser submetido aos tribunais militares.

Mas, ainda quando fôsse político, não constituiria embaraço a essa jurisdição o disposto na Constituição da República, art. 60, i), onde se determina competir “aos juizes ou tribunais federais processar e julgar os crimes políticos”.

Não constitui obstáculo; porquanto, na doutrina que sempre sustentei, e comigo várias autoridades, os tribunais militares, entre nós, são *tribunais federais*.

E, ainda, uma consideração me acode. Cotejadas as penas da conspiração civil, no Cód. Pen., art. 115, com as da conspiração militar, no Cód. Penal do Exército e da Armada, art. 87, vemos que, sendo a mesma a duração delas, em seu máximo, num e noutro, mais ásperas, são, todavia, pela natureza da penalidade, na codificação militar que na civil. Se o fôro militar, porém, isto é, o direito assegurado aos militares, pela Constituição, art. 77, de ser julgado pelos seus pares é um privilégio, a saber, um benefício, uma garantia, será este um dos casos de a reclamar, como compensação da desigualdade, aliás, justa, na medida da expiação entre esses delinquentes e os paisanos.

Esta diferença, entretanto, convém notá-lo, no gênero da penalidade, não caracteriza como rispida a nossa legislação militar. Na generalidade dos países cristãos, esta espécie de infrações militares é castigada com a pena capital. Assim procedem as nações mais humanas, civilizadas e liberais. Entre elas se acham os Estados Unidos. Pelos artigos de guerra americanos, reformados em 1874, todo o soldado ou oficial, que se envolve em motim ou sedição, incorre na cominação penal de morte (*). Quem riscou essa pena da nossa legislação militar em tempo de paz, foi o art. 72 dessa malsinada Constituição republicana, que, em reconhecimento, ia ser destruída, na sinistra noite de 14, *manu militari*.

Não quero, porém, ultrapassar as considerações meramente jurídicas. Reatando, pois, o fio à minha exposição, direi que, no Direito brasileiro, o critério do delito militar é, mui acertadamente, ao mesmo tempo real e pessoal: *ratione materiae* e *ratione personae*. (PAULA PESSOA: *Op. cit.*, pág. 20, n.º 50.) E o caso, de que se trata, responde a esse critério nos seus dous elementos.

(*) "Article 22. Any officer or soldier who begins, excites, causes or joins in any mutiny or sedition in any troop, battery, company, party, post, detachment or guard, shall suffer death, or such other punishment as a court martial may direct." (DAVIS: *Military Law of the Un. States*, pág. 389).

Na sublevação da noite de 14 o movimento é militar nos seus executores, militar nos seus cabeças, militar na sua organização, militar nas suas armas, militar no teatro da sua manifestação e dos seus primeiros crimes, militar nos interesses, deveres e instituições que primeiro e diretamente feriu. *Nas condições em que se cometeu, é um crime, que só por militares podia ser cometido.*

Foi, portanto, *ut milites* que os seus autores o perpetraram. É, portanto, *um delicto militar*, na mais exata e precisa acepção do termo, segundo a rigorosa definição dos romanos: "*Proprie militaris est delictum, quod quis uti miles admittit.*" (Fr. 2 D. de re militari, XLIX, 16.)

Ora, pelo disposto na Constituição da República, art. 77, o julgamento dos delitos militares compete privativamente ao fôro militar.

Logo,

a jurisdição competente, para conhecer dos fatos criminosos praticados, na noite de 14 do corrente, pelas forças militares, sob o comando do General Travassos, é a dos tribunais militares.

Assim tenho respondido à consulta com o meu parecer.

Rio, 25 de novembro de 1904.

RUI BARBOSA.

ADENDO

Explicando e completando o meu parecer, cumpre-me advertir em três pontos do juízo por mim advogado em 1893 sobre a questão do fôro militar.

Sustentei eu, naquele ano:

1.º) que o concurso de civis trazia os militares, envolvidos no mesmo delicto, à jurisdição comum;

2.º) que, admitida a doutrina oposta, a jurisdição militar, nas sedições operadas mediante o concurso de paisanos e militares, só se estabelecia depois de formada a culpa;

3.º) que a conspiração não cabe na categoria dos delitos militares.

Quanto ao primeiro ponto, a teoria por mim defendida foi rejeitada, e por assim dizer unânimemente, entre as

vozes, civis e militares, que no assunto se pronunciaram, rejeitando-a a jurisprudência dos nossos tribunais.

Quanto ao segundo, não fui mais feliz. Mas em presença de textos que me parecem formais, como a lei de 3 de dezembro de 1841, art. 109, e o reg. de 31 de janeiro de 1842, art. 245, continuo a manter o meu voto de que a instauração da culpa incumbe às autoridades civis, as quais, encontrando base de criminalização contra militares, remeterão as provas de culpabilidade apuradas às autoridades militares, a fim de procederem militarmente contra os indiciados.

Quanto ao terceiro, a questão mudou posteriormente de todo em todo, cessando os motivos do meu parecer naquele tempo. Estribava êle, com efeito, em que, naquela época, o crime de conspiração só era competentemente qualificado, em nossas leis, pelo Código Penal comum, negando eu ao Código Penal da Armada autoridade constitucional, visto que fôra promulgado administrativamente, quando já se achava em pleno vigor a Constituição atual.

Mas essa autoridade legislativa, que lhe faltava, recebeu-a êle com o decreto *legislativo* n.º 612, de 29 de setembro de 1899, o qual aprovou expressamente o Código Penal da Armada, ao mesmo tempo que o mandou ampliar ao Exército Nacional. E êsse Código, no art. 87, define *explicitamente*, entre os delitos militares "contra a segurança interna da República", o de "*conspiração*".

Hoje, portanto, sôbre a matéria *legem habemus*. Por declaração peremptória dela, as conspirações de militares são delitos militares.

Rio, 25 de novembro de 1904.

RUI BARBOSA.

IX

FILIAÇÃO DESCONHECIDA

NOTA DO ORGANIZADOR

Tendo o advogado João Batista de Sousa Marques submetido aos seus colegas uma consulta relativa à legalidade ou ilegitimidade do cativo de escravizados de filiação desconhecida, respondeu-a Rui Barbosa com o seguinte parecer, datado de 19 de junho de 1887 e publicado na *Gazeta da Tarde* de 27 do mesmo mês, mais tarde transcrito na revista *O Direito*, vol. 44. (*)

(*) A respeito do histórico dêste parecer, vejam-se os artigos do Sr. R. MAGALHÃES JÚNIOR, *Uma grande causa, "a filiação desconhecida"*, e *"Tendo certo advogado..."*, no *Jornal do Brasil* (Rio), de 2-XI, e da *Fôlha da Noite* (S. Paulo) de 28-X-1958, respectivamente.



PARECER

O frenesim de declamações e convícios que a opulência do interesse servil tem agitado contra a nossa magistratura, argüida de “ataque à mão armada contra a propriedade”, a propósito dos acórdãos da Relação da côrte, que reconhecem a liberdade aos escravizados de filiação desconhecida, bem natural resultado é dessa influência do cativo sobre o espírito dos opressores, que já o antigo legislador português denunciava, quando confessou que “a escravidão causa *indecência, confusões e ódios* entre os cidadãos”. (*Alv.* 1.^o de 16 de janeiro de 1772).

As decisões malsinadas exprimem rigorosamente a verdade jurídica; nem noutro sentido podia julgar um tribunal brasileiro no estado atual do direito, sem incorrer, então sim, em nódoa grave, esposando uma dessas “interpretações abusivas, que ofendem a majestade das leis desautorizando a reputação dos magistrados e perplexa têm a justiça dos litigantes”. (*L.* de 18 de agosto de 1769, *princ.*)

A hermenêutica que legaliza a sujeição dos cativos, cuja filiação se ignora, é inadmissível, porque desconhece e viola

- 1.^o) disposições positivas da antiga lei portuguesa;
- 2.^o) a presunção de direito pela liberdade;
- 3.^o) a presunção histórica contra a escravidão;
- 4.^o) a lei de 7 de novembro de 1831;
- 5.^o) a fé dos tratados;
- 6.^o) o direito constitucional;
- 7.^o) a intenção explícita da lei de 1885;
- 8.^o) as regras fundamentais de interpretação.

