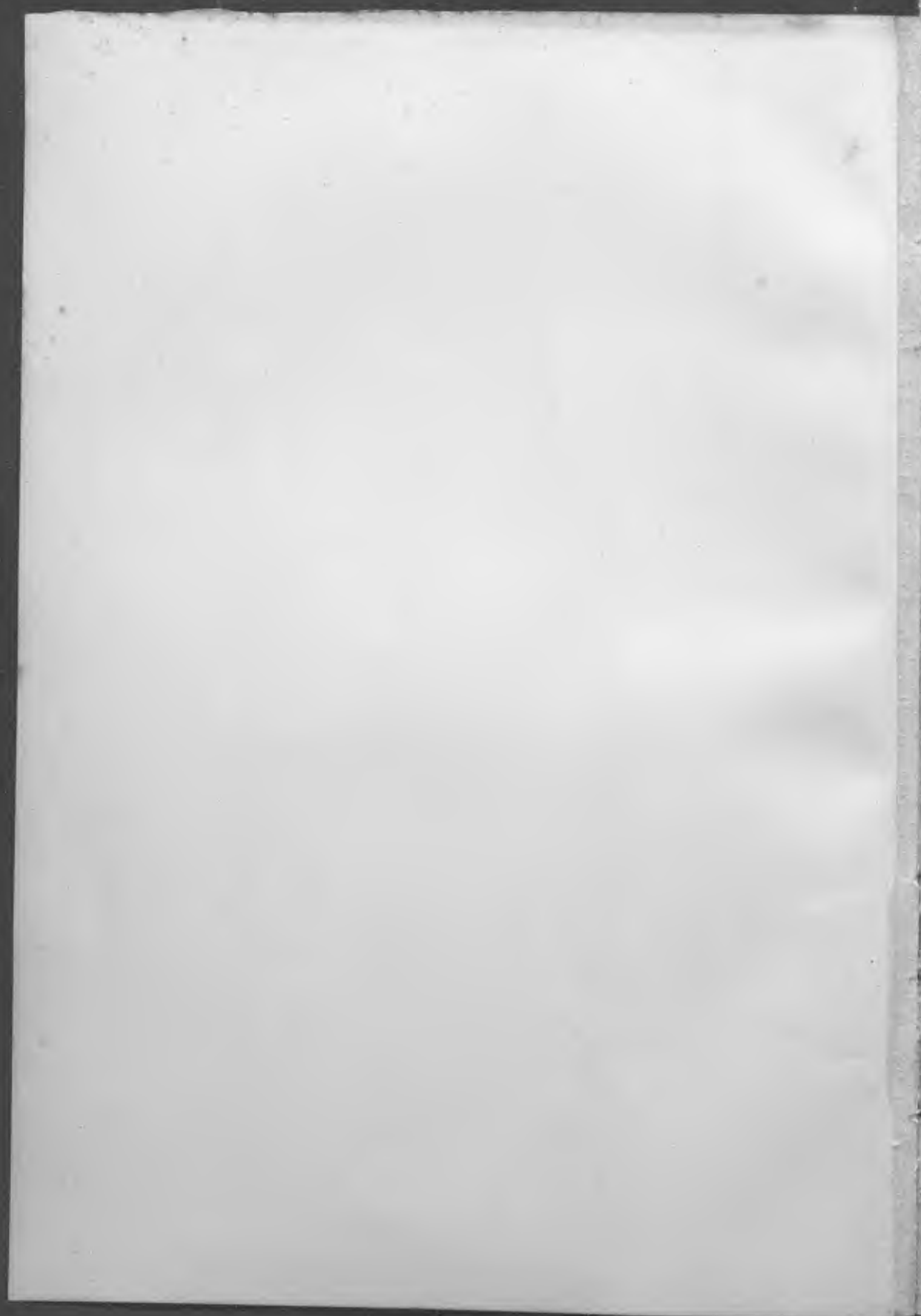
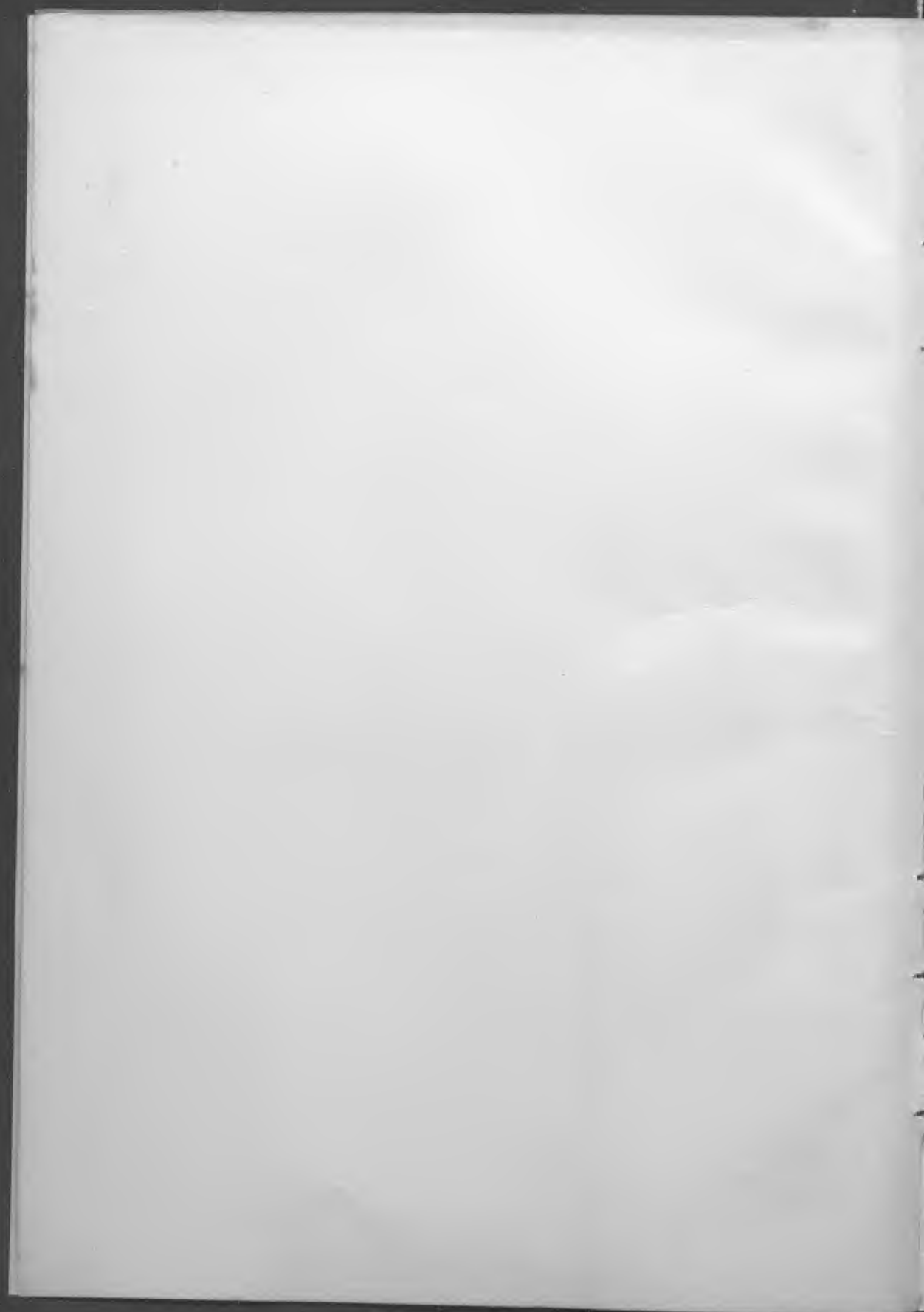








OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA

VOLUME XL

TOMO II

Foram tirados três mil exemplares em papel vergé, do presente volume das Obras Completas de Rui Barbosa, mandadas publicar, sob os auspícios do Governo Federal, pelo Ministro Gustavo Capanema dentro do plano aprovado pelo decreto-lei n.º 3.668, de 30 de setembro de 1941, baixado pelo Presidente Getúlio Vargas, e de acôrdo com o decreto n.º 182, de 27 de maio de 1946, promulgado pelo Presidente Eurico Gaspar Dutra e referendado pelo Ministro Ernesto de Sousa Campos.





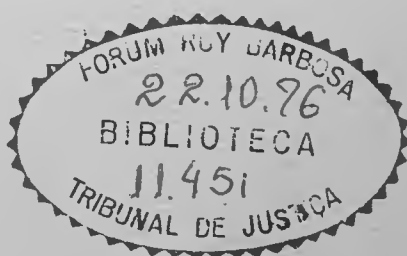
Caricatura de Rui Barbosa de autoria de Vasco Lima, feita em 1913.

(Doação do Sr. Carlos B. Affonso à Casa de Rui Barbosa).

TOMBO
OBRAS COMPLETAS
DE
RUI BARBOSA

VOL. XL. 1913
TOMO II

TRABALHOS JURÍDICOS



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA
RIO DE JANEIRO — 1962

CATÁLOGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

LIBRARY

1950

PREFACIO E REVISÃO
DE
JOSÉ CÂMARA

Juiz no Estado da Guanabara



TOMBO



320.981
B238

CATALOGO

PREFACIO

Na seqüência da publicação dos escritos e dissertações jurídico-forenses produzidas pelo Conselheiro Rui Barbosa, no ano de 1913, vão agrupados, no conjunto ora impresso, todos os trabalhos que, na esfera do Direito público, foi possível localizar, coligir e classificar.

No âmbito a que nos reportamos, abundante foi a produção do jurisconsulto, sem embargo de ter sido uma das fases mais atormentadas, uma das quadras mais atribuladas de sua existência de homem público.

O volume XL (1) compreende três tomos pertinentes exclusivamente a assuntos jurídicos: o de número I, formado pelo alentado estudo concernente às CESSÕES DE CLIENTELA, já publicado; o que ocupa na série o número II, e de que agora nos ocupamos; e, finalmente, o III, em preparo, ao qual foi destinado conteúdo variado.

Grande parte da matéria aqui incluída, na sua maioria, era já impressa, muito embora de pouca divulgação alguns dos trabalhos, e dispersos e raríssimos vários dos textos utilizados.

O opúsculo I, atinente ao problema das acumulações remuneradas, tema dos mais oportunos nos dias atuais, teve como fonte o único texto hoje conhecido — a Gazeta de Notícias da Capital Federal. Estampado, em forma de entrevista, nas edições de 28 e 30 de dezembro de 1912, e 2, 4, 6, 11 e 12 de janeiro de 1913, dêsse veterano órgão da imprensa

(1) Correspondente ao ano de 1913, consoante o que determina o Decreto-lei nº 3.668, de 30 de setembro de 1941.

desta Capital, não se tinha, contudo, até hoje, ao que se infere, reunido em volume tal conjunto, aliás dos mais vigorosos, que aqui se têm publicado para subsídio doutrinário e histórico da momentosa questão. Não foi possível, sequer, conseguir qualquer roteiro a respeito do destino dos manuscritos originaes, havendo, contudo, nos recortes dos arquivos do Autor, correções de seu próprio punho, o que veio imprimir sem dúvida maior cunho de autenticidade à fiel reprodução do pensamento de Rui Barbosa (2).

A matéria contida no opúsculo II, que diz respeito ao não cumprimento, por parte do Governo Federal, de cláusula contratual na qual eram partes, de um lado, a União Federal, e, de outro a Madeira Mamoré Railway Company, foi obtida mediante cópia do folheto (págs. 15-22) saído na época, e do qual conhecemos apenas três exemplares.(3).

O de número III, ao que sabemos, era até agora inteiramente inédito. Reportando-se à atribuição do Distrito Federal para decretar impostos de transmissões de imóveis inter-vivos e do poder de isentar de sua incidência em determinados casos, foi suscitado, então, por uma consulta da The Rio de Janeiro, Tramway, Light and Power Co. Pertence hoje o manuscrito original à Cia. Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro, havendo, contudo, cópia dactilografada no arquivo da Casa de Rui Barbosa.

O parecer relativo à disponibilidade de magistrado, a que se reporta o conteúdo do opúsculo IV, obteve-se mediante

(2) Esse escrito, cujo conteúdo transcende certamente o âmbito habitual das entrevistas, foi elaborado quando havia já sido aprovada pelo Congresso Nacional a resolução em que se tinha convertido o antigo Projeto nº 73 — de 1896, da Câmara dos Deputados (Senado Federal, nº 125; Projeto 518 — Câmara dos Deputados, sessão legislativa de 1912), vetado pelo Presidente Hermes Rodrigues da Fonseca, em 6 de janeiro de 1913.

(3) Pertencente, outrora, à coleção Mac Dowell, e, atualmente, à Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (opúsculo CXIX), cuja administração gentilmente nos permitiu a cópia por traslado. Posteriormente adquiriu a Casa de Rui Barbosa um exemplar. Também possui outro o Autor deste prefácio.

cópia conservada no arquivo do Autor, em laudas dactilografadas e autenticadas.

Quanto ao escrito publicado no vespertino *A Noite*, desta Capital, concernente ao cabimento de habeas-corpus nos casos de deportação de estrangeiro, objeto do opúsculo V, serviu de base à reprodução o texto do próprio órgão a que foi endereçada a missiva pelo seu Autor.(4)

A questão do habeas-corpus impetrado em favor do Superior Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas — sem dúvida, no seu gênero, um dos casos mais originais já vistos no egrégio Supremo Tribunal Federal, teve como fonte a publicação feita em Documentos Parlamentares, complemento dos anais do Congresso Nacional.(5)

Não obstante intensas e sucessivas pesquisas, nas quais podemos como sempre contar com a inestimável cooperação do bacharel Otacílio Pinheiro, não conseguimos encontrar no Arquivo do Supremo Tribunal os autos do processo, faltando-nos, assim, para completá-lo, a petição inicial e o acórdão proferido a 23 de agosto de 1913, pelo qual foi concedida a ordem impetrada sob o número 3.405. Destarte, saem publicados tão somente a sustentação oral, e um fragmento inédito, conservado no arquivo do Autor, pertinente à espécie, e não utilizado no discurso de 23 de agosto.

Constitui o opúsculo VII o parecer referente a terras devolutas, concedidas à Estrada de Ferro São Paulo-Rio Grande, e do qual sabemos da existência, apenas, de um exemplar, pertencente ao Prof. Homero Pires. No avulso acha-se o parecer de Rui inserido nas págs. 171 a 194.(6)

(4) Edição de 15 de março de 1913.

(5) *Intervenção nos Estados*, vol. XII, págs. 233 a 238. Publicado nos Anais do Congresso a requerimento do deputado Alexandre José Barbosa Lima. Reproduzido, na íntegra, no *Imparcial* e n' *A Época* de 24 de agosto, como também n' *O Estado de São Paulo*, edição de 25 de agosto de 1913.

(6) *Das Terras Devolutas Concedidas à Estrada de Ferro S. Paulo-Rio Grande*. Exposição dos Direitos e Obrigações da Companhia pelo Conselheiro Teixeira d'Abreu. São Paulo, 1913.

XII

O modo como, na elaboração dos escritos aqui publicados, se socorreu o Autor de documentos e livros, dispensou-nos, na sua quase totalidade, do levantamento de bibliografia. Excetua-se tão somente o opúsculo IV. Nos demais, tão pequeno é o número de obras consultadas, que não havia vantagem em relacioná-las.

* * *

Dos casos concretos a que se referem os temas debatidos, ao que apuramos, apenas os processos de habeas-corpus engendraram causas forenses, não indo os demais além das soluções administrativas comportadas ou da expectativa que os originou.

* * *

Precedemos cada estudo, sempre que possível e necessário, dos informes inerentes às questões debatidas e suas conseqüências mais relevantes.

Com o tomo subsequente, o terceiro, completaremos a publicação de toda a série de trabalho jurídicos saídos da pena de Rui Barbosa durante o ano de 1913, e, ex-vi-legis, conteúdo do volume XL de suas OBRAS COMPLETAS.

Rio de Janeiro, 7 de janeiro de 1949.

JOSÉ CÂMARA.

I

ACUMULAÇÕES
REMUNERADAS

*Inconstitucionalidade da Resolução
que as proíbe*

ENTREVISTA À GAZETA DE NOTÍCIAS



NOTA DO REVISOR

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 por ventura 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 nº 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, § 3º).

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

(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.

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.

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 Rivadávia 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)

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

Entrevista

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 eminente 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, dias depois.

Ontem S. Ex. 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 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 régimen das acumulações. De tais insuficiências e lacunas raro logra escapar, apressadas como costumam ser, esse gênero de entre-

vistas, 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, interêsses pelos quais me sinta constrangido. Pertenho 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 ab-

sorção do orçamento pelo parasitismo republicano. Esse flagelo recrudesce 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, dous 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 remedeiam, 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 confiêm 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 quantidade, 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 li-

beralidade 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 regímen 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 nêles 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 privança 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, nesse caso, a sua desacumulação não seria o meio natural de restabelecer a legalidade e a moralidade violadas?

— Ao meu espírito de justiça repugna que se violasse a Constituição, para o favorecer com essa aposentadoria, se, com efeito, o aposentado não tem por si, 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, nêles definitivamente incorporado, que a lei não poderia

extinguir, suspender, ou desfalcas, 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, o subsídio nada tem com a pensão 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 vezes, 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 regímen, 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 regímen, 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 regímen 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 R.)

Ora, quanto à expulsão de estrangeiros, se o mal estava, como entende o nobre senador "no êrro", 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 regímen 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 empeceu 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 cousas novas. Vivemos vinte e dous 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 governo 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",... (1) com acêrto, concluindo, como

(1) Há uma falha na composição do artigo.

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 indivíduos 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 direito substantivo. Ao contrário, em ambos os decretos, mediante os quais êle formulou a nova organização constitucional, o de 22 de junho e o de 23 de outubro, art. 33, n. 24, correspondente ao art. 34, n. 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 dêsses 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 dêstes", 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 inexação do primeiro fundamento no raciocínio do ilustre senador, mas ainda (e com isto se apura a inexatidão, igualmente flagrante, do segun-

do) mas ainda, repito, se liquida que o complemento exarado nas palavras "diversificando as leis dêstes" 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 interêsses 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*, página 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 e fraquezas da justiça nos 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 estes não fôsem de um só Estado, se confiou o julgamento dessas controvérsias judiciais à magistratura da União.

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

Com esses 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 clamor 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 ele a nova monarquia.

Cousas 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, encambulhando o bom com o ruim, o verdadeiro com o errôneo, o torto com o direito, por aí nos deixa-

mos levar, desencaminhados, no coice da procissão, 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.

Gazeta de Notícias, 28 de dezembro de 1912.

II

NÃO É CONSTITUCIONAL A LEI

HISTÓRIA DA CLAUSULA CONSTITUCIONAL TOCANTE ÀS 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., 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 aquêlre 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., hoje, nos satisfaça a natural curiosidade, continuando a explanação dos motivos jurídicos, pelos quais diverge do projeto últimamente votado no Congresso Nacional sôbre 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 de mais 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 e outros deitam a perder a lei: uns com descurá-la, outros com a traírem, 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 maníprestezas 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 régimen.

Não há vontades 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 graúdas, 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 dêesses 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 govêrno.

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 incutir no espírito dos seus concidadãos o dever de reverência igual a todos os cânones constitucionais, maiores ou menores, entre os que por isso tem lidado com afinco, me prezo eu de estar.

Quem nunca estêve por isto, são os juristas e estadistas dêsse 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 êles que deram como secundário e despidiendo 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 êsse privilégio exclusivo entre todos os seus colegas e todos os ministros brasileiros, desde que o Brasil tem ministros? Não foram êles que, aludindo eu, na minha plataforma, cortês, discreta e ligeiramente à reincidência, oito vêzes ânua, dessa contravenção 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 tôdas as determinações constitucionais são igualmente respeitáveis é que se não pode levar a sério a singularidade, pela qual.

desrespeitadas quase tôdas as outras, só esta se exceptua, para receber um culto não só de observância e guarda, mas de exageração, fanatismo e cegueira.

Caberá, porventura, a êsse texto alguma precedência de honra ou valor no meio dos outros, cuja trama compõe estôfo 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 êle 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. 2ª).

Insinuada assim mudamente no correr dos trabalhos constituintes, sem uma voz que da sua entrada em cena desse rebate algum, dormiu sôbre a mesa a 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. 1ª).

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 sub-parágrafo no articulado. Foi apenas encartada a emenda na situação de mero incidente gramatical, mal ajeitado, em cauda a um artigo, no termo do qual se enganchou contrafeito como um postigo.

O art. 73 da Constituição formulada pelo Governo Provisório nos decrs. 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 tôrno 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 lhe ouvir a demonstração.

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

Sabido é que a lei nº 44 B, de 2 de junho de 1892, importa num ato de interpretação do art. 73 da Constituição Federal.

Essa lei, de feito, no seu art. 2º, 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 desacumuladora 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 êste ponto, fazem êstes senhores vista grossa à autoridade singular que tinha, no assunto a legislatura, de onde emanou êsse ato.

Os legisladores, de cujas deliberações resultou a lei n. 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, acabavam 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. 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 ele 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, destarte, aqui, um caso de interpretação autêntica, se não autêntica, estrita e tècnicamente 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 diversas entre elas a autoridade que exerciam. Uma elaborara e promulgara a Constituição. A outra a observava e applicava. Mas equivalentemente autêntica, autêntica essencial e praticamente, porque, embora nessas duas assembléias se succedessem dois 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 1892, 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 intelligência 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 têrmos, interpretação autêntica de um texto é a fornecida pelo seu autor, autêntica é a interpretação dada, no art. 2º da lei de 1892 ao art. 73 da Constituição de 1891.

Se essa interpretação não foi assentada entre os que a davam, quando êles deliberavam ainda em Congresso constituinte, e, como tais, eram os árbitros da Constituição adotada, para a modificarem, quanto mais para a interpretarem, 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 desígnio, 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, no 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 argüição, 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 pri-

vilégio 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 o 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 quiserem. 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-los reformando por meio dos abusos do govêrno e das leis do Congresso. Às mãos ninguém nos virá. O país com isso não se incomoda.

Não queriam, porém, assacar os vêzos 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 houves-

se, 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 crítica do texto.

— Desejariamos ouvi-los.

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

Gazeta de Notícias, 30 de dezembro de 1912.

III

NÃO É CONSTITUCIONAL A LEI

A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS, DO CONGRESSO E DO GOVÊRNO. — 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. que, desta, encetaríamos o exame direto do texto constitucional, a cujo respeito se suscita a grande polêmica dêstes 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 tórno 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. 1º:

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 tôdas as vantagens decorrentes da *aposentadoria, reforma, jubilação, ou disponibilidade*. A êsses funcionários são equiparados os que recebem *pensão, a qualquer titulo*, dos cofres federais.

Mas, evidentemente, essa disposição, longe de obedecer aos têrmos do preceito constitucional, com êle 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 êste autor é dos que reputam absoluta a regra do art. 73, e, reputando-a tal, condenam como inconstitucionalidade a interpretação a êle dada, na lei de 1892, quanto aos cargos de ordem científica, técnica ou profissional.

Comentando êsse artigo da Constituição diz êste 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; consagraram no Código Constitucional a disposição especial e terminante do art. 73 em su acláusula 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...* (Comentar, pág. 340, col 1ª.)

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

Não via diferentemente êste tópico da carta republicana o govêrno do marechal Floriano Peixoto, apesar de empenhado na sua observância rigorosa, quando, na mensagem endereçada ao Congresso Nacional em 7 de maio de 1894, por isso instava, dizendo:

Dentre as providências de caráter legislativo urgentemente reclamadas, devo indicar à vossa esclarecida 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, por que é a de uma das influências da atualidade mais assinaladas no movimento contra as acumulações. Êsse poderoso membro do Senado, profligando, no seio dêle, como avêssa ao art. 73 da Constituição, a lei de 1892, reconhecia, no seu discurso de 30 de setembro (ei-lo aqui à mão), que o que êsse artigo tolhe, é sòmente a acumulação de *funções*.

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

Com 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, neste 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 professôres 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 beneplácito hesitante do marechal, às suas proporções, irrisórias, tôdas, nulas, juridicamente desprezíveis, de um capricho de paxás 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 serventuários do culto católico, a quem o governo de então não permitia acumularem com vencimentos

civis a *côngrua eclesiástica*. Ainda mais: até os contribuintes de *dous 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 as funções federais à vedação constitucional das acumulações remuneradas, e excluindo peremptoriamente do seu alcance 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 nº 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 desaccumulações ali visadas não se estendiam além dos cargos federais, êsse 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 MORAIS seguiu a trilha do seu predecessor.

