



3842











Ruy Barbosa

---

# Collectanea Juridica

---

O Habeas corpus. A amnistia.  
O Supremo Tribunal no nos-  
so mecanismo politico. Cessões  
de clientella. As Condecorações.  
A Posse de Direitos Pessoaes.



COMPANHIA EDITORA NACIONAL

RUA DOS GUSMÕES, 26 1928

SÃO PAULO

TOMBO



34008  
B22

Nº 01634 \*

CATALOGO 005587

## O ESTADO DE SITIO, SUAS CONDIÇÕES, SEUS LIMITES, SEUS EFEITOS

HABEAS-CORPUS REQUERIDO AO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL A FAVOR DOS PRESOS PELOS DECRETOS  
DE 10 E 11 DE ABRIL DE 1892.

*Srs. juizes do Supremo Tribunal Federal* — Ruy Barbosa, em virtude do direito que lhe assegura o decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, Art. 45, vem, perante o Supremo Tribunal Federal, impetrar ordem de *habeas-corpus* em favor dos cidadãos ilegalmente presos e retidos em constrangimento illegal, ou ameaçados d'elle, pelo decreto de 10 do corrente mez, que proclamou o estado de sitio nesta cidade.

Eis os nomes desses cidadãos :

Senador vice-almirante Eduardo Wandenkolk.

Senador marechal José de Almeida Barretto.

Senador Dr. Pinheiro Guedes.

Senador tenente-coronel Antonio Adolpho da Fontoura Menna Barretto.

Deputado Dr. João da Matta Machado.

Deputado Dr. José Joaquim Seabra.

Deputado coronel Alfredo Ernesto Jacques Ourique.

Deputado contra-almirante Dyonisio Manhães Barretto.

Deputado Domingos Jesuino de Albuquerque.

Deputado 1.º tenente João da Silva Retumba.

Marechal José Clarindo de Queiroz.

Marechal Antonio Coelho.

Coronel Antonio Carlos da Silva Piragibe.

Tenente-coronel Gregorio Thaumaturgo de Azevedo.

Capitão-tenente Duarte Huet Bacellar Pinto Guedes.

Major Sebastião Bandeira.

1.º tenente Bento José Manso Sayão.

Capitão Antonio Raymundo Miranda de Carvalho.  
Capitão Felisberto Piá de Andrade.  
Alferes Carlos Jansen Junior.  
Antonio Joaquim Bandeira Junior.  
José Joaquim Ferreira Junior.  
Egas Muniz Barretto de Aragão.  
Ignacio Alves Correia Carneiro.  
José Carlos do Patrocinio.  
Placido de Abreu.  
José Carlos Pardal de Medeiros Mallett.  
Olavo dos Guimarães Bilac.  
Dr. Dermeval da Fonseca.  
Manuel Lavrador.  
Dr. Arthur Fernandes Campos da Paz.  
Conde de Leopoldina.  
José Carlos de Carvalho.  
Sabino Ignacio Nogueira da Gama.  
Dr. Climaco Barbosa.  
Francisco Gomes Machado.  
Dr. Francisco Antonio de Almeida.  
Dr. Francisco Portella.  
José Elysio dos Reis.

*Srs. juizes do Supremo Tribunal Federal.* — A decisão que este requerimento vem suscitar de vós, é a de maior gravidade civica, a de mais vasto alcance moral, que jamais pendeu da justiça brasileira. Prouvera a Deus que a questão se levantasse envolvida na grandeza de uma dessas reputações, que illuminam o fôro, e captivam a admiração, ou as sympathias da toga. Mas ainda bem que a evidencia da causa, a simplicidade, a força, a dignidade da sua justiça compensam vantajosamente a inferioridade do patrono.

Elle obedece apenas, sem o menor interesse (em sua alma e consciencia o declara), aos mais nobres deveres dessa profissão, que, entrelaçada pelas relações mais intimas ao sacerdocio da justiça, impõe ao advogado a missão de lucta pelo direito contra o poder, em amparo dos indefesos, dos proscriptos, das victimas da oppressão, tanto mais recommendaveis á protecção da lei, quanto mais formidavel fôr o arbitrio, que as esmague, quanto mais sensivel fôr o vasio, que a ignorancia, a covardia de uns, o desalento de outros, a lethargia geral abrirem de redor dos perseguidos. Nunca se justifi-

cou melhor aquella providencia dos canones do processo judicial, que, para reivindicação da liberdade extorquida, reconhecem a todo individuo consciente e capaz o character de procurador nato dos oppressos, comprehendendo que, em taes casos, o mandato decorre do interesse social, e que um povo de condição livre deve conter em seu seio homens dispostos a pugnar desinteressadamente pela restituição do direito de seus semelhantes, expondo-se por elles ás paixões dos poderosos.

No seio das nações que individualisam, para a civilização contemporanea, o typo da liberdade, politica, ou civil — a Inglaterra e os Estados Unidos — a palavra forense foi sempre um dos órgãos mais eminentes do desenvolvimento da consciencia popular. Nenhum povo carece mais profundamente que este de senso juridico, essa qualidade suprema das raças livres, cuja expansão constitue o segredo das maravilhas da democracia americana, cuja fraqueza, entre nós, explica a ruina das instituições da monarchia representativa, e cuja decadencia crescente nos vae fazendo voltar, sob uma admiravel constituição republicana, aos terrores, que precipitaram o primeiro reinado para o seu occaso tenebroso. E, ao passo que os mais altos espiritos vêem na educação legalista, no entranhado constitucionalismo dos americanos, o principio da virilidade incomparavel daquelle povo, nós, que fomos buscar no seu exemplo as fórmulas da nossa reconstituição liberal, iniciamos o novo regimen por um eclipse total da consciencia juridica, de que não nos salvaremos, se a justiça da republica nos não offerecer, na organização e no papel deste tribunal, o órgão de reparação, que sob a monarchia nos faltava.

E' a primeira vez, senhores juizes, que esse órgão tem de funcionar solemnemente na mais delicada e na mais séria das suas relações com a vida moral do paiz, entre os direitos inermes do individuo e os golpes violentos do poder. Relevae, pois, ao impetrante a animação da linguagem, escutae-o com benevolencia, atravez do extenso desenvolvimento, a que o assumpto o obriga. Sob a impressão de immediata responsabilidade, que o liga a essa constituição, em cuja obra lhe coube uma das partes mais preponderantes e amplas, elle sente intensamente o alcance da sentença, que ides proferir, na delineação da physionomia deste tribunal, no seu destino historico para a consolidação da republica federativa, que, nos Estados-Unidos, é, sobretudo, uma victoria do Supremo Tribunal Federal; e,

sentindo-o, o impetrante não póde encarar sem emoção a sorte deste requerimento.

Ides, com effeito, senhores juizes, decidir, conforme o lado para onde penderdes, se entramos realmente, pelo pacto de 24 de fevereiro de 1891, no dominio de uma constituição republicana, ou se essa exterioridade apenas mascara a omnipotencia da mais dura tyrannia militar. Porque, realmente, se contra o arbitrio mais grosseiro na declaração do estado de sitio fóra das condições estabelecidas pela carta federal não ha, em favor dos cidadãos flagellados, o correctivo da vossa justiça, que deve ter o seu padrão, como tem a sua ascendencia moral, na justiça americana, e se os effeitos das medidas de excepção adoptadas durante a suspensão das garantias constitucionaes se estendem além do termo della, então o paiz está virtualmente convertido numa praça de guerra, a liberdade, para os cidadãos brasileiros, não fica sendo mais que uma esmola precaria da força, e a revolução de 15 de novembro, mãe das novas instituições, mãe deste tribunal, não terá servido senão de transferir para nós o captiveiro, de que em 13 de maio emancipámos os escravos. Aquelles que trabalharam pela redempção destes, experimentaram muitas vezes em si mesmos, pela acção da sympathia e da solidariedade humana, a vergonha do aviltamento de seus irmãos; e é sob impressão bem semelhante que se acham os libertadores de hontem, ao voltar os olhos para si proprios, deante das medidas estupendas, que acabam de ferir-nos, dos precedentes calamitosos, que ellas geram, das theorias inauditas, em que ellas se apoiam. A differença entre a sujeição á lei e a sujeição ao arbitrio, e a submissão da sociedade civil á prepotencia militar não se distingue senão accidentalmente da submissão do negro á vontade do branco.