1. *O direito antigo e a filiação desconhecida.*

Servi aut nascuntur, aut fiunt. Escravos nascem ou fazem-se. *Fiunt per captivitatem. Nascuntur ex ancillis nostris.* Escravos ou se fazem por captura, ou nascem de escrava nossa. (MEL. FR., *Inst. Jur. civ.* II, 1, § 3). Ora, como o cativo por escravização de pessoa livre só podia constituir-se em alienígenas, o português cuja filiação servil não constasse, branco ou de côr, tinha-se invariavelmente por ingênuo.

O Alv. de 31 de fevereiro de 1775, regulando a condição dos expostos, determinava que, entregues, aos sete anos, ao juízo competente, se equiparassem aos órfãos de pais conhecidos, extinguindo-se quaisquer privilégios instituídos a seu benefício, “exceto aquêles privilégios que pertencem à *ingenuidade* e habilitação pessoal dêles, porque dêstes ficarão gozando sem quebra ou restrição alguma” (§ VII).

Invocando esta disposição, o governo de D. Pedro, no Brasil, mediante consulta da mesa do desembargo, acudiu, “a fim de evitar dúvidas futuras”, em favor da liberdade dos menores enjeitados, cuja descendência servil não se provasse, “declarando-os compreendidos no Alv. de 31 de janeiro de 1775, para assim cessarem as pretensões dos que quisessem reduzi-los à escravidão”. Houve por bem o príncipe que “fiquem gozando a liberdade em tôda a sua extensão os expostos de côr preta e parda, por serem tais os direitos e privilégios da *ingenuidade* de que trata o referido § 7.º do alv. de 31 de janeiro de 1775; devendo, portanto, assim entender-se a favor de sua liberdade e ingenuidade, sem quebra, mingua ou restrição alguma, em observância e complemento do mesmo § 7.º do dito alvará”. (*Prov.* de 22 de fev. de 1823).

Sendo êsse o direito, não só nos primeiros dias do império, como já nos tempos coloniais, para supormos que 64 anos depois da carta constitucional e nos últimos dias da escravidão, a lei de 28 de setembro de 1885 viesse abrogá-lo, fôra mister que êste propósito se consignasse nos mais peremptórios termos. Quando, por exemplo, essa lei, cominando penas contra a caridade das almas sãs, que agasalharem e protegerem o escravo foragido, recua até à crueldade da Ord. do liv. V, art. 62, que punia de furto

os que, achando escravo ou alimária alheia, o não entregavam ou apregoavam, o mau intento da lei é manifesto e indisputável, pôsto que, para executá-la hoje, seja preciso reviver os tribunais da idade filipina.

Mas, se, como sucede no tocante à filiação dos escravizados, a disposição é suscetível de mais de um sentido, atribuir-lhe o mais odioso é absurdo, de que a devem defender ainda os que menos estremecem por essa malograda reforma.

2. Presunção de direito pela liberdade

Já no regímen da metrópole, como entre os romanos, a liberdade se considerava de direito natural (*Ord.* l. IV, t. 42; alv. de 30 de jul. de 1609; L. de 6 de jun. de 1775), e tinha-se por contrário ao direito natural o cativoiro, sentimento a que não eram alheios os mais antigos órgãos da razão jurídica. *Servitus juri naturae, rectoerque rationi repugnat.* (HEINEC., *Recitation.* L. I, t. I, § 80).

Dai veio auxiliar-se a liberdade e privilegiar-se a sua reivindicação judiciária com favores contrários às regras gerais do direito e do processo (*Ord.* LIV, tit. XI, § 4, t. 61, § 1.º; L. de 6 de junho de 1775, § 9.º; L. de 24 de junho de 1785; alvs. de 4 de abril de 1680 e 16 de janeiro de 1773; L. de 1 de abril de 1680. — CÂNDIDO MENDES — *Código Filipino*, pág. 821; PEREIRA E SOUSA: *Prim. Lin.*, n. 953).

Da consciência que sempre teve a legislação pátria, desde as suas origens coloniais, de que o cativoiro é um esbulho perpetrado contra a natureza humana, resultou entre outras conseqüências a *praesumptio juris* em favor da liberdade.

“A presunção da liberdade das pessoas, nos países onde se introduziu o abuso da escravidão, e tem sido tolerado como no Brasil, é uma presunção de direito”. (TEIXEIRA DE FREITAS: Ad. à n. 29 da *Doutr. das Aq. de CORR. TELES*, pág. 22).

Ora, dessa espécie de presunções é relevarem do ônus da prova a quem as invoca, transferindo-o à parte oposta. *Praesumptio relevat abonere probandi eum cui assistit, et in adversarium probandi onus transferit* (*Ord.*, L. III, t. 53, § 3; L. V, t. 135, § final; L. de 6 de jun. de 1755 § “Porém para que”). Elas constituem prova *plenissima* (*Regim.* de 20 de janeiro de 1774, Cap. 52; Alv. de 4 de agosto de

1773; L. de 6 de jun. de 1755); subsistem, enquanto não se oferece prova em contrário (Alv. de 12 de fev. de 1795); não se podendo ilidir senão com outras provas "*mais plenas e liquidissimas*". (L. de 6 de jun. de 1755; Alv. de 11 de maio de 1770, § 5).

No direito pátrio a extensão desses efeitos à presunção de liberdade foi instituída por disposição expressa da lei:

"Todos sejam havidos por livres, *sem dependência de mais prova do que a plenissima*, que a seu favor resulta da presunção, que está pela liberdade, enquanto por outras provas, *também plenissimas, e tais que sejam bastantes para ilidir a dita presunção*, se não mostrar que efetivamente são escravos". (Alv. de 6 de jun. de 1755).

Estas palavras, diz Teixeira de Freitas, "encerram uma regra geral de direito sobre a liberdade das pessoas" (*Consolid. das L. civis*, n. I ao Art. 42, 3.^a ed., p. 35). "Incumbe a prova em contrário à liberdade do homem a quem requer contra a liberdade." (TEIXEIRA DE FREITAS: Ad. à n. 30 ao § 19 da *Doutr. das Aç.*, pág. 23). "Na ação de liberdade cabe o ônus da prova *ao réu*; porque o autor tem a seu favor a presunção *plenissima de direito*. Na ação da escravidão, cabe o ônus *da prova ao autor*". (RIBAS, *Consol. das L. do Proc. Civ.*, vol. II, pág. 102, Art. 718, § 2.^o; *Acórd. do Sup. Trib. de Just.*, de 10 de jun. de 1871, rev. civ. n. 7759; *Direito*, vol. III, pág. 20; *Ac. do Supr. Trib. de Just.*, de 24 de julho de 1877, rev. civ. n. 9102. *Direito*, vol. XIV, p. 44).

O encargo de provar o domínio incumbe, portanto, sempre ao senhor, ao que alega sê-lo, *autor, ou réu*; e, se ele *não provar cumpridamente* o domínio sobre a pessoa que se diz ser de condição escrava, prevalece a presunção de que é livre. (RIBAS: *Const. Coment.* CDXCVI ao Art. 718; *Ac. da Rel. de Ouro Preto*, de 24 de março de 1879. "*Direito*", vol. XIX, pág. 364).

Pois bem: entender a lei de 1885 consoante como querem os fautores do cativo, é atribuir a esse ato legislativo o pensamento de trocar em proveito da escravidão a presunção da liberdade, contraverter, nos pleitos em que ela se litiga, as posições recíprocas entre senhor e escravo, impor a este o ônus da prova, até hoje incumbente àquele, estabelecer, em suma, que a liberdade é o estado excepção-

nal e anômalo, a escravidão o estado natural e normal do indivíduo.