Sob o govêrno CAMPOS SALES temos na mesma direção: a circular expedida, com o n. 64, no 1º de dezembro de 1899, anulando a circular anterior, n. 15, de 30 de novembro de 1895; a ordem n. 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 endereçou 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. 1.465, de 8 de janeiro de 1906, e à consignação da verba para o seu cumprimento anual no orçamento dêsse 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 governo dêste, 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 pagavam, 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".

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

Não importa a exceção da presidência DEODORO. Esse governo 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, força então seria aditarmos as disposições do projeto votado, ampliando-lhe o circuito restritivo 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 jurisconsultos, a voz das academias, o sentimento da imprensa, tudo, nestes vinte anos tem estado sempre de acôrdo em rejeitar da alçada proibitiva 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.

Ê, pois, o costume na sua expressão mais alta, mais sólida, mais cabal, mais perfeita, mais inviolá-

vel, 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 onímoto, completo, soberano.

— Quer V. Ex. 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 elíptica, 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 e 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 atual são êstes os únicos, que recebem *remuneração* dos cofres públicos, sem terem *emprego ou função pública*.”

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

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

Leamos 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 eles, dizem respeito as três orações sucessivas.

Só na primeira se fala, declaradamente, em *cargos públicos*. Mas, pela relação de imediata e absoluta independência, 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, e 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* — no 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 deste texto, não se lhe podia enxergar outro pensamento. Não se podia de certo: porque não é lícito interpretar a lei de modo que ela desatine, 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, a 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 tôda 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 tratantes graduados, que, fiados no seu poderio e grandeza, não saldaram 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 êstes 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. que todo êsse raciocínio se applica 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 critério prático, pondo exemplo num caso eloqüente.

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. 1º, 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 lhe 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.

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

Gazeta de Notícias, 2 de janeiro de 1913.

IV

NÃO É CONSTITUCIONAL A LEI

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 desaccumulações.

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

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

Acredita V. Ex. que o presidente lha dê? Ou, para se furtar de todo à responsabilidade, não sancionando, nem vetando, abraçará o meio termo de se abster, 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.

Êrro palmar. O art. 37, § 1º, 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 § 2º, 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. 38), 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, *tacitamente 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 vetando, 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 govêrno 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 acessibilidade 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 adversativa, 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. Aí, 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-lhes 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, relembando 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 and decided in the Supreme Court of the U. S.* — Lawyers ed. vol. 56. Append. I, pág. 1.274.)

Pois bem: é aí que êsse 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. 1.286.)

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 êles 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 dêsse 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 govêrno federal seja um regímen de poderes enumerados, tais poderes não se descrevem pelo miúdo (*in detail*), e desde as suas origens se tem interpretado que êsse govêrno, 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. 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. 33, da Constituição brasileira espelha e traduz o artigo 1, seç. 8ª, cláusula 18, da Constituição dos Estados Unidos.



Logo após, no art. 35, n. 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. 2, o legislador constituinte não hesitou em dar à teoria das investiduras implícitas na organização republicana uma consagração *formal*, declarando 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 conseqüências jurídicas, a que nos conduz e pelo seu alcance no que toca a esta demonstração, o art. 79 assenta que "a especificação das garantias e direitos expressos na constituição *não exclui outras garantias e direitos não enumerados*, mas resultantes da forma de govêrno 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 contém, ou dêle emanam como indicações e derivações da superioridade necessária do espírito sobre a letra na 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 re-

gímen, 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 camada 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 êste risco não está mais seguro o direito *explícito* do que o *implícito*. “Não pode haver interpretação genuína de texto algum”, diz LIEBER, na sua *Hermenêutica*, “sem boa fé e consciência. 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 extraiam o contrário do estabelecido nos seus textos e princípios fundamentais.” (Pág. 170.)

Se, portanto, em matéria de interpretação, mórmente 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 simultaneamente dous emprêgos 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. mostrar, na Constituição, outros textos, com que isto aconteça?

— Por certo.

Aí têm os senhores o texto, que no art. 11, § 3º 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 êste 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 sôbre 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 sômente 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 dêsse 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. 82 § 1º, da Constituição, instituindo, em benefício dos condenados, a revisão, pelo Supremo Tribunal, dos processos criminais, estipula, que uma lei marcará os casos dêsse recurso. Suponhamos que a lei, de futuro, os diminua. Essa lei não tem retroação. Figuremos, pelo contrário, que a lei aumente o número dêsses 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, § 2º, 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 Kali, 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 ultra-liberdade profissional, não teremos o direito de pôr limites às explorações da charlatanaria e à ganância malfazeja dos incapazes, seremos obrigados mesmo a acabar com a fiscalização sanitária, com os regulamentos policiais, com o Código Penal, visto como com todas 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 êles nem sequer houve quem aludisse. E, entretanto, lá estão êles, 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 ins-

creveu no art. 50, princípio, consagrado a determinar que os *ministros de Estado* "não poderão acumular o exercício de outro emprêgo 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 pleonasma 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 word of the written law.* (BLACK: *Construction and interpretation of the laws*, St. Paul, 1896, pág. 83.)

Logo, só nos poderíamos resignar a ver no art. 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, conseqüentemente, 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 leamos 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*.

§ 1º Excetua-se desta proibição:

1º As missões diplomáticas;

2º As comissões ou comandos militares;

3º Os cargos de acesso e as promoções legais.

§ 2º 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.

1º) Nenhum membro do Congresso poderá receber do Poder Executivo *comissão ou emprêgo remunerado*.

Eis a regra.

Mas (é a exceção):

2º) 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):

3º) Essas missões, comissões ou comandos, não o poderá o deputado ou senador aceitar sem licença da respectiva câmara, quando dêles "resultar privação do exercício das funções legislativas".

Logo (é a consequência):

4º) 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):

5º) 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 nº 4), permite, explícita 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. 2º 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, tão pouco 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 de 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.

Gazeta de Notícias, 4 de janeiro de 1913.



V

NÃO É CONSTITUCIONAL A LEI

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 desacumulações, 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. 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. 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., o intuito verdadeiro do art. 73.

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

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

Evidentemente não.

Em regra, as acumulações de cargos públicos são nocivas. Mas acumulações 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. *Cessante 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 interêsse 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 êsse aspecto que os governos de arranjos e a clientela dos partidos encaram as desacumulações. O acêrvo dos empregos representa, a êsses 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 embelecar 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 o descontentamento vai levando.

Mas outro foi o alvo da proibição constitucional. Outro objeto não podia ela ter em mente senão banir do novo regímen 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 pêso.

Outras vêzes danam as acumulações ao serviço, porque, reunindo numa só pessoa cargos de natureza diversa, quase sempre acontecerá que, para um dos dous, quando menos, falte ao serventuário a devida aptidão. Em tais casos, a acumulação nasce do favoritismo e acoroça 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 vêzes, 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 KOCH, 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 AGASSIZ 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 do 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 aliena-

dos; a teoria obstétrica, professada numa escola, e a obstetrícia, praticada numa maternidade. A desacumulação *obrigatória* não correrá o risco de ser, em qualquer dêsses 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 reu-nem cada qual ao seu extraordinário saber os dotes de bom professor, não lucrará mais o magistério, não não lucrará mais a nação em que cada um dêles 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 vêzes, 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 dêsse 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 êsses 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 dêstes, 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 êste 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 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 govêrno 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 freqüência, se acumulam, se tem 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 fôrça 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 especialidade, 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 govêrno, 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". "Êste 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, recolhidos 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 esses cargos? Seria contrário às normas constitucionais do regime, 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, na qual a exigibilidade, a necessidade, a inevitabilidade absoluta das acumulações entra pelos olhos aos mais bôtos, aos mais rombos, aos mais cascudos.

À 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 con-

fiar 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 benfazejas, 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 abjiciendus*.

A lei não trelê. 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:

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

2º) 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 esse texto constitucional.

Quaisquer leis, que, a este respeito, se houverem de estabelecer, hão de ter em vista este 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 vezes, 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 regímen: o govêrno Deodoro, que se suicidou com o golpe de Estado, o govêrno Nilo, que presidiu à bacanal da eleição militar, e o govêrno Hermes, com o qual o regímen 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 *moralizador* 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 regímen 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 sòmente 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 pêtas. Depois do Código Civil, a desacumulação geral: administração moralizada e direito em pratos limpos. Vamos acender as candeias da senzala, e dar *sounscrestto* a sinhô.

— Então, estamos despedidos?

— Não. Ainda um dia e nos diremos adeus.

Gazeta de Notícias, 6 de janeiro de 1913.

VI

NÃO É CONSTITUCIONAL A LEI

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 prometera, 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. Excia. 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 sus-

(*) 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 Rev.)

citando no povo as tenebrosas organizações do anarquismo em revindita e defesa contra a anarquia orgânica dos governos.

O do Marechal HERMES não quis, desta vez, levar mais uma carrada à lenha da grande fogueira, em que a sua presidência tem pôsto a arder o regímen, 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 MONK.

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, refugo 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 têsso, 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 succulento 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 almoço 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 desacumulações, com um rasgo de alta benemerência.

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 deles — em vez de coincidir com a deles coincidiu com a minha. Se o chefe do Estado pendesse para a parte deles, 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 lucraria eu com o contrário. E quem me poderá, lícitamente, agredir, porque insisto em sustentar hoje convicções *notôriamente minhas há*

vinde 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 coisa 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 embrenhei, 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 regímen, além de poder invocar os direitos de legítima defesa, como um dos autores da lei de 1892, contra os que a increpam da sofística, 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 frequentar as discussões daquela casa. Muitas vezes, noutras épocas, a tenho deixado, para buscar 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 eqüidade.

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

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

(**) Discussão do projeto de Código Civil no Senado, em que Rui Barbosa opôs-se à votação precipitada. (N. do R.)

únicas autoridades com voto no assunto. Havia, ainda, os tribunais, que, neste regímen, 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 êle, não deixariam de mover os interessados.

Êsses 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 vêzes 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, prejudgadas 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 desacumuladores 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 arbítrio, 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 Congressos, hoje em dia, capazes 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, mas 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 comêço 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 vezes 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 comissão, 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. 1º, 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 irresgatável, 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, dádivas do Estado, que a viúva ainda possuísse, deviam, pela mesma justiça, confiscar-lha, caso a beneficiada recebesse cargo ou emprego. 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 sôldo*.

Gazeta de Notícias, 11 de janeiro de 1913.



VII

NÃO É CONSTITUCIONAL A LEI

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 sôbre a lei das desaccumulações.

Após receber-nos, assim começou o sábio juriconsulto:
— 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 tôda a sua plenitude.

Equiparando as patentes aos cargos *inamovíveis*, êsse texto assegura às patentes a garantia de inamovibilidade, ou vitaliciedade, e, durante ela,

afiança as patentes, como os cargos inamovíveis, *em tôda 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 têrmos 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, *indesintegráveis*. Porque outra coisa não pode significar a declaração terminante de que serão mantidas *em tôda a sua plenitude*.

A êste 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 regímen; 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 (ágs. 153):

A patente e o pôsto decompõem-se em dois elementos: o título, que sobrevive à reforma, e a efetividade, que com ella cessa. Assegurar, portanto, as patentes e os postos *em tôda 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 aquêl 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*.

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?

(*) Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal, Rio de Janeiro, 1893. (V. Obras Completas, vol. XX, Tomo V, p. 141).

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

Logo, de nenhuma dessas vantagens, no grau relativo à patente do seu posto, 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 *sóldo*.

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 sôllo. Militar sem sôllo não o há, não o pode haver.

É o que mostra a nossa legislação tôda, sob os três regimens que êste país tem conhecido: o colonial, o monárquico, o republicano. Os três são rigorosamente acordes em que o sôllo 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 sôllo, 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 dez. 1790).

O Império continuou o fio dessa tradição, reforçando-a com uma série de atos confirmativos e ampliativos. Tais, nos primeiros oito anos do regimen, 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. 5º, 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 *acumulam* 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 categóricos 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. 181, de 23 de junho de 1891 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

neração de serviços anteriormente prestados ao Estado".

Feita a República, o governo 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 régimen), no decreto, n. 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 1º 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, êle buscar o novo direito, que priva categoricamente 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 1790.

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* remunerados, mas acumular *remunerações*, ainda que não correspondentes a cargos, segundo pretendem os ultradesacumuladores, — 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 dêsses hermeneutas, a tôdas as remunerações, ligadas ou não ao exercício de um cargo. *Lex specialis derogat generali*.

Aí vai mais um argumento. Também êste será dos velhos?

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

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

Ora, o conceito de *patente* é um conceito técnico, legal; e, em tôda 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 *têrmos 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 *têrmos 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 nº 474-B, de 10 de junho de 1890. Êsses 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 indelével e insuspenível o *sôlido*.

O *sôlido* não se separa da *patente*. A *patente* não se separa do *sôlido*.

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 sôlido 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 sôlido não há patente.

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

As patentes, de que êle 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 sôlido.

Essas leis, de mais a mais, encontram a ratificação mais terminante na própria Constituição, art. 83, onde se diz continuarem tôdas "em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regímen, no que, explícita 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 tôda a sua plenitude*, a plenitude, em que as garante, é a que lhe atribuíam as leis a êsse 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 contrariem 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 sôlido, a condição mais elementar da independência do oficial, e cria uma concepção inaudita em direito militar: a das *patentes sem sôlido*.

Segundo os arbitristas dêste direito novo e curioso, o sôlido e, com êle, a patente, não só se suspendem temporariamente, em certas situações transitórias, mas podem, até em certas outras situações, desaparecer *por tôda a vida*, sem que o militar deixe de ser militar. Porque, se o cargo fôr vitalício, o estatuído no projeto, art. 2º, 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 sôlido.

Ê o caso dos lentes militares. Como se sabe, êstes 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 fôssem, na privação do sôlido.

Isto quando (sem contestação possível) o sôlido 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 tôda 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 sôlido (e nisto são unânimes tôdas as leis brasileiras), nem oficial sem patente (uma vez que a patente é o título do pôsto), como é que se conceberão *oficiais sem sôlido*, como é que militares sem sôlido continuariam a ser militares?

Se o sôlido é uma das condições integrativas, uma das partes componentes da patente, como é que sub-

traindo-se o sôlido à patente, subsistiria a patente *na sua plenitude*?

Mas, se, desfalcada a patente do sôlido, 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 regímen, 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 tôda 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 pode-

rem 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 obedeco, é a da minha consciência.

— Em todo o 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. Êstes, 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 escrivania 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. ARARIPE 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 presi-

dente, 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". Govêrno de caprichos, habituado a contrariar sistemáticamente a oposição, não se abriga, desta vez, sob o meu nome, senão levado pela coincidência accidental 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 ima-

(*) Há uma falha na publicação original.

ginam, esperam, ou sabem que as minhas opiniões estão com as suas, para, ao outro dia, em entrando com eles em divergência, se ver desdenhosa 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 dêles 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 A MATÉRIA DO OPÚSCULO(*)

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º A aceitação de emprêgo, comissão, cargo ou função pública remunerada, por parte de funcionários 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. Excetua-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. 2º Todo aquêle que, civil ou militar, ocupar funções públicas, perde-as exercendo qualquer outro emprêgo, cargo ou comissão remunerada.

§ 1º Tratando-se de comissões eletivas, profissionais, técnicas ou científicas, a aceitação implica apenas a perda do

(*) Projeto nº 73 — de 1896, da Câmara dos Deputados; nº 125 — de 1912, do Senado Federal (nº 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.

exercício e dos vencimentos integrais, enquanto durarem as mesmas comissões, observado, quanto as eletivas o disposto no parágrafo único do art. 1º.

§ 2º Não se compreendem nas disposições dêsse artigo e § 1º 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 coube no exercício da nova função.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Senado Federal, 31 de dezembro de 1912. — *José Gomes Pinheiro Machado*, Presidente. — *Joaquim Ferreira Chaves*, 1º Secretário. — *Manuel Presciliano de Oliveira Valadão*, 2º Secretário interino.

II

INADIMPLEMENTO DE CONTRATO

(Madeira-Mamoré Railway Co.)

Direitos da Concessionária a Perdas e Danos
Remédio Jurídico

PARECER



MADEIRA MAMORÉ

RAILWAY COMPANY



CONSULTA E PARECERES

DOS

Exmos Srs Drs.

Ruy Barbosa

Clovis Bevilacqua

Sancho Barros Pimentel

Inglez de Souza

sobre a execução do contracto assignado em 12 de
novembro de 1910, nos termos do
Decreto n. 8.347, de 8 de novembro de 1910



RIO DE JANEIRO

Typ do Jornal do Commercio de Rodrigues & C

1913

Fôlha de rôsto da publicação em folheto dos Pareceres acêrca da
Consulta feita pela *Madeira Mamoré Railway* — (Exemplar da Biblio-
teca da Casa de Rui Barbosa). — Tamanho original, 26 x 17 cms.

NOTA DO REVISOR

Pelo tratado celebrado a 17 de novembro de 1903, entre o Brasil e a República da Bolívia (artigo VII), obrigou-se nosso País a construir, por si ou empresa particular, uma ferrovia desde o pôrto de Santo Antônio, no Rio Madeira, até Guajará-Mirim, no Mamoré, com um ramal, que, passando por Vila Murtinho (Mato Grosso) ou outro ponto próximo, chegasse a Vila Bela (Bolívia).

Por Decreto nº 6.103, de 7 de agosto de 1906, e nos termos da Lei nº 1.180, de 25 de fevereiro de 1904, foi o Ministério da Indústria, Viação e Obras Públicas autorizado a contratar com o engenheiro Joaquim Catrambi a construção da estrada de ferro, sendo firmado o contrato a 14 de novembro de 1906.

Posteriormente, obteve a *Madeira-Mamoré Railway Company* a transferência da concessão outorgada ao engenheiro Catrambi, sendo o termo aditivo assinado no Ministério da Viação e Obras Públicas a 29 de fevereiro de 1908.

Por Decreto nº 8.347, de 8 de novembro de 1910, e mediante acôrdo com o govêrno boliviano, foi autorizada a substituição do ramal primitivamente traçado entre Vila Murtinho e Vila Bela por outro, que, na forma do tratado, partindo das vizinhanças da Cachoeira do Pau Grande se dirigisse à Cachoeira Esperança, margem esquerda do rio Beni. Assim sendo, 4 dias mais tarde, a 12 de novembro, foi lavrado o termo competente, entre a concessionária e a União Federal, sendo assinado o protocolo entre os dois países interessados dois dias depois, aos 14 de novembro de 1910.

Quando, entretanto, já haviam sido efetuados sucessivos pagamentos à concessionária referentes a diversos serviços acessórios da ferrovia, tudo na forma do decreto de 8 de novembro, comunicou a Inspetoria de Estradas de Ferro que não seriam pagos os lastreamentos nem a construção de pontes provisórias já concluídos, e constantes dos instrumentos pactuados. Determinou essa suspensão haver o Tribunal de Contas, em sessão de 16 de junho de 1911, impugnado o registro do contrato de 12 de novembro de 1910, em virtude de considerar ilegais os termos das cláusulas 2ª e 3ª — aquela, porque, no seu entender, continha matéria que fazia parte de tratado de 17 de novembro de 1903, e somente por outro pacto de igual natureza poderia ser modificada, muito embora já existisse o protocolo de 14 de novembro, ainda que dependente de ratificação do Congresso Nacional; a última, graças, principalmente, a certo equívoco verificado na redação do termo.

Replicou a empresa concessionária, tendo ainda requerido ao Ministro da Viação a retificação do termo.

De acordo com novo protocolo assinado entre os governos do Brasil e da Bolívia, datado de 28 de dezembro de 1912, combinou-se que não seria mais construído o ramal previsto no decreto de 8 de novembro de 1910, e objeto do termo de 12 de novembro, ficando o traçado substituído por outro a cargo da República da Bolívia.

Nessa contingência, solicitou a *Madeira-Mamoré Railway Co.* a opinião de Rui Barbosa.

Emitiram parecer a respeito da consulta adiante transcrita, além do Conselheiro Rui Barbosa, os juristas Clóvis Beviláqua, Sancho de Barros Pimentel e Herculano Marcos Inglês de Sousa, sendo todos unânimes, quanto à responsabilidade de União, caso não fôsse ratificado o contrato de 12 de novembro de 1910.

CONSULTA

I

Tendo o Exmo. Sr. Ministro da Viação e Obras Públicas assinado em 12 de novembro de 1910, juntamente com a *Madeira Mamoré Railway Company*, no seu Ministério, a fôlhas 120 e verso e 121 do Livro nº 13 de contratos das Estradas de Ferro um termo autorizando a construção de um ramal partindo das vizinhanças da cachoeira de Pau Grande à margem direita do rio Mamoré em direção à cachoeira Esperança à margem direita do Beni, adquiriu ou não a *Madeira Mamoré Railway Company* o direito de construir êsse ramal nas mesmas condições da linha tronco e nos termos do contrato, conforme reza o Decreto nº 2.579, de 7 de junho de 1912?

II

Se o Governo Federal, em virtude do Protocolo último celebrado com a Bolívia em 28 de dezembro de 1912, e a que foi alheia a *Madeira Mamoré Railway*, não puder aprovar plantas para construção dêsse ramal, nem fiscalizar ou intervir na sua construção, por se tratar de construção de estrada de ferro em território boliviano, está ou não o Governo Federal na obrigação de indenizar a *Madeira Mamoré Railway Company* de todos os danos emergentes e lucros cessantes pelo não cumprimento dessa primeira disposição do termo de 12 de novembro de 1910?

III

Constando dêsse referido termo de 12 de novembro de 1910 a autorização para o lastreamento total da estrada e construção de pontes provisórias pelo preço de £ 2.750 por quilômetro, pode o Governo Federal recusar-se a êsse pagamento *ex propria auctoritate*, ainda mesmo que êsse preço seja excessivo ou caro?

IV

O fato do Governo Federal haver pago despesas referentes a obras de saneamento, construção de molhes, telégrafo sem fio, a que se refere a disposição terceira desse termo de 12 de novembro de 1910 prova ou não que o Governo reputava perfeito e acabado o contrato mandado lavrar no artigo terceiro do Decreto nº 8.347, de 8 de novembro de 1910?

V

Esse termo de 12 de novembro de 1910 lavrado a folhas cento e vinte e verso e cento e vinte e um do Livro nº 13 de contratos das estradas de ferro no Ministério da Viação e Obras Públicas é válido no todo ou em parte?

O fato de na cláusula terceira desse termo terem sido transcritas as palavras «no contrato que fôr lavrado» é bastante para invalidar esse termo de 12 de novembro de 1910?

VI

É ou não de conveniência para o Governo Federal retificar esse termo de modo a corrigir o engano havido, aproveitando a oportunidade para obter que a *Madeira Mamoré Railway Company* desista dos direitos adquiridos que ela tem de construir o ramal que parte da Cachoeira do Pau Grande à margem direita do rio Mamoré dirigindo-se à Cachoeira Esperança à margem direita do Beni, e desista de haver a indenização equivalente pela não construção desse ramal?

VII

Caso o Exmo. Sr. Ministro da Viação e Obras Públicas não profira decisão alguma no requerimento da *Madeira Mamoré* de 8 de maio deste ano a que se refere a exposição supra, de que meios administrativos ou legais deve usar a Companhia para ressaltar todos os seus direitos e interesses?

VIII

E se essa decisão fôr desfavorável, isto é, se o Governo indeferir a retificação do termo de 12 de novembro de 1910 e considerá-lo sem nenhum valor, em que responsabilidade incorre a União Federal para com a Companhia, e de que meios judiciais deve esta lançar mão para defender os seus direitos e interesses?

Parecer

Examinada com a maior atenção a consulta que me endereçou a *Madeira Mamoré Railway Company*, e que, nesta data, devolvo assinada por mim e por mim rubricada em tôdas as suas páginas, juntamente com os documentos enumerados no remate da exposição, que antecede a dita consulta, e que volta igualmente autenticada, em tôdas as suas oito páginas datilografadas, com a minha rubrica, respondendo aos seus oito quesitos do seguinte modo:

I

A *Madeira Mamoré Railway Company*, tendo firmado com o Ministro da Viação e Obras Públicas, na sua secretaria, a fls. 120, verso, e 121, do livro de contratos de estradas de ferro, o contrato de 12 de novembro de 1910, para a construção de um ramal, que, das vizinhanças da cachoeira de Pau Grande, à margem direita do Rio Mamoré, fôsse terminar na cachoeira Esperança, à margem esquerda do Beni, adquiriu, por essa convenção, direito inegável a construir êsse ramal nas mesmas condições da linha tronco e nos têrmos do contrato que a autorizou.