Para apreciar as circumstancias deste modo, não é necessario sympathisar com os factos, a que com o estado de sitio se pretendeu pôr cobro. Ninguém está mais longe de taes inclinações do que o impetrante, distanciado, pela mais profunda separação pessoal e politica, de muitas das principaes victimas da medida, inimigo irreconciliavel de todo movimento extralegal na politica republicana. Mas da reprovação que a desordem naturalmente inspira aos espiritos conservadores, não se segue, para elles, a obrigação de acreditar, sem provas, na criminalidade irrogada pelo governo aos cidadãos que elle indigita. O poder executivo não julga, nem condemna. E' parte querellante, quanto muito, perante a justiça criminal. Em materia politica, de mais a mais, as suas denunciações são sem-

pre suspeitas. Nenhuma autoridade lhe assiste, para qualificar de máos cidadãos os que a sua policia fallivel e apaixonada aponta como criminosos; porque criminosos, num paiz livre, são unicamente os convencidos pela justiça. E só uma sociedade sem moral, indigna de possuir tribunaes, seria capaz de referendar esses juizos incompetentes da precipitação administrativa. O impetrante, portanto, senhores juizes, faltaria ao respeito, que deve á sua propria consciencia, á dos seus concidadãos e á vossa, se não considerasse inquestionavel, a favor dos seus clientes, no sanctuario supremo da lei, a presumpção de innocencia, de cuja perda não é arbitro o poder executivo, e a que tem direito inalienavel todo individuo, contra quem a justiça, de que só os tribunaes são interpretes, ainda não se pronunciou.

No chaos de heresias moraes, a cuja propagação estamos assistindo, não estranhareis que o impetrante sinta a necessidade de estabelecer estas preliminares de evidencia rudimentar; pois a iniquidade, contra a qual se vos pede remedio, assenta exactamente na dissolução dos elementos da verdade constitucional e dos axiomas mais triviaes da ordem juridica nos paizes civilisados.

Senhores juizes, os cidadãos, por quem se vos solicita *habeas-corpus*, distribuem-se em tres categorias, cuja situação carece discriminadamente ser examinada.

I Os presos antes de aberto o estado do sitio.

II Os considerados como incursos em prisão pela declaração official que encerrou o estado de sitio.

III Os presos durante o estado de sitio.

## I

### Presos antes do estado de sitio

Neste caso se acham os cidadãos:

Deputado Dr. José Joaquim Seabra.

Deputado coronel Menna Barretto.

Dr. Campos da Paz.

Dr. Climaco Barbosa.

José Carlos Pardal de Medeiros Mallet.

Olavo dos Guimarães Bilac.



Manuel Lavrador.

Severiano Rodrigues da Fonseca.

José Elysio dos Reis.

José Joaquim Ferreira Junior.

Constantino de Oliveira.

Pouco bastará, para evidenciar a ilegalidade do constrangimento, que soffrem esses cidadãos.

A prisão delles, annunciada como facto da vespera em toda a imprensa do dia 11, effectuou-se, pois, no anterior.

Nessa manhã todas as folhas da capital ignoravam a promulgação do decreto, que apenas apparecia no *Diario Official*.

Verdade seja que a sua data ostensiva o dá como firmado no dia 10. Mas as circumstancias contrariam concludentemente essa affirmativa. Em primeiro logar, a imprensa mais insuspeita, como o *Jornal do Commercio*, na sua gazetilha de 12 de abril (documento n. 1), refere que o decreto "foi assignado *hontem ás quatro horas e meia da manhã*". Depois, se o decreto datasse realmente de 10, o termo da duração do estado de sitio estaria findo no dia 13, pelo simples decurso do tempo aprasado; entretanto que a sua suspensão, ordenada pelo governo nesse dia, em boletins especiaes, se dá como antecipação daquelle termo, generosamente resolvida, não por haver acabado o tempo, mas por terem "cessado os motivos, que determinaram o acto". (Documento n. 2).

Além dessa, encerra o decreto declaratorio outra irregularidade crassa contra as disposições, que regem o assumpto, no tocante a esta face da questão. A constituição da Republica (Art. 80) estatuiu que a suspensão de garantias constitucionaes não se poderá decretar, senão por tempo determinado". A fixação prévia do tempo é, por consequencia, requisito substancial do estado de sitio. A ausencia desse requisito determina, pois, a invalidade da medida e a insubsistencia dos actos praticados á sua sombra. Ora, o governo contraveio a essa condição, estipulando em setenta e duas horas a duração do estado de sitio, *mas abstendo-se de indicar a hora, em que ellas deveriam começar a correr*. Se se tratasse de dias, estaria subentendida, pela promulgação, a data, em que elles se principiariam a contar. Mas, limitando-se por horas o tempo assignalado, não ha meio de precisar quando começaram ellas a decorrer. Ora, em materia de direito, e especialmente em materia de attribuições pessoaes, subordinadas á clausula de tempo, a differença não é mais ou menos illegal, mais ou menos viciadora, por ser de horas, ou dias. Alguns

minutos bastam, para consummar infinidade de prisões arbitrárias, contra as quaes haveria a defesa irrecusavel da extemporaneidade verificada ; se o acto official não deixasse capciosamente no indefinido um elemento de validade processual, que a lei exige se defina rigorosamente.

Felizmente, graças a uma regra geral de direito, que não póde soffrer excepção ao belprazer da autoridade, facil é determinar o termo inicial do estado de sitio, se não quanto ás horas, ao menos quanto ao dia. Os actos do poder legislativo, ou do executivo, que crêam, extinguem, ou suspendem obrigações, ou direitos, para os cidadãos, especialmente em materia penal, *não têm existencia legal, senão do momento da sua publicação em deante*.

Logo, o decreto em questão não podia ter vigor juridico, senão a contar do momento da sua promulgação, isto é, da manhã de 11, em que o *Diario Official* o estampou.

Portanto, as prisões do dia, ou da noite de 10, antecipadamente effectuadas á sombra do estado de sitio, ainda não promulgado, são de sua origem nullas e insubsistentes. Indubitavelmente, pois, ellas cahem na previsão do pacto federal, Art. 72, § 22, que assegura o *habeas-corpus* “sempre que o individuo soffrer violencia, ou coacção, por illegalidade, ou abuso de poder”.

Neste caso se acham ainda, particularmente, os que, como o Dr. José Joaquim Seabra, protegidos por immunidades constitucionaes, como membros do congresso, não podiam cahir sob a acção do executivo, a não ser pela suspensão de garantias, e estrictamente no espaço de duração della.

O poder executivo, no seu decreto, reconhece que esses cidadãos “gozam de immunidades por *lei prescriptas*” ; phrase que, na originalidade da sua redundancia, parece querer dizer *leis legisladas*, a não significar leis *incursas em prescripção*, desusadas, ou obsoletas — o que, naquelle documento, seria um triste, mas porventura justo, epigramma á constituição republicana. Como quer que lhe caiba, porém, o epitheto de *prescripta*, a lei constitucional dispõe, no Art. 20, que, “os deputados e senadores, desde que tiverem recebido diploma, até nova eleição, não poderão ser presos, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua camara, salvo caso de flagrancia em crime inafiançavel.”.

E, se o presidente da Republica mesmo, no decreto de que se trata, confessa necessaria a decretação do estado de sitio para prisão de membros do congresso nacional, claro está que, pelas suas

próprias palavras, deixa comprovada a ilegalidade do acto, que os deteve, antes de verificada essa condição.

Nem se diga que a verificação posterior della sanou a irregularidade proveniente da sua omissão anterior. Se o deputado, ou senador, no momento da prisão, estava na plenitude de gozo das suas imunidades legais, o acto do governo, prendendo-os, importa em um crime e não pôde crear direitos, não pôde gerar consequências legais, a favor do seu agente, contra as suas victimas.