Premissa que a tais absurdos conduz, não pode exprimir o instituto da lei. Não é lícito supô-lo; porque *interpretatio facienda est ut ne sequatur absurdum*. E, quando mesmo o seu texto consignasse de modo indubitável essa monstruosidade, a jurisprudência forçosamente havia de buscar no direito vivo, legítimo e inevitável modificador do direito escrito, o restabelecimento da ordem violada. Assim, na própria Inglaterra, onde a vontade da legislatura é a suprema constituição do país, a história judiciária registra sentenças como a de lorde Coke, *Chief justice* do K. B., e a do lorde *Chief justice* Hobart, julgando que a interpretação judiciária anula os atos do parlamento quando opostos à equidade natural, à razão e ao direito comum. (KENT, *Commentaries on the American Law*, Vol. I, pág. 485). No mesmo sentido os nossos antigos jurisconsultos estabeleceram que a interpretação deve fugir o absurdo, ainda que daí se siga a anulação do ato. (*Axiomas de Dir.* de LIM. VAZ E VALASCO. Versão de TEIXEIRA DE FREITAS, pág. 140).

A presunção de liberdade, com efeito, não é apenas um direito natural, na acepção mais ou menos arbitrária ligada a êsse vocábulo pela escola metafísica que procura o ideal do direito numa concepção abstrata da natureza humana, mas no sentido histórico, real, estritamente científico da palavra. Ela é expressão de uma necessidade orgânica das relações do homem com o homem entre as sociedades iniciadas na civilização.

Avulta na mesma categoria com a presunção de capacidade mental, que é o pressuposto onde assenta, para o indivíduo e para o cidadão, e exercício de todos os direitos do seu estado civil com a presunção de veracidade, base da fé no testemunho humano; com a presunção de honra, fundamento do nosso direito à reputação; com a sagrada presunção de inocência, princípio sobre todos inviolável na organização do processo criminal.

Se a lei viesse prescrever que o que se presume é o crime, a desonestidade, a mentira, a insânia, que antes de assumir a administração de seus bens, o indivíduo carece demonstrar solenemente o gozo da razão; que, até prova

em contrário, a palavra do homem que depõe é suspeita de falsidade; que a infâmia é o conceito natural dos que não têm sentença judiciária de honestidade; que a defesa, e não a acusação, é que está obrigada à prova — tal subversão produziria a demência de qualquer dessas inovações em todo o organismo do direito, que os tribunais fatalmente haviam de renunciar a executá-las.

E, todavia, exatamente da mesma ordem é a extravagância dos que, interpretando a favor do cativo a lei de 1885, desconhecem na sua primeira consequência a presunção de liberdade.

Essa presunção *plenissima e liquidissima*, na frase das velhas leis coloniais, não se dirime senão mediante provas *ainda mais líquidas e ainda mais plenas*. (Alv. de 11 de maio de 1770, § 5; L. de 6 de junho de 1755).

Ora, os senhores alegam contra elas apenas a posse.

3. *Presunção histórica contra a escravidão.*

Mas a posse, longe de ser plena e líquida prova, quanto aos cativos, não é, sequer, entre nós simples presunção de legalidade.

A história, de fato, é documento irrecusável de que a escravidão existente entre nós procede, na sua quase totalidade, imediata ou mediata, do criminoso tráfico posterior a 1831.

Até essa época, atenta a barateza da mercadoria e a facilidade da importação, a vida do escravo tinha-se em ínfimo aprêço, e a procriação na raça cativa, como atestou José Clemente Pereira em sessão parlamentar de 4 de julho de 1827, era “sistemáticamente perseguida”. A escravaria até então, pois, parecia continuamente pela severidade do régimen opressor, e continuamente se renovava pelo tráfico. Proibido este naquele ano, começou dessa data a cultivar-se a indústria da reprodução da espécie entre os que o contrabando ia furtivamente introduzindo, e entrou o escravo a encarar-se como um valor, cuja destruição se devia evitar, porque a substituição era difícil e cara. Sabe-se que de 1831 a 1852 foram introduzidos em fraude das leis cerca de quinhentos e sessenta mil escravos. (RUI BARBOSA: *Parecer em nome das comiss. de orçam. e*

just. civ. acêrca do proj. de emancip. dos escr., p. 99); convindo notar que êsse meio milhão representa apenas o número dos que a estatística logrou descobrir.

Ora, pela estatística de hoje podemos figurar a daqueles tempos, e pela nossa proverbial relaxação administrativa noutros ramos de serviço, fácil é imaginar a que reinaria no domínio dêsse assunto, onde e quando tôda a hierarquia social, desde o parlamento até os magistrados locais, era cúmplice nos interêsses do cativo.

Não se exageraria, pois, computando no dôbro o número real de africanos contrabandeados.

Mas, aceitando a base de 560.000, claro é que nêles se acha a estirpe de quase tôda a escravaria atual.

A imensa maioria dela, senão a sua totalidade, consiste em um resto dos que a rapinagem servil nos trouxe, reunido à descendência dessas e das outras vítimas do contrabando, que a morte levou nestes cinqüenta anos.

Logo, a escravaria que hoje sobrevive é, "*quase no seu todo*", legalmente "*livre*".

Sôbre quase tôda ela pesa, portanto, a suspeita de "*ilegalidade*".

Ora, como segundo a regra do alv. de 28 de maio de 1648, "*as leis atendem ao que pela maior parte sucede*", e, conseqüentemente, as presunções se firmam segundo o que ordinariamente acontece, *ex eo quod plerunque fit*, a conseqüência é que, hoje em dia, a posse do escravo não é presunção senão de sua liberdade.

Longe de neutralizar, portanto, *reforça a presunção de direito contra o cativo*.

4. A lei de 7 de novembro de 1831.

Ainda êste ano sustentou, no senado, um ministro da coroa que êsse ato legislativo caiu *pelo desuso*.

Erro palmar, imperdoável.

Erro de fato, erro de direito.

Erro de fato, porquanto contra êle se estende, na história da escravidão, longo encadeamento de atos solenes, atestando a continuidade da tradição política, administrativa, judiciária em apoio da autoridade dessa lei.

Tais são as leis, decretos, instruções, avisos e portarias de abril de 1832; 5 de setembro, 19 e 29 de outubro de 1834, de novembro de 1835; 8 e 17 de março, 9 e 26 de abril, 15 de setembro e 15 de dezembro de 1836; 22 de abril de 1837; 11 de janeiro de 1838; 22 de abril de 1839; 14 de fevereiro, 24 de abril, 6 de maio, 2, 8, 31 de julho de 1840; 3 de dezembro de 1841; 31 de janeiro e 26 de março de 1842; 15 de maio, 17 de junho, 9 e 21 de outubro; 24 de novembro de 1843, 20 de fevereiro, 15 de março e 22 de outubro de 1845; 4 de setembro de 1850; não esquecendo a nota do ministro Paulino José Soares de Sousa, em 11 de janeiro de 1844, ao ministro da Grã-Bretanha.

Pelo que toca ao parlamento, deparam-nos os seus anais, além das leis já enumeradas: a discussão, em 1834, da proposta do governo, convertida em projeto de lei sobre a reexportação dos africanos *ilicitamente* introduzidos; o requerimento do Sr. Carvalho Moreira em 6 de junho de 1848; a rejeição, em 1850, pela câmara popular, *com o voto do Sr. Cotegipe*, do art. 13 do projeto adotado pelo Senado em 9 de agosto de 1837, que revogava a lei de 7 de novembro; a declaração formal, enunciada, pelo ministro da justiça, em 1848, de que essa lei permanecia "*em seu inteiro vigor*"; o projeto de 30 de junho de 1852 sobre despesas com o cruzeiro nas costas do Império; o debate, em 1853, na Câmara dos Deputados, sobre o desembarque de africanos no Bracuí e a apreensão de escravizados no Bananal; o discurso Silva Ferraz, em 1854, sobre a convivência dos jûris com os africanistas; a franca opinião do ministro da Justiça, Nabuco de Araújo, no mesmo sentido; as verbas consignadas nos balanços da receita e despesa até 1858 e ainda aquém desta data, ao salário de africanos livres; por último: as palavras da comissão especial de reforma do elemento servil, por órgão de um de seus membros em 1871, reconhecendo que a lei de 1831 não cessou de vigorar. (*Anais da Câm. dos Dep.*, 1871, Vol. IV, pág. 248).