Com efeito o Decreto nº 8.347, de 8 de novembro de 1910, declara, no seu cabeçalho e no seu art. 1º, que com êsse ramal se procedia "à substituição do ramal primitivamente traçado entre Vila Murinho e Vila Bela, na Estrada de Ferro Madeira-Mamoré, por outro, na forma permitida pelo tratado de

Petrópolis", tratado que, realmente, nessa cláusula, estipulando que o têrmo do ramal seria no Beni, autorizava a trocar-se o ponto inicial de Vila Murtinho em outro escolhido na sua proximidade.

Depois, o contrato mesmo de 12 de novembro de 1910 expressamente, declara, nas mesmas palavras, que o ramal ali convencionado era substituição do traçado primitivamente entre Vila Murtinho e Vila Bela.

Ora, quer no Decreto nº 6.103, de 7 de agosto de 1906, que autorizou a contratar a construção da Estrada de Ferro Madeira-Mamoré, cláusula I, quer no contrato celebrado, por força dessa autorização, em 14 de novembro do mesmo ano, com o engenheiro Catrambi, para a execução dessa estrada, como cláusula I, a linha tronco e o ramal se designaram como indistintamente sujeitas às mesmas condições contratuais reguladas nas cláusulas subseqüentes.

As objeções com que o Tribunal de Contas impugnou o contrato de 12 de novembro de 1910, e que constam do seu ofício de 19 de junho de 1911 ao Ministério da Viação, a meu ver não procedem.

1º) Não me parece exato que os favores indicados nas cláusulas I e II dêsse têrmo de contrato sejam *ilegais*, visto não cogitar dêles o art. 7º do Decreto nº 6.161, de 10 de março de 1904, que só se refere à construção da Estrada de Ferro Madeira e Mamoré.

O Decreto nº 6.161, de 10 de março de 1910, não diz respeito unicamente à estrada, mas também ao seu ramal, consignando e solenizando a obrigação, que o govêrno brasileiro, mediante o tratado internacional, assumira, de construir uma e outro, evidentemente com o emprêgo dos meios e sacrifícios que o desempenho dêsse encargo lhe ditasse e exigisse. Mas, já antes, o Decreto nº 1.180, de 25 de feve-

reiro do mesmo ano, Decreto igualmente legislativo, dera tãda a amplitude à extensão dos recursos, com que se devia armar o govêrno para a satisfação dêsse compromisso, autorizando-o, para a construção as-sentada, "a adotar o alvitre, que julgasse mais con-veniente", e a fazer as operações de crédito neces-sárias à realização da grande obra.

Ora, a experiência, atestada pela história das dificuldades estupendas, que a construção dessa es-trada foi encontrar, mostrou que ela se não podia levar a efeito sem os meios consignados nas cláusulas II e III do contrato de 12 de novembro de 1910; o go-vêrno, a cuja discrição os decretos de 25 de feve-reiro e 1º de março de 1904 haviam confiado essa apreciação, assim o entendeu; e, portanto, a estipu-lação dessas cláusulas estava legitimamente compre-endida na esfera dos podêres de contratar a êle ou-torgados nesses dois atos legislativos.

2º) Tão pouco aproveita à decisão daquele Tri-bunal o argumento de que a construção da linha con-venccionada com a Bolívia, sendo objeto de um tra-tado internacional, concluído entre as partes interes-sadas, não se poderia alterar senão mediante outro nas mesmas condições.

Foi isto, justamente o que se deu; visto como a substituição de um traçado por outro, no ramal, cons-tituiu objeto de protocolo celebrado entre os dois go-vernros, em 14 de novembro de 1910, e aprovado, no Brasil, pelo Poder Legislativo, com o Decreto número 2.579, de 7 de junho de 1912.

3º) Êste Decreto, legislativo, corta de todo o ponto qualquer dúvida possível no assunto, e regulari-za absolutamente a situação contratual da companhia, liquidando a impugnação formulada pelo Tribunal de Contas; porquanto, depois de aprovar, no art. 1º, o protocolo de 1910, ratifica, no art. 2º, o contrato da

construção, assim da linha tronco, como do ramal, autorizando o govêrno a fazer, para ela, "as necessárias operações de crédito", e, no art. 3º, habilita o govêrno, já para efetuar as operações de crédito necessárias ao pagamento das despesas autorizadas ou feitas pela companhia, já para satisfazer aos que "foram ou forem autorizados de acôrdo com a cláusula XVI do contrato de 14 de novembro de 1906", cláusula onde se provêem "os trabalhos não especificados na relação transcrita no final dêsse contrato", se ajustam as bases do seu preço, e se assegura a respeito dêles, a preferência ao contratante.

II

Sendo, pois, inelutável o direito, que dêsse conjunto de atos jurídicos, todos claros e explícitos, regulares e formais, assim como de outras circunstâncias advinculares, na consulta exaradas, ou atestadas pelos seus documentos, resulta para a consulente, — se o Govêrno Federal, em consequência do protocolo de 1912, em que não teve responsabilidade nem interferência alguma a companhia, não puder aprovar as plantas do ramal ajustado com a Bolívia, nem lhe fiscalizar a construção, por se tratar de uma via férrea em território estrangeiro, não pode a União subtrair-se, de modo algum, à obrigação de indenizar à *Madeira Mamoré Railway Company* todos os danos emergentes e lucros cessantes, que lhe resultaram de se não cumprir o convencionado na cláusula I do termo de 12 de novembro de 1912.

III

O contrato é contrato, desde que seja regular ou jurídico, isto é, livremente celebrado, sôbre objeto lícito, entre contraentes idôneos para contratar.

Logo, sob pretexto de caro ou excessivo, não se pode o Govêrno Federal esquivar ao pagamento do

preço de £ 2.750 por quilômetro, a que, no termo de 12 de novembro de 1910, se obrigou para o lastreamento total da estrada e construção das pontes provisórias.

Mas, quando algum motivo juridicamente alegável pudesse acaso ter o governo da União, parte no contrato como a companhia, para o impugnar agora, — só pelos meios ordinários de rescisão, recorrendo aos tribunais, e sujeitando-se às conseqüências da quebra da obrigação contratada, lhe seria lícito buscar dissolvê-la.

IV

Inquestionavelmente, o fato de haver o Governo Federal pago despesas concernentes a obras de saneamento, construção de molhes e telegrafia sem fio, tôdas elas contempladas e autorizadas unicamente no art. 3º do termo de 12 de novembro de 1910, leva à evidência mais irrecusável a prova de que a União tinha como perfeito e acabado êsse contrato.

Ora, a execução voluntariamente dada a um contrato pelos contraentes constitui a demonstração mais cabal da sua submissão ao ajuste contraído, importa na sua ratificação prática e estabelece a melhor interpretação das obrigações nêle estipuladas.

V

Não há nada, absolutamente, no termo de 12 de novembro de 1910 que lhe abale a validade. O contrato exarado nêsse instrumento é jurídico em cada uma das suas partes, e em cada uma obriga por igual os dois contraentes.

A consideração de se reduzir êle à transcrição literal do Decreto que o autorizou, em tôdas as três

cláusulas de que êsse Decreto se compõe, não serve senão para evidenciar o respeito estrito com que se observou no contrato a autorização de onde êle decorre.

Argumentar com o lapso do amanuense, que, ao transcrever para o termo o texto do ato presidencial, conservou cinco palavras dêste ("no contrato que fôr lavrado"), palavras que lhe não alteram o sentido das estipulações, seria um recurso de palpável má fé e ridícula futilidade. Não posso conceber nada mais frívolo e menos digno de uma impugnação oficial.

Está-se vendo ali a negligência do escrevente, retificada ou suprimida, no mesmo ato, pelo seu introito, pelo seu fecho, pelo corpo de seu texto, pela aposição das assinaturas, a primeira das quais é a do ministro, pelo destino específico do livro onde se lavrou o termo, pelo solene concurso, em suma, de todos os característicos dos contratos dessa natureza celebrados com o govêrno.

Não resiste, pois, à crítica, nem merece discussão o sofisma, que pretende transformar em motivo de nulidade, para uma convenção tal, a excrescência casual daquelas palavras inofensivas.

VI

Não me parece contestável que, na transação sugerida pelo sexto quesito, haveria para o govêrno conveniência manifesta.

A desistência da *Madeira e Mamoré Railway Company* do seu direito à indenização das vantagens, que lhe estavam asseguradas na construção do ramal, representa enormes somas, de cuja responsabilidade se desembaraçaria a União Federal, não insistindo em faltar a um contrato incontestavelmente válido e obrigatório, como o constante dêsse termo.

VII

A Companhia poderá reiterar a sua reclamação ao ministro, assim como protestar administrativa e judicialmente, bem assim levar a sua representação até o corpo legislativo.

Mas, independentemente de todos estes meios acautelatórios e quaisquer outros da mesma categoria, os seus direitos estão ressalvados, até o momento da ação judicial, pelo seu contrato, assim como pela petição que, em 8 de maio, e pelo memorial que, em 16 de junho, endereçou ao ministério competente.

VIII

Se o Governo Federal indeferir a petição da Companhia, dando por sem valor o termo de 12 de novembro de 1910, a sua responsabilidade será a de quem rompe um contrato regular. A União terá, nesse caso, que ressarcir à Madeira e Mamoré Railway os danos emergentes e lucros cessantes, em que ela fôr lesada, por se não haver cumprido o que aquêle termo juridicamente lhe assegura.

O meio específico e eficaz para o caso é, em meu entender, ação de perdas e danos contra a União.

Rio de Janeiro, 25 de agosto de 1913.

RUI BARBOSA.



III

IMPÔSTO SOBRE
TRANSMISSÃO DE IMÓVEL

*Competência do Distrito Federal
para decretá-lo e sua isenção
mediante cláusula contratual*

PARECER



CONSULTA

I

O impôsto de transmissão de propriedade é de natureza municipal?

II

A transferência das Companhias São Cristóvão, Carris Urbanos e Vila Isabel à Light & Power deve ser feita independentemente do pagamento desse impôsto de transmissão de propriedade, precedendo apenas licença da Prefeitura?

III

Pode a Prefeitura negar licença para a transferência solicitada, uma vez que a Light se obrigou como fiadora e principal pagadora das companhias de São Cristóvão, Carris Urbanos e Vila Isabel, nos termos da cláusula 54^a do contrato de unificação?

IV

Caso a Prefeitura possa a seu arbítrio negar a licença solicitada, podem as três Companhias carris declarar que não querem cumprir mais o contrato e que incumbiram a Light & Power de executá-lo por conta delas, sem que a Prefeitura possa opor-se a isso?

V

Se a Prefeitura continuar no seu propósito de não permitir a transferência solicitada, opondo-se a que a Light & Power faça o serviço das três Companhias, responde a Municipalidade pelos prejuízos que êsse seu procedimento der causa às três Companhias e à Light & Power?

VI

Que remédios administrativos e que meios legais são aconselháveis para resolver-se essa questão de transferência do modo mais rápido e eficaz?

O contrato de unificação acha-se a fls. 143, do livro junto com o contrato da Light & Power a fls. 83 do mesmo livro.

Vai separadamente, nesta data, o meu parecer em trinta e oito páginas manuscritas, de minha letra.

Rio, 16 de novembro de 1913.

RUI BARBOSA.

Parecer

I

O impôsto de transmissão de propriedade é de natureza municipal?

1 — Êste quesito, a que a consulta dá, no seu questionário, o primeiro lugar, não pode, nem deve ser resolvido teòricamente, *a priori*, mas em relação ao contrato cuja interpretação ela busca.

Salvo certas contribuições, que são, digamos assim, materialmente locais, pelo caráter essencialmente local do seu objeto, como as que recaem sôbre a edificação, o uso das ruas, os serviços coletivos de natureza urbana, o sistema de transportes, a alimentação e a hygiene das cidades, vilas ou povoados, não há, em teoria, segundo uma classificação estabelecida e geral, tributos, que se possam capitular, em absoluto, de *municipais*.

A esfera tributária das municipalidades, como a das províncias, como a da fazenda nacional, variam profundamente, a respeito de certos impostos, conforme ao sistema constitucional e à legislação ordinária de cada país. Ê assim que, por exemplo, entre nós, uma das contribuições que dizem respeito ao comércio internacional, e, como tais, se abrangem na esfera dos impostos gerais, o impôsto de exportação, é, pelo

nosso direito constitucional, matéria reservada à competência exclusiva dos Estados, e que, sob as leis dêstes, varia discricionariamente, entre êles, a extensão dos tributos municipais. Cada Estado, no exercício da sua legítima autoridade sôbre os municípios (Constituição, art. 68), distribui, segundo o critério que lhe parece, entre êles e o tesouro estadual, as fontes de renda, que não ficaram privativamente atribuídas à União.

Esta, por sua vez, no uso da superioridade, que o art. 67 da Constituição em vigor lhe deu quanto ao govêrno local desta cidade, ora tem chamado ao seu domínio (nem sempre constitucionalmente), ora deixado ou restituído ao da tributação municipal os mesmos impostos. E é, justamente, o que ocorre com os de transmissão da propriedade.

A questão não há de ser resolvida, portanto, em abstrato, como um problema geral de direito tributário, mas concretamente, em presença dos textos constitucionais e legislativos, que com ela entendem.

2 — A controvérsia que a consulta procura deslindar, nasce do contrato que com a Prefeitura do Distrito Federal celebraram, em 6 de novembro de 1907, as Companhias de *São Cristóvão*, *Carris Urbanos* e *Vila Isabel*, para a unificação, eletrificação e desenvolvimento das suas linhas.

Na cláusula 46ª dessa convenção estipulam os contraentes que “durante o prazo da concessão, as companhias ou emprêsas ficarão isentas de todos os impostos, ônus ou contribuições *municipais*, não previstas neste contrato, não obstante estarem sujeitas a satisfazer as formalidades exigidas pelas leis e decretos municipais, que lhe forem aplicáveis”.

Depois, na mesma cláusula, restringem a imunidade estipulada, ajustando que “a isenção não compreenderá os pagamentos do impôsto de expediente,

de foros e laudêmios e de licença para *certas obras*, assim como não se estenderá a objetos estranhos aos fins das companhias e à natureza dêste contrato”.

Isto pôsto, declara:

“*As transferências* ou o arrendamento das concessões serão feitos *independentemente de pagamento de jóia ou qualquer outra contribuição ou impôsto municipal*, mas precedendo sempre licença da Prefeitura”.

Ê diante dêste texto que se levanta a interrogação da consulta.

Como nêle se determina que “*as transferências das concessões*”, com que se ocupa o contrato, se efetuarão “*independentemente do pagamento de qualquer contribuição ou impôsto municipal*”, tratando-se agora de transferir à *Light & Power* essas três companhias, para saber se essa transferência está sujeita ao impôsto de transmissão de propriedade, entre si discutem os interessados se êsse impôsto é, ou não, *municipal*.

3 — Realmente, se êsse impôsto se acha na categoria dos impostos *municipais*, não pode estar subordinado ao pagamento de tal impôsto uma transferência, que aquela cláusula do contrato entre as três companhias e a Prefeitura isentou, declaradamente, do pagamento de “*qualquer contribuição ou impôsto municipal*”.

Mas, reduzida a êstes, que são, em última análise, os seus verdadeiros têrmos, a dúvida se resolve, sem necessidade nenhuma da questão suscitada na consulta, pela própria letra, explícita e inelutável, da cláusula supratranscrita, no seu período terminal.

Qual é, com efeito, o impôsto em que incorrerá uma *transferência de propriedades* senão o impôsto de *transmissão de propriedade*?

Transmissão de propriedade e transferência de propriedade são expressões absolutamente sinônimas, resolúveis uma na outra, sucedâneas uma da outra, equivalentes uma à outra.

Quem transfere uma propriedade, *transmite* essa propriedade. Quem *a transmite*, *a transfere*.

Logo, desde que o govêrno da municipalidade se obrigou, para com as companhias, a que *a transferência* das suas concessões, isto é, a transferência dos seus direitos de propriedade sôbre estas, se consumaria "independentemente do pagamento de qualquer contribuição ou impôsto municipal", claro está que não podia aludir, nesse ajuste, senão a impostos municipais, *que recaíssem sôbre a transferência da propriedade*. E, como sôbre a transferência da propriedade, no seu caráter de transferência, não se concebe outro impôsto, que não seja o de *transmissão*, pois as duas palavras significam, rigorosamente, a mesma idéia, a mesma coisa, o mesmo ato, óbvio é que a municipalidade, vinculada a aquela cláusula terminante, não poderia arrecadar sôbre a transferência de tais concessões, o impôsto de transmissão de propriedade, sem atentar diretamente contra a letra categórica e iniludível dessa estipulação contratual.

4 — Para que não atentasse, necessário seria que êsse impôsto não fôsse *municipal*.

Mas que é o que imprime a um tributo o cunho de municipal? Que é o que o averba na classe dos impostos municipais?

Evidentemente a consideração de ser a autoridade municipal quem o cobra, de ser a administração municipal quem o fiscaliza, de ser o patrimônio municipal o que o absorve, de ser o govêrno municipal o que o aplica, de ser a despesa municipal a que o consome.

Não será esta a situação legal dêsse impôsto? a sua situação política? a sua situação orçamentária? a sua situação administrativa?

Inegavelmente.

A quem se destina, aqui, o impôsto de transmissão de propriedade? À municipalidade, unicamente. Em benefício de quem se lança? Sômente da municipalidade. Quem o recebe, o administra, o desfruta, e o gasta? A municipalidade, exclusivamente.

Portanto, no Distrito Federal, o impôsto de transmissão de propriedade é um impôsto *municipal*. E, se é um impôsto municipal, abrangido está na isenção firmada pela cláusula 64^a do contrato aqui discutido, que exonera *de todo e qualquer impôsto municipal* as transferências das concessões, com que se ocupa êsse contrato.

5 — Praticamente, não há outro critério, para discernir e qualificar os impostos *municipais*.

Com êste epíteto se designam os impostos, *que fazem parte da receita municipal*. Do mesmo modo como pelo de impostos *estaduais* se indicam os que contribuem para a receita estadual. Do mesmo modo, ainda, como pelo de impostos *federais* se especificam os que compõem a receita federal.

Não será por *deverem*, filosófica, ou politicamente, ser da União, dos Estados, ou dos Municípios, que a tais contribuições caiba a denominação de municipais, estaduais, ou federais. É porque, realmente, por ato da lei, são federais, estaduais, ou municipais; isto é, porque o legislador os consignou ao orçamento da Federação, ao dos Estados, ou ao das Municipalidades.

Podem ser, naturalmente, federais, e o sistema da lei, graças a motivos particulares, com que transige, os ter aquinhoados aos Estados, ou *vice-versa*.

Outras vêzes, sendo, ora de natureza estadual, ora de índole federal, acontecerá que a lei os distribua às municipalidades, ou que, pelo contrário, tocando mais prôpriamente a estas, dêles se apropriem os Estados, ou a União os reivindique.

O que, por conseqüência, importa, sobretudo, é o fato legal, a vontade legislativa, a classificação do legislador.

Como se pronunciam a tal respeito as nossas leis, quanto ao impôsto de transmissão de propriedade no Distrito Federal?

6 — Do Distrito Federal é que se trata; porquanto o contrato, de cuja interpretação aqui se discorre, traduz um acôrdo entre companhias de viação urbana estabelecidas nesta cidade e o govêrno do Distrito Federal.

Claro está que êsse govêrno, tendo a sua alçada tributária circunscrita ao território do Distrito Federal, não poderia dispensar em impostos, que ao Distrito Federal não pertencessem legalmente.

A quem pertencerão, legalmente, no Distrito Federal, os impostos de transmissão de propriedade?

Eis a primeira questão.

7 — Num país constitucional o critério fundamental da legalidade está na Constituição.

Que nos diz, pois, sôbre a classificação territorial dos impostos de transmissão de propriedade a Constituição brasileira?

O único texto que nos ela depara, nomeadamente, sôbre esta espécie de contribuições, é o do art. 9º, n. 3, onde se estatui que:

é da competência exclusiva dos Estados decretar impostos sôbre transmissão de propriedade.

A nossa Constituição divide, sob este aspecto, os tributos em três categorias:

- 1º) — impostos de competência *exclusiva* da União;
- 2º) — impostos da competência *exclusiva* dos Estados;
- 3º) — impostos, concorrentemente, da União e dos Estados.

Os primeiros são os enumerados no art. 7º da Constituição.

Os segundos são os que o seu art. 9º particula-
riza.

Os terceiros são os não discriminados nos artigos 7º e 9º, que o art. 12 genêricamente autoriza.

Entre os da competência exclusiva dos Estados, que o art. 9º especifica, se acham, como já vimos, explicitamente inscritos os de transmissão de propriedade.

Determinada peremptoriamente no art. 9º, a exclusividade *estadual* dos impostos de transmissão de propriedade vem a ser confirmada e reforçada no art. 12, onde se proíbe à União, como aos Estados, exercerem a autoridade tributária, que aí se lhes reconhece, de maneira que violem as competências "discriminadas nos arts. 7º e 9º".

Sobre "as fontes de receita discriminadas nos arts. 7º e 9º" nem os Estados, nem a União podem cobrar tributos pela faculdade geral que lhes confere o art. 12.

Desde que, portanto, o art. 7º reserva os impostos de transmissão de propriedade à competência exclusiva dos Estados, a União está, por esse artigo, assim como pelo art. 12, que o reitera e corrobora, sob uma proibição dupla de recorrer a esses impostos.

Constitucionalmente, logo, não podem ser federais, em caso nenhum, os impostos de transmissão de propriedade. Porque, se nalgum caso pudessem êsses impostos vir a ser da União, estaria quebrada a disposição absoluta do art. 9º, n. 3, que atribui “à competência exclusiva dos Estados” o decretar tais impostos.

Nada mais irrecusável.

Da competência para decretar impostos de transmissão de propriedade a Constituição brasileira exclui absolutamente a União.

8 — Qual, porém, a situação daqui resultante para o *Distrito Federal*, quanto a êsses impostos? Inferir-se-á, porventura, que dêles se ache isento o Distrito Federal?

Não.

O que se infere, vem a ser que aqui temos um caso mais, para juntar aos em que a Constituição equipara o Distrito Federal aos Estados.

Essa equiparação já se lhe esboça no art. 2º, onde se prescreve que:

Cada uma das antigas províncias formará um Estado, e o *antigo município neutro construirá o Distrito Federal*, continuando a ser a Capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte,

assim como no art. 3º, onde se estabelece que,

efetuada a mudança da Capital, o atual Distrito Federal passará a constituir um Estado.

Enquanto, porém, não se eleva de todo à dignidade constitucional de Estado, como Estado, todavia, se considera a muitos respeitos, de mais alta relevância na ordem política do sistema que nos rege.

Assim é que, pelo art. 28 da Constituição, tem, proporcionalmente ao número dos seus habitantes, a mesma representação que os Estados na Câmara dos Deputados.

Outrossim, pelo art. 30, ocupa no Senado Federal situação rigorosamente idêntica à dos Estados, tendo ali a mesma representação tríplice que cada um dêstes.

Na escolha do presidente da República, os sufrágios do Distrito Federal concorrem com os dos Estados, prescrevendo a Constituição, no art. 47, para a capital do primeiro uma posição análoga à da dos segundos na apuração dos votos recebidos.

Em matéria de limites, os do Distrito Federal estão determinados, como os dos Estados, pelos que àqueles como a êstes se achavam taxados no antigo régimen (art. 2º), e a competência para definitivamente resolver sobre uns é a mesma, da legislatura federal, constitucionalmente instituída para decidir, em instância final, sobre os outros.

Esta assimilação declarada, por tantas faces, entre o Distrito Federal e os Estados, não podia deixar de refletir profundamente sobre a discriminação constitucional dos tributos, estendendo a esta a mesma analogia de posições entre os Estados e o Distrito Federal.

Não se concebe, realmente, que, tendo o Distrito Federal, pela sua população, riqueza e cultura, valor econômico superior ao de muitos Estados, os mesmos motivos que atuaram, para determinar a competência privativa dêstes, nos seus respectivos territórios, quanto aos impostos sobre imóveis rurais e urbanos, sobre indústrias e profissões, sobre transmissão de propriedade, não militassem para dar ao Distrito Federal o mesmo domínio exclusivo, no seu território, sobre êsses tributos. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

Se não é explícita, logo, nem por isso é menos clara a inclusão do Distrito Federal nessa disposição. Por ser implícita, não deixa de ser irrecusável esta ampliação necessária do texto.

Está em condições análogas às de muitos outros casos, como os ocorrentes nos arts. 59 e 60 da Constituição, nos quais a jurisprudência dos nossos tribunais se tem visto obrigada, pelas leis da interpretação constitucional, a considerar extensivos ao Distrito Federal vários textos, cuja letra nomeia exclusivamente os *Estados*.