O *Diario Official* de 11 do corrente (documento n. ) annunciou que o tenente-coronel Adolpho da Fontoura Menna Barretto fôra preso, nas primeiras horas da noite de 10, "em flagrante crime de sedição". Ora, o coronel Menna Barretto é deputado ao congresso nacional. Sua prisão realisou-se, conforme a folha official, quando o chefe do estado chegava da sua residencia particular, na Piedade, em caminho para o palacete Itamaraty. Não tinha, portanto, o governo firmado ainda o decreto de declaração do estado de sítio, que só se deliberou, e assignou, depois que o chefe do estado chegou á residencia official, e conferenciou com os seus ministros, pela madrugada do dia seguinte. O decreto, pois, ainda não existia, sequer, no gabinete presidencial. As garantias não se achavam suspensas. O coronel Menna Barretto estava, assim, no gozo absoluto dos seus privilegios constitucionaes, que só autorizariam a prisão "em flagrancia de crime *inafiançavel*". Ora, a sedição, "quando o fim sedicioso não fôr conseguido", importa simplesmente a pena de prisão celllular por tres mezes a um anno (codigo penal, Art. 118), e, pois, nos termos do codigo penal, Art. 406, é crime *dos que admittem fiança*. Esse representante da nação, portanto, *preso por crime afiançavel, antes do estado de sítio*, foi illegalmente preso, e está illegalmente detido.

Em relação aos outros pacientes, o decreto de 12 de abril já nos deixa entrever o pretexto, que se explorará contra os pacientes.

Esse decreto assignala mais uma ficção do tumultuario procedimento, que acaba de conculcar as mais respeitaveis leis do paiz. O decreto de 10 de abril denunciava unicamente a hypothese de "sedição". Mas a sedição é crime afiançavel. Os juristas officiaes cahiram depois em si, e, comprehendendo que essa classificação, nimamente benigna, deixava fóra da rêde policial muitos dos incursos nas desconfianças do governo, bifurcaram e aggravaram a capitulação penal, no decreto de 12 de abril, averbando a delinquencia, cumulativa e indistinctamente, em sedição e *conspiração*.

Conspiração parecia melhor ; porque, constituindo culpa inafiançável, aquelles cuja prisão não valesse, por anterior ao estado de sitio, valeria pela inafiançabilidade do delicto imputado. O calculo é transparente, se attentarmos em que os factos conhecidos no dia 12 não innovavam absolutamente os conhecidos no dia 10, e não tem, portanto, explicação legitima essa variação de criterio juridico entre os dous decretos, separados apenas pelo espaço de quarenta e oito horas.

Mas esse calculo falha, graças exactamente á ignorancia das leis, revelada no segundo acto do governo. O decreto de 12 de abril, com effeito, qualifica as infracções arguidas, affirmando que, “a pretexto de manifestação de apreço ao cidadão que primeiro exerceu a presidencia da republica, praticaram-se actos bem característicos de *conspiração* e *sedição*”.

Ora, o que, em resumo, se sabe, pela narração do *Diario Official*, ácerca dos acontecimentos da noite de 10, cuja origem não se poderá suspeitar de connivencia no delicto, é que um grupo sedicioso percorreu algumas ruas, dando vivas ao marechal Deodoro, e que, das janellas da casa deste, algumas pessoas, em discursos violentos, excitaram os manifestantes a depôr o marechal Floriano Peixoto. Mas do silencio do orgão do governo, tão interessado em carregar os factos, irrecusavelmente se depreheende que as palavras incendiarias dos oradores não persuadiram o auditorio, e que os proprios excitadores da multidão não levaram por deante o seu intento ; pois a versão official não teria calado as peripecias criminosas, subsequentes aos discursos provocadores, se o movimento não tivesse morrido, antes de produzir consequencias susceptiveis de penalidade.

Mas, se os factos são apenas esses, basta ao impetrante, para pulverizar a capitulação enunciada no decreto de 12 de abril, transcrever o Art. 115 do codigo penal, que define o crime de *conspiração* :

E' crime de *conspiração* concertarem-se vinte ou mais pessoas, para :

“§ 1.º Tentar, directamente e por factos, destruir a integridade nacional.

“§ 2.º Tentar, directamente e por factos, mudar violentamente a constituição da republica federal, ou dos estados, ou a fórma do governo por elles estabelecida ;

“§ 3.º Tentar, directamente e por factos, a separação de algum estado da união federal ;

“§ 4.º Oppôr-se, directamente e por factos, ao livre exercicio das attribuições constitucionaes dos poderes legislativos, executivo e judiciario federal, ou dos estados ;

“§ 6.º Oppôr-se, directamente e por factos, á reunião do congresso e á das assembléas legislativas dos estados.”

Discutir, porém, os factos do dia 10, sobre os quaes, o decreto de 12 tece a sua phantasia, para mostrar a disparidade entre elles e os elementos legaes da conspiração em presença do artigo supra-transcripto, seria duvidar da discrição do Supremo Tribunal Federal.

Nessas circumstancias, de uma arruaça que não transpoz o circulo dos factos de ordem policial — onde o menor indício de que os agitadores, em numero de mais de vinte, urdiram conchavo organizado, para destruir a integridade nacional? para mudar violentamente a constituição, ou a sua fórmula de governo? para promover a desaggregação dos estados? para embaraçar a reunião do congresso, ou das assembléas locais? para se oppôr directamente ao livre exercicio das attribuições dos poderes constitucionaes?

E' preciso interpretar as leis penaes, não com o criterio do magistrado, mas com as predisposições do algoz, para encartar em qualquer dessas classificações aquelle episodio, cuja gravidade não resultou, senão do apparatus official desenvolvido para encenar a repressão, e cujo aspecto não offerece ao exame reflexivo da prova senão elementos fortuitos, desconnexos, reunidos por coincidencias, accidentaes, incapazes, emfim, de compôr a congruencia, a solidariiedade, o ente juridico de uma conspiração, com os caracteres materiaes e moraes que a definem.

Removida, pois, a hypothese indemonstravel dessa arguição, não restam, nos considerandos preliminares ao decreto de 12 de abril, senão injurias gratuitas aos perseguidos, aos indefesos, aos amordaçados, recriminações imprudentes da paixão politica, a proposito de indisciplina militar, caudilhagem, desorganisação dos estados, anniquilamento da fortuna publica e particular, a cada uma das quaes se poderia retorquir com vantagem, se os presos não se achassem esbulhados da defesa, que só os criminosos recusam aos innocentes, e digressões declamatorias, injustificaveis, pela virulencia aggressiva da phrase, pela impropriedade juridica das proposições, pela sua carencia de senso legal, insolita em documentos de origem tão elevada.

Logo, se os pacientes, de que se trata, não foram presos durante a suspensão de garantias, se, portanto, a legitimidade da prisão relativamente a elles, cae sob as normas ordinarias do processo, e se estas, desapparecendo a hypothese de conspiração, reduzindo-se o facto, quando muito, a um movimento sedicioso, não autorisam a suppressão preventiva da liberdade — o constrangimento exercido sobre esses cidadãos já não se apoia, sequer, nos pretextos, com que suppuzeram cohonestal-o.

O *habeas-corpus* requerido a favor delles, é, por conseguinte, uma necessidade irrecusavel da justiça.

## II

### Prisões posteriores á restauração de garantias

Aqui, senhores juizes, assume proporções phantasticas a jurisprudencia constitucional, inaugurada pelos actos, de que se vos pede reparação.

O estado de sitio cessou. Mas cidadãos, que não podiam ser presos, senão em virtude delle e durante elle, continuam a estar sujeitos á prisão politica, isto é, á caçada policial, até que o governo os apprehenda, e aferrolhe! Esta invenção heteróclita, senhores juizes, numa assembléa de jurisconsultos, como esta, poderia merecer, quando muito, as honras da ironia; porque, em verdade, não ha noticia de que um tribunal de justiça tivesse jamais sido chamado a considerar tão desmarcada excentricidade. Mas como, em virtude della, ha cidadãos, ha representantes da nação, ha senadores da Republica, feridos, ou ameaçados, na sua liberdade e na sua vida, pela imposição, ou comminação de desterros homicidas, necessario é encarar seriamente a odiosa extravagancia, e retratal-a juridicamente com os caracteres, que a recommendam á vossa severidade.