Dos tribunais podemos apontar os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de abril de 1863; na revista n. 6.326; ns. 9.462 e 9.469 de 15 de dezembro de 1875; ns. 10.509, 10.513, de 29 de março de 1876; ns. 13.153, e 13.154, de 3 de fevereiro de 1877.

A concatenação, pois, não se interrompe, envolve nos seus elos todos os poderes do Estado. Averbar de desuso a lei de 8 de novembro, portanto, é nos pecar contra a verdade conhecida por tal.

Mas, quando desuso houvesse, tem o desuso essa autoridade? Não se confunda o *desuso*, simples *desuetudo*, com o *uso* em contrário, *consuetudo abrogatoria*. Desuso é a ausência de atos que atestem a execução da lei; uso em contrário, a reiteração de arestos em positiva contração com ela.

Se, no direito romano, as leis podiam perimir-se por *não uso*, *non utendo peremptae sunt* (Nov. 89 e 15), por desuso no direito dos povos modernos se entende o *uso contrário* às prescrições da lei. (DELISLE: *Princip. de l'interpr. des lois*, Vol. I, pág. 108). Já as ordenações do século XVII, em França, mandavam observar as leis existentes “não ab-rogadas por uso contrário, adotado e aprovado por nossos predecessores e por nós”, dizia Luís XIII (jan. de 1629). Atualmente se exige como condição essencial a *aprovação do poder legislativo*. (DELISLE, *Ib.*, pág. 109).

A revogação das leis por *uso contrário*, diz Demolombe, o maior dos comentadores do Código Civil francês, “não é conforme aos nossos princípios constitucionais; porquanto a vontade nacional, que estabeleceu a lei, só se pode manifestar segundo as condições e formas prescritas pela Constituição. Se em nossa antiga monarquia era lícito presumir que o rei, senhoreando a um tempo os poderes legislativo e executivo, ab-rogasse tácitamente a lei, por isso só que tolerava usos opostos a ela, já não é assim hoje, quando o Poder Legislativo se fez múltiplo e distinto do Executivo”. (DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoléon*, vol. I, pág. 36). “O sistema contrário”, observa o sábio jurisconsulto, “exporia a sociedade às maiores perturbações”. (*Ibid.* TROLLEY: *Cours de Dr. Administr.*, tom. I, pág. 21). É perigoso êsse sistema, porque abala a autoridade das leis, gera incerteza e arbítrio, traz desordem às relações sociais. Por que sinais e em que momento, com efeito, se saberá se a lei está ou não ab-rogada pelo uso? Que fazer se uns tribunais aplicarem o uso, outros a lei? (DEMOL.: *Ib.* e pág. 139, § 130).

Ainda nos países de direito consuetudinário, como a Inglaterra, onde o *common law* tamanho espaço ocupa na constituição do país, o desuso não tem esse poder. "A teoria do direito inglês", escrevia recentissimamente um dos seus mais autorizados intérpretes, "*não permite que os atos do parlamento se tornem obsoletos por desuso*". (HOLAND: *The elements of jurisprudence*, pág. 53).

Entre nós não há questão possível: os atos do Poder Legislativo só se revogam pelo Poder Legislativo (*Const. do Imp.*, Art. 15, § 8).

Mas ainda sob o antigo regímen português era direito instituído sob severas penas que as leis tivessem observância, enquanto por outras não recebessem "expressa derrogação". (*Ord. L. II, t. 44; alv. de 31 de maio de 1741; alv.*, de 28 de abril de 1641, § 15).

Em direito pátrio qualquer costume, para produzir efeitos jurídicos, há de, primeiro que tudo, *não ser avêso às leis*. (O direito mercantil exige que o costume, para ter acesso aos tribunais, a) seja conforme aos princípios de boa-fé; b) *não contravenha disposições do Código Comercial ou lei ulterior*; c) *exceda o prazo de cinqüenta anos*. *Decr. n. 738*, de 25 de novembro de 1850, Arts. 25 e 26).

No direito civil o costume não tem aviso legítimo, sem que concorram nêle três requisitos: 1.º ser conforme à boa razão; 2.º *não ser contrário às leis* em coisa nenhuma; 3.º *ter mais de cem anos de antiguidade* (*Ord. L. III, t. 84, pr.; L. de 18 de agosto de 1769, § 14*).

Como pode, pois, o costume revogar leis, se a primeira cláusula de sua admissibilidade é ser *conforme a elas*? como pode substituir a liberdade pelo cativoiro, se um dos caracteres imprescindíveis da legitimidade do costume é ser "adequado à boa razão", de que o cativoiro é a negação mais direta? E, ainda quando ab-rogasse leis, como poderia estar ab-rogada por esse modo uma lei de 1831, se "antes de cem anos" de duração não há "costume"?

O *suffragium populi*, que era entre os romanos a legitimação do uso (F. 52, D. *de Leg.*), não se manifesta, entre nós, legalmente senão pelos atos do parlamento. Mas ainda no direito romano, a *desuetudo* não se constituía senão mediante condições austeras: a *inveterata consuetudo*, a *voluntas populi*, o *tacitus consensus omnium*. Onde

estão aqui estas condições ante a vasta série de atos legislativos, administrativos, judiciários acima enumerados?

E, se o direito consuetudinário, resultado da consciência popular, aluisse a lei de 7 de novembro, como explicar que os nossos mais egrégios jurisconsultos sempre considerassem vigentes as disposições dessa lei? Teixeira de Freitas (haverá intérprete mais competente do nosso direito?) ensina:

Aproveita o favor da lei de 7 de novembro de 1831, invocado pelos próprios africanos importados no Brasil, ou por qualquer de seus descendentes, assim em sua defesa, nas ações de escravidão, como em causa de pedir, nas ações de liberdade.

(Ad. à n. 44 ao § 23 da Doutr. das Aç., de CORR. TELES, Ed. de 1880, págs. 31 e 29).

Depois, o desuso atua por *prescrição* e prescrição não se tolera contra a liberdade. Ao passo que a ação de escravidão, que entre os romanos prescrevia em 10 a 20 anos, prescreve em 5 anos entre nós (Alv. de 10 de março de 1682, § 5.º; acórd. do Supr. Trib. de Just. de 6 de dez. de 1862; acórd. de 17 de maio de 1879, na revista civ. n. 9.419; *Direito*, vol. XIX, pág. 345), sem que se requeira do escravo a prova de justo título ou de boa-fé, e não importando a continuidade do quinquênio prescriptivo o fato da matrícula do cativo no decurso dêle (acórd. da Rel. de Ouro Preto, de 3 de dez. de 1878; *Direito*, vol. XIX, pág. 359), — a ação de liberdade, pelo contrário, *não prescreve nunca*. (Alv. de 16 de janeiro de 1759. PERD. MALHEIRO: *A Escravidão no Brasil*, part. I, § 134, pág. 177).

“Sola temporis longinquitate, etiam sexaginta annorum curricula excesserit, libertatis jura minime mutilari oportere congruit aequitate”.

(Const. 3 Cód. De long. temp. praescript. quae prohib. et non adv. libert. oppon. VII, 22).

Ainda que viva 100 anos, curta embora a vida inteira na escravidão, não se dirime ao cativo o direito à liberdade; e, morrendo sem reavê-la, o mesmo direito, intato, lhe sobrevive na prole. Mas, se não prescreve a liberdade contra um indivíduo, como prescreverá contra um milhão de almas criminosamente capturadas e a sucessão de gerações descendentes dessa origem?