9 — Foi assim que se pensou na Câmara dos Deputados, quando ali teve iniciativa a disposição orçamentária, que restituiu ao Distrito Federal o imposto de transmissão de propriedade, até então usurpado pela União.

Essa medida reparadora teve origem numa emenda, firmada, aos 28 de novembro de 1911, pelo Sr. Alcindo Guanabara.

Dando parecer acêrca dessa idéia, o relator do orçamento da receita, que a acolheu, disse:

É sabido o vivaz empenho, que faz, desde muito, o Distrito Federal, para entrar na posse e gozo *das rendas que lhe são peculiares*.

No atual regimen o Distrito Federal tem expressão distinta, município em expectativa de se constituir Estado...

O verdadeiro conceito republicano não se pode fazer ao molde de subordinação, a que está reduzido o Distrito Federal.

Defendendo a sua emenda, na sessão de 18 de dezembro, o Sr. Alcindo Guanabara tocou o ponto jurídico, e invocou o argumento constitucional, sem o expor, nestas palavras:

Ao Distrito Federal compete, *por força da Constituição*, a arrecadação dêsses impostos, *como compete aos demais Es-*

tados da União; e o Distrito Federal é um Estado em via de evolução.

Estas considerações, apesar de mal roçarem o exame constitucional do assunto, vingaram no seio da maioria; e a emenda, aceita nos termos em que se apresentara, entrou na lei da receita, constituindo, a princípio, o § 25 do art. 1º, e, depois de submetida à redação final, o art. 27 do projeto remetido ao Senado.

Este não alterou-o; e, em consequência, na Lei nº 2.524, de 31 de dezembro de 1911, o art. 27, ainda em vigor, estatui:

O impôsto de transmissão de propriedade *causa mortis e inter vivos*, no Distrito Federal, passará, desde já, a ser arrecadado e fiscalizado pela prefeitura do mesmo distrito.

Esse ato legislativo não criou o direito, que nas suas palavras se enuncia: *confessou-o*, indo buscá-lo nas fontes constitucionais, donde realmente deriva. É, verdadeiramente, um ato de interpretação constitucional e restituição jurídica: um ato declarativo, recognitivo e consolidativo do direito preexistente na carta fundamental, até esse tempo transgredida, sob a inspiração de conveniências financeiras, pela jurisprudência parlamentar, no trabalho desorientado e anárquico dos nossos orçamentos.

Assim o entenderam os que, na elaboração do de 1912, promoveram, acolheram e votaram essa re-integração do Distrito Federal nos seus direitos constitucionais sôbre os impostos de transmissão de propriedade. (*Câmara dos Deputados*, Doc. parlamentares. *Projetos de Orçamentos. Receita, exterior e fazenda. Públic. feita por ord. da Mesa*. 1º vol. 1912 págs. 504-7, 584-98, 631, 693.)

10 — Mas, como quer que fôr, ou seja originário da Constituição, ou oriundo sômente da lei, que

aliás julgou apenas interpretá-la, e declará-la, o direito atual atribui ao Distrito Federal, no seu território, os impostos sobre a transmissão da propriedade.

Presentemente êsses impostos, na Capital da República, são, por lei expressa e indubitável, patrimônio do Distrito Federal.

Ora, uma terminologia de que a Constituição da República deu o exemplo, e que as suas leis desenvolveram, qualifica o Distrito Federal com o nome de *município*, e com o epíteto de *municipais* adjetiva as coisas a êle aderentes, da sua competência, domínio e administração.

O nome e o adjetivo *não* são adequados; porquanto

1º) a Constituição, ocupando-se do Distrito Federal no art. 67, excluiu essa circunscrição do art. 68, que forma o título III da mesma Constituição, onde se estabelece o regímen geral dos municípios brasileiros;

2º) a representação, igual à dos Estados, que se lhe assegura, pelos arts. 28 e 30, nas duas casas do Congresso Nacional, diversamente do que sucede, nos Estados Unidos, com o Distrito Federal de Colúmbia, que não participa nem na eleição do Presidente da República, nem da dos membros do Senado ou da Câmara dos representantes, e não goza de representação local eletiva, sendo o seu governo exercido exclusivamente por uma junta de nomeação federal (DODD: *The Government of the Distr. of Columb.*, págs. 57, 73, 274), — estabelece uma diversidade insuperável entre a situação jurídica do Distrito Federal no Brasil e a das municipalidades.

Essa privilegiada situação o aproxima singularmente da dos Estados. Mas a coincidência geográfica do atual Distrito Federal com o antigo município neu-

tro e as restrições definidas ou autorizadas pela Constituição à sua autonomia, transportaram, por uma atração natural, do outro régimen para este, a respeito desta circunscrição administrativa, os mesmos hábitos e formas de linguagem.

O nome de *município* substituiu, apesar da imensa transformação por que passara a realidade, a que êle agora se applicava, e, conseqüentemente, aos atributos, instituições e direitos inerentes a essa *municipalidade*, assim inexatamente cognominada, se continuou a ligar a qualificação de *municipais*.

11 — A Constituição mesma resvalou nessa impropriedade, exprimindo-se, no art. 67, desta sorte:

Salvas as restrições especificadas na Constituição e nas leis federais, o Distrito Federal é administrado pelas autoridades *municipais*.

Parágrafo único — As despesas de caráter local, na Capital da República, incumbem, exclusivamente, à autoridade *municipal*.

Natural era, pois, que o mesmo estilo se insinuasse na legislação relativa ao Distrito Federal. É o que se veio a dar, muito naturalmente, com a sua lei orgânica: a Lei nº 85, de 20 de setembro de 1892.

Já o seu título nos diz que ela “estabelece a organização *municipal* do Distrito Federal”.

Em seguida, logo no art. 1º, declara ela que “o Distrito Federal, compreendendo o território do antigo município neutro, tem por sede a cidade do Rio de Janeiro, e *continua* constituído em *município*”.

Consagrada assim formalmente, daí passa essa designação a reiterar-se nos arts. 4º; 15, §§ 8º, 9º, 13, 17, 26, 28, 31, 36, 16; 19, § 7º; 24, 37, 42, 44 e 45.

Outras vezes o nome de *município* se troca, equivalentemente no de *municipalidade*: arts. 2º, 4º, 5º, 16, § 7º, 20, 30, § 6º, 32, parágrafo único, 44, 47, 54.

Ora dessa caracterização legislativa do Distrito Federal com o título de *município* ou municipalidade logicamente se devia originar, para tôdas as competências, dependências, e aderências dessa entidade, assim nominalmente *municipalizada*, a adjetivação, também legislativa, de *municipais*.

Foi o que de fato se veio, com a maior freqüência, a verificar.

Eis as provas, tomadas à lei orgânica no seu texto:

Conselho *municipal*: arts 2º, 7º, 9ª, 12, 13, 14, 15, 26, 27, 81.

Administração *municipal*: art. 58.

Eleitores *municipais*: arts. 3º e 4º.

Poder executivo *municipal*: art. 17.

Podêres *municipais*: art. 35.

Govêrno *municipal*: arts. 4º, 58, 71, 74 e 78.

Intendência *municipal*: arts. 63, 64, 73, 79.

Cargos *municipais*: arts. 4º, e 10.

Repartições *municipais*: arts. 4º, nº 6 e 15, § 4º.

Funcionários *municipais*: arts. 15, § 8ª, 34, 36 e 56.

Autoridades *municipais*: art. 15, § 33.

Negócios *municipais*: art. 11.

Serviços *municipais*: arts. 15, §§ 6ª e 34.

Eleições *municipais*: arts. 60 e 82.

Guardas *municipais*: arts. 28, 29 e 31.

Distritos *municipais*: art. 7º.

Território *municipal*: art. 15, § 28.

Bens *municipais*: art. 15, §§ 8º e 15; art. 41.

Obras *municipais*: art. 4º, n. 5.

Servidões *municipais*: art. 15, § 23.

Imóveis *municipais*: art. 50.

Interêsse *municipal*: art. 30, § 3º.

Higiene *municipal*: arts. 15, § 19 e 58.

Bibliotecas *municipais*: art. 15, § 18.

Arquivo *municipal*: art. 30 § 4º.

Legislação *municipal*: art. 30, § 4º.

Municípios: arts. 30, § 6º, 45 e 51.

Fazenda *municipal*: arts. 32 e 37.

Cofres *municipais*: art. 19, § 5º.

Dívida *municipal*: art. 38.

Rendas *Municipais*: art. 19, § 4º

12 — Mas, se, por essa assimilação, inadequada e contestável, mas legal e constitucional, tudo o que interessa ao Distrito Federal tudo o que lhe toca, tudo o que se lhe atribui, tudo o que é seu, adquire *ipso facto* a qualidade e a qualificação de *municipal*, não se poderia contestar que, uma vez consignados ao Distrito Federal, pela Constituição ou por uma lei, quanto mais por uma e outra, os impostos de transmissão de propriedade, êstes impostos assumem, nesta secção do território brasileiro, a classificação de *municipais*.

Destinam-se êsses impostos ao serviço de um distrito, a que a Constituição e as leis apelidam, uniformemente, de *município* e *municipalidade*.

São arrecadados, fiscalizados e geridos pelas autoridades *municipais*.

Pertencem à fazenda *municipal*.

A administração *municipal*, o *conselho municipal*, os poderes *municipais*, o governo *municipal* é que dêles dispõem.

Utilizam-se no território *municipal*, entre os distritos *municipais*, a bem dos seus *municipes*, com os diferentes serviços *municipais* sob a direção da intendência *municipal*, com o concurso dos funcionários *municipais*.

Têm por fim contribuir para a solução da dívida *municipal*, acudir aos interesses *municipais*, facilitar a liquidação dos negócios *municipais*, munir de recursos as repartições *municipais*.

Em suma, fazem parte das *rendas municipais*.

Logo, inquestionavelmente, aqui, neste distrito, no Distrito Federal, os impostos de transmissão de propriedade são impostos *municipais*.

Seja, ou não, esta, cientificamente, a sua natureza, o que não se pode negar, é que, no direito po-

sitivo, na técnica legal, tais são a sua qualidade e o seu nome, entre nós.

13 — Se, pois, na cláusula 46^a do contrato celebrado, em 6 de novembro de 1907, entre a Prefeitura e as três companhias de carris urbanos se convencionou que

as transferências das suas concessões serão feitas independentemente de pagamento de jôia ou *qualquer outra contribuição ou impôsto municipal*.

não pode haver dúvida nenhuma que, ante esta fórmula de isenção absoluta a impostos ou contribuições municipais, a transferência dessas concessões com que se ocupa a consulta, está isenta do impôsto de transmissão de propriedade.

Primeiramente, porque o ato jurídico de que se trata constitui, ninguém o duvidará, uma verdadeira *transmissão de propriedade*.

Em segundo lugar, porque o tributo de que se questiona, entra na categoria *dos impostos*. O seu próprio nome legal lha impõe declaradamente, designando-o como "impôsto".

Por último, desde que foi aquinhoado ao município do Distrito Federal, ninguém, sensatamente, o poderá excluir do número dos impostos *municipais*.

14 — Só à palavra *impostos* não encontramos associado, nesses textos, o qualificativo de *municipais*. Mas encontramos-lo associado ao vocábulo *rendas*, na expressão *rendas municipais* (Lei nº 85, de 1892, art. 19 § 4º); e quem diz *rendas* tem dito *impostos*; pois, quando se trata da fazenda pública, de uma nação, estado, província ou municipalidade, os *impostos* são, dentre as suas *rendas*, as principais a que se alude.

Quando, portanto, na cláusula 46ª do contrato que se discute, as duas partes contraentes, prefeitura e companhias, entre si assentam que as transferências das concessões exploradas pelas três sociedades contratantes “se farão sem pagamento de qualquer contribuição ou impôsto municipal”, os impostos ou contribuições municipais, de que, com essa cláusula se alivia totalmente a alienação de tais bens, são as contribuições e impostos do *Distrito Federal*; porquanto, desde que são do Distrito Federal, êsses tributos constituem, na acepção do texto constitucional e dos textos legislativos, *rendas municipais*, e, como tais, se acham designadamente visados pela estipulação da imunidade assegurada no contrato.

Logo, se os impostos do Distrito Federal são impostos *municipais*, e se, passando a ser do Distrito Federal, os impostos de transmissão de propriedade passaram a ser impostos *municipais*, a isenção acordada na cláusula 46ª do contrato de 6 de novembro de 1907 excluiu formalmente do pagamento dêsses impostos as transferências das concessões aludidas.

15 — Outra não podia ser a intenção dos contraentes. Isto por dois motivos. Um, porque seria absurdo que o não fôsse. Outro, porque ela explicitamente se declara tal.

Não podia ser outra a intenção da cláusula contratual, a que se alude; porque o govêrno do Distrito Federal só de impostos ou contribuições *pertencentes ao Distrito Federal* tinha o direito de pactuar isenção. E, se pactuou a isenção dos impostos aquinhoados ao Distrito Federal, numa cláusula concernente à *transferência* das concessões, e com referência das concessões, e com referência declarada, exclusiva, absoluta a essas *transferências*, evidentíssimo é que os impostos alvejados *com especialidade e sobre todos*,

senão os únicos alvejados, por essa estipulação do contrato são os da transmissão de propriedade.

16 — A intenção das partes, tal qual se revela, explícita ou implicitamente, no texto das convenções, constitui a suprema lei dos contratos. *Semper vestigia voluntatis sequimur.* (L. *Quidam*, 5, pr. Cód. de necessariis servis heredib. instituendis, 6, 27). *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit.* (Dig. 50, 16. De verb. sign. 219).

No direito moderno, como no antigo, a hermenêutica obedece, em toda a parte, a esta norma. "*The first and main rule of construction is that the intent of the parties as expressed in the words they have used must govern.*" (*Cyclopaedia of Law and Procedure*, vº *Contracts*. Vol. IX, N. York, 1903, página 577. — DELISLE: *Princ. de l'interpret. des lois, des actes, des conventions*. Tom. I, pág. 14 e segs. — GAUGUIER: *De l'interpret. des actes jurid.*, págs. 34 e 50. — DEZEUX: *De l'interpretation des actes jurid. privés*, 1905, págs. 37, 59, 128, 130, 131, 311, 388-89, 452-3).

Na hipótese não há que olhar *voluntatem potius quam verba*: pois os termos da cláusula convencional frisam, distinta e precisamente, a vontade, que se destinam a significar.

Os termos são absolutamente claros. Não cabe, portanto, sindicá-los da intenção dos contraentes. O sentido literal basta, para determinar a natureza e o alcance da convenção. "O juiz não tem que inquirir se o verdadeiro intento das partes não será diverso do que os termos supõem necessariamente". (B. LACANTINERIE ET BARDE: *Traité des Obligations*, v. I, página 481, nº 556 — LAROMBIÈRE: *Traité des obligat.*, art. 1.156, n. 5).

Na espécie, a estipulação final da cláusula 46ª do contrato, definindo, em matéria de tributos, a situação ajustada quanto às transferências das concessões outorgadas às três companhias de transportes, declara que essas transferências

não pagarão nenhum imposto municipal.

Ora, no Distrito Federal,

os impostos de transmissão de propriedade são municipais.

Logo, por avença explícita no contrato,

as transferências das concessões dessas companhias não pagarão o imposto de transmissão de propriedade.

O silogismo é irrefragável.

Os termos empregados não deixam dúvida nenhuma quanto ao propósito dos contraentes, manifestado no contexto da cláusula contratual. Não há, portanto, sequer, matéria para interpretação. A linguagem da convenção reflete materialmente a vontade comum das partes. (LAURENT: *Principes*, tom. 28, n.º 169 — *Pandectes Belges*, tom. 54, col. 589, n. 6.)

17 — Tanto mais rigorosamente definido se acha ali o intuito dos contraentes, quanto há coincidência estreita entre os *termos da cláusula contratual*, que especifica o ato jurídico, exonerando-o de contribuições municipais, e os *termos da lei* onde se dispõe acerca da contribuição municipal, cuja inclusão nessa cláusula se pleiteia.

Os atos individuados pela cláusula de que se trata, são as *transferências* das concessões das companhias.

Transferências equivale, sem diversidade absolutamente nenhuma, a transmissões.

As concessões das companhias são as suas propriedades.

Logo, substituindo as primeiras expressões pelas segundas, teremos que os atos jurídicos, de cuja imunidade tributária se ocupa a clausula 46ª no seu remate, são as *transmissões dessas propriedades*.

Mas o impôsto, que, segundo a Lei nº 2.524, de 1911, recai sobre a propriedade, quando se transfere ou transmite, por morte ou em vida, é o *impôsto de transmissão de propriedade*.

Logo, é especificamente sobre o impôsto de *transmissão de propriedade* que recai a isenção ajustada, para *essas transmissões de propriedade*, naquele texto do contrato.

Esse texto é imperativo. A municipalidade não se lhe pode furtar.

18 — Respondidos estão, destarte, os dois primeiros quesitos da consulta:

O impôsto de transmissão de propriedade, no Distrito Federal, é um impôsto municipal.

A transferência das companhias São Cristóvão, Carris Urbanos e Vila Isabel, não está sujeita ao pagamento dêsse impôsto.

II

A transferência das Companhias São Cristóvão, Carris Urbanos e Vila Isabel à Light & Power, deve ser feita independentemente do pagamento dêsse impôsto de transmissão de propriedade, precedendo apenas licença da Prefeitura?

19 — A transferência, nos termos da cláusula 46ª, requer prévia licença da Prefeitura Municipal.

Mas êste direito do govêrno do distrito, direito limitado pelo que a municipalidade reconheceu às

companhias de transferirem as suas concessões, não autoriza a administração municipal a recusar a licença requerida, senão quando ela importar em dano da municipalidade, do seu serviço, do interesse geral; o que só se concebe possa ocorrer, quando os alienatários não apresentem as mesmas condições de idoneidade que os alienantes, e não ofereçam ao público tão boas garantias de execução cabal dos contratos, quanto os que lhes querem ceder.

Ora tal objeção não poderia a municipalidade articular contra a Light & Power, cuja idoneidade para quaisquer empresas deste gênero não sofre controvérsia, e cuja superioridade às três outras companhias, de que se trata, a Prefeitura Municipal solenemente reconheceu, quando, no contrato de unificação, a aceitou como fiadora dessas companhias.

A fiança tem por objeto dar ao credor, mediante a obrigação acessória do fiador, a segurança, que o seu devedor lhe não oferecia. Os romanos a definiam como a

stipulatio qua quis alterius obligationem AD MAJOREM CREDITORIS SECURITATEM in fidem suam recipit, ita tamen ut principalis quoque maneat obligatus (Fr. 1, § 8 D. de obligationibus et actionibus, XLIV, 7). (*)

As garantias, com que da parte do devedor não contávamos, vamos buscá-las no fiador:

plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accepimus, qui eadem obligatione teneantur, dum curamus, ut quod in obligationem deduximus, TOTIUS NOBIS DEBEATUR». (Ibid.)

A essência desse contrato está na intervenção de "un terzo per dare maggiore sicurezza al credi-

(*) Esta passagem coincide com a que transcreveu o A. adiante citado; não foi, todavia, colhida diretamente do Digesto (N. do Rev.)

tore", quando se quebrante a fé, ou cesse a solvência do devedor: "*quando venga meno la fede o la solvibilità del principale debitore*". (CORSI: *La fidejussione*, pág. 3).

20 — No contrato de 6 de novembro de 1907 a fiança que a Prefeitura Municipal aceitou da Light & Power, se acha estipulada nestes termos:

A êste ato compareceu também *The R. de J. Tramway Light & Power Co., Limited*, representada por, e disse que solidariamente se obriga, como fiadora e principal pagadora perante a Prefeitura, *pelo exato e pronto cumprimento de tôdas as obrigações, ônus, contribuições, multas e demais penalidades, que pelo presente contrato assumem, ou em que possam vir incorrer as três referidas companhias...* Em vista do que o Prefeito do Distrito Federal, *aceitando* os compromissos assumidos pelas três companhias referidas e *essa fiança*, mandou lavrar o presente contrato. . .

Não foi, pois, só em garantia dos ônus meramente pecuniários contraídos ou contraíveis pelas três companhias, que a Prefeitura dêste Distrito converteu na fiança ajustada com Light & Power: foi em *segurança de tôdas as obrigações*, que essas companhias assumiram, isto é, em abono de que executariam o contrato, de que realizariam os serviços nêle convenccionados, de que os melhoramentos ali traçados para a cidade se levariam a efeito, como ali se planejavam. Afiançavam-se *as quantias* devidas, e se afiançavam, juntamente, os *compromissos profissionais*.

A administração municipal, que se não sentia tranqüila com o concurso das três companhias, considerou-se garantida, para todos êsses efeitos, com a importância do fiador.

Se, portanto, agora, por um acôrdo entre êste e aquelas, o fiador se propõe a substituir-se aos deve-

dores, e a Light & Power assume a si as obrigações das suas afiançadas, o govêrno do município não tem o direito de lhe recusar a ela como executora do contrato das suas abonadas, a confiança, que, como garantia total da execução do contrato, a reconhecia capaz de merecer, e sem reserva alguma lhe concedia.

Seria uma deliberação injurídica, de mero capricho, visivelmente originada na preocupação arbitrária de forçar a transferência das concessões, contra a evidência da letra e espírito do contrato, ao pagamento do impôsto de transmissão.

Ao terceiro quesito, pois, respondo negativamente: nas circunstâncias do caso a Prefeitura não pode indeferir à licença impetrada.

III

Pode a Prefeitura negar licença para a transferência solicitada, uma vez que a Light se obrigou como fiadora e principal pagadora das Companhias de São Cristóvão, Carris Urbanos e Vila Isabel, nos termos da cláusula 54^a do contrato de unificação?

21 — O quarto quesito, nos termos condicionais em que se formula, me parece prejudicado com a resposta dada ao anterior.

Sempre direi, todavia, que, a persistir o govêrno municipal no arbítrio de negar a licença requerida para a transferência, não se me afigura eficaz o alvitre, ali sugerido, para se chegar, indiretamente, ao mesmo resultado, alegando as três companhias que não querem mais cumprir o contrato, e chamando a Light & Power a executá-lo por sua conta.

Inspirada no mesmo sistema de arbitrária denegação, a municipalidade poderia opor a essa tentativa

obstáculos semelhantes aos com que vai embaraçando a transferência das concessões.

IV

Caso a Prefeitura possa a seu arbítrio negar a licença solicitada, podem as três Companhias de Carris declarar que não querem cumprir mais o contrato e que incumbiram a Light & Power de executá-lo por conta delas, sem que a Prefeitura possa opor-se a isso?

22 — Se a Prefeitura Municipal se aferrar ao seu arbítrio de não outorgar a licença solicitada, sem motivos, que não vejo, capazes de mostrar o seu direito e a sua boa fé, entendo eu que a municipalidade responde pelo dano, que, com êsse arbitrário proceder, cause às quatro companhias.

V

Se a Prefeitura continuar no seu propósito de não permitir a transferência solicitada, opondo-se a que a Light & Power faça o serviço das três Companhias, responde a Municipalidade pelos prejuízos que êsse seu procedimento der causa às três Companhias e à Light & Power? Que remédios administrativos e que meios legais são aconselháveis para resolver-se essa questão de transferência do modo mais rápido e eficaz?

23 — “Para se resolver de um modo *rápido e eficaz* esta questão da transferência” das concessões, não conheço, no mecanismo jurídico do país, “remédios administrativos ou meios legais”.

Remédios *administrativos*, não sei onde os possa haver, num sistema que dos atos de Prefeitura dêste Distrito, em assuntos da sua gestão e competência, não abre recursos para outros órgãos ou instâncias da administração.

Como o Prefeito é um funcionário da escolha e confiança do governo central, êste, se quisesse exercer no seu delegado o ascendente, de que dispõe, e de que se deveria utilizar a bem dos interesses desta grande cidade, poderia, com a sua interferência, decidir tudo. Mas no apêlo a tais influências, não haveria uma ação jurídica, suscetível, como tal, de um parecer e conselho meu.

Meios legais de outra natureza duvido que existam, para o caso, fora da alçada judicial. Mas esta não nos proporciona outros instrumentos de reação legais contra a obstinação da municipalidade, além da reclamação de perdas e danos, com que, na resposta ao quesito antecedente, concordei.

Êsse meio, porém, devendo se considerar "eficaz", "rápido", todavia, não pode ser. Mas, se me não engano, será, na espécie, o único utilizável; visto como não me parece que o caso comporte algum dos remédios sumários instituídos pelas nossas leis, ou admitidos pela nossa praxe.