O boletim official, que, no dia 13, declarou suspenso o estado de sitio, estabeleceu logo a reserva de que no gozo dos direitos politicos e immunidades constitucionaes não entrariam os cidadãos, que, “como autores, promotores, cumplices, ou conniventes no crime de conspiração, foram *intimados* ou *inscriptos* réos desse delicto”.

Em consequencia desta doutrina revoltante que galhofa com o direito constitucional, e ha de immortalisar-se na historia anecdotica das extravagancias da força, o almirante Eduardo Wandenkolk,

senador pelo Maranhão, foi preso, aos 14 deste mez, no mais pleno gozo das suas immuniidades constitucionaes, e o bacharel Egas Moniz Barretto de Aragão, a despeito das garantias individuaes, que a constituição e o codigo lhe asseguram, espera, foragido, a garra dos malsins.

Temos agora, pois, uma *inscripção* de ameaçados de carcere e desterro, inscripção cujas sentenças implacaveis se projectam além do estado de sitio até que cada esconderijo entregue a sua victima, cansada ou desanimada, pelo isolamento, ou pela nausea. E cada um dos alistados, por aceno da imparcialidade soberana do governo, nessa matricula sinistra, não tem recurso, não pertence mais ao gremio dos cidadãos livres, ha de occultar-se como féra, posta fóra da lei por decreto official, até que o faro dos esbirros possa mais que o instincto da liberdade, e a infiltração humida das fortalezas, ou a malaria do Amazonas receba o pasto destinado.

Senhores juizes, salvae, com a lei, a sociedade brasileira. Convincei-nos de que o regimen constitucional não é um epigramma sarcastico. Assegurae-nos o que elle confiou á vossa majestade tutellar, o que a carta federal nos promette : a condição de subditos da lei. Livrae-nos da escravidão militar sob esta forma, que desafia os mais abominaveis exemplos, e faz da liberdade de todos os brasileiros joguete ridiculo da vontade do poder executivo.

Que quer dizer *inscriptos durante o estado de sitio, para se encarcerarem, ou desterrarem depois d'elle*? Mas que inscripção é essa? Quem é o depositario desse segredo cheio de ameaças? Que lei instituiu essa camara de proscripção? A que cabeças se estende ella? Sómente ás daquelles, cujos nomes já foram entregues á publicidade? E porque não, com o mesmo fundamento, pelo mesmo principio, sob a mesma autoridade, a todos os arrolados no quadro intimo da suspeita official? Mas então, senhores juizes, parece ter chegado a occasião de pedir-se-vos *habeas-corpus* para toda a sociedade brasileira. E' a lei que está banida da lei.

Duas barreiras, altas como a justiça, poz a constituição aos desvios do poder no uso da suspensão de garantias : obrigou-a a não se decretar senão "por tempo determinado" (Art. 80, pr.) e prescreveu que as medidas de repressão, admissiveis (detenção, ou desterro) não se poderiam empregar, senão "*durante o estado de sitio*" (*Ib*, § 2.º).

A praxe iniciada pelo governo actual, porém, annulla, com um sophisma palmar, essas restricções preservadoras. Limita-se appa-



rentemente o estado de sitio. Mas illude-se palpavelmente essa limitação, continuando-se a prender e deportar, após a cessação do estado de sitio, em virtude de poderes aliás inadmissíveis fóra delle. A Constituição estatue: Não prendereis, nem desterrareis, senão durante a suspensão de garantias. Mas o governo restabelece as garantias, e continúa a deter e degredar cidadãos, como se ellas estivessem suspensas.

Para apadrinhar esse crime, inventaram um mytho perfido, de que não ha lembrança nos annaes do estado de sitio em seus piores dias, sob os seus applicadores mais inventivos: a prisão suppositicia. O individuo *intimado*, ou meramente *inscripto* (onde?) como réo, por selecção do governo, *considera-se preso*. Mas esta especie de prisão convencional, esta ficção juridica, digna da subtileza dos inventores da tortura, nunca se viu na sciencia do direito, nos codigos antigos ou modernos. A prisão é uma realidade positiva. Não ha preso, a não ser por imposição de mãos da autoridade apprehensora. Se só durante o estado de sitio o governo pode prender independentemente das fórmulas do processo, ou das imunidades constitucionaes, os que durante esse periodo, não foram effectivamente presos, entram, depois delle, na fruição absoluta das garantias restabelecidas.

Carecia o governo de prendel-os a todo transe? Nesse caso, prorogasse o estado de sitio. Se o suspendeu, a suspensão aproveita a todos, como a todos ameaçaria a continuação delle. O contrario repugna ao senso commum, e burla o direito constitucional.

Estribado nestas razões, senhores juizes, o impetrante vos supplica o *habeas-corpus*, a que têm o mais indisputavel jús os dois cidadãos supramencionados.

Agora, porém, cumpre estudar as prisões, que, verificadas sob o estado de sitio, estariam por elle justificadas, se o estado de sitio, na especie, fosse constitucional. E', pois, a occasião de ventilar se os erros do poder executivo, na observancia das regras constitucionaes, que regem a suspensão de garantias, encontram ou não encontram correctivo na autoridade do Supremo Tribunal Federal.

Grave, delicado, novo entre nós, o assumpto obriga a deducções attentas e cautelosas, para as quaes toda a concentração de espirito será pouca.

Sob o systema federal, escreve o grande expositor da soberania



parlamentar na Inglaterra, (1) confrontando-a com o regimen que acabamos de adoptar, “não succede assim. A supremacia legal da constituição é imprescindível á existencia do estado. A gloria dos fundadores dos Estados-Unidos consiste em haverem descoberto, ou implantado combinações, sob as quaes a constituição se tornou tão real quão nominalmente o direito supremo do paiz, resultado a que chegaram, adherindo a um principio muito simples, e engenhando um mechanismo adequado para o pôr em acção”. Esse principio (falla o chancellor Kent) é o de que “todo acto do congresso, ou das legislaturas de estados, que de qualquer modo contravierem a constituição dos Estados-Unidos, é necessariamente nullo”. (2) E o órgão activo dessa supremacia é o Supremo Tribunal Federal.

Resultando da essencia do systema, esses principios applicam-se “a qualquer constituição escripta, sob a qual existir um poder judiciario independente e um poder legislativo com attribuições limitadas”. (3) E a nossa constituição actual expressamente os adoptou, conferindo ao Supremo Tribunal Federal a competencia de sentenciar em instancia definitiva, “nas questões resolvidas pelos juizes e tribunaes federaes” (Art. 59, III, § 1.º), entre as quaes se abrangem “as causas, em que algumas das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposições da constituição federal”. (Art. 60, a).

A constituição americana, a jurisprudencia americana e as autoridades constitucionaes americanas são, portanto, as fontes de interpretação do novo regimen entre nós; uma vez que, com mais razão do que se dizia, em 1860, na convenção da Republica Argentina, onde, aliás, a constituição de 1853 já era cópia da dos Estados Unidos, havemos de reconhecer que o direito publico federativo carece totalmente de antecedentes historicos no paiz.

Ora, entre os publicistas daquella nacionalidade nunca entrou em duvida que a prerogativa, commettida aos tribunaes federaes, de rectificar as inconstitucionalidades, quando perpetradas em actos da legislatura, se estendia *á fortiori* ás infracções da constituição envolvidas em actos do executivo. Seria, em verdade, contrasenso palpavel ter sob o freio da constituição federal, representada pela magistratura judiciaria, os elaboradores da lei, e exonerar desse freio

(1) DECEY: *The law of the constitution*. (Lond. 1865). P. 144.

(2) KENT: *Commentaries on the American Law*, I, p. 314.

(3) HITCLOCK: *Constitutional Development in the United States as influenced by Chief Justice Marshall* (P. 79).

os seus executores. "O sentimento universal da America", escreve STORY, "tem assentado que o poder judiciario sentenceie, em ultima instancia, quanto á constitucionalidade *dos actos* e leis do governo geral e dos governos de estados. Quando elles, pois, forem submettidos ao conhecimento da justiça, definitivas serão as suas sentenças ; porque, de outra sorte, se lhes poderia faltar com o respeito, e os actos da legislatura, *bem como os do executivo*, irresistivelmente prevaleceriam" (4).