Pelo desuso se concede que prescrevessem as leis homicidas de Dracon, "escritas com sangue": *non decreto jussuque, sed tacito illiteratoque consensu*. (A. GELLIUS, *Noctes atticae*, XI, 18). Mas que o desuso escravize milhões de homens, livres por ato peremptório do legislador, é insânia, só imaginável em terras onde o ideal do futuro estivesse nas costas de Benguela.

E, se, por um lado, não há prescrição contra a liberdade, por outro, o direito não tolera prescrição a favor do roubo, em benefício dos que o praticam ou desfrutam. Pela convenção de 23 de novembro de 1826, celebrada entre o nosso governo e o da Grã-Bretanha, e ratificada em 13 de março do ano seguinte, o comércio de escravos feito para o Brasil de 13 de março de 1830 em diante ficou sujeito à qualificação legal de pirataria (Art. 1).

Ora, "a pirataria é o roubo, isto é, a depredação perpetrada no alto mar, sem autorização legal, *animo furandi* (com ânimo de furto); é, no mar, o mesmo delito que em terra o roubo; concordando nesta definição todos os escritores de direito internacional e marítimo europeu". (KENT: *Commentaries*, vol. I, p. 183. PERELS: *Droit marit. internat.*, § 16. LALOR: *Cyclopaedia of Politic. Science*, vol. III, p. 199). "Pirataria é a pilhagem marítima a mão armada. É a vida do ladrão de estrada (*voleur de grands chemins*) no oceano". (BROGLIE: *Écrits*, vol. I, *De la piraterie*, p. 341).

Cito apenas jurisconsultos, e os de maior autoridade. É, pois, do roubo que descende quase toda a escravidão existente entre nós; e admitir a revogação da lei de 1831, pelo desuso, seria aceitar a prescrição em favor desse crime na mais abominável de suas formas, a mais imoral e a mais perniciosa; porque já o antigo legislador reconhecia que "escravos são de prejuízo para o Estado" (*Alv.* 1.º, de 16 de janeiro de 1772).

Se, pois, a lei de 7 de novembro está em vigor, a presunção natural a respeito dos escravos cuja ascendência fôr ignorada, é que são vítimas do roubo, na expressão rigorosamente jurídica da palavra, fonte preponderante, se não exclusiva, do cativeiro atual.

5. *A fé dos tratados.*

Se é certo e incontrovertível que a escravaria existente procede *quase toda* de africanas contrabandadas após 1831, e, portanto, livres, seguro e incontestável é que destruir a *dúpla* presunção (jurídica e histórica) de liberdade favorável a essa classe de indivíduos, fôra anular direitos, a que se associa, não só a garantia das leis pátrias, senão também a fiança, a honra e o vínculo indissolúvel de compromissos internacionais.

A liberdade desses escravizados está escudada pelas convenções e tratados de 22 de janeiro de 1815, 21 de julho de 1817 e 23 de novembro de 1826 (PER. PINTO: *Dir. Internacional*, pág. 389 e segs.).

Ora, os tratados não se anulam pelo costume, senão quando este “resulta de uma série de atos inequívocos, uniformes, notórios e não contrários ao direito internacional”. (FIORE: *Nouv. Dr. Internat. Publ.* Ed. de 1885, vol. II, pág. 309). Dir-se-á que o direito internacional é cúmplice da escravidão?

Os efeitos das convenções internacionais estendem-se ativa e passivamente a todo o Estado, comunicam-se a todos os que pertencem a ele, e continuam a perdurar, “enquanto dura a personalidade internacional do Estado”, em cujo nome se estipularam êsses acordos. (*Op. cit.*, § 1.009); e nisto, acrescenta o ilustre professor, “são unânimes os publicistas, e exprimindo todos a convicção de que a fé devida aos tratados deve reverenciar-se como “sagrada e inviolável”. (*Op. cit.*, § 1.008).

Êles constituem *direito interior* em cada uma das nações que subscrevem, submetem ao seu império, em cada uma delas, todos os cidadãos, e em cada uma delas estão cometidos com a mesma autoridade das outras leis, à *guarda do Poder Judiciário*, que tem encargo de executá-los (STORY: *Commentar. on the Const. of the Unit. States*, vol. II, § 1.838, págs. 580, 581).

São irretratáveis, a não ser por novo ajuste entre os pactuantes; e, ainda quando por êsse modo se alterem, *deixam sobreviv os direitos adquiridos à sombra das suas estipulações.*

Como poderia, pois, a lei de 1885 ter em mira, inovando contra a liberdade, cativar homens livres pelas convenções de 1815, 1817 e 1826, a que acresce a sanção das leis de 1831 e 1850 ?

6. O direito constitucional.

Os descendentes dos negros desembarcados nas costas do Brasil pelos barcos da pirataria africanista, depois de 1831, são *cidadãos brasileiros*, criminosamente retidos na escravidão.

Os direitos que se referem à liberdade pessoal dêsses cidadãos, à sua capacidade civil e à reivindicação judiciária da condição legal que lhes toca, entram na esfera dessas instituições supremas, que o Art. 177 da Constituição colocou acima do Poder Legislativo, e entregou às assembleias constituintes: estabelecendo que é "constitucional" e não pode ser alterado senão por estas, "o que diz respeito aos direitos políticos e *individuais* dos cidadãos".

Ora, a presunção de liberdade é o mais antigo, o mais poderoso, o mais essencial de todos êsses direitos, para os cidadãos escravizados; o meio fundamental de reintegração dêles nesse estado individual, que a lei, os tratados e a Constituição lhes asseguram.

Logo, se a lei de 1885 cogitasse em abalar essa presunção imemorial, sacratíssima, teria penetrado no círculo de uma competência defesa ao parlamento e reservada ao domínio *das reformas constitucionais*. Seria, obviamente, uma lei *inconstitucional*.

Tem o Poder Judiciário, quando as leis colidem com a Constituição, alçada jurídica, para deixar de executá-las ?

Autoridades da mais elevada esfera, como James Kent, o Blackstone americano, opinam pela afirmativa. Quanto aos Estados Unidos é indubitável; mas êle estende êsse princípio aos países de organização constitucional, como a nossa. (*Commentaries on the American Law*, vol. I, pág. 485. Ed. de 1867). Na Bélgica, onde a constituição, a êste respeito, é do mesmo tipo que a brasileira, a opinião mais comum entre os juriconsultos é que os atos do parlamento opostos a artigos constitucionais devem ser repudiados pelos tribunais judiciários, como incapazes de obrigar

(DICEY: *Lectures on the law of the Constit.* 1885, pág. 123). A praxe, porém, não oferece exemplos neste sentido, nem ali, nem em França (*Ibid.*, pág. 144); e publicistas há que negam aos tribunais essa atribuição. (GIRON, *Le Dr. publ. de la Belgiq.*, § 177).

Todos, porém, são acordes em que às justças do país incumbe a discrição de interpretarem as leis ordinárias de modo que não exprimam inconstitucionalidade.

Na Inglaterra mesmo, onde a constituição é uma elaboração continua da vida parlamentar, onde, portanto, a soberania do parlamento é onipotente, e o que êle faz, “nenhuma autoridade humana poderia desfazer” (BLACKSTONE: *Comment.* I, págs. 160, 161), os maiores mestres (e cito o maior de todos na exposição da supremacia parlamentar: DICEY, *op. cit.*, pág. 58) professam que “os magistrados ao investigarem o pensamento dos atos legislativos, partindo da presunção de que o parlamento não podia querer transgredir os preceitos da moral comum, ou os princípios do direito das gentes, devem entender as leis em sentido que as não infrinja”.

Ora, o que é de rigor na Inglaterra, onde o parlamento só não pode inverter os sexos à espécie humana (DELOLME: *The Const. of Engl.*), poder-se-á pôr em dúvida em uma nação, como esta, onde a alçada do parlamento se acha limitada pelo direito constitucional?