Rio, 16 de novembro, 1913.

RUI BARBOSA.



IV

DISPONIBILIDADE DE
MAGISTRADO

*Direito de Acesso Mediante Promoção.
Desempenho de Mandato Eletivo*

e

Suas Consequências Jurídicas

PARECER



CONSULTA

A Lei baiana nº 561, de 30 de agosto de 1904 (reforma judiciária) dispõe:

Art. 6º — Feita a reorganização dos termos e comarcas, e classificadas estas por entrâncias, o governador do Estado proverá os respectivos lugares, observada estritamente a atual classificação dos juizes de direito e tendo sempre em vista a boa administração da justiça e as conveniências do serviço público.

Parágrafo único — Os juizes de direito, que ficarem sem comarca, serão considerados em disponibilidade, com direito ao ordenado do cargo e contagem do tempo de serviço até que sejam aproveitados.

Baseado nesta disposição, o Governador baixou o decreto de 4 de outubro, alterando a divisão territorial das comarcas e pondo em disponibilidade vários juizes de direito.

Por esta medida foi atingido o juiz F. cuja comarca, aliás, conservou sua primitiva extensão territorial e a mesma categoria na ordem das entrâncias.

F. protestou imediatamente contra esse esbulho.

Posteriormente, conformando-se com a jurisprudência que reconheceu a inconstitucionalidade do supradito parágrafo único, na parte que mandava pagar aos juizes em disponibilidade apenas o ordenado sem a gratificação, a Lei nº 741, de 23 de agosto de 1909 autorizou o governo a mandar pagar aos referidos juizes os seus vencimentos integrais.

F. os tem recebido e continua a recebê-los.

Sem poder exercer as funções da judicatura, por força da disponibilidade violenta, para a qual não concorreu e contra a qual protestou, F. achando-se privado de tais funções, cujo exercício o incompatibilizava de exercer outras, quer de nomeação do executivo, quer de eleição, aceitou o mandato

de senador estadual e atualmente o de deputado federal, visto como a Constituição da Bahia e as leis eleitorais do Estado e da União só aludem a proibição de serem eleitos os juizes que exercerem funções judiciárias. (*Vide*: Constituição da Bahia arts. 70 e 79 — Leis Eleitorais da União de nº 1.269, de 15 de novembro de 1904, art. 108 e de nº 2.594, de 11 de junho de 1911 e art. 5º parágrafo único — e do Estado da Bahia de nº 812 de 30 de julho de 1910 art. 25 parágrafo único n. 7 — que declara inelegíveis para os cargos políticos no Estado «os membros permanentes do poder judiciário»).

A mesma Constituição, estatuinto que *nenhum deputado ou senador poderá aceitar empregos remunerados do Estado ou da União*, excetua os casos de de acessos previstos em lei (*Vide* Const. cit., art. 20 e § 1º).

E a lei de organização judiciária, de 15 de julho de 1892, na 3ª alínea do art. 35, ainda em vigor, prescreve:

«Aos juizes não é lícito renunciar o acesso a que lhes der direito sua antiguidade».

Assim exposta a situação da disponibilidade dos juizes atingidos pela reforma de 1904, pergunta-se:

I

Quando a antiguidade de F. lhe der direito à comarca de entrância superior, é lícito ao Governador recusar-lhe êste acesso?

II

Uma vez dado o acesso, F. incorrerá na perda do mandato popular, ou continuará no exercício dêsse mandato, com as garantias da disponibilidade e vantagens do acesso legal?

III

Os demais juizes em disponibilidade forçada, por terem sido supressas suas respectivas comarcas, se encontram ou não na mesma situação jurídica de F.?

IV

Como deverá proceder o Governador no caso de sobrevir, na constância do mandato de F., uma vaga em comarca, cujo acesso lhe deva caber por direito expresso?

Rio, setembro, 1913.

Vai em separado a consulta, nesta data, em cinco páginas manuscritas de meu punho e por mim assinadas.

Rio, 27 de outubro de 1913.

RUI BARBOSA.



Parecer

Os quesitos formulados na consulta, não suscitam, a meu ver, sèriamente, questão alguma. Limitar-me-ei, pois, a lhes indicar as soluções, que, ante os princípios e os textos, legais ou constitucionais, me parecem intuitivas.

I

Instituindo a lei baiana nº 561, de 30 de agosto de 1904, ainda em vigor, no art. 69, parágrafo único, transcrito pelo consulente pela sua exposição, que os juizes de direito, a quem, na reorganização judiciária do Estado, se não desse comarca, seriam considerados em disponibilidade, com direito, além do ordenado, à *contagem do tempo de serviço*, até serem aproveitados, claro está que ao Govêrno estadual não será lícito recusar ao Juiz de Direito F., deixado em disponibilidade, o acesso à classificação entre os habilitados a comarcas de entrância superior, quando a antiguidade dêsse magistrado lhe der êsse direito.

Mandando contar a êsses juizes, como tempo de serviço, o decorrente enquanto lhes perdurar a disponibilidade, a lei, evidentemente, lhes assegurou as conseqüências imediatas e específicas dessa contagem, a primeira das quais consiste na antiguidade, com o seu efeito inevitável dos acessos a ela correspondentes.

II

A Constituição da Bahia, no seu art. 20, prescreve que nenhum deputado ou senador "poderá aceitar

empregos ou comissão remuneradas do Estado ou da União."

Mas o acesso na ordem da magistratura não é nem comissão, nem emprego remunerado. É uma promoção na escala judiciária, uma elevação de categoria no título do juiz, que resulta necessariamente da antiguidade, do tempo vencido, por virtude exclusiva da lei, sem que ao governo caiba senão executá-la, com exação automática, em se cumprindo o número de anos, donde deriva *ipso jure* a mudança na graduação do magistrado.

Não cai, portanto, sob o disposto no texto constitucional, cujo intuito, manifestamente, se limita a vedar ao membro do Poder Judiciário a aceitação de mercês do Poder Executivo.

Por outro lado, quando a Constituição baiana fala, com o demonstrativo "êstes", dos "juizes", que "não podem aceitar, nem exercer outras funções, quer de nomeação do Poder Executivo, quer de eleição popular", e determina que, em casos tais, "a aceitação importa renúncia do cargo da magistratura" (artigo 70), é em seguida ao art. 69, onde o texto se ocupa com "os membros do Tribunal de Apelação", isto é, com magistrados que estão exercendo as funções da judicatura.

Se, portanto, depois, no seu art. 79, a Constituição baiana declara "aplicáveis aos Juizes de Direito as disposições dos arts. 69 e 70, óbvio é que só abrange nesta fórmula os Juizes de Direito, que, como os membros do Tribunal de Apelação, se acharem no exercício da sua magistratura.

Neste caso não se compreendem os Magistrados inativos, os juizes de Direito em disponibilidade, com relação aos quais não militam os motivos determinantes da incompatibilidade, restrita aos que estiverem em serviço efetivo.

Contemplado, pois, no acesso, a que por lei tiver direito, enquanto continuar em inatividade, o juiz F. poderá exercer o mandato de deputado, sem perder as vantagens do acesso, nem as garantias da disponibilidade, a que, contra a sua vontade e a da lei, se viu reduzido.

III

Na mesma situação jurídica estarão os demais juizes de direito em disponibilidade por terem sido supressas as suas comarcas, e não haverem sido admitidos a outras.

Ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio.

V

Para obedecer estritamente à lei e às conveniências da fazenda estadual, ocorrendo vaga, em comarca a que tenha direito o magistrado F., o procedimento que deverá ter o governador, é provê-lo nesse cargo.

Em tal caso, para entrar em exercício das funções judiciais, terá o nomeado que se desincompatibilizar, perdendo o mandato legislativo, cuja atividade é incompatível com a da magistratura.

Se o govêrno do Estado, porém, se houver diversamente, não nomeando a êsse magistrado, firmado estará, não obstante, o seu direito ao acesso na classificação, com os benefícios legais daí resultantes.

Êste o meu parecer.

Rio, 27 de outubro, 1913.

RUI BARBOSA.



V.

DEPORTAÇÃO DE
ESTRANGEIRO

CARTA A REDAÇÃO D'A NOITE



Carta

Ipanema, 15 de março de 1913, às 7 da manhã.

Srs. Redatores d'*A Noite*:

Anuncia a sua fôlha de ontem que a polícia prendeu e o govêrno resolveu deportar o operário José Aires de Castro, procurador da Sociedade de Resistência dos Trabalhadores em Trapiche e Café.

Naturalmente, a medida se buscará legitimar com a consideração de que José Aires é espanhol, e, como tal está sujeito à deportação por arbítrio da polícia e conveniência da ordem.

Não obstante essa alegação, porém, êsse ato seria um atentado contra as nossas instituições fundamentais. Os direitos concernentes à propriedade, à segurança individual e à liberdade, direitos cuja enumeração a Constituição da República nos faz no seu art. 72, assegura-os ela, igualmente, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Tais direitos, pois, gozam da mesma inviolabilidade ali afiançada, quer se trate de nacionais, quer de estrangeiros, quando êstes já tiverem residência estabelecida entre nós. Os estrangeiros são, portanto unicamente, os não residentes.

A disposição constitucional apresenta, como se vê, o caráter mais categórico e absoluto. Não admite exceções, atenuantes ou ressalvas. Tudo o que de outras legislações queiram trazer como subsídio interpretativo, para modificar a expressão universal

daquele texto, nada vale enquanto se não mostrar que essas legislações equiparam como a nossa, em relação aos direitos individuais, o estrangeiro residente ao natural do país. E, se atos do Congresso Nacional outra doutrina adotarem, firmando princípio diverso, essas resoluções legislativas, como flagrantemente e materialmente inconciliáveis com a lei orgânica do regímen, no seu texto e no seu intuito manifesto, são inconstitucionais, não dando, assim, direitos ao Govêrno, nem os tirando ao indivíduo.

Mui de propósito a Constituição republicana, compreendendo a vantagem para um país como o Brasil, de assegurar aos estrangeiros as maiores garantias de segurança e liberdade, se distanciou das idéias gerais neste assunto, igualando, em matéria de direitos individuais, os estrangeiros residentes aos brasileiros. Se esta liberdade constitucional ofende aos interêsses essenciais da ordem pública, e colide com as funções imprescritíveis da soberania territorial, como se tem alegado, é tratar de reformar pelas vias regulares a Constituição. Mas, enquanto esta subsistir redigida como está, o que ela determina em têrmos formais, tem, necessariamente, de prevalecer ao que os seus intérpretes e executores entenderem. A ordem pública num país constitucional, não tem outros direitos se não os que a Constituição lhe define, nem a soberania nacional, nos seus órgãos dispõe de outra prerrogativa, além das que a Constituição lhe atribui.

Posso defender agora com desassombro esta opinião, porque sempre a sustentei, tendo-a desenvolvido largamente, quando pleiteava, ante o Supremo Tribunal Federal, (*) o caso Borlido.

(*) Vide: Volume XXXIII (1906), tomo II, opúsculo I (págs. 1 e segs.) das OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA, onde se contém os informes atinentes à lide intentada por Antônio da Costa Borlido contra a União Federal (N. do Rev.)

Ora, se este é, indubitavelmente, o nosso Direito constitucional, desde que o operário José Aires de Castro reside no Brasil há mais de vinte anos, tendo construído a casa onde mora, em terreno que comprou, com sua mulher e filhos, tão deportável se deve considerar esse espanhol como qualquer cidadão brasileiro. A ele, pois, assiste o direito, como a mim em caso igual assistiria, de provocar a intervenção da justiça, defendendo-se por meio de *habeas-corpus*, contra a violência desumana, que lhe está iminente.

Não há outro meio sério e adequado, para resistência em situações dessa ordem, nas quais é indispensável firmar o direito contra os mais altos abusos do poder, se não invocar essa potestade suprema, que a nossa constituição erigiu em barreira aos excessos, assim do Governo, como do corpo legislativo.

Com a mais elevada consideração de V. S.

Patrício e amigo

RUI BARBOSA.



VI

HABEAS-CORPUS
EM FAVOR
DOS DESEMBARGADORES
DO TRIBUNAL SUPERIOR
DO AMAZONAS



NOTA DO REVISOR

A ausência de um *remedium iuris* capaz de impedir lesões de efeitos imediatos a direitos individuais, e, por outro lado, a hipótese de ineficácia da decisão, quando só a final concedida, por via de pleitos quase sempre de solução demorada, ensejou, no régimen da Constituição de 1891, a amplitude do *habeas corpus*, na proteção a tais direitos. Outra alternativa, em verdade, não havia, quer em face de seu texto, quer das leis complementares daquele diploma. É certo que a lei 221, de 20 de novembro de 1894, outorgara meios mui adequados a tal finalidade, sem falar-se no uso da proteção interdital, visando-se a garantir a posse de direitos pessoais, timidamente acolhida nos meios jurídicos, o que evidentemente não bastava. O caráter imediato de tais medidas, o rito sumaríssimo exigido pela natureza da lesão a remediar, somente mais tarde teriam de ser suficientemente disciplinados através do salutar *writ* instituído em 1934.

O projeto de reforma constitucional do Amazonas, já aprovado, em última discussão, no ano de 1913, introduzia sensíveis modificações na parte concernente ao Poder Judiciário, conferindo-se poderes quase discricionários ao Chefe do Executivo quanto à nomeação de novos desembargadores e juizes de primeira instância. Por outro lado, ficava ao nuto do Governador, *ex vi* de disposição transitória introduzida, pôr em disponibilidade e aposentar os magistrados de primeira e segunda instância, vedando-se, apenas, demiti-los ou removê-los. Esta dupla faculdade pareceu aos membros do Tribunal local e mais integrantes da Justiça atentar contra garantias inerentes ao livre exercício de suas atribuições, e,

destarte, solicitado por alguns dos atingidos, mediante representação em que figurava como primeiro signatário o Desembargador Raimundo Silva Perdigão, impetrou o Conselheiro RUI BARBOSA ordem de *habeas corpus* ao Supremo Tribunal Federal. Submetida a julgamento a 20 de agosto de 1913, depois de agitadíssima sessão, decidiu-se suspendê-lo, a fim de solicitarem-se informações (*A Época*, 21 de agosto de 1913). Em data de 22 seguinte, antes mesmo do recebimento oficial do pedido de informações, foram estas prestadas pelo então Governador do Estado (cf. *Documentos Parlam., Int. nos Estados*, vol. XII, p. 34).

Foi o pedido de *habeas corpus* julgado na sessão de 23 de agosto de 1913, sendo relator o Ministro MANUEL JOSÉ MURTINHO. Sustentando-o, produziu o impetrante, Conselheiro RUI BARBOSA, o discurso ora reproduzido, não sendo possível, sem embargo de reiteradas buscas no Arquivo do Supremo Tribunal Federal, encontrar os autos originais, nos quais se contêm ou continham peças de inegável relêvo para a publicação.

O pedido, que se processou sob o número 3.205, figurando como impetrante Conselheiro RUI BARBOSA, e, como pacientes, os membros do Superior Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, foi, por unanimidade, concedido na sessão já referida, fazendo longas considerações a respeito os Ministros PEDRO LESSA, ENÉIAS GALVÃO, PEDRO AFONSO MIBIELI e SEBASTIÃO DE LACERDA (veja-se *A Época*, edição de 24 de agosto de 1913; *Doc. Parl.*, vol. cit., ps. 238-239, ed. de 1918).

1 — Discurso

*em sessão do Supremo Tribunal Federal
de 20 de agosto de 1913*

Estava-me reservado a mim, na minha ingrata peregrinação, como romeiro de um ideal proscrito, como advogado fiel da lei, através das ruínas dêste regímen, cujos destroços se amontoam, e vão desaparecendo sorvidos no vasto lodaçal que aí vêdes, acabar hoje, afinal, requerendo à Justiça um *habeas-corpus* para a Justiça, levantando aos pés do Supremo Tribunal Federal o grito de socorro e naufrágio do Tribunal Supremo de um grande Estado brasileiro, que se abisma, nesta catástrofe das nossas instituições, alongando para vós os braços, que o desespero agita.

É a primeira vez que os homens vêm desenhar-se esta cena inverossímil no terremoto moral de uma nacionalidade. Ainda se não tinha visto um tribunal supremo vir impetrar a outro supremo tribunal garantias de existência contra os acessos da loucura de um governo. Deputados e senadores, municipalidades, congressos já têm comparecido ante vós nesta atitude impetrativa. Hoje é a própria Justiça, essa entidade augusta sôbre as mais augustas, majestade entre tôdas as majestades da terra e do céu, que se torna aqui visível aos nossos olhos dilatados na confusão de um assombro religioso.

Haveis de vê-la, como todos estamos vendo na recolhida contemplação íntima das coisas incomensuráveis. A sua imagem assomou neste recinto onde não cabe, cresce entre as paredes desta sala, que a não comportam, ergue-se num surto repentino além destes tetos, que em vão tentariam comprimi-la, e se ergue acima desta casa, enche a praça, num momento se estendeu por todo o nosso imenso território, como se fôsse a própria nação transfigurada na postura escultural da reivindicação de sua honra, e se apresenta ao mundo surpreso, atônito, rôto o manto venerável e descoroadada a divina cabeça, na condição de peticionária, de miserável, ameaçada e perseguida.

Se, pois, ainda vos não esquecesteis de vós mesmos, se o nume que habitava êste santuário ainda se não afugentou do espírito dos seus sacerdotes, nem tendes que discutir na forma ordinária destas causas: só vos resta reconhecê-lo, assentá-lo no altar que lhe deveis ter reservado em vossas consciências, e repor-lhe na frente as insígnias da sua realza imaculada, que as facções sedentas de sangue e rapina lhe arrebataram. (*)

Honrados ministros do Supremo Tribunal Federal, é a revolta da consciência, é o sentimento da alma nacional, é a verdade em marcha para as suas conquistas, que vêm a êste tribunal.

O fato é sem precedente neste país e em qualquer outro. Bem sei que a Justiça, às vezes, entre nós, que não se impressiona com êstes assomos do patriotismo ferido nos mais íntimos recessos da sua consciência.

(*) Até aqui transcrevemos o original manuscrito, aliás incompleto, existente no arquivo da CRB. Segue-se o texto da notícia de *O Imparcial* de 21 de agosto de 1913.

Mas atendei à situação especial do meu caso.

Não é a retórica que levanta a voz neste recinto.

A retórica é a linguagem rasteira dos baixos interesses. Quando se advogam as grandes causas, são as manifestações da eterna verdade, companheira inseparável da justiça, que irrompem espontaneamente pela força natural do próprio raciocínio, pelo desenvolvimento lógico das idéias, abrindo saída pela palavra.

Não há muito, senhores, a requerimento de um brasileiro ilustre, concedestes dois *habeas corpus* destinados a reparar as feridas abertas no direito do Amazonas, pela malfadada política que ali reina.

O primeiro *habeas corpus* tinha por fim garantir aos senadores daquele Estado o exercício de suas funções; o segundo fôra impetrado para salvaguardar também a liberdade de cidadãos daquele Estado contra os demandos da política que o agita.

E como foram cumpridas estas ordens?

Aquêles, sôbre os quais estendestes por duas vezes assim a égide constitucional, estão até hoje privados das garantias que o nosso pacto fundamental lhes assegura.

Longe de se sentirem mais acautelados, de então para cá viram contra si recudescer as iras do poder armado, na explosão da anarquia revolucionária que está para varrer do Amazonas os últimos restos do regímen assegurado pela constituição da República a todos os brasileiros.

O *habeas corpus* com que a lei selou a promessa de assegurar ao cidadão o inteiro respeito a sua liberdade contra as medidas arbitrárias dos governos não passa de uma irrisão, como tem até hoje sucedido, se a côrte suprema do país, o areópago da justiça aqui

reunido, não toma sôbre si o encargo de responsabilizar os birbantes graduados em cujas mãos está o poder irreponsável, para que soubessem que a justiça é alguma cousa mais do que o instrumento de suas ambições e inconfessáveis interesses.

Desde o Código do Processo de 1832, das leis conservadoras do Império, se entendeu de acompanhar a concessão do *habeas corpus* da responsabilidade escrita das autoridades coatoras.

Há então nesse regímen que se diz republicano, privilégio solenes para os felizardos a que as posições garantam o abuso do poder?

Eleitores municipais, senadores, deputados, governadores, algumas destas entidades, num regímen como o nosso, livre e democrático, poderá manter impunente o monopólio da irresponsabilidade para zombar das leis e das vossas sentenças, sem que as vossas mãos desçam um dia com severidade sôbre a cabeça dos transgressores?

Perdão, senhores ministros do Supremo Tribunal, aos homens quando sacerdotes de um poder como sois, nunca falta ocasião para fazer reconhecida a sua legítima autoridade; porque em fazendo respeitá-la como o deve ser, não há potestades baixas ou altas do govêrno que dela triunfem.

Porventura, êsse telegrama seria uma surpresa para os que tem acompanhado as lutas daquele Estado infeliz?

Como foram recebidos aquêles dois *habeas corpus*, o último, até, creio que concedido por unanimidade de votos e dispensando-se as informações?

De então em diante é que se desencadeou a mazorca política, administrativa e militar mais façanhuda e desfaçada a que se assistiu. (*)

(*) Aqui cessou a transcrição taquigráfica do jornal, que passou a resumir a oração.

Passa em seguida a referir-se a vários fatos de violência praticados no Estado do Amazonas, tais como a revolta de algumas praças de polícia contra os seus superiores, por ocasião da qual as autoridades administrativas e militares resolveram bombardear o quartel aproximando os canhões até a distância de dez metros do mesmo, de onde se fizeram os últimos disparos.

Diz então os homens encontrados no quartel e nas imediações foram todos de cambulhada como animais que o caçador destina à faca do cozinheiro, ainda vivos fuzilados em número de vinte e um, de conivência com o governo. E poucos dias depois o comandante das forças era graduado em general por haver ensopado no sangue de seus concidadãos as ruas de uma cidade.

A fúria selvagem da anarquia se desencadeou contra a população toda; velhos, crianças, homens e mulheres, ninguém escapou.

O inspetor do Tesouro, que está, provavelmente, no auditório, funcionário antigo, não salvou a vida senão graças à proteção dos maquinistas do navio entre cujas caixas de depósito de carvão se pôde foragir.

O coronel Otávio Santos, chamado para evitar o empastelamento de um jornal, encontrou ali e prendeu um filho do governador do Estado.

Chegou-se a corromper com dinheiro os oficiais do Exército; um deles contudo, o tenente Cândido Sobrinho, repeliu com altivez a vil oferta.

Mas outro que não tinha a mesma rijeza de consciência, estendeu a mão azinhavrada e recebeu 5:000\$000, um automóvel, um cavalo e um contrato de empreitada para reparar os estragos causados.

Aqui está por que arte vive a política execranda daquele Estado.

Afirma que a Constituição atual, adotada em 1910, estatui peremptoriamente no art. 68 que a mesma só será reformada de vinte em vinte anos.

Na anterior, de 1895, no art. do mesmo número 68, se estabelecia o prazo de dez anos, só depois dos quais podia ser a mesma alterada.

Este prazo foi respeitado, tendo a Constituição de 1895 vigorado até 1910, isto é, durante quinze anos.

A Constituição atual alargou o prazo de interdição à reforma de 10 para 20 anos e logo depois de dois anos de publicada é a mesma reformada.

É uma usurpação pública flagrante, e desmarcada. Não se trata de uma autoridade administrativa, é o próprio legislador que rasga as leis do Estado, destruindo a Constituição a pretexto de reformá-la.

Quando uma assembléia sai de sua competência e salta por cima das leis, não sômente ordinárias mas ainda constitucionais, o ajuntamento ilícito é um grupo de criminosos.

A Constituição Estadual de 1910 no art. 83 assegurou aos juizes de direito e desembargadores a vitaliciedade e o direito de não serem considerados avulsos e em disponibilidade senão se o pedirem, desde que se achem nas condições legais.

A reforma atual retira aos magistrados do Amazonas tôdas essas garantias.

Ainda o art. 64 da Constituição Estadual de 1910 declara que os desembargadores e juizes de direito só perderão o cargo por sentença judicial passada em julgado, dando mais garantias aos juizes que a antiga.

Ao Supremo Tribunal cabe escolher estas duas constituições ou carimbar com a sua cumplicidade e autoridade o ato usurpatório e nulo do atual Congresso Estadual.

Não pode entrar no seu espírito que a justiça possa hesitar nesse facilimo dilema.

Refere-se o art. 6 da Constituição Federal, que permite a intervenção da União nos Estados assegurar o régimen republicano e federativo e à jurisprudência do Supremo Tribunal que tem estendido aos magistrados dos Estados as mesmas garantias de independência asseguradas pela Constituição nacional aos juizes federais.