Depois de STORY, a linguagem dos jurisconsultos e historiadores é cada vez mais accentuada. "Sendo o ramo judiciario do governo geral", observa CURTIS, "destinado a obrigar ao cumprimento dos deveres e proteger os direitos individuaes... a função de resolver acerca de taes direitos e obrigações póde envolver sempre a necessidade de sentencear sobre si os actos do poder legislativo, ou *do poder executivo*, estão de conformidade com a lei fundamental". (5) COOLEY, em um livro classico nos Estados Unidos, advertindo na conveniencia de não romperem os tribunaes, senão muito ponderadamente, com a interpretação dada pelos outros dois poderes a disposições constitucionaes, em materia das suas competencia respectivas accrescenta : "O poder judiciario tem cedido muita vez a este sentimento, quando se questiona a correcção da intelligencia pratica da lei pelo executivo em cousas de sua alçada ; mas já não póde proceder assim, quando, na opinião do tribunal, essa hermeneutica infrinja manifestamente a constituição". (6) São desse mesmo autor (7) ainda estas observações preciosas :

"Nenhuma ascendencia têm os tribunaes sobre as funções do poder legislativo, nem exercem autoridade, para lhe contrariar as intenções, comtanto que a legislação se mantenha nas raias constitucionaes. Ao executivo se applica identica lição. Dentro, na esphera da sua autoridade constitucional, elle é independente, o processo judicial não póde tocal-o. Mas, se ultrapassa essa autoridade, ou usurpa a de outro poder, suas ordens, avisos, ou actos não protegem a ninguem, e seus agentes são pessoalmente responsaveis pelo que obrarem. O freio dos tribunaes, cifra-se, portanto, na força

(4) STORY : *Commentaries* (ed. de 1873), v. II, § 1576, p. 381-3. Cf. p. 379.

(5) GEORGE F. CURTIS : *Constitution. History of the Un. States* (ed. de N. York, 1889), v. I, p. 592.

(6) THOMÁS COOLEY : *The general principles of constitution law*, (Boston, 1880), c. VI, p. 140.

(7) *Ibid*, c. VII, p. 157.

de conter o *executivo* nos limites da sua efficiencia legal, recusando sanccção juridica a qualquer medida, que os transponha, e submettendo a estriccta responsabilidade os seus representantes e instrumentos”.

No tratado politico de WOOLSEY, mais de um topico assignala a mesma verdade: “Os juizes são os grandes defensores da ordem estabelecida, contra o poder legislativo e o *executivo*”. (8) E, noutro lugar (9): “Se nos estados constitucionaes não houver um poder, habilitado a velar pela constituição, e *preservar-a especialmente das invasões do executivo*, ella acabará por se converter num simulacro, poderoso contra o povo, mas incapaz de reprimir o arbitrio dos funcionarios publicos”.

Recentemente ainda, numa ampla monographia, escripta por varios juristas e constitucionalistas americanos, acerca do papel do Supremo Tribunal Federal no desenvolvimento da constituição (10), se consignam estas noções: “Todos os actos de funcionarios federaes, que a constituição não autorisa, são juridicamente irritos, (11)... O juiz dessas questões, em derradeira instancia, é o supremo tribunal (12)... Ainda que perdure, inconcussa por annos e annos, a validade de uma lei, ou *de um acto do executivo*, em se suscitando litigio a tal respeito, os tribunaes declaral-o-hão inconstitucional, se o fôr... Se o presidente mandar pautar o procedimento de seus subalternos pela sua maneira de ver o direito constitucional, em opposição á dos tribunaes, a obediencia a taes ordens não abrigará os seus executores das consequencias leaes dos attentados, que commettam, contra os direitos do individuo”. (14)

Trazendo para entre nós esse typo constitucional, e inscrevendo formalmente no texto da nossa lei suprema a soberania interpretativa do poder judiciario, como defesa da constituição, contra as medidas legislativas, que a violarem, os fundadores da carta federal tinham em mente, *ipso facto*, subordinar os actos do executivo á mesma jurisdicção verificadora. “O que principalmente deve cara-

(8) THEODORE WOOLSEY: *Political Science and the State* (N. York, 1886), v. II, § 230, p. 331.

(9) *Ib.*, p. 333.

(10) *Constitution. History the Unit. States as seen in the development of americ. law* N. York, 1889.

(11) *Ib.* DANIEL CHAMBERLAIN: *Const. developm. in the Unit. States as influenced by decisions of the Supreme Court since 1864.* P. 203.

(12) *Ibid.*

(13) *Ib.*, 204.

(14) *Ib.*, p. 205.

cterisar a necessidade da immediata organisação da justiça federal”, dizia o Sr. Campos Salles, ministro da justiça no governo provisório, em sua exposição de motivos preambular ao decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, “é o papel de alta preponderancia, que ella se destina a representar, como órgão de um poder, no corpo social. Não se trata de tribunaes ordinarios de justiça, com uma jurisdição pura e simplesmente restricta á applicação das leis, nas multiplas relações do direito privado. A magistratura, que agora se installa no paiz, graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego, ou mero interprete, na execução dos actos do poder legislativo. Antes de applicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sancção, se ella lhe parecer conforme ou contraria á lei organica. . . Ahi está posta a profunda diversidade de indole que existe entre o poder judiciario, tal como se achava instituido no regimen decahido, e aquelle que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democraticos do systema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto, na elevada esphera de sua actividade, para interpôr a benefica influencia do seu criterio decisivo, afim de manter o equilibrio, a regularidade e a propria independencia dos outros poderes, *assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercicio dos direitos do cidadão*. E’ por isso que, na grande União Americana, com razão se considera o poder judiciario como a pedra angular do edificio federal e o unico capaz *de defender com efficacia a liberdade, a autonomia individual*. Ao influxo da sua real soberania se desfazem os erros legislativos, e são entregues á severidade da lei os crimes dos depositarios do poder executivo”.

Incomparavel é, portanto, a situação dos tribunaes, e, sobretudo, a do Supremo Tribunal, no organismo das nossas instituições actuaes ; pois, ao passo que os transvios dos outros dous poderes têm, na acção do judiciario, o mais efficaz dos correctivos, a justiça da republica funcçãoa como uma entidade oracular na declaração do direito constitucional, tendo por unicas seguranças da sua fidelidade o seu papel, a independencia da sua magistratura, a indole organica das suas correlações leaes, a inespugnabilidade do seu posto atravez das agitações politicas, a vigilancia da opinião nacional. “Interprete final da constituição” (15) o Supremo Tribunal Federal é, pois, “o ultimo juiz da sua propria autoridade”. (16)

(15) DICEY : *Op. cet.*, p. 146.

(16) COOLEY : *The Federal Supreme Court. Its place in the American Constitutional System*, p. 40.

Em face das autoridades, com que se abona esta caracterisação da vossa dignidade constitucional, Srs. juizes, ninguém arguirá o impetrante de exaggeral-a. Só um limite formal se oppõe ao exercicio della : a regra de que não podeis sentencear senão em especie. Não sois uma corporação consultiva. Não revogaes actos da legislatura, ou do executivo. Não constituís, como inconsideradamente se tem figurado, uma especie de instancia superior a esses poderes. Não. Mas qualquer individuo, lesado por uma exorbitancia do congresso ou do presidente da republica, tem sempre, nos remedios, judiciais, o meio de preservação do seu direito, provocando, na qualidade de autor, ou na de réo, a sentença reparadora e irrecorrivel do Supremo Tribunal Federal. O executivo, por exemplo, nomeia, destitue, ou reforma livremente os funcionarios, sujeitos á sua autoridade discrecionaria ; mas, se a administração, transcendendo a sua orbita, reforma ou demitte funcionarios indemissiveis, irreformaveis, ou não respeita, no uso desse arbitrio, as condições de legalidade, que o modificam — a impugnação legal do prejudicado, regularisada e submettida á vossa apreciação, sob as fórmulas ordinarias do processo, manterá o direito contra o abuso. E' nessa attribuição, devidamente utilizada mediante as acções competentes, que jaz a garantia da vossa propria inviolabilidade, a base de resistencia invencivel dos membros deste Tribunal a qualquer tentativa usurpatoria contra a inamovibilidade de suas funcções.