7. *Intenção manifesta da lei de 1885.*

Se as “leis em sua rubrica facilitam a intelligência delas” (Ass. de 29 de março de 1770), não é lícito deduzir ilações favoráveis ao cativo de uma lei, como essa, que se inscreve sob êste lema official: “*Regula a extinção gradual do elemento servil*”.

Se a lei é a mente que a anima, *lex et legis mens, idem sunt*; se, no entendê-la, mais vale a intenção do que a expressão, *legis menti magis est attendendum quam verbis*, como há de a jurisprudência ligar à disposição de que se trata a intelligência escravizadora, com que a querem deturpar?

As palavras podem oferecer à primeira aparência um sentido, e outro ser êle no espirito do legislador. *Maxime*

verba legis hunc habeant intelligentiam, tamen mens legislatoris aliud vult. Em consequência os códigos civilizados, como o prussiano, intimam os tribunais a interpretar a lei, segundo, não só os seus termos, mas o seu conjunto e “os seus motivos imediatos e certos” (SAVIGNY, *Dir. Rom.*, vol. I, pág. 316).

O significado da lei, ensina este grande jurisconsulto, “poder-se-á determinar pela apreciação dos resultados inerentes a cada interpretação; devendo-se preferir a mais razoável”. (*Op. cit.*, pág. 221). Acabo de apreciar os resultados da interpretação que combato. Não podiam ser mais extravagantes. Pode ela, pois, prevalecer diante deles?

É princípio corrente que “as consequências autorizadas pela letra da lei devem rejeitar-se quando desconformes ao seu espírito”. (MOURLON, *Rép. écr. sur le Cod. Napo.*, vol. I, pág. 63, § 88). Que não será, quando, como na espécie vertente, a própria letra da lei, no seu cabeçalho, consignando a interpretação do seu espírito pelo poder que a sancionou, revela intenções incompatíveis com a inteligência a que pretendiam subordiná-la?

Os depositários da justiça não devem esquecer a sentença memorável de lord Mansfield em 1772, que assinalou época na história do cativo: “Tão odioso é o poder do senhor sobre o escravo, tão contrário a todas as leis políticas e morais, que só a legislação positiva nos seus mais expressos termos poderá sustentá-lo”. (APPLETON'S *American Cyclop.*, vol. XV, pág. 97). Se a lei positiva, pois, não é peremptória contra a liberdade, se autoriza inferências razoáveis a favor dela, como justificar a sentença contra o cativo a benefício do opressor?

8. Outras regras de interpretação.

In duobus malis minus malum est elegendum. (GLOSS. *ad. leg. si Procurator* 9, D. *de Doli mali et met. except.* 44, 7). Entre dois prejuízos opte-se pelo menor. Justo é, logo, que, entre o perigo da liberdade e o do interesse escravista, a jurisprudência acuda ao primeiro contra o segundo.

Entre os vários sentidos possíveis do texto, releva admitir o mais ajustado às regras do honesto e do útil. (DELISLE: *Op. cit.*, vol. II, pág. 575). Ora, a interpretação

a que me oponho, adota inteligência infensa à liberdade e, portanto, ao honesto e ao útil, quando outra inteligência é possível.

Essa hermenêutica é avêssa a tôdas as regras porquanto:

1.º) — Abraça a acepção mais iníqua, contra a lei que manda preferir a mais consentânea com a equidade: *Placuit in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque quam stricti juris rationem*. (L. 8 Cod. de jud. III, I).

2.º) — Antepõe a mais desumana à mais benigna contra a regra: *In re dubia benigniorem interpretationem non minus justum est quam tutus*. (L. 67, de R. J. L., 56, 168, pr. Cod.). *Benignius leges interpretanda sunt*. (L. 18, de leg.).

3.º) — Em ponto disputável (se não claro a favor da liberdade) resolve pela escravidão, contra o preceito: *Quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit*. (Fr. 20, D., de R. J. L., 17).

4.º) — Beneficia acima de tudo o interêsse do senhor, quando acima de tudo havia de colocar a liberdade do escravizado: *Libertas omnibus rebus favorabilior est*. (Fr. 22, D. de reg. jus. L. 17).

5.º) — Induz antinomia formal entre a disposição interpretanda e tôdas as noções de direito pátrio inconcussas até hoje, sobre a presunção de liberdade, quando não é lícito jamais atribuir ao texto significação oposta ao complexo das outras disposições da lei ou do sistema jurídico, de que ela faz parte. *Non est majus nec potentius argumentum interpretandi quam ab impossibilitate et repugnantia; istud enim omnia alia argumenta prosternit et vincit* (DUMOULIN, 28º avis, n. 7, vol. II, pág. 893; DELISLE, Op. cit., vol. 2.º, pág. 580).

9. Qual a verdadeira interpretação

As leis devem entender-se “nos termos hábeis de sua disposição” (Ord. l. III, tit. 83, § 1.º; liv. IV, tit. 7, pr.; tit. 83, § 1.º; tit. 96, § 21; tit. 100, § 3.º. Alv. de 11 de janeiro de 1760. Ass. de 9 de julho de 1616). Isto é: dando-se ao elemento lógico a sua natural importância; porque “só a

interpretação lógica corresponde à natureza da comunicação intelectual". (JHERING, *L'espr. du dr. rom.*, vol. III, página 135). Essa interpretação consiste em buscar a harmonia, de uma parte, no próprio seio da lei, entre as suas várias disposições, de outro lado entre a lei e as outras leis do país; porque as leis "deixam conhecer e declaram o espírito uma das outras". (*Alv.* de 4 de jun. de 1768).

A lei de 1885 não veio criar título novo de escravidão. Não podia fazê-lo, que a consciência nacional o repele. E a sua própria letra o repele; porque o Art. 1.º estabelece apenas que se dêem à matrícula, portanto, não é título, mas registro dos títulos antigos.

Ora, os títulos de sujeição servil reconhecidos entre nós, eram, e, portanto, continuam a ser: a importação (quanto aos africanos) antes de 1831 e o nascimento (quanto aos nacionais) antes de 1871.

A respeito dos primeiros a filiação era indiferente, uma vez que a origem do cativo estava na importação.

Quanto aos segundos, era essencial a filiação, porque só a descendência escrava autorizava o cativo de indivíduos nascidos no Brasil.

Subordinada, como não podia deixar de estar, e considerar-se, a esses princípios, cuja importância capital não tolera o conceito de que fôsem revogados *implicitamente*, a lei de 28 de setembro de 1871, prescrevendo a matrícula dos escravos, prescreveu que constasse a filiação, dispensando, porém, a notícia desta enquanto *àqueles a cujo respeito fôsse dispensável*.

Quem eram estes, senão os africanos, que, apesar de tais, podiam ter mãe conhecida?

Dir-se-á que, onde a lei não distingue, não é lícito distinguir? A regra não é absoluta: aí está, em contrário, limitando-a, o princípio de que a lei que indiscriminadamente se enuncia, discrimina-se por outra. *Lex una, indistincte loquens, alia distinguitur*.

E a discriminação que estabelecemos é inevitável, estribando em todas as leis anteriores, leis de gravidade tal, que não admitem revogação tácita ou indireta, de feito, "o princípio de que as leis posteriores revogam as anteriores deve ser sempre aplicado com a maior discricção,

isto é, nos casos *sòmente em que se verificar que há inconciliável opposição entre as duas leis*". (RIBAS: *Curso de Dir. Civ. Bras.*, tom. I, pág. 237).

Aos africanos, pois, aludia a lei de 1871, nas palavras "filiação, se fôr conhecida". (Art. 8.º).

O legislador de 1885 transcreveu servilmente essa cláusula na frase do Art. 1.º "filiação, se fôr conhecida".

Servilmente, digo, porque o fez, sem advertir em uma alteração considerável que essa mesma lei (a de 1885) vinha operar na situação deixada pela sua antecessora (a de 1871).