Refere-se às constituições de vários Estados em contrário à disposição da Constituição Federal.

Volta a falar da política do Amazonas, em virtude da qual mais de quatrocentos cidadãos se viram obrigados a se expatriar para os Estados vizinhos.

Mostra como nunca a situação de violência e coação a que se refere o art. 72, parágrafo 22 da Constituição Federal, se assinalou de forma mais monstruosa e inaudita.

Diz que até hoje os acessos de loucura dos governos se exerciam contra os cidadãos individualmente, as autoridades administrativas, as corporações municipais; agora cresce a onda, a maré se levanta às mais elevadas alturas da Justiça.

Estão ameaçados não já juizes avulsos, mas uma corporação a quem cabe dentro do Estado o supremo poder judiciário.

Refere-se ainda ao caudilhismo que reina nos Estados do Norte, e termina dizendo que há de chegar o dia em que um desses caudilhos há de vir, por sua vez, implorar justiça aos pés do Supremo Tribunal Federal.



2— Discurso

*na Sessão do Supremo Tribunal Federal
de 23 de agosto de 1913*

Egrégios Ministros:

Perdoai-me, se ousar, ainda uma vez, alterar com a minha importuna presença a quietude habitual desta excelsa tribuna. A imperturbabilidade com que me escutastes a exposição de um atentado sem exemplo na história dos tribunais, e a frieza com que respondestes ao grito de miséria da justiça brasileira, deixando entregue ao verdugo a sorte da vítima, embora esta fôsse a magistratura inteira de um dos Estados da União, vos dava, talvez, o direito de ter por certo que eu não insistisse em arrostar as decepções dêste pôsto, cuja experiência tantas amarguras tem custado à minha fé liberal, desde o dia em que, há vinte e um anos, aqui me vi a sós com o voto de PISA E ALMEIDA, até ao em que, não há dois anos ainda, transpunha estas portas com as lágrimas a rebentarem-me dos olhos, sem conseguir interessar-vos na sorte do meu Estado natal. (*)

Mas, senhores, parece que assim mesmo deve ser na distribuição dos quinhões dêste mundo. Para uns, o dever é a frágua, em que o condenado tressua

(*) Vide: Volume XXXIX, tomo I, das OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA, onde se contém a matéria atinente aos processos de *habeas corpus* a que alude o Autor.

debruçado sôbre a forja, malho em punho, a bater na incude rechinante, as mãos queimadas no metal em brasa, negro da fuligem, o rosto e a vista ameaçada pelas chispas da bigorna. Para outros é a bem aventura das alturas, cuja inacessibilidade nos males cá de baixo reduz os horrores do sofrimento humano, visto dêsses longes, a nugas tão sem interêsse aos olhos dos deuses, como aos nossos as bugiarias de um teatrito de bonecos.

Quando se está entre os numes, vendo, lá dêsses infinitos, rolar o argueiro da terra pelas imensidades etéreas, como um grão de pó num raio de luz, — que diferença de abalo se poderá sentir entre o cair de um pomo, que se despega do seu ramo, e o tombar de um sêrro, engolido por um cataclismo, entre o fragor de um muro, que desaba, e as tormentas de uma revolução, que submerge um império, ou as catástrofes de uma guerra, que muda a face de um continente?

As criaturas do nosso vale de lágrimas, porém, não se resignam a essa insensibilidade, embora ela seja, para os viventes dêste planeta, velha como o mundo, e para os brasileiros tão antiga quanto êste régimen. Eis porque não desanimamos de vos bater às portas com a voz dos oprimidos, como os enjeitados da fortuna, por mais que ela os repulse, não desacorçoam de bater às do céu com o fervor da prece, que se exalta ao recrescer dos sofrimentos.

Mas a oração mesma, sem se rebelar, nem blasfemar, sai, às vêzes, da sua humildade, para se queixar, para sangrar, para interpelar, nas grandes crises da alma, a justiça divina. Perdoe-me, pois, a dos homens, se, hoje, dela me venho queixar, se a desconheço nos seus atos, e troco a voz de quem implorava, na de quem protesta.

A Constituição da República, incumbindo-vos de amparar o direito contra a violência, ou a coação, por

ilegalidade ou abuso de poder, vos pôs nas mãos duas garantias, uma reparadora, outra acauteladora: o *habeas-corpus* remediativo e o *habeas-corpus* preventivo. O primeiro, em favor dos que sofressem a coação ou violência. O segundo, em auxílio dos que se acharem sob o iminente perigo de sofrer a violência ou coação.

Evidentemente o campo de ação daquele tem limites estreitos, e amplos limites o da do outro. Quando o impetrante se queixa de uma coação ou violência, que o esbulhou do seu direito, e suplica no *habeas-corpus* um meio de reintegração no seu gozo, como o ato do tribunal importará na restituição do direito subtraído não o deverá o tribunal outorgar senão depois que averigüe a alegada ofensa ao direito. Mas quando o que se alega, é, simplesmente, um risco, uma ameaça, à contingência iminente do atentado, o elemento predominante do caso está na urgência do apêlo; e, entre alternativa de ser escusada a precaução, por não ter fundamento o receio, e a emergência de se consumir o crime, por se haver denegado a precaução, os juízes não podem hesitar na escolha.

Porque, se consentirem na garantia pedida, sem que o perigo realmente exista, o mais a que se expõem, é a liberalizarem uma proteção inútil; no que não vai mal nenhum.

Mas, se recusarem a medida tutelar, em razão de não crerem no risco alegado, e a violência se verificar, entram na consumação desta com a sua cumplicidade, colaborando no atentado, que não se ultimaria, se os magistrados fôsem menos avaros na outorga do resguardo preventivo.

Vós, porém, agora, Srs. Ministros, dando às justiças inferiores, nesta época violenta, um terrível exemplo de usura na concessão dêste remédio liberal, invertéis essas noções de evidência, senso comum e

equidade elementar. A intervir em vão, acudindo com o *habeas-corpus*, onde não ocorra a violência receada, preferis errar, deixando que ela se realize, por vos não haverdes interposto a tempo com o socorro impetrado. No primeiro caso haveria apenas uma ação ociosa. No segundo, há uma omissão fatal. O direito vale bem que a justiça anteponha o lance de uma intervenção desnecessária ao risco de uma recusa desastrosa. É a mesma lei de opção, pela qual mais vale, na dúvida, absolver a cem criminosos do que condenar um só inocente. Antes conceder em vão mil *habeas-corpus*, do que denegá-lo, por descrer do perigo afirmado num só caso de necessidade. Se o golpe não caiu sobre quem o temia, não se perdeu nada em ter coberto o indivíduo com o escudo legal. Pior mil vezes seria, se, por não admitirdes o socorro da lei na incerteza da ameaça, viesse sua consumação a encontrar indefeso o ameaçado.

Do consentimento no *habeas-corpus* premunitório, quando usado por excesso de prudência ou medo ao perigo, nenhuma perda resultará nunca. Da sua denegação, ao contrário, quando os fatos desmentirem a incredulidade, que a inspirou a consequência terá sido, justamente, a verificação do mal, que êle deveria prevenir, e foi instituído para evitar.

Mas, na hipótese vertente: será de um simples risco, será de uma ameaça que se trate? Não. O mal já se achava em consumação, adiantada, com a famosa reforma constitucional do Amazonas.

Dela eis aqui o texto, por mim reclamado ante-ontem, e ante-ontem mesmo recebido, mediante despacho telegráfico do Vice-Presidente do Tribunal, alvejado na trama dessa perseguição:

Para a boa administração da justiça e regularização das atribuições do Poder Executivo, no tocante à nomeação dos magistrados e funcionários do Poder Judiciário, o Congresso

confere ao Governador ampla faculdade, para conservar, aproveitar e demitir os ditos funcionários, bem como para considerar avulsos, em disponibilidade, ou aposentá-los, os magistrados de primeira e segunda instância.

Essa deliberação legislativa já subiu à sanção do Governador, e ninguém acreditará que, sem o prévio consenso dêste, fôsse ela proposta, discutida e aprovada nas duas casas daquele Congresso. O ato dêste reflete, evidentemente, um acôrdo mutuamente estabelecido entre as duas assembléias deliberantes e o Chefe do Poder Executivo do Estado. O atentado, portanto, está em meia execução. Tendo recebido por inegável mancomunação entre o Govêrno e a legislatura, a solene autorização desta, a sua execução é virtualmente um fato consumado. Aperrado o revólver a queima-roupa, não faltava senão que o gatilho caísse sôbre a espolêta, e o guarda não interveio, porque antes de estender a mão protetora, achou de bom aviso pedir informações ao agressor.

Eis a vossa atitude, egrégios ministros. Com a mais profunda vênia, com a mais genuflexa reverência à vossa autoridade soberana, vo-lo digo eu, porque à justiça não seria lícito falar senão verdade. O telegrama, que acabo de ler, não inova coisa nenhuma ao que documentava a minha petição. Nesse o Tribunal Superior do Amazonas e o procurador geral do Estado me davam conta da subversão constitucional ali votada, e me encarregavam de vos impetrar o *habeas-corpus* preventivo. Ora, ou êste era o caso de não poder êle deixar de ser concedido imediatamente, ou não se concebe caso nenhum, em que não seja recusável.

Como, entretanto, lhe deferistes? Requisitando informações. Mas por quê? Por não confiardes no Superior Tribunal do Amazonas? Por desconfiardes do telégrafo?

Suspeitar do telégrafo, não seria alegação que se pudesse articular sèriamente. Telegramas anteriores, não contestados, anunciavam que êsse Congresso estava manipulando a reforma constitucional. Outros nos davam notícia de que quatro, pelo menos, dos membros daquele Tribunal, tinham as suas casas cercadas de baionetas, vendo-se tolhidos assim, não só da sua liberdade individual, mas, ainda, e sobretudo, no exercício da sua magistratura. Privando-o materialmente de quatro dos seus juizes, essa mutilação já reduziu o Superior Tribunal do Amazonas a pouco mais de metade. O terreno estava alhanado, com essa medida preparatória, para o golpe da sua dispersão.

Nem êle seria estranhável em meio ao dilúvio da anarquia, que alaga aquela terra, de mar a mar.

Depois o despacho telegráfico se revestia de uma solenidade extraordinária, subscreviam-no os nomes de sete desembargadores, aos quais a omissão dos dois restantes não vinha senão corroborar a autenticidade. Com êles assinava, igualmente, o Procurador-Geral do Estado. Para maior [penhor] de sinceridade ainda, os telegrafantes, deixando a via terrestre, hoje tão desacreditada, tinham ido buscar a do cabo submarino, conhecido pelo escrúpulo e segurança do seu serviço.

Na concorrência de todos êsses abonos, que é o que se havia de presumir? Um conluio de falsários? Nada mais ridículo, mais desconchavado. Com que fim? Com que interêsse? Pois ganhava alguma coisa a oposição do Amazonas em engendrar uma patranha, como essa, de quarenta e oito horas de vida? Lucravam alguma coisa os amigos do Superior Tribunal do Amazonas em lhe granjear um *habeas-corpus* de que êle não necessitasse? Pelo telégrafo atualmente se praticam atos jurídicos da maior relevância e do má-

ximo alcance, celebram-se acordos, outorgam-se mandatos, expedem-se certidões, comunicam-se deliberações oficiais, e até poderes de membros do Congresso Nacional se têm verificado mediante a fé nos documentos assim transmitidos. Com isto se acha de acôrdo a jurisprudência desta casa. Mas tudo isto cai por terra, se adotada agora esta outra praxe, ante uma comunicação telegráfica não contestada e revestida com todos os sinais exteriores de regularidade, se substituir a confiança pela suspeita.

Não podia ter sido, pois, do telégrafo que descrêsseis. Mas então, foi do Superior Tribunal do Amazonas que duvidastes? Seria o supremo ultraje não a essa magistratura, a mais alta de um Estado, mas ao nome geral da magistratura brasileira. Ultraje sôbre todos vilipendioso para os ofendidos, quando se considerasse que vinha do mais elevado tribunal da República. Pois que país inverossímil será êste onde a mais eminente magistratura nacional se julgue, obrigada a pôr de quarentena o testemunho coletivo e solene dado pela mais alta magistratura de um Estado? Onde, quando os membros do Tribunal Superior do Amazonas se julgam ameaçados por uma lei, votada pelo Congresso Estadual, o tribunal supremo da União manda proceder a diligências, para saber se, com efeito, o Congresso Estadual votou semelhante lei.

Perdoai-me, Senhores Ministros. Nesta atmosfera que respiramos há um contágio moral, que nos envenena a lógica e paralisa a razão. Pois então aos notários se atribui a fé pública, atribui-se fé pública aos meirinhos, a qualquer ato de uma secretaria a reconhecemos, confiantes e pressurosos, mas em quem não se tem fé jurídica é em um tribunal inteiro, em um tribunal superior, no tribunal supremo de um Estado?

Se uma alta corporação judiciária em pêsso incorre, aos olhos de outra, em suspeita de faltar públicamente à verdade, qual será, entre nós, o critério da verificação desta, a sua defesa contra a fraude, a pedra de toque judiciário contra a impostura? Que ficarão valendo, agora, as sentenças dos nossos juizes, quando apreciarem a prova dos autos, julgarem da veracidade nos depoimentos, fulminarem o dolo, e punirem o falso testemunho?

Perdão, venerandos Ministros. Mas essa dúvida exautora, humilha e denigre a magistratura brasileira. O vosso ato voará nas asas da fama, de país em país, como certidão autêntica de que a justiça brasileira não acredita na justiça brasileira. O espetáculo de um tribunal requerendo *habeas-corpus* a outro já é um fato único, uma incomparável ignomínia nacional. Mas a cena do tribunal solicitado, mandando o tribunal postulante aguardar à porta um inquérito sobre a sua veracidade, dobra o relêvo à aberração dessa nefanda anomalia.

O certo é, porém, que, enquanto o Supremo Tribunal do Amazonas, suspenso o vosso juízo sobre a exação da sua palavra, aguarda solução da vossa austera sindicância, quem tripudia ali é o Governo e o Congresso, de cujo contubérnio, com êle, se gerou a nulíssima reforma contitucional. E quem vem a ser êsse Congresso, assim por vós favorecido? Aquêlê mesmo que no julgamento de um dos dois *habeas-corpus* aqui requerido pelo doutor BARBOSA LIMA, considerastes ilegítimamente eleito, assegurando ao seu competidor as garantias da nossa Constituição para funcionar. E quem é êste Governo? O Governo, que, desrespeitando com flagrância e sobranceira, ambos êsses *habeas-corpus* vossos, sem que a Justiça Pública se mexesse, nem o Ministério Público descobrisse nenhuma providência que requerer a bem da lei, da

Constituição e do Supremo Tribunal, está depovoando o Amazonas, dêle banuiu um partido inteiro, tem levantado contra si tôdas as classes sociais, e ensopou as mãos, tais quais os hediondos assassinos da ilha das Cobras e do *Satélite*, no sangue de vinte e um prisioneiros covardemente fuzilados, míseros soldados policiais rendidos, inermes e indefesos, que a indisciplina, com cujo contágio os contaminara a política do Amazonas, arrastou a uma sedição momentânea, que a sua capitulação imediata não salvou de pusilânime carniceria, e cujos restos mortais encontraram por sepultura um forno de cremação, como nos suplicios antigos onde a crueza dos matadores não se saciava antes de convertidos em cinzas os corpos dos executados.

Eis a quem aproveita a vossa dilação, excelsos Ministros. Um dia, um grupo de criaturas humanas, assediadas, alta noite, em sítio remoto e sem recursos, por uma alcatéia de salteadores, correu ao telefone da casa, para chamar em seu socorro a polícia distante. Mas os prepostos à manutenção da ordem pública, homens reflexivos e maduros, experimentados e ladinos, receando que a comunicação elétrica expressisse tão somente um gracejo, ou uma patarata, não quiseram acorrer ao rebate dos sitiados, antes de sondar, pela mesma via, os moradores e vizinhos das imediações, para não fatigar debalde os quadrilheiros da guarda. Nesse entretanto, os sitiantes, animados pela solidão, em que se debatiam os atacados, conseguiram vencer a resistência das portas, invadir o edifício e cevar nos seus habitantes, até a última a sanha criminosa. De sorte que, ao chegar, por fim, o socorro debalde esperado, enquanto era tempo, não encontrou senão os vestígios do crime e o teatro do atentado.

Mutatis mutandis, tais são, em matéria de garantias precautórias, as conseqüências do paliativo

das informações aplicado a casos desta natureza. Esse cautelosíssimo processo tem apenas a leve inconveniência de ludibriar, em proveito da violência, as cautelas que a lei instituiu em benefício do direito. Com este processo tergiversante e nugatório se anula de todo em todo o *habeas-corpus* preventivo, nos casos em que mais instante se mostra a sua necessidade. Nestes três dias medianos entre as vossas duas sessões, dada à celeridade em que está de mão asente, nas suas empreitadas, o Governo do Amazonas, poderia êle, promulgando logo a resolução legislativa já submetida à sua sanção, aplicar a medida eliminatória à magistratura atual e, quando chegasse a passos tardígrados, a reclamada garantia premunitiva, os novos magistrados com a investidura da Constituição nova, às costas quentes da ocupação militar a que está sujeito o Amazonas, ririam da vossa autoridade, preclaros ministros, a bom rir como aquêle compadre do marechal presidente, cujo bom humor lhe comenta, no bilhar, às tacadas de truz, farsoleando: "Esta pegou em cheio no Supremo Tribunal Federal".

Perdão, perdão, Srs. Ministros, para a rustiqueza da minha ignorância apenas comparável à grosseria da minha afoiteza. Mas, como se diz que, as vezes, não faz mal ao sabido o conselho do tolo, não vos ocultarei o que o meu rude instinto jurídico encara, neste assunto, como a expressão axiomática do bom senso, cujos ditames, na minha estreita maneira de ver, são invariavelmente a expressão da boa justiça.

Na rude e acanhada opinião do velho liberal e do velho jurista que eu sou, a norma, nestas matérias, é esta: *Provado o direito, a medida preventiva destinada a resguardá-lo, seja ou não certa a iminência do mal, que se alega ameaçá-lo, deve ser imediatamente ordenada pelos tribunais, desde que do seu*

uso não possa derivar risco de prejuízo a outros direitos.

Ora a magistratura do Amazonas é vitalícia pela Constituição do país e pela Constituição do Estado. Ainda quando a Constituição do Estado a declarasse agora demissível, a Constituição da República o não consentiria. Mas a Constituição do Estado não pode ser reformada agora; porquanto ela mesma se declara irreformável durante vinte anos, decorrentes de 1910 a 1930. Logo, provado estava, no próprio rosto da questão, o direito dos impetrantes a ser legalmente escudados no exercício da sua magistratura, e a sê-lo pela Justiça Federal, desde que federal era, além de estadual, a garantia, que lho assegurava.

Sendo assim, a prevenção do *habeas-corpus* não podia ser recusada, nem demorada. Não havia negá-la; porque da sua outorga a ninguém poderia advir lesão ou dano. Nem era lícito retardá-la; porquanto com a menor lentidão podia o direito dos impetrantes sofrer o esbulho, de que se temiam. Com a concessão nenhum direito poderia sofrer. Com a denegação, ou a dilação, podia ser levado a efeito o assalto ao maior dos direitos sôbre que assentam os regímens livres: a inviolabilidade da magistratura judiciária.

Procrastinando, pois, o vosso despacho com uma diligência ociosa, e subordinando a interposição da garantia irrecusável ao requisito de uma averiguação inútil, a vossa alta sabedoria, Meritíssimos Ministros, não acertou. Queira Deus que o desacêto venha a ser inocente, que o mal cujo remédio se vos suplicava, já se não ache consumado, ou não se esteja consumando, e que, se chegardes, afinal, com a reclamada assistência, a fraqueza do subterfúgio tentado não anime os aventureiros a desacatarem outra vez, e desta mais entonados ainda, a vossa autoridade.

É por ela que eu estremeço neste momento, incultos ministros. Se alguma coisa ainda preserva este regímen, como a última fateixa de um chaveco disputado pelas vagas revoltas do abismo ao remanso da costa abrigada, são os restos da nossa crença nessa justiça imaculável, de que sois os guardas supremos. Mas, sobre o uso que fazeis dessa autoridade salvadora, está de vigia um tribunal, ainda mais alto do que o vosso, a magistratura das magistraturas, a justiça da consciência pública. Diante dela, se não souberdes aferrar-vos à rocha do vosso dever, carregareis, nas tempestades que aí vêm, com uma responsabilidade superior às fôrças humanas. Não permita Deus, pois, que vos deixeis invadir pelo ambiente da época, e que em tôrno da vossa majestade ouçais murmurar, um dia, as queixas da nação, cujas derradeiras esperanças ainda vos acompanham.

VII

TERRAS DEVOLUTAS

Sua Cessão pelo Govêrno Imperial

à

E. F. São Paulo-Rio Grande

PARECER



E. F. S. PAULO-RIO GRANDE

PARECER

DO SENHOR

Conselheiro RUY BARBOSA

SOBRE

TERRAS DEVOLUTAS



S. PAULO
CAÇA VANORDEN

1913

Terras devolutas — Fac simile da fôlha de rôsto da primeira publicação do parecer de Rui Barbosa. — Exemplar da Biblioteca da Casa de Rui Barbosa. — Dimensões originais.

NOTA DO REVISOR

De acôrdo com a concessão outorgada ao engenheiro João Teixeira Soares, *ex-vi* do Decreto nº 10.432, de 9 de novembro de 1889, celebrou-se a 14 dêsse mês e ano um contrato entre o concessionário e o Govêrno Imperial, representado pelo Conselheiro Lourenço Cavalcanti de Albuquerque, Ministro da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, no qual ficavam expressos os direitos e obrigações recíprocas dos contratantes.

Além da concessão, era feita pelo Govêrno Imperial cessão gratuita das terras devolutas em uma zona máxima de 30 quilômetros para cada lado do eixo das linhas de que se tratava, ficando esta, com os demais compromissos, dependentes de aprovação da Assemblêia Geral do Império.

No instrumento assinado a 14 de novembro de 1889, ajustaram as partes contratantes a construção de uma estrada de ferro, que, partindo das margens do rio Itararé, na então província de São Paulo, terminasse em Santa Maria da Bôca do Monte, província de São Pedro do Rio Grande do Sul, com dois ramais, cuja extensão, definição e finalidades eram expressas nesse ato bilateral. Posteriormente, ampliada e modificada a concessão, sem, contudo alterar-se a natureza e limites dos direitos outorgados, tomou a via-férrea a denominação de Estrada de Ferro São Paulo-Rio Grande.

No dia imediato ao do contrato, era proclamada como forma de govêrno a República Federativa, sendo as antigas

províncias convertidas em Estados, sem que, entretanto, discriminasse o Decreto nº 1, quais os bens que lhes passariam a pertencer com a nova estrutura constitucional.

Instituído o Governo Provisório, e competindo-lhe, pelo art. 4º, do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, as atribuições legislativas outrora conferidas à Assembléia Geral, expediu o Chefe do Governo o Decreto nº 305, de 7 de abril de 1890, declarando efetiva a concessão feita ao engenheiro José Teixeira Soares, a que aludia o decreto de 9 de novembro de 1889, ficando, destarade, ratificado o ato do Poder Executivo do extinto regímen. Nessa mesma data, e mediante termo assinado pelo Ministro Francisco Glicério e o concessionário, operou-se a novação do contrato de 14 de novembro de 89.

Promulgada a Constituição da República, a 24 de fevereiro de 1891, por força de seu art. 64, passaram ao domínio dos Estados, entre outros bens mencionados, as terras devolutas.

Apesar do preceito constitucional, e de não haver ainda, a rigor, transferência do domínio, cujo título era o decreto imperial, considerou-se perfeito o direito da companhia aos terrenos marginais da ferrovia, tanto mais, quanto, atos posteriores, do poder público, jamais deixaram de reconhecê-lo, consoante os termos da cessão e da lei que a ratificou.

* * *

Quando, em 3 de dezembro de 1912, publicou a companhia S. Paulo-Rio Grande edital concernente a certa venda de terras da concessão estadual nas margens do Rio do Peixe,

suscitou essa deliberação um protesto do Chefe do 12º Distrito da Fiscalização da Rêde de Viação Férrea Paraná-Santa Catarina, contido no Ofício nº 6, de 19 de fevereiro de 1912, no qual se declarava irregular o intuito da companhia.