Sendo esta, portanto, a missão do Supremo Tribunal Federal — se sede mostrar, como o impetrante demonstrará, que a suspensão de garantias, tal qual se acaba de dar aqui, transgride as exigencias constitucionaes, impostas ao uso dessa prerogativa, não póde haver duvida nenhuma de que os prejudicados por esse acto de força estão no terreno da lei, reclamando, perante vós, a restituição de sua liberdade. "Privar um homem da existencia", escrevia BLACKSTONE, (17) "ou confiscar-lhe violentamente a fortuna, sem accusação, nem julgamento, seria imprimir ao despotismo proporções tão monstruosas, que dariam immediatamente ao paiz inteiro o rebato da tyrannia. Mas entregar um individuo ao segredo das prisões, onde os seus soffrimentos se ignoram, ou esquecem, é uma invenção da força arbitraria menos commovente, menos desafiadora e, por conseguinte, mais perigosa". E', entretanto, essa a condição dos fulminados pela violencia, que acaba de assombrar-nos em pleno go-

---

(17) BLACKSTONE : *Comment*, I, 136.

verno republicano. E não haveria contra esse attentado o recurso dos tribunaes? Mas então esses direitos individuaes, que a nossa constituição proclamou solemnemente, estariam reduzidos á mais despresivel das burlas.

Ha mais de seiscentos e setenta annos, a Magna Charta, arrancada a João de Inglaterra, assegurava a todos os homens livres o direito de não serem presos, exilados ou condemnados a qualquer pena, senão pelas fórmulas legais, sob o juizo de seus pares. "*Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut dissaisiatur, aut utlagetur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*" (18) Esta disposição do celebre artigo 39 da primeira carta das liberdades inglezas, que, na opinião de Chatam, valia por si só todos os classicos reunidos, encerra em si o espirito de todas as revoluções, que, ha um seculo, agitam a civilização occidental, e compendiam a parte mais vital de todas as constituições modernas. E, se, na republica estabelecida pelo movimento nacional de 15 de novembro, não ha meios judiciarios de encarcerar, e remir os cidadãos condemnados á masmorra e ao exilio sob o pretexto de estados de sitio decretados fóra dos termos, o constitucionalismo brasileiro tem ainda sete seculos, pelo menos, que percorrer moralmente, para chegar á altura juridica dos barões normandos, que, em 1215, obrigaram pelas armas o despota inglez a confirmar as leis de santo Eduardo. Mas esse estado rudimentar da consciencia do direito não se compadece com os altos intuitos, que exprime a transplantação do Supremo Tribunal americano, com as suas attribuições excelsas, para a constituição brasileira.

Nem se argumente contra o *habeas-corpus* com a consideração de que o estado de sitio é uma medida politica, e deve pertencer, consequentemente, ao numero das que a jurisprudencia dos Estados Unidos veda á competencia do Supremo Tribunal.

A evasiva não procede.

O juiz Cooley, enumerando as questões comprehendidas nessa excepção á autoridade reparadora da justiça federal, classifica sob este titulo: "as questões relativas á existencia da guerra e ao restabelecimento da paz, á occupação do territorio estrangeiro, á autoridade dos embaixadores e ministros de outros paizes, á admissão de um estado ao seio da União, á restauração das relações constitucionaes entre o governo da republica e o de estados insurgentes, aos limi-

(18) STUBBS: *Charters*, p. 301.

tes da jurisdição de potencias estrangeiras, ao direito de agrupamentos de indios a serem considerados com tribus". (19)

Como se vê, todas essas questões são *puramente* politicas. E só as questões *puramente* politicas são impenetraveis á defesa apoiada na justiça federal. "*Questions purely political are not within the province of the courts*". (20).

Mas os casos, que, se, por um lado tocam a interesses politicos, por outro envolvem *direitos individuaes*, não pôdem ser defesos á intervenção dos tribunaes, amparo da liberdade pessoal contra as invasões do executivo.

Nos autores americanos se encontram figuradas hypotheses semelhantes á actual. Dignem-se os venerandos juizes escutar, a proposito, as reflexões do mais moderno e, não obstante, um dos mais autorizados commentadores da constituição dos Estados-Unidos. (21) A especie supposta por elle é ainda mais grave do que a vertente. Trata-se do estado de insurreição em presença do inimigo, do direito, reconhecido ao governo, em taes casos, de capturar os individuos suspeitos, e retel-os em custodia, ou submettel-os, se as circumstancias forem ainda mais imperiosas, aos tribunaes militares. Mesmo nesse extremo subsiste a responsabilidade judicial dos agentes do executivo :

"Todos esses passos", diz HARE, "hão de ser dados, não contra a lei, mas nos limites della, sujeitos os autores de taes medidas a dar contas perante os juizes e o jury, quando os tribunaes se reabrirem, e a justiça reassumir o seu curso normal. Esses factos só se poderão justificar, demonstrando-se que as circumstancias impunham ao commandante da praça o dever de transgredir os direitos de algumas pessoas, a bem da segurança de todas. Entendida nestes termos, a lei marcial faz parte da constituição dos Estados-Unidos ; e os casos de *Mitchell v. Harmony* e *ex-parte Milligan* provam não ser licito amplial-a além de taes limites, ainda na occurrencia de guerra e sob a autoridade de uma lei do congresso. Dest'arte o direito dos chefes militares a usarem das providencias necessarias, para repellir o inimigo. debellar a sedição, e manter o seu posto, se reconcilia com o genio dos governos livres, desde que esses rigores ficam

(19) THOMAS COOLEY : *Constit. law*, c. VI, p. 138.

(20) HENRY HITCHCOCK : *Op. cit.*, p. 80.

(21) CLARK GARE : *American Constitutional Law* (Boston, 1889), v. II, ect, XLIV, p. 955.



sujeitos ao exame ulterior de inqueritos judiciaes, á punição dos excessos e á cobrança de perdas e damnos, se a severidade excedeu o que a occasião inevitavelmente impunha”.

Não póde haver resposta mais categorica ao sophisma, que aqui se previne.

Onde quer que haja um direito individual violado, ha de haver um recurso judicial para a debellação da injustiça : este o principio fundamental de todos as constituições livres. Se, sob o pretexto da natureza politica das necessidades, que legitimam esse temeroso parenthesis na ordem constitucional conhecido pelo nome de estado de sitio, o governo, fóra das condições extremas taxadas na lei, puder arremessar contra os seus antagonistas politicos essa mole de arbitrio e o direito esmagado não tiver contra ella a sua salvaguarda natural nos tribunaes, quem conterà mais o poder executivo? Quando elle quizer penetrar nas immunities protectoras da representação nacional, eliminando os seus adversarios, para ageitar maiorias na legislatura, quem lhe porá côbro? Quando elle quizer, no seio deste tribunal mesmo, assegurar-se a impunidade, arredando votos suspeitos, que será dos supremos juizes da União, que será de vós, se voluntariamente houverdes despido a vossa prerogativa constitucional, agora invocada, subscrevendo uma declaração de incompetencia nos *habeas-corpus* reclamados pelas victimas de uma suspensão inconstitucional de garantias?

Discutindo as suspensões do *habeas-corpus* durante a grande rebelião nos Estados-Unidos, escrevia, ha poucos annos, um publicista notavel : “Do ponto de vista politico, o grande valor do *habeas-corpus* consiste em escudar os cidadãos contra uma perigosa tendencia, geralmente verificada nos que exercem os poderes do governo. Esses chefes de homens revelam frequente pendor a se descartarem dos seus inimigos pessoaes, ou dos que lhes apraz debuxar como inimigos da patria ; e um dos processos usuaes, em taes casos, está em reter, sob qualquer imputação ou suspeita, e sequestrar as suas victimas, simplesmente com o artificio de obstar-lhes o julgamento”. (22) Paizes, aliás livres, como aquelle, tem tido o infortunio de experimentar exemplos desses, cujo typo encontra as suas expressões mais detestaveis na historia das republicas latinas. Jackson (para citar um nome), “vivía na persuasão de que a salvação da patria dependia

(22) SIDNEY G. FISHER : *The suspension of habeas-corpus during the war of the Rebellion*. Na *Political Science Quarterly*, v. III (1888), pag. 454.



essencialmente da sua absoluta autoridade pessoal sobre o paiz ; e esse traço de seu character concorreu provavelmente mais para a declaração da lei marcial depois da victoria de Nova-Orleans, do que a existencia de embarços ou perigos effectivos". (23)

Não quer o impetrante offender por modo nenhum a alta magistratura do poder executivo, cujas glorias, se forem as que se conquistam com a lei, redundarão em glorias da instituição republicana e honra para todos os filhos do paiz. Acredita o impetrante no patriotismo dos cidadãos, a quem está presentemente commettida a administração da Republica. Mas nenhuma virtude pôde pôr acima da lei o chefe de uma nação republicana ; e os desvarios de um governo, quando sacode o freio da lei, são tanto mais perigosos, quanto mais puro fôr o fundo moral das suas intenções, quanto mais confiante em si mesma a sua consciencia desvairada, quanto mais populares os seus nomes e mais justas as suas sympathias pessoas no paiz. A historia do mundo está cheia "dos males irreparaveis, que se devem temer, quando o poder é arbitrariamente exercido por individuos irresponsaveis pelos seus actos, ainda que as suas intenções não se resintam de injustiça" (24).