Essa mudança, para a qual chamo a atenção dos tribunais, pois ainda não se notou, até hoje, esta grave particularidade, vem a ser que *todos os africanos existentes hoje no país são incondicionalmente livres*.

Demonstro a minha tese.

O tráfico, absorvido na preocupação exclusiva de reunir e conduzir bêstas humanas válidas para a carga do trabalho logo que aportassem às nossas praias, não transportava senão indivíduos, cuja idade fôsse compatível com o pêso da escravidão.

Os tormentos e atrocidades ultra-infernaes dessa viagem dolorosa desde as regiões devastadas da Africa até as plantações do novo Continente, não permitiam à raça trucidada e arrastada do deserto pelo oceano, entre supplicios inarráveis, trazer nos braços os filhos débeis, incapazes de resistir ao martírio da travessia, que a imaginação não pode pintar. Os cinco períodos fataes dessa infinita agonia — o morticínio na luta contra os captores, os flagelos da marcha pelo areal, a putrefacção nos armazéns da costa africana, o porão da barca negreira, a fase intermédia ao desembarque e à extinção da última esperança sob o látigo do comprador, a fome, a canícula, a infecção, a peste, o açoite, a tortura — eram superiores à energia vital da infância.

O monumento mais sólido, fidedigno, e completo dêsses anais lóbregos, o livro célebre de Buxton, narra de espaço os horrores inconcebíveis dessa infâmia secular (Buxton: *The african slave trade and its remedies*, London, MDCCXL, págs. 48-202). Apoiado em documentos irreíra-

gáveis, o austero historiador do tráfico, piamente zeloso da verdade, depois de traçar com punho firme o amplo sulco da morte na zona sanguinolenta da escravidão desde as solidões africanas através dos mares, compendia tôdas essas maldições nesta suma terrível:

De 1.000 vitimas do tráfico africano, metade perecem na apreensão, marcha e detenção na costa	500
Dos quinhentos, conseguintemente, embarcados,	
Um quarto, ou 25%, falecem na travessia....	125
Dos 375 restantes,	
Um quinto, ou 20%, morrem na aclimação...	75
Vitimados, pois,	700

De tal arte que apenas *três décimos* da soma total sobreviviam um ano após o exílio, estando o número dos que o lavrador aproveitava, para com o dos que o tráfico devorava, na proporção de *três para sete*. (Buxton, *Op. cit.*, págs. 199-200).

Evidentemente, pois, o filtro do processo diabólico, através do qual se apurava a escravagem para o serviço da nossa fortuna, não podia deixar passar um fôlego de criança. Os primeiros anos da adolescência, ou os que imediatamente a precedem, eram o limite mínimo da idade nos escravizados. Cativos menores de 12 anos não os embarcava o tráfico, ou, se excepcionalmente o fazia, era para assassiná-los antes do pôrto do destino.

Já é conceder em demasia, pois, se fixarmos em dez anos a idade ínfima dos que aqui chegavam. Descerei, entretanto, até *nove*.

Mas *nove* anos, adicionados a *cinquenta e seis* transcorridos entre 1887 e 1831, perfazem *sessenta e cinco* anos.

Ora, pelo art. 3.º, § 11, da Lei de 28 de setembro de 1885, os cativos dessa idade *são livres sem condições*. Logo, neste caso, se acham *todos os africanos* que ainda restem, dos importados até 1831.

Logo, *todos os escravizados, no Brasil, de nacionalidade africana estão livres*.

Livres, se têm menos de sessenta e cinco anos; porquanto, nesta hipótese, a idade prova que foram importados depois de 1831.

Livres, se foram importados antes de 1831; porque, em tal caso, não podem ter menos de sessenta e cinco anos.

Mas, como presentemente, por consequência involuntária da lei de 1885, a *qualidade de africano importa liberdade*, segue-se que o único título legal de domínio servil, hoje, é a filiação *se fôr conhecida*.

Assim a reserva contida nestas três palavras, *que na lei de 1871 figurava útilmente*, havendo então escravos de descendência ignorada, porque havia africanos escravos, tornou-se *membro inútil* na lei de 1885.

Os autores desta lei não advertiram na transformação que eles mesmos vinham produzir, e mantiveram, para um estado de direito diferente, uma disposição supérflua sob o domínio dele.

Como podia, porém, escapar ao reformador êsse corolário de seus próprios atos? O fato é que essa conclusão decorre *matematicamente* dos textos legislativos, combinados com as datas e a soma das idades, e que, tendo o alcance que tem, nenhum dos colaboradores da reforma o indicou.

Mas será juridico atribuir ao contexto da lei palavras desnecessárias e ociosas? As ficções de direito não podem assumir a propriedade de ocultar a evidência.

Os juriconsultos reconhecem que a obra do legislador é suscetível de tais defeitos. "Sem embargo de seu respeito aos textos", diz o grande professor de Goettingen, a que já me referi, "o bom senso dos romanos não lhes permitia sacrificarem suas convicções e as necessidades da vida a enganos do legislador." (*Espr. du dr. rom.*, vol. III, página 148).

"Muitas vezes ocorre", ensinava DELISLE, "*usar o redator de um texto expressões supérfluas*." (*Interp. des lois*, vol. I, pág. 598, § 108). E BACON formulou em aforismo que, "conquanto ninguém haja de presumir-se mais sábio do que as leis, entenda-se assim das leis quando velam, e não se *dormitam*. *Licet non male dictum sit neminem oportere legibus esse sapientiore, tamen intelligatur hoc de legibus cum vigilant, non cum dormitant*".

O culto supersticioso das palavras que, na frase de Jhering, é o característico das civilizações atrasadas (*Op.*

cit., vol. III, pág. 136), não pode paralisar a consciência dos tribunais, quando se trata de remediar às espoliações incomparáveis da escravidão. Nas questões desta categoria especialíssima, a jurisprudência há de necessariamente repercutir o sentimento moral da sociedade em contradição com a imobilidade inconsciente da letra, aproximando-se daquela antiga interpretação pretoriana, que teve a honra de ser a viva *vox juris civilis*.

Para êstes casos, em que se trata de sentenciar entre o cativo e o escravizador, é que fala solenemente a lição do grande comentador francês:

“A jurisprudência, particularmente encarregada de manter exata aplicação das leis, não hesite em ampliar uma disposição de direito comum, por identidade de motivos, restringindo, pelo contrário, “as disposições excepcionais e exorbitantes”; em pesar atentamente “as vantagens e os inconvenientes de cada interpretação”, e em consultar, afinal, a equidade, quer-se dizer, “a equidade do jurisconsulto”, que se revela, não só “pelas inspirações da consciência e da razão natural”, mas pelo estudo atento, pela apreciação inteligente dos textos da lei, “dos princípios da ciência jurídica e das necessidades da sociedade”. (DEMOLOMBE: *Traité de la publ. des eff. de l'applic. des lois*, pág. 130, § 116).

10. Revista ex-officio nas causas de liberdade

Cabe êsse recurso, quando a sentença da Relação é favorável à liberdade?

Não.

A Lei n.º 2.040, de 28 de setembro de 1871, art. 7.º, § 2.º, e reg. n.º 5.135, de 13 de novembro de 1872, art. 80, § 2.º, preceituam:

Nas causas em favor da liberdade haverá apelação ex-officio quando as decisões forem contrárias à liberdade.

Logo, quando as decisões favorecerem a liberdade, não há apelação ex-officio (RIBAS: *Consolid.*, art. 704). Não se concedendo apelação ex-officio, como poderia admitir-se ex-officio revista?

Revista, definem os nossos praxistas, é o recurso que para o Tribunal Supremo se interpõe das decisões profe-

ridas em *última instância*, nos diferentes juízos em que as leis o permitem. (RAMALHO: *Prax. bras.*, § 357; *Prát. civ. e com.*, pág. 252. PAULA BATISTA: *Teor. e prát. do pr. civ.*, § 220).