Em 11 de outubro dêsse ano, respondeu o representante da S. Paulo-Rio Grande oferecendo pormenorizada exposição formulada pelo Conselheiro Teixeira d'Abreu, na qual concluía reafirmando a sua convicção a respeito dos direitos e obrigações que lhe assistiam, no tocante aos terrenos disputados.

Ouvido, na época, emitiu o Conselheiro Rui Barbosa o parecer ora publicado.

Também, a respeito da controvérsia, manifestou-se em longo parecer (págs. 157-167 do folheto cit.), favorável aos direitos da S. Paulo-Rio Grande, o Consultor Geral da República, jurisconsulto Rodrigo Otávio.



Parecer

QUESITO 1º — A cessão gratuita de terras feita à Companhia, nos termos dos decretos de sua concessão, diz respeito tanto à linha tronco como aos ramais e sub-ramais especificados nos mesmos decretos, ou sòmente se entende com aquela?

1 — Pela cl. I do Decreto n. 10.432, de 9 de novembro de 1889, reproduzida no respectivo contrato ou *térmo de acôrdo*, foi concedido à Companhia, que o engenheiro Teixeira Soares se comprometeu a organizar dentro do prazo de um ano (cl. II), privilégio para construção, uso e gôzo de uma estrada de ferro, com dois ramais e dois sub-ramais, na cláusula indicados pela maneira constante do quadro seguinte:

2 — Na segunda parte da referida cl. I acrescentou-se que

ALÉM do privilégio, o Govêrno concede :

1º Cessão gratuita de terrenos devolutos e nacionais, e bem assim dos compreendidos nas sesmarias e posses, exceto as indenizações, que forem de direito, em uma zona máxima de trinta (30) quilômetros para cada lado do *eixo das linhas de que se trata*, contanto que a área total de tais terrenos não exceda da que corresponder à média de nove (9) quilômetros para cada lado da extensão total das referidas linhas.

A Companhia deverá utilizar êsses terrenos dentro do prazo de cinqüenta (50) anos, a contar *da data da aprovação do Poder Legislativo*, sob pena de perder o direito aos que não tiverem sido utilizados ao findar aquêle prazo.

DESIGNAÇÃO	PONTO INICIAL	PONTOS INTERMÉDIOS	PONTO TERMINAL
Linha principal	Margens do Itaré		Santa Maria da Boca do Monte, entroncamento com a E. Uruguaiana
1.º subramal (1)	Imbituva	Guarapuava, descendo o Piriquiri	Confluência do Piriquiri com o Paraná
1.º ramal (1)			
2.º sub-ramal	Guarapuava	Seguindo o Iguaçu	Foz do Iguaçu
2.º ramal	Imediações da cidade de Cruz Alta	Acompanhará o Ijuí grande	Margens do Uruguai

(1) Destinado a ligar as secções navegáveis do rio Paraná.

3 — A cessão das terras, nos precisos termos desta cláusula, refere-se, pois a *tôdas as estradas* mencionadas na sua primeira parte, (§ 1º), pois se declara expressamente que as mesmas terras devem ser tomadas “em uma zona máxima de trinta quilômetros para cada lado do *eixo das linhas de que se trata.*”

A palavra *linhas*, no plural, como sinônimas de *estradas*, não pode ter outra interpretação; e vê-se por outras cláusulas do Decreto que a linha tronco e seus ramais não constituem concessões diferentes, que se possam arbitrariamente separar, quer para o efeito dos favores outorgados, como exceção da garantia de juros, quer para qualquer outro.

Na cl. IV, por exemplo, a palavra *estrada*, não obstante achar-se no singular, compreende evidentemente a linha tronco e os ramais; e nalguns dos seus números, assim como em muitas outras cláusulas, se fala de *estrada*, no singular, como igual significação.

Este freqüentíssimo uso da expressão *estrada de ferro*, (cl. XVI), ou sòmente *estrada*, para compreender tanto a linha tronco como os ramais, mostra claramente que foi pensamento das partes considerar os ramais como parte integrante da linha principal, embora fôsse apenas concedida a esta a garantia de juros, que o Decreto n. 305 ampliou, pouco depois, às restantes.

Se fôsse legítima ou aceitável a separação entre a linha tronco e os ramais, para o efeito do favor das terras devolutas, essa mesma distinção deveria ser mantida para os restantes favores, e para os demais efeitos do contrato; chegando-se por esta forma à conclusão absurda de que não era necessário apresentar ao Governo os estudos dos ramais, que estes não tinham zona privilegiada (cl. XX), nem fiscalização (cl. XXI), e que nem sequer lhes poderia

aproveitar a desapropriação por utilidade pública (cl. I, n. 2).

4 — De resto, no que respeita ao favor das terras devolutas, a cl. I é terminante, referindo-se “às *linhas de que se trata*”, e, portanto, a tôdas as que haviam sido mencionadas na primeira parte da mesma cláusula, ou seja, a *estrada principal e seus ramais e sub-ramais*, mencionados no Decreto n. 10.432, de 1889.

Quanto ao ramal de S. Francisco, que pela primeira vez apareceu na cl. XI do Decreto n. 3.947, de 7 de março de 1901, ao lado dos primeiros, e como nova concessão, o favor das terras lhe foi por igual outorgado, por aí se declarar que a Companhia gozará em relação a êle de “*privilégio e mais favores de que goza para tôdas as suas linhas, exceto garantia de juros*”.

Até que ponto subsistem atualmente êsses favores, especialmente as doações de terrenos devolutos, é questão a ser examinada nas respostas aos quesitos seguintes; mas por agora, e para não fugirmos ao enunciado da Consulta, podemos afirmar que

A cessão gratuita de terras, feita à Companhia, nos termos dos decretos de sua concessão, diz respeito tanto à linha tronco, como aos ramais e sub-ramais, referidos nos mesmos decretos.

QUESITO 2º — O fato de ter sido modificado, antes ou depois do art. 64 da Constituição, o ponto inicial ou terminal de um dos ramais ou sub-ramais concedidos, acarretou para a Companhia a perda do direito às terras marginais à porção de linha férrea modificada, de tal arte que, não podendo havê-la ali, não possa pretendê-las, pelo mesmo título ou por compensação, aos lados da parte nova dos ditos ramais e sub-ramais?

5 — A Companhia refere-se a modificações no ponto inicial ou terminal dos ramais ou sub-ramais

concedidos, *antes ou depois de promulgada a Constituição da República*; e pergunta quais os efeitos dessas modificações sobre os direitos concedidos à Companhia, em relação às terras mencionadas.

Para nos cingirmos à orientação da Consulta, estudaremos a questão nos dois momentos indicados.

a) MODIFICAÇÕES ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO
DA REPÚBLICA

6 — A leitura dos diversos decretos ou contratos anteriores a 24 de fevereiro de 1891, que podem interessar à questão, mostra apenas o seguinte:

- a) que tendo ficado a concessão das terras dependendo de aprovação legislativa (Decreto n. 10.432, pr.), foi ela confirmada pelo Decreto n. 305, de 7 de abril de 1890, o qual reduziu a 15 quilômetros, *para cada lado do eixo da estrada*, o limite máximo de 30 quilômetros, estabelecido na concessão primitiva;
- b) que este mesmo Decreto eliminou provisoriamente da concessão o ramal de Guaruava, que foi de novo incluído nela, pelo Decreto n. 920, de 24 de outubro de 1890.

Nada mais.

Por isso, ao ser, naquela data, promulgada a Constituição da República, pelo que respeita às linhas concedidas pelo Decreto n. 10.432, não havia sofrido alteração alguma a situação da Companhia, quer em relação ao ponto inicial ou terminal dos ramos, quer em relação ao seu traçado, ou orientação geral.

A Companhia estava ainda procedendo aos respectivos estudos, dentro do prazo para êsse fim estabelecido (cl. VII), e só pelo Decreto n. 1.088, de 20 de outubro de 1892, foram pelo Govêrno aprovados os *primeiros* planos, ou projetos, aliás dum pequeno trecho, entre Cruz Alta e o rio Uruguai.

Ora, sendo êste o estado de fato a respeito das linhas concedidas, é manifesto que não havia também sofrido alteração alguma a situação do direito da Companhia, em relação às terras primitivamente cedidas pelo Govêrno na zona marginal das mesmas linhas.

A Companhia, portanto, nada perdeu e nada ganhou antes de promulgada a Constituição.

b) MODIFICAÇÕES POSTERIORES À CONSTITUIÇÃO

7 — Numerosos decretos posteriores a 24 de fevereiro de 1891 foram publicados, aprovando, com ou sem modificações, os estudos definitivos e apresentados pela Companhia; sendo o primeiro dêles, como já dissemos, o de n. 1.088, de 20 de outubro de 1892.

Com exceção do Decreto n. 4.418, de 2 de junho de 1902, referente ao ramal de S. Francisco, que mais adiante será particularmente examinado, na resposta ao quesito 3º, todos os outros se referem expressamente às linhas concedidas pelo Decreto número 10.432, de 1889, assinando-lhes alguns dêles, muito embora, para início, passagem forçada ou ponto terminal, lugares diferentes dos que haviam sido estabelecidos no primitivo contrato de concessão.

Comparando o mapa atual da rêde ferroviária da S. Paulo-Rio Grande com o pequeno quadro do § 1º dêste parecer, notar-se-ão algumas divergências, embora os pontos forçados de passagem se achem

quase todos, senão todos, servidos por alguma das linhas mencionadas. (*)

A estas modificações, de certo, se refere a Consulta, perguntando se delas resultou a *perda* do direito da Companhia às terras marginais das linhas modificadas, na parte em que o foram, e se ela pode receber, a título de compensação, outras terras nas zonas marginais das linhas atuais.

A questão proposta é muito complexa, e precisa de ser devidamente considerada nos seus diversos elementos, para se poder analisar seguramente a situação jurídica da Companhia, tanto em relação ao Governo federal, como em relação aos Estados, cujos territórios são atravessados pelas estradas da Companhia.

8 — Começaremos por averiguar se a Companhia, em consequência das modificações aludidas, *perdeu* as terras marginais às linhas modificadas.

É de primeira intuição que aquela *perda* só poderia dar-se se à Companhia pertencessem algumas terras nas zonas marginais das linhas referidas. Ora, pelo exame atento dos fatos expostos, e pelo estudo da situação resultante dos contratos de concessão, facilmente se reconhecerá que *nenhumas terras pertencem à Companhia* aos lados das linhas modificadas.

Em verdade, uma simples leitura da cl. I, n. 1. do Decreto n. 10.432, de 1889, mostra que o governo cedeu à Companhia terras devolutas e nacionais compreendidas na zona de 30 quilômetros “para

(*) Notam-se, como de maior importância, as seguintes diferenças:

a) O 1º ramal, que deveria entroncar na linha principal em Imbituva, tem o seu ponto inicial em Ponta Grossa;

b) O 2º sub-ramal, que deveria partir de Guarapuava, parte de Pôrto da União, etc.

ambos os lados do eixo das estradas concedidas", e o Decreto n. 305, que legislativamente confirmou a doação, apenas modificou o limite máximo da zona marginal, que foi reduzido a 15 quilômetros.

Temos, pois, um fato assente e incontestável: *que as terras doadas à Companhia eram situadas numa certa zona, que tinha por base o eixo das estradas concedidas; e dêste fato resulta logicamente a seguinte ilação, igualmente incontestável: que as mesmas terras não podiam ser determinadas, enquanto o EIXO DAS ESTRADAS CONCEDIDAS não fôsse devidamente fixado.*

Conseqüentemente, para que as modificações referidas na consulta pudessem acarretar a *perda* de algumas terras pela Companhia, seria absolutamente necessário que dessas modificações resultasse a deslocação do *eixo das estradas concedidas*; ou seja, por outras palavras, que o primitivo traçado das estradas fôsse substituído por outro.

Esta condição envolve, pois, essencialmente, a suposição de dois fatos:

1) Que a concessão primitiva determinava o eixo ou traçado das estradas respectivas, e, conseqüentemente, a zona das terras devolutas doadas à Companhia;

2) que, por atos ou contratos posteriores à Constituição da República, foi aquêlê traçado substituído por outro, através de terrenos diferentes.

Assim sendo, cumpre-nos agora investigar se, em verdade, êstes fatos realmente existem, ou se, pelo contrário, a realidade desmente aquela suposição.

9 — Quanto ao primeiro fato, bastar-nos-á examinar o pequeno quadro das linhas concedidas, que fica exposto no § 1º com tôdas as indicações contidas no decreto da primitiva concessão, para imediatamente se reconhecer que o *eixo* das estradas concedidas não foi ali determinado; pois, em verdade, acontece que:

a) em relação à linha principal apenas se indica um *ponto certo*, que é o terminal (entroncamento com a linha Pôrto Alegre), sendo manifestamente *incerto* ou *indeterminado* o ponto inicial, visto falar-se apenas das *margens* do Itararé. Sendo extensíssimas as margens dêste rio, milhares de pontos poderiam ter sido escolhidos para início da linha tronco, sem faltar à exposta indicação.

De resto, não podendo as estradas de ferro ser traçadas em linha reta, compreende-se facilmente quantos milhões de projetos se poderiam apresentar, dentro das indicações da primitiva concessão.

É pois, da maior evidência que a *concessão primitiva não determinou o eixo da linha tronco*, sendo, por isso, igualmente indeterminada a zona das respectivas terras cedidas à Companhia.

b) As observações expostas, quanto à indeterminação do traçado da linha principal resultante da grande extensão da *margens do Itararé*, podem igualmente aplicar-se ao *ponto terminal* do segundo ramal, que, pelo referido contrato, deveria terminar nas *extensas margens do Uruguai*; e, quanto ao ponto inicial, que deveria ser nas "*imediações da cidade de Cruz Alta*", também não parece contestável que muitos pontos nela se compreendem.

Não pode, conseqüentemente, deixar de reconhecer-se que o eixo dêste ramal não foi determinado na concessão primitiva, ficando, conseqüentemente, indeterminada, embora determinável, a zona das respectivas terras devolutas.

c) Mais frisante, sob êste ponto de vista, é a situação do 1º sub-ramal; pois o contrato primitivo se limita a declarar que êle é "*destinado a ligar as secções navegáveis do rio Paraná*".

Nem ponto inicial, nem ponto terminal, nem pontos de passagem forçada.

Poderá, nestas circunstâncias, adivinhar-se qual será o eixo da estrada, e correspondente zona das terras concedidas?

Evidentemente, não.

d) As restantes linhas, embora menos imprecisas do que as referidas, padecem de análoga indeterminação; pois, examinando atentamente as indicações do contrato primitivo, não será difícil reconhecer que muitos traçados podem ser feitos dentro das mesmas indicações; acrescentando ainda que, tratando-se de estradas que devem entroncar umas nas outras, a indeterminação do traçado da linha tronco envolve, em grande parte, a indeterminação do traçado das linhas restantes.

Citaremos, para corroborar esta afirmação, o fato de ser indicada no contrato primitivo, como entroncamento do 1º ramal, a povoação de Imbituva, que, aliás, não fôra apontada como passagem forçada da linha tronco; não tendo, porém, esta linha passado por aquela povoação, ficou necessariamente deslocado o ponto inicial do aludido ramal, que passou a ser Ponta Grossa.

10 — Do que fica exposto resulta, segundo cremos, a demonstração concludente de que não foi determinado na primitiva concessão o *eixo das estradas concedidas*; e tanto mais que noutras cláusulas do mesmo contrato foram expressamente estipuladas as condições ou elementos de sua futura determinação.

Em verdade, a cl. VIII do citado Decreto número 10.432, de 1889, marcou o prazo de 2 anos para serem pela Companhia apresentados ao governo os estudos definitivos das estradas de ferro, que constituía objeto da concessão; estabelecendo-se na cl. VII do mesmo decreto que êsses estudos deveriam conter, além de outras especificações, "a planta geral da linha", sôbre a qual seria indicado, por um traço vermelho o *TRAÇADO da estrada*.

Êstes estudos deveriam ser submetidos à aprovação do governo, o qual se reservou o direito de aceitá-los ou modificá-los (cl. XXXIII, §§ 1º e 2º); estipulando-se igualmente, na cl. V que os trabalhos de construção não poderiam ser encetados sem aquela autorização ou aprovação.

11 — O *eixo* das estradas, portanto, ficou inteiramente dependente dos respectivos estudos técnicos, que o governo deveria aprovar, com ou sem modificações; e, por isto, só depois desta aprovação poderia definitivamente estabelecida a situação das terras doadas à Companhia, na zona de 15 quilômetros para os lados daquele *eixo* ou traçado.

As declarações gerais da cl. I do citado decreto, assim como dos que análoga e posteriormente se referem ao assunto, constituem indicações meramente provisórias, tendentes a orientar os estudos e definir genêricamente o objeto da concessão; as quais, por isso mesmo, podiam ser alteradas ou modificadas, em face dos estudos técnicos, sem que tais modificações

afetassem a substância da própria concessão desnatando-a, ou substituindo-a.

No Decreto nº 3.947, de 7 de março de 1901, que alterou algumas, e consolidou tôdas as disposições em vigor sôbre as ditas concessões, foi esta doutrina enunciada explicitamente, não só quando se declarou que as indicações relativas à orientação geral das linhas apenas serviam para estabelecer a sua "*direção geral*", mas também quando mais particularmente se estabeleceu que

"de Prudentópolis partirão duas linhas, subordinadas ao seguinte traçado, QUE PODERÁ SER MODIFICADO, SE AS CIRCUNSTÂNCIAS LOCAIS ASSIM O OBRIGAREM. . ."

12 — Nestas circunstâncias, as modificações de que nos fala a Consulta, longe de envolverem qualquer alteração substancial nas linhas concedidas, são apenas atos previstos no contrato e necessários para a conveniente e precisa determinação de traçado dessas mesmas linhas, que na primitiva concessão apenas foram determinadas genêricamente.

A Companhia apresentou os seus estudos, ponderou naturalmente a gravidade ou importância dos obstáculos, que na execução dos respectivos traçados se lhe viriam a deparar, propôs variantes, e deixou ao Governo decidir, nos termos da concessão, qual deveria ser o *eixo das linhas concedidas*.

O Governo estudou, por sua vez, a questão, sob o ponto de vista do interesse público; e, no exercício dos direitos resultantes do contrato, alterou, modificou ou aprovou aquêles estudos, e, devolveu à Companhia a planta geral da estrada, sôbre a qual, nos termos da cl. VII, "*uma linha vermelha e contínua*" indicava o *traçado ou eixo* das linhas concedidas.

Nesse momento, e só nêle, ficou determinada especificamente a zona das terras concedidas. Nada havia, pois, a perder com as modificações aludidas, porque nenhuma das outras terras pertenciam à Companhia.

13 — Demais, a natureza própria destas concessões, que dependem sempre de estudos técnicos especiais, *in loco*, para a sua realização, empresta às indicações do contrato o caráter provisório, que acima lhes atribuímos; dependendo sempre da administração pública a determinação posterior e definitiva dos pontos que devem ser percorridos pelas estradas.

É por isso que em tôdas as concessões de linhas férreas o Governo se assegura o direito de aprovar, rejeitar ou modificar os estudos respectivos, o que, não obstante as divergências, que raras vêzes deixam de existir, entre as indicações gerais dos decretos e os traçados definitivos das estradas, nunca êstes foram considerados novas concessões, mas constituíram sempre, para todos os efeitos, o próprio objeto das primitivas concessões.

Foi o que succedeu com a S. Paulo-Rio Grande, cujas linhas atuais são, portanto, substancialmente as mesmas da primitiva concessão, pela qual se rege o seu privilégio para a respectiva construção, uso e gozo, *visto não existir qualquer outra concessão posterior*, exceto o ramal de S. Francisco, como anteriormente dissemos.

Ora, se as linhas atuais são as mesmas da concessão primitiva para os efeitos de privilégios, e se as zonas das terras cedidas, a que se refere a cl. I da referida concessão, têm de ser medidas a contar do *eixo das linhas privilegiadas*, parece-nos não dever por-se em dúvida que a doação das terras pode e deve compreender sòmente as que forem marginais da es-

trada, e cujo traçado definitivo foi aprovado pelo Govêrno; a saber, de tôdas as linhas atuais da Companhia, com a exceção, já referida, do ramal de São Francisco.

14 — Em resumo e conclusão de que fica exposto, entendemos:

1) que os pontos iniciais ou terminais das diferentes linhas ou ramais, indicados na primitiva concessão, têm caráter provisório, podendo, conseqüentemente, ser alterados ou substituídos por outros, sem que tais modificações alterem substancialmente as concessões, que, não obstante, subsistem sempre as mesmas;

2) que o *eixo das estradas concedidas*, a que se refere a cl. I do mesmo contrato, só pode entender-se com o relativo ao *traçado definitivo* das mesmas linhas, fixado posteriormente pelo Govêrno, segundo os correspondentes estudos técnicos, por sua espontânea deliberação, nos termos previstos no contrato, ou por acôrdo com a Companhia, visto não existir outro;

3) que a zona das terras cedidas à Companhia, tendo por base aquêlê eixo, não pode ser determinada antes de aprovado pelo Govêrno o respectivo traçado; e, conseqüentemente, que as alterações ou modificações referidas na Consulta, sendo apenas atos aducentes à fixação do mesmo traçado, não podem acarretar a perda de quaisquer terras para a Companhia.

Estas são, em nosso pensar, as ilações necessárias dos fatos apontados. Mas, como, pelo art. 64 da Constituição, as terras devolutas passaram para os Estados antes de fixado oficialmente o *eixo das estradas*, e, por isso mesmo antes da Companhia tomar

a posse efetiva das que lhe foram concedidas, convém agora averiguar se aquêlê dispositivo constitucional veio interessar, e em que medida, os direitos da Companhia às mencionadas terras.

15 — O citado art. 64 da Constituição declara que

“pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União sômente a porção do território que fôr indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares, e estradas de ferro federais”.

As últimas palavras dêste texto claramente excluem do domínio público dos Estados as terras indispensáveis para as *construções* de estradas de ferro federais; mas não podem, evidentemente, incluir-se nesta exceção as terras cedidas à Companhia, além da parte indispensável para o leito e dependências das linhas concedidas, visto ser outro o destino delas.

Desta sorte, a questão terá de ser examinada à face da regra geral do artigo, e poderá ser desdobrada nos três seguintes quesitos:

1) Nas terras devolutas, que passaram para os Estados, compreender-se-ão também as cedidas anteriormente à Companhia?

2) No caso afirmativo, ficaram os Estados obrigados a respeitar os contratos de concessão, entregando à Companhia a área fixada nesses mesmos contratos, ao lado de suas estradas atuais, ou em qualquer outra parte?

3) As obrigações assumidas pela União, nos contratos respectivos, a respeito das mencionadas terras, ainda subsistem, e em que termos?

Vamos responder sucessivamente a cada uma destas interrogações, referindo ao mesmo tempo as divergências de opinião, que têm chegado ao nosso conhecimento.

16 — Quanto à primeira questão enunciada, é nosso parecer que as terras concedidas à Companhia pelo contrato primitivo não passaram para os Estados, porque ao tempo da Constituição já não eram *terras devolutas*, e só a estas se refere o art. 64 da referida lei.

Tratando-se de uma doação de coisas imóveis, feita pelo Império, e confirmada legislativamente pelo Governo Provisório da República, o efeito imediato e necessário do contrato, segundo nos parece, foi a transferência do anterior domínio da Nação sobre essas coisas para o concessionário; pois, embora seja regra geral do direito brasileiro que a transferência do domínio depende da tradição de coisa, não menos certo é que essa tradição, quanto aos bens imóveis, só se pode fazer pela transcrição dos títulos de aquisição; a qual, por sua vez, foi excepcionalmente dispensada em relação às alienações feitas pela União, quando esta procede no caráter de poder público.

Tal é a regra expressa do art. 267 do Decreto n. 3.453, de 26 de abril de 1864, em vigor ao tempo da concessão feita à Companhia, e que, portanto, legitima claramente a opinião que deixamos enunciada.

Nem faça dúvida a circunstância de ser apenas determinada genêricamente a zona das terras concedidas, pois também é doutrina corrente que os contratos podem ter por objeto coisas naquelas condições; e diàriamente se nos deparam, nas relações usuais da vida econômica de todos os povos, situações perfeitamente análogas, cuja validade ninguém contesta.

Quando se compra, por exemplo, certo número de alqueires de terra de uma grande fazenda, indicando-se a maneira de os determinar, o comprador fica desde a transcrição do título senhor do domínio da fazenda, conjuntamente com o vendedor, e na proporção estabelecida, até que a divisão se faça pelos meios entre ambos concertados, ou na lei estabelecidos.