De todas as medidas de excepção autorisadas pela razão politica, nenhuma se divorcia tão completamente das garantias que defendem a liberdade individual, como a instituição dos tribunaes marciaes e das commissões militares. E, todavia, a este respeito mesmo se firmou, na America do Norte, a doutrina de que o proprio congresso não poderia converter em definitivas as sentenças dessas justiças terribes, quando um cidadão indebitamente envolvido na jurisdicção dellas tenha a seu favor o direito á verificação das isenções que o sujeitam á magistratura civil. (25) "E, a não ser este freio", diz um jurisconsulto americano, "o governo dos Estados-Unidos, em emergencias de guerra, se transformaria em despotismo militar". (26).

Como, portanto, hesitarmos em applicar ao estado de sitio o principio tutellar de que a constituição americana, mãe da nossa, não abre mão nem mesmo sob o dominio, muito mais estricto, da lei marcial ?

---

(23) *Ib.*, pag. 481.

(24) HARE : *Op. cit.*, v. II, p. 978, n.

(25) *Ib.*, p. 983.

(26) *Ibid.*

Se os effeitos do estado de sitio fossem *exclusivamente* politicos, os tribunaes federaes não teriam, de certo, nada que ver com as consequencias do seu uso. Mas, desde que estas interessam ao direito privado, á individualidade civil dos cidadãos, arriscando-os ás mais intoleraveis miserias da oppressão, não ha conveniencias de governo que possam extorquir ás victimas a faculdade do appello á justiça. “O governo dos estados tem-se qualificado como o governo, por excellencia, da lei, e não dos homens”, dizia, numa das suas memoraveis sentenças, o juiz supremo MARSHALL, o maior interprete judiciario da constituição americana, o “*Exponder of the Constitution*” (27); “e esse governo cessaria de merecer tal designação, se as leis não ministrassem remedio contra toda violação de um direito legal reconhecido”.

Quando a necessidade da preservação de taes direitos, cuja declaração de inviolabilidade é o orgulho das democracias contemporaneas, se complica, nas medidas de governo, com as exigencias da ordem social (como se dá na questão do estado de sitio), a mescla dos dous elementos impõe a conciliação entre elles, em vez da absorpção de um pelo outro; e essa conciliação não se póde operar, senão reservando, ao mesmo tempo, a competencia do poder legislativo, como orgão do interesse politico, e a da justiça, como orgão do direito individual. Não ha contradicção entre essas duas competencias, ambas as quaes se acham consagradas na constituição, (Art. 80): a primeira, no § 3, pelo qual o presidente da republica terá de relatar, logo que se abra o congresso, motivando-as, as medidas de excepção; a segunda, no § 4.º, em cujos termos “as autoridades, que tenham ordenado taes medidas, são responsaveis pelos abusos commettidos”. Essas duas jurisdicções não se annullam reciprocamente. Cada uma tem a sua função peculiar. O congresso aprecia o facto politico, á luz da conveniencia ou do direito fundamental. A justiça entende nas questões civis, restabelecendo o direito do individuo, quando o executivo, para o ferir, transpôz a barreira constitucional. A sancção politica da legislatura não exclue a necessidade da desaggravação da liberdade pessoal, opprimida ou supprimida pelas impacienças da autoridade administrativa. E para esses desaggravos, para essas reposições da justiça magoada no encontro das paixões com-

---

(27) *Marbury vs. Madison*. I Granch, 59. Cit. em GEORGE W. BIDDLE: *Constitutional Development in the United States as influenced by chief justice Taney*, p. 138.

batentes falta á legislatura a vocação específica e a capacidade constitucional.

Depois, ainda quando não fosse absurdo adulterar a natureza organica do congresso, convertendo-o em instancia judiciaria, para dizer do direito individual, violado e reclamante — esse recurso viria quasi sempre tarde, e por serodio se annullaria. As camaras reu-nem-se apenas quatro mezes cada anno. Nos oito mezes intercalares a experiencia deste semestre nos autorisa a imaginar as possibilidades de duas ou tres suspensões de garantias, ou de uma, que seja, se quizerem. Nesse interim se multiplicarão as prisões, os destertos. E não é compativel com o espirito e os principios deste regimen que os degredados, os sequestrados sem fórma de processo, ao aceno de um homem, apodreçam nas enxovias dos presidios, e se envenenem na atmosphaera dos alagadiços, sem justiça, que lhes acuda, excluidos elles sós, talvez culpados, mas talvez innocentes ou marty-res, da communhão geral da lei, da protecção commum dos tribunaes.

E depois, senhores juizes, que esperanza de garantia é esta, posta na interferencia ulterior do Congresso? O Congresso mesmo, na pessoa de seus membros, mais talvez que outra qualquer classe de cidadãos, necessita da garantia, que ora se vos vem requerer. Sem o *habeas-corpus*, o Congresso não se reunirá, senão quando o executivo quizer. Sem o *habeas-corpus* o Congresso não se reunirá senão quando o executivo, eliminando, pela selecção do estado de sitio, os seus adversarios, contar com a maioria necessaria á irresponsabilidade do crime. Agora mesmo, não menos de quatro senadores e sete deputados se acham exilados ou presos; e quando as opiniões oppostas se acham quasi por igual divididas em votos entre a opposição e o governo, tanto basta para assegurar a este a victoria material. Os raios fulminados pelos decretos proscriptores contra esses membros da representação nacional asseguram, segundo se diz, ao governo a superioridade numerica das duas casas legislativas. Tal é o resultado, senão o movel, de taes proscricções. Que tribunal de recurso, pois, é esse, se os seus membros são o primeiro ludibrio da violencia, cuja apreciação lhes competiria? Que freio vem a ser esse, cuja destruição é o resultado immediato do primeiro movimento do poder, a que se quereriam refreiar os attentados?

Bem vêdes, senhores juizes, quebrada a égide judiciaria do direito individual, todos os direitos desaparecem, todas as autoridades se subvertem, a propria legislatura esphacela-se nas mãos da violen-

cia ; só uma realidade subsiste : a onnipotencia do executivo, que a vós mesmos vos devorará, se vos desarmardes da vossa competencia incontestavel em todas as questões concernentes á liberdade das pessoas. Só uma garantia satisfaz, só uma garantia protege, só uma garantia não se sophisma : a do *habeas-corpus* na sua simplicidade augusta, com a sua faculdade invedavel de accesso aonde quer que se produza uma violencia do poder.

Essa garantia, no caso vertente, vem cobrir a independencia do Congresso, mutilado na sua integridade. Está em vossas mãos restituirdes a nação á posse dos seus representantes, ou condemnardes a nação á hypocrisia do governo representativo, manipulado pelos secretas policiaes. A sentença que proferirdes, captiva o futuro, decidindo se de ora em diante as maiorias legislativas serão determinadas pelos debates da palavra ou pelos golpes do estado de sitio.

E' para o Congresso que se vos pede *habeas-corpus*, na pessoa dos senadores e deputados presos.

Assim o proprio elemento politico da questão corrobóra a necessidade da vossa jurisdicção verificativa na apreciação da constitucionalidade desta especie de medidas.