Mas, relativamente à ação oficial, quando a sentença reconhece a liberdade, a *última instância é a primeira*. (Lei e reg. citados).

Logo, das sentenças de 2.^a instância contrárias à escravidão não cabe oficialmente revista.

Denegando a apelação *ex-officio*, a lei denegou o *menos*. Como poderia autorizar o *mais*, autorizando a revista?

Como consentiria na revista, *remédio extraordinário*, desde que recusara o *remédio ordinário* da apelação?

Se a ação oficial, contra a liberdade, não permite nem *segunda instância*, como há de facultar a revista, que renova o feito nas mãos do tribunal revisor?

Se não admite, por iniciativa da ação oficial, contra a liberdade a interferência da Relação, como concederia a revista, que dá lugar a dois julgamentos, e determina a intervenção de dois tribunais?

É palpável a absurdidade.

Ela fere a regra, depreensível das nossas leis, de que *revista não pode caber, onde antes não cabia a apelação*.

Convém consultar, ainda, quanto à espécie, o espírito da lei de 28 de setembro: porque do espírito das leis e da intenção patente ou latente do legislador depende a sólida inteligência delas. (*Est. da Univ. de Coimb.* 1. II, t. 2.^o, cap. 7.^o, § 5.^o, t. 6.^o, cap. 6.^o, fin.).

O desígnio da inovação, criada pela lei de 1871, é manifesto; ela não quis que a ação espontânea da justiça fôsse jamais o verdugo dos escravos, entendendo que do direito dos senhores era mais que bastante o próprio interesse deles na sua fortuna.

Pareceu-lhe ignóbil para o órgão público da sociedade o papel de recorrerem contra o escravizado, quando a parte, o interessado, o prejudicado não recorre.

Esse era o sentimento de uma legislatura conservadora, há dezesseis anos. Hoje querem voltar atrás dessa época,

e impor ao ministério social da justiça a função de flagelo público contra os miseráveis, que, em todos os tempos, foi missão sua proteger.

O Supremo Tribunal do país não sancionará esta teoria de algôzes.

Convém, ainda, advertir:

As causas da liberdade são inestimáveis, *a bem do que litiga por ela: libertas inaestimabilis*; não sofrem avaliação (*Alv.* de 6 de jun. de 1755, § 13) senão unicamente para se determinar a alçada *em referência ao que demanda pela escravidão*. (RIBAS: *Consol. do proc. civ.*, vol. II, página 113).

Por outra: o escravo dispõe sempre de apelação e revista; o senhor, só nos casos em que o litígio transcende a alçada.

Releva, pois, nos pleitos que suscitaram esta questão, verificar o valor da ação pelo do escravo, ou pelo da estimação que houverem dado ao feito os louvados.

Se a importância não exceder a alçada das Relações, isto é, se não ultrapassar o valor de dois contos de réis (dec. n.º 5.618, de 2 de maio de 1874, art. 11) nem do próprio senhor, quanto mais *ex-officio*, é admissível revista.

Rio, 19 de junho de 1887.

O advogado RUI BARBOSA.

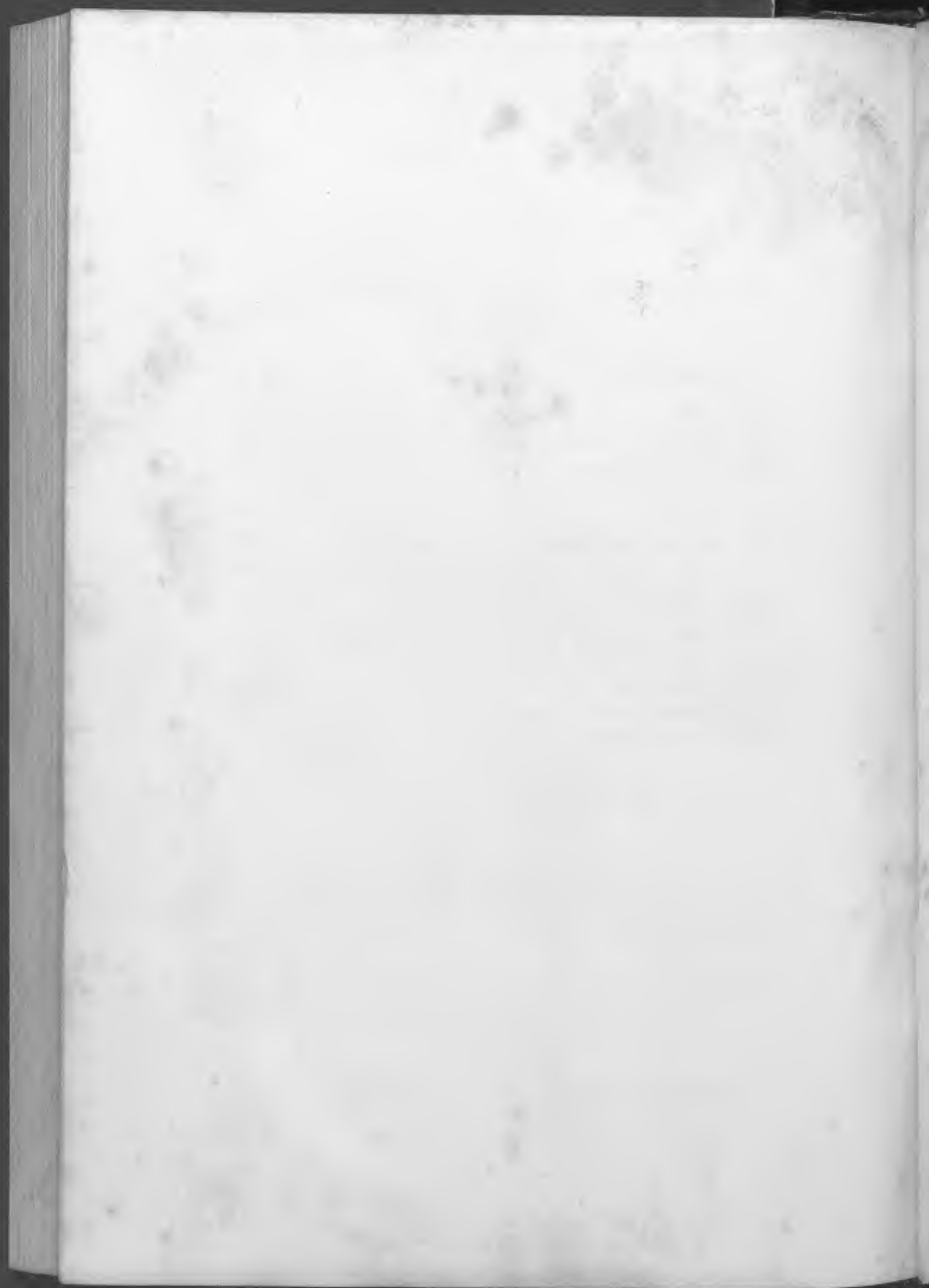
A importância excepcional da questão e das questões que ela suscita levaram-me a dar o desenvolvimento de larga análise ao que devia resumir-se na síntese de um breve parecer.

Hão de relevar-mo os que tiverem, ou desejarem ter a inteligência do assunto e o sentimento dos direitos que êle abrange. Dos demais não há que pedir vênia. (*)

(*) Os dois parágrafos finais ocorrem somente na publicação da *Gazeta da Tarde*.

ÍNDICE

Advertência	7
I Posse de Direitos Pessoais	9
II Acumulações Remuneradas	63
III Executoriedade das Sentenças do Supremo Tribunal nas Ações Originárias de Limites Interestaduais	145
IV Resilição de Contrato pelo Governo Estadual ..	195
V Cargo Público Vitalício em face de lei ordinária	209
VI Concessão de Serviço Público	217
VII Imposto Estadual sobre Agências de Companhias de Navegação	233
VIII Delito Militar	247
IX Filiação Desconhecida	263



Foi composto e impresso
na
Gráfica Olímpica Editôra
Rua Visconde do Rio Branco, 33-Rio