É o que se chama *condomínio ou compropriedade*; e como tal foi devidamente classificado o direito da Companhia às terras devolutas, pelo ilustre Consultor Geral da República, (*) no erudito parecer, que emitiu, sobre a consulta formulada a respeito pelo Governo de Santa Catarina.

Desta sorte, sendo a Companhia já proprietária das terras, ao tempo da promulgação da Constituição, embora em comum com a União, é manifesto que o art. 64 da citada lei não a podia esbulhar dêste seu direito, legítima e definitivamente adquirido.

17 — A opinião exposta no § antecedente veio prejudicar a segunda questão enunciada (§ 15, 2); mas não deixaremos de a examinar, para o caso de não serem julgadas procedentes as razões que aboam o nosso voto.

Supondo, pois, que o contrato da concessão, sem eficácia para transferir o domínio, apenas criou entre o doador e a Companhia um direito *pessoal ou obrigacional*, como já se tem dito, parece dever concluir-se, à primeira vista, que os Estados são completamente alheios à respectiva relação jurídica, cujos efeitos somente podem obrigar às duas partes contratantes.

Em tais condições, nem os Estados seriam obrigados a entregar as terras à Companhia, nem teriam

(*) Rodrigo Otávio de Langgaard Meneses.

que responder pelas perdas e danos resultantes do não cumprimento da obrigação assumida pelo Governo Imperial no citado Decreto n. 10.432, e ratificada pelo Decreto n. 305, do Governo Provisório da República.

Outro é, porém, o nosso modo de ver, mesmo dentro da hipótese acima figurada, que, repetimos, só aceitamos para o efeito da discussão.

18 — É certo que o *direito pessoal*, pela natureza que lhe é própria, limita os seus efeitos legais às pessoas, que entre si criaram a correspondente relação jurídica, as quais, no presente caso, são apenas a União e a Companhia. Mas, se tomarmos na devida consideração as circunstâncias de fato e direito, em que passou para os Estados o domínio das terras devolutas, seremos logicamente levados à conclusão de que, sem ofensa daquele princípio, os Estados assumiram, em relação às terras recebidas, as mesmas obrigações, que anteriormente pesavam sobre a Nação.

Com efeito, no tempo do Império, quando foi ajustada a primitiva concessão, os terrenos devolutos, que pertenciam a toda a Nação Brasileira, eram administrados, e só podiam ser alienados pelos órgãos centrais do poder público. Essas terras não pertenciam ao Chefe do Estado, ao seu Governo, ou ao Poder Legislativo, mas à Nação; a sua administração e a faculdade de as alienar, porém, segundo a organização política do tempo, eram da *competência* daqueles poderes.

A substituição do Estado unitário pela Federação, veio, naturalmente, criar novos órgãos políticos, pelos quais foram divididas as funções da administração pública, anteriormente concentradas nas mãos dos aludidos poderes do Império, e que só

transitóriamente foram detidas pelo Governo Provisório da República.

Os Estados, como novos órgãos da administração Nacional, entre muitas outras funções, foram contemplados com o domínio das terras devolutas, ou seja, com a competência legal necessária para as administrarem ou alienarem.

Não se pode, conseqüentemente, dizer que a União alienou o domínio das terras devolutas aos Estados, porque não houve alienação alguma. Morto o Império, que no seu espólio deixou aquelas terras, a vontade da Nação, a quem elas realmente pertenciam, apenas criou novos órgãos políticos, os quais vieram exercer sobre essas terras as mesmas atribuições, que anteriormente pertenciam aos poderes públicos suprimidos.

Tomando conta desses terrenos, ou, mais científica e rigorosamente, assumindo o exercício das funções públicas, que por lei lhes foram atribuídas em relação a eles, é manifesto que não podiam os Estados reclamar situação diversa da que pertencera a seus antecessores, negando-se a reconhecer os compromissos tomados *em nome da Nação*, a respeito dessas terras, de qualquer natureza que esses compromissos fôssem.

A Nação Brasileira, dona das terras, pelos seus competentes órgãos, tomou o compromisso legal e solene de entregar à Companhia certas áreas territoriais. Dias depois, em virtude da implantação da República, a mesma Nação, por meios do seu Governo Provisório, armado de todos os poderes, confirmou esses compromissos, alterando apenas a zona máxima dos terrenos. Meses mais tarde, a mesma Nação, pela mais solene das suas leis, criou os Estados, e distribuiu por eles as funções relativas às terras devolutas, nos limites dos seus respectivos territórios.

Ora, sendo aquêles compromissos relativos às terras, e não podendo ser mais cumpridos por quem as não tinha, é lógico concluir que para os Estados, representantes da Nação comprometida, passaram, com as terras, aquelas mesmas obrigações.

Não se trata, pois, de compromissos tomados pela *União*, como pessoa jurídica, porque a concessão é anterior à existência dela; mas de compromissos assumidos pela Nação, como proprietária das terras e representada pelos órgãos competentes. A reorganização política, substituindo os antigos órgãos do poder por outros, apenas deslocou a competência para administrar as terras devolutas e delas dispor, mas não podia alterar as obrigações assumidas pelos velhos administradores, *nesta qualidade*, as quais, portanto, subsistem em relação aos *novos administradores*.

Conseqüentemente, ainda que o ato da concessão fôsse, por si só, insuficiente para transferir o domínio das terras para a Companhia, (o que, aliás, nos parece inexato) *a obrigação de as entregar*, que a Nação assumiu pelos seus competentes representantes, não poderia deixar de ser cumprida pelos novos representantes da mesma Nação, no limite de suas atribuições ou poderes conferidos pela Constituição.

A Companhia, portanto, se não houvera ficado proprietária das terras concedidas, desde o momento da concessão, poderia reclamar dos Estados a sua entrega, logo que o Governo Federal houvesse fixado, nos termos dos respectivos contratos, o *eixo ou traçado* das estradas concedidas.

19 — Do que deixamos escrito se deduz logicamente a resposta da terceira questão enunciada no § 15.

A União figura numa dupla qualidade em face da Companhia: como fiadora da doação das terras constantes da primitiva concessão; e como conce-

dente das terras marginais do ramal de S. Francisco, posteriormente à Constituição.

Se, contra o que supomos, os Estados não forem obrigados a entregar as terras, ou a indenizar a Companhia pela falta de cumprimento daquela obrigação, a responsabilidade subsidiária da União é incontestável, porque ao direito da Companhia há de necessariamente corresponder a obrigação doutra pessoa, que, *em tal caso*, só pode ser a União.

Isto em relação às terras da concessão primitiva.

Quanto às terras marginais do ramal do São Francisco, na resposta ao quesito 3º veremos a sua legal situação.

20 — Em todo o caso, dos atos e contratos concernentes às concessões mencionadas se verifica que o Governo Federal tem sempre reconhecido o direito da Companhia a tomar as terras devolutas na zona determinada pelo *traçado das linhas atuais* da Companhia, construídas ou em construção; tendo mesmo declarado, em despacho do Ministro da Viação, de 30 de abril de 1898, que “cumpre à Companhia efetuar a demarcação dos referidos terrenos, na forma do seu contrato, apresentando a referida planta ao Governo, para os fins convenientes”.

* * *

A Companhia informa que tem procedido ativamente a essa demarcação, achando-se já na posse efetiva da maior parte das suas terras; e sempre que necessitou dirigir-se ao competente engenheiro fiscal para certificar o seu direito aos terrenos demarcados, nunca êle deixou de o fazer.

São fatos consumados, direitos expressamente reconhecidos, cuja significação não pode ser iludida no momento atual, sob pretexto algum.

Além disso, convém igualmente acentuar que o Estado do Paraná tem já expedido muitos títulos definitivos de propriedades medidas pela Companhia, e até lhe reconheceu, por despacho do seu Governador, o direito de ser indenizada pelo mesmo Estado das terras por êste doadas a outras pessoas na zona das terras concedidas à mesma Companhia.

Perante o Govêrno do Estado de Santa Catarina pendem atualmente do despacho, assim como no Paraná, outros processos de medição, sendo de presumir que não se levantem a seu respeito dificuldades, que venham incoerentemente negar direitos repetidas vêzes afirmados e reconhecidos oficialmente.

Êstes fatos, parecem confirmar com o assentimento do Govêrno Federal a opinião, que anteriormente enunciamos, quanto aos efeitos legais do artigo 64 da Constituição da República, no que respeita às terras devolutas.

QUESITO 3º — *A inteira substituição de um dos primeiros ramais por outro, com a declaração expressa da passagem para êste de todos os favores relativos àquele, em pleno regímen constitucional, confere à Companhia direito a haver, às margens do novo ramal, as terras de sua concessão, ou acarretou para ela a perda dessas terras, de tal sorte que as não possa hoje pretender em parte alguma?*

21 — Êste quesito, segundo cremos, apenas se refere ao ramal de São Francisco, que não figurava na concessão primitiva, e se encontra mencionado pela primeira vez no Decreto n. 3.947, de 7 de março de 1901, cl. XI, com os mesmos favores e privilégios das restantes linhas, exceto a garantia de juros.

Pelo Decreto n. 4.418, de 2 de junho de 1902, foi suprimido da concessão o ramal de Prudentópolis a Outiveiros, que ficou sendo para todos os efeitos substituído pelo dito ramal de São Francisco. Esta última disposição portanto, apenas veio acrescentar

a garantia de juros aos favores de que já gozava o ramal em questão, desde 7 de março de 1901.

A Companhia deseja saber, em face do exposto:

- 1) *se perdeu as terras marginais do ramal de Outiveiros, cedidas pelo contrato primitivo;*
- 2) *se pode haver as terras concedidas nas margens do ramal de S. Francisco, pelo menos a título de compensação das marginais do ramal de Outiveiros.*

22 — A *supressão* do ramal de Outiveiros, expressamente se declara no citado Decreto número 4.418, de 1902, foi o resultado de uma *permuta*, acordada entre o Governo e a Companhia.

Não se trata, pois, da eliminação pura e simples do mencionado ramal, cujo efeito legal seria necessariamente a caducidade da concessão das terras que lhes eram marginais; mas de uma simples troca, cujo efeito material a traduz, apenas, na deslocação do primitivo ramal para outro lugar mais conveniente aos interesses da Nação, e na conseqüente invalidação da cl. XI do contrato de 1907, que havia concedido o ramal de São Francisco.

Em tais condições, e sendo certo, como anteriormente se mostrou, que o Governo Federal tinha, pela concessão primitiva o direito de escolher *definitivamente* a direção e traçado das estradas concedidas à Companhia, parece não se lhe dever a faculdade evidente de substituir um dos ramais por outro, tanto mais quanto no próprio decreto se declara ser este menos extenso do que o antigo.

Desta sorte seria inexato falar-se de uma nova *cessão de terras*, quando na realidade apenas se havia operado uma simples *deslocação* do traçado em projeto para o ramal de Outiveiros, e conseqüentemente de uma *deslocação* da zona onde as terras

devolutas da Companhia deveriam ser tomadas, de acôrdo com o primitivo contrato.

23 — No caso, porém, de se entender que o ramal de São Francisco não pode gozar do favor das terras, por ter sido projetado e construído em região diferente da que fôra genêricamente indicada para o ramal de Outiveiros, o fato dêste ser anterior à Constituição da República, e gozar incontestavelmente daquele favor, coloca o Estado do Paraná na obrigação de respeitar o direito anteriormente adquirido às terras correspondentes ao traçado projetado, desde que o Governo Federal o estabeleça definitivamente.

Estas terras, que haviam sido dadas pela Nação, de nenhum modo se podiam considerar devolutas em 24 de fevereiro de 1891, e por isso, não entraram no patrimônio público estadual.

Logo, deveriam considerar-se propriedade da Companhia, pelo simples efeito da concessão, se esta, como julgamos, lhe transferiu *ipso jure* o seu domínio.

A permuta do antigo ramal pelo de São Francisco, mais curto do que aquêle, não podia extinguir o domínio anterior. E quando o extinguisse em relação à Companhia, essa extinção de certo não redundaria em benefício do Estado, mas no da União, porque para aquêle só passaram as terras que eram devolutas em 24 de fevereiro de 1891.

Julgamos, em todo o caso, que a União, tendo assumido pelos contratos correspondentes aos Decretos ns. 3.947, de 1901, e 4.418, de 1902, a obrigação de dar à Companhia as terras marginais do ramal de São Francisco, não poderá excusar-se ao cumprimento dessa obrigação, respondendo, em caso de não cumprimento dessa obrigação, pelas respectivas perdas e danos, visto tratar-se de um contrato signalagmático.

24 — As considerações expostas nos dois parágrafos antecedentes levam-nos a responder às perguntas formuladas no § 21 pela seguinte forma:

1º A permuta dos dois ramais deverá envolver as terras correspondentes; de modo que a Companhia, adquirindo os terrenos marginais do ramal de São Francisco, ficou sem direito algum aos marginais do ramal de Outiveiros;

2º No caso de ser considerada inconstitucional a concessão das terras aos lados do ramal de São Francisco, deverá subsistir a primitiva doação para o ramal de Outiveiros, que a União lhe poderá entregar por acôrdo com ela, e a título de compensação;

3º Em qualquer hipótese, se a União deixar de fazer a entrega das terras, que por contrato se obrigou a dar à Companhia, deverá indenizar a esta das respectivas perdas e danos, seja qual fôr o motivo da falta.

QUESITO 4º — *Tendo a Companhia encontrado, ao medir os terrenos da sua concessão e dentro da faixa de 15 quilômetros, lateral às suas linhas, certa área de terreno no domínio particular por título legítimo e adquirido:*

- a) *Parte por diversos títulos, desde tempos imemoriais;*
- b) *Parte por concessão do Governo Imperial, a particulares, anteriormente à data da concessão feita à mesma Companhia;*
- c) *Parte por concessão da União a particulares e empresas, posteriormente estaduais, também após aquela cessão.*

PERGUNTA-SE:

- 1. *Tem a Companhia direito a ser indenizada (até o limite máximo de sua concessão) das áreas de terras indicadas e encontradas assim a menos?*
- 2. *Em caso afirmativo, quem deve prestar essa indenização — a União ou os Estados?*

25 — Os princípios expostos nos parágrafos antecedentes, e a consideração de que o contrato da

Companhia se refere apenas a *terrenos devolutos e nacionais, compreendidos em certas zonas*, cuja área máxima foi devidamente indicada, levam naturalmente às conclusões seguintes:

1º que a Companhia não tem direito algum a ser indenizada das terras que lhe faltarem para complemento da sua concessão, se esta falta provier de haverem sido doadas por concessões anteriores à sua, ou por haverem sido legitimamente adquiridas, antes da referida data;

2º que as alienações feitas pela União, ou pelos Estados, posteriormente à concessão da Companhia, são nulas, se compreenderem os terrenos das zonas, concedidas, e nestas não houver outros terrenos que cheguem para integralizar a dita concessão; podendo a Companhia reivindicar as terras indevidamente doadas;

3º que a indenização de perdas e danos só tem lugar no caso em que venha a considerar-se (contrariamente ao que sustentamos) que a cessão feita à Companhia não transferiu para ela o domínio das terras; cumprindo, neste caso, à União responder pela referida indenização, quanto às terras por ela alienadas enquanto manteve a administração ou domínio das terras devolutas, e quanto às que cedeu à Companhia posteriormente à Constituição.

Os Estados só podem responder pelas alienações feitas por eles.

Tal é o nosso parecer, que submetemos aos doutos.

Rio de Janeiro, 30 de setembro de 1913.

RUI BARBOSA.

BIBLIOGRAFIA

IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO DE IMÓVEL INTER-VIVOS

PARECER

- BALDI, L. — Vide: BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. — *Des Obligations* [*Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*]. Paris, 1897-1905.
- Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Acompanhada das Leis Orgânicas Publicadas desde 15 de novembro de 1889. Rio de Janeiro, 1891. Imp. Nacional.
- Corpus Juris Civilis*. Editio Stereotypa Septima. Recognovit PAULUS KRUEGER [et] THEODOR MOMMSEN. Berolimo, 1895.
- CORSI, Raffaele. *La Fidejussione Considerata nei Rapporti del Codice Civile*. Terza edizione. Bologna, 1893.
- Cyclopaedia of Law and Procedure*. Edited by WILLIAM MACK and HOWARD P. NASCH. V. *Contracts*. New York, 1901-1918.
- DELISLE — *Principes de l'Interprétation des Lois, des Actes, des Conventions entre les Parties*. Avec Examen Critique de la Jurisprudence Moderne. Paris, 1852.
- DEZEUX. — *De l'Interprétation des Actes Juridique Privés*. Paris, 1905.
- Documentos Parlamentares*. Elaboração de Orçamentos. 1912 — 1 volume. Rio de Janeiro, 1912.
- DODD, Walter Fairleigh. — *The Government of District of Columbia. A Study in Federal and Municipal Administration*. Washington, 1909.

GAUGUIER, Jules. — *De l'Interprétation des Actes Juridiques*. Thèse. Paris, 1898.

LAROMBIÈRE, L. — *Traité Théorique et Pratique des Obligations ou Commentaire des Titres III et IV, Livre III du Code Civil*. Nouvelle édition. Paris, 1885.

LAURENT, F. — *Principii di Diritto Civile*. Prima Traduzione Italiana Proseguita a cura di ALBERTO MARGHERI. Volume XXVIII, Milano, s/d.

Pandectes Belges. Encyclopédie de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence par EDMOND PICARD. Tome LIV, V^o *Interprétation des Conventions*. Bruxelles, 1896.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

- ABREU, Teixeira de, ps. XI, 195.
ALBUQUERQUE, Lourenço Cavalcanti de, ps. 34, 193.
AGASSIZ, p. 66.
ARARIPE Júnior, p. 98.
BARBALHO, *vide* CAVALCANTI, João B. Uchôa,
BARBOSA, Rui, ps. IX, XI, XII, 4, 17, 45, 79, 98, 108, 117, 122,
147, 153, 157, 163, 168, 191, 195, 222.
BARBOSA LIMA, Alexandre José, ps. XI, 184.
BARDE, Alphonse, p. 140.
BARROSO, Sabino, p. 35.
BAUDRY-LACANTINERIE, G., p. 140.
BERTHELOT, p. 67.
BEVILÁQUA, Clóvis, ps. 98, 108.
BLACK, Henry Campbell, ps. 58, 93.
BORLIDO, Antônio da Costa, p. 162.
CAMPOS SALES, Manoel Ferraz de, p. 34.
CASTRO, José Aires, p. 161.
CASTRO, Valois de, p. 98.
CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa, ps. 12, 14, 26, 34, 70.
CHAVES, Joaquim Ferreira, p. 102.
CONKLING, Roscoe, p. 49.
CORREIA, Rivadávia da Cunha, ps. 4, 35, 98.
CHAGAS, Carlos, p. 66.
CRUZ, Oswaldo, p. 66.
DANTAS BARRETO, Emídio, p. 75.
DELISLE, p. 140.
DERBY, p. 66.
DEZEUX, p. 140.
DODD, p. 134.

- FAUSTINO, José, ps. 77, 98.
FLAMARION. Camille, p. 66.
FONSECA, Hermes Rodrigues da, ps. X, 4, 34, 35, 76.
FONSECA, Manoel Deodoro da, ps. 32, 36.
GALVÃO, Enéias, p. 168.
GAUGHIER, p. 140.
GUANABARA, Alcindo, p. 132.
HAMILTON, Alexander, p. 14.
HARLAN, John Marshall, p. 49.
HUXLEY, p. 67.
KOCH, Robert, p. 66.
LACERDA, Sebastião Eurico Gonçalves de, p. 168.
LAROMBIÈRE, p. 140.
LAURENT, F., p. 141.
LAVOISIER, Antoine Laurent, p. 67.
LESSA, Pedro Augusto Carneiro, p. 168.
MAC DOWELL, p. X.
MELO, Francisco de, p. 75.
MENESES, *vide* Otávio.
MONK, p. 76.
MORAIS E BARROS, Prudente José de, p. 34.
MOTA, Batista da, p. 20.
MURTINHO, Manoel José, p. 168.
NABUCO DE ARAÚJO, Joaquim Aurélio Pais Barreto, p. 76.
OLIVEIRA, João Alfredo Correia de, p. 76.
OLIVEIRA LIMA, Manoel de, p. 76.
OTÁVIO, Rodrigo, ps. 195, 213.
PASTEUR, Louis, p. 66.
PEIXOTO, Floriano, p. 31.
PENA, Afonso Augusto Moreira, p. 35.
PENA, Feliciano, ps. 10, 31.
PERDIGÃO, Raimundo da Silva, p. 168.
PESSANHA, Nilo, ps. 33, 34.
PIMENTEL, Sancho de Barros, p. 108.
PINHEIRO MACHADO, José Gomes, p. 102.

- PIRES, Homero [Homero Pires de Oliveira e Silva], p. XI.
- PIRES E ALBUQUERQUE, Antônio Joaquim de Carvalho, ps. 31, 37.
- PISA E ALMEIDA, Joaquim de Toledo, p. 177.
- RIO BRANCO, José Maria da Silva Paranhos Júnior, Barão do, p. 43.
- SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos, p. 101.
- SANTOS, Otávio, p. 173.
- SOARES, Teixeira, p. 197.
- SOUSA, Herculano Marcos Inglês de, p. 108.
- STORY, Joseph, p. 14.
- VALADÃO, Manoel Presciliano de Oliveira, p. 102.
- VIEIRA, Antônio, p. 17.
- WILLOUGHBY, Westre, p. 51.



ÍNDICE

PREFÁCIO	IX
I — ACUMULAÇÕES REMUNERADAS — Entrevista à GAZETA DE NOTÍCIAS	1
Nota do revisor	3
I — Não é constitucional a lei	5
II — Não é constitucional a lei. História da cláusula constitucional tocante às acumulações. O art. 73 da Const. interpretado pelos seus próprios autores	17
III — Não é constitucional a lei. A jurisprudência dos tribunais, do Congresso e do Govêrno. A análise do texto constitucional. Aposentadorias, reformas e disponibilidades, pensões e o exemplo de Rio Branco	29
IV — Não é constitucional a lei. Sanção ou veto/ Silêncio importa sanção. Passe-se à segunda questão. Acumulação de cargos. A própria letra constitucional as autoriza	45
V — Não é constitucional a lei. Utilidade e necessidade nas acumulações. As acumulações científicas, técnicas e profissionais. Acumulações militares. Desacumulações impossíveis. O projeto moralizador	63
VI — Não é constitucional a lei. 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	75
VII — Não é constitucional a lei. A patente e o sôldo ante a Constituição. Militares sem sôldo ou militares sem patente. As inconstitucionalidades do	

projeto. Antiguidades e promoções de militares congressistas. A grande reforma: militares fora politica. Os louros da vitória. O futuro projeto	85
Resolução a que se reporta a matéria do opúsculo	101
II — INADIMPLEMENTO DE CONTRATO (Madeira-Mamoré Railway Co.) Direitos da concessionária a perdas e danos.	
Remédio jurídico	103
Nota do revisor	107
Consulta	109
Parecer	111
III — IMPÔSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE IMÓVEL — Competência do Distrito Federal para decretá-lo e sua isenção mediante cláusula contratual	119
Consulta	121
Parecer	123
IV — DISPONIBILIDADE DE MAGISTRADO — Direito de acesso mediante promoção. Desempenho de mandato eletivo e suas consequências jurídicas	149
Consulta	151
Parecer	155
V — DEPORTAÇÃO DE ESTRANGEIRO — Carta à redação d'A Noite	
Carta	159
VI — HABEAS-CORPUS EM FAVOR DOS DESEMBARGADORES DO TRIBUNAL SUPERIOR DO AMAZONAS	165
Nota do revisor	167
I — Discurso em sessão do Supremo Tribunal Federal de 20 de agosto de 1913	169
II — Discurso em sessão do Supremo Tribunal Federal de 23 de agosto de 1913	177
VII — TERRAS DEVOLUTAS — Sua cessão pelo Governo Imperial à E. F. São Paulo-Rio Grande	189
Nota do revisor	193
Parecer	197
Quesito I	197
Quesito II	200
Quesito III	218
BIBLIOGRAFIA	223
ÍNDICE ONOMÁSTICO	225

AOS 29 DIAS DO MÊS DE OUTUBRO DO ANO DE
1962, ACABOU-SE DE IMPRIMIR NAS OFICINAS
GRÁFICAS DO DEPARTAMENTO DE IMPRENSA
NACIONAL, NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO,
PARA A CASA DE RUI BARBOSA,
ÊSTE TOMO SEGUNDO

DO VOLUME XL

DAS

Obras Completas de Rui Barbosa

MANDADAS PUBLICAR PELO GOVÊRNO DA
REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