### §

#### INCONSTITUCIONALIDADE DO ESTADO DE SITIO

De todas as armas confiadas pela necessidade aos governos, a suspensão de garantias, ainda limitada, é a mais tremenda. Muitos publicistas, por isso, a condemnam *in limine*, e não a admittem, mesmo attenuada, nas constituições livres. Essas garantias podem, na opinião delles, "manter-se, e observar-se em todas as epochas, em meio ás mais violentas commoções, tanto quanto nos momentos de maior tranquillidade (28). Suspende estas condições essenciaes da segurança, liberdade e propriedade, consideram-no esses escriptores como "verdadeira inconsequencia no systema constitucional ; porque mais facil é o abuso que o bom uso de medida tão arriscada". (29) ELIZALDE, com a amarga experiencia de seu paiz, dizia, em 1862, no senado argentino : "Tan mal uso se ha hecho de este medio,

(28) PINHEIRO FERREIRA : *Princip. du droit publ.* t. I, p. 85.

(29) LASTARRIA : *La Constitution politica de la Republica de Chile comentada*, p. 127.

que solo decir la palabra, es decir que una provincia está amenazada de los mas grandes males y calamidades... La declaracion de estado de sitio es sumamente perjudicial, e con ella se han hecho las mas grandes violaciones y males". VALENTIN ALSINA accrescentava: "No solamente esa medida es completamente inutil: no solamente nos aumenta em un ápice los recursos ó medios, com que cuenta el gobierno para contener una commocion interior, sinó tambien es perjudicial bajo el aspecto del credito del pais en el extranjero". RAWSON declarava nesse debate: "Siempre ha sido mi opinion que el estado de sitio es inutil por ineficaz, o es pernicioso cuando se leva a efecto". IRIGOYEN designava-o como resto "originario de epocas remotas, en que la libertad y las garantias no jugaban como hoy el rol de primordiales elementos de felicidad social". E EMILIO ALVEAR, na convenção de 1870, stygmatisava-o como "el último refugio dejado á la dictadura... un estado de miedo, di complicitad, ó impotencia del gobernante".

Todos esses, com a escola pratica dos efeitos do estado de sitio em sua terra, devastada pelas retaliações entre os governos e os partidos, pugnavam pela suppressão dessa medida, como voto de todos os "que anhelan ver realizado solidamente el gobierno de la libertad". Outros, por outro lado, o advogam como necessidade fatal. Mas estes mesmos, confessando-lhe os perigos, querem-no sujeito a diques legais insuperaveis. Entre elles sobresae ALCORTA, um dos mais habéis publicistas argentinos, dizendo: "La salvacion del órden sócial es la suprema aspiracion, *pero no interpretado el peligro por la voluntad ó el capricho de los gobernantes*, sinó por los preceptos de la ley y en la forma que ella determina. Habrá quizá la omnipotencia de una constitucion, però no la omnipotencia de un hombre". (30).

Claro está, pois, que o nosso congresso constituinte, sob o ardente sopro democratico que o inflammava, não podia ter feito essa concessão á escola restrictiva, senão sob o pensamento de reduzi-la ao minimo de arbitrio possivel.

Havemos de entendel-a, portanto, nesta parte, não ampliativa, mas limitativamente, no rigor mais estreito do seu sentido, tanto mais quanto aqui se ajusta, mais do que a outra qualquer hypothese imaginavel, o odiosa reestringenda.

---

(30) ANANCIO ALCORTA: *Las garantias constitucionales* (Buenos Ayres, 1881), p. 164.

No direito inglez e americano a suspensão do *habeas-corpus* não se admitte, a não ser nas hypotheses de invasão, ou revolução (*rebellion, or invasion*); “limitação mui justa e salutar, que cercea de um golpe um meio efficaz de oppressão, capaz de ser abusado, em dias máus, para os fins mais condemnaveis”. (31) A lei americana, com effeito, adoptada em 20 de abril de 1871 (seis annos após o termo da lucta separatista), só autorisa essa medida excepcional, quando as combinações sediciosas “forem taes, pela organização, pelas armas, pelo numero, pela força, que possam destruir, ou desafiar as autoridades legaes. *Whenever the unlawful combinations shall be organised and armed, and so numerous and powerful as be able by violence to either overthrow or set at defiance the constituted authorities*” (32).

Em França tem regido successivamente o assumpto a lei de 10 fructidor, anno V, a de 9 de agosto de 1839, a de 28 de abril de 1871 e a de 3 de abril de 1878. Esta última, a que presentemente vigora, requer (A. t. 1.º), para a declaração do estado de sitio, “perigo imminente, resultante de guerra estrangeira, ou levantamento a mão armada”.

No Chile, a constituição de 22 de maio de 1833, Art. 82, § 20, estabelecia: “En caso de *commocion interior*, la declaracion de hallarse uno ó varios puntos en estado de sitio, corresponde al congreso; pero si este no se hallar reunido, puede el presidente hacerla con acuerdo del consejo de estado por un determinado tiempo”.

Na Republica do Uruguay, a constituição de 10 de setembro de 1829, entre as attribuições do presidente, enumera (Art. 81) a de “tomar medidas promptas de seguridad en los casos graves ó imprevistos de ataque exterior, o *commocion interior*”.

No Equador, pela constituição de 1839, Art. 60, § 12, compete ao poder executivo “declarar en estado de sitio, con acuerdo del congreso, ó, en su receso, del consejo de estado, integra ó parcialmente, el territorio de la Republica por tiempo determinado, en caso de suceder ó amenazar ataque exterior, ó *commocion interior*”.

Em Venezuela as constituições dos estados, com mais ou menos amplitude, autorisam o poder executivo a suspender as garantias, na hypothesis de “*commocion interior*”.

---

(31) STORY: *Commentaries*, v. II, § 13041, p. 208.

(32) HARE: *Op. cit.*, v. II, p. 982.

A constituição paraguaya, adoptada em 1870, prescreve, no Art. 9.º: “En caso de *commocion interior* ó ataque exterior, *que ponga en peligro el ejercicio de esta constitucion* y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio una parte ó todo el territorio paraguayo, por un termino limitado”. A mesma phrase “*commocion interior*” repete-se no Art. 72, § 22.

Na Bolivia, a constituição de 15 de fevereiro de 1878, de todas as constituições conhecidas a que mais detidamente se occupa com o estado de sitio, só o admite (Art. 26) “en los casos de *grave peligro por causa de commocion interior*, ó de guerra exterior”.

Análogo preceito encerra a constituição argentina, cujo Art. 23 reza: “En caso de *commocion interior* ó de ataque exterior *que pongan en peligro el ejercicio de esta constitucion* y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia ó territorio, en donde exista *la perturbacion del órden*”.

Todas essas constituições, como se vê, aparentam-se entre si, descendem umas das outras, e, ás vezes, se reproduzem litteralmente, subordinam a possibilidade do estado de sitio á producção de guerra estrangeira, ou commoção interna, que envolva *perigo grave*, perigo da ordem constitucional. Nessas mesmas exigencias coincidia a nossa constituição imperial (Art. 179, § 35), assim como a portugueza (Art. 145, § 34), não permittindo a declaração de sitio pelo poder executivo, senão quando, não estando reunidas as camaras, “a *patria* correr *imminente perigo*”.

Mais severa que todas essas constituições é ainda, na sua formula, a nossa carta federal. Ella prescreve (Art. 80):

“Poder-se-ha declarar em estado de sitio qualquer parte do territorio da União, suspendendo-se ahi as garantias constitucionaes por tempo determinado, quando a *segurança da Republica* exigir, em caso de aggressão estrangeira, ou *commoção intestina*”.

“§ 1.º Não se achando reunido o congresso, e *correndo a patria imminente perigo*, exercerá essa attribuição o poder executivo federal”.

*Commoção intestina*;

*Perigo imminente*, determinado pela commoção, ou pelas causas que a produzirem;

Extensão tal desse perigo, que possa pôr em risco a *patria*, a *segurança da Republica*.

Evidentemente “*patria*” e “*segurança da Republica*” são aqui transumptos equivalentes da mesma idéa. O pensamento legisla-



tivo, imperfeitamente definido no vago da palavra "patria", concretisa-se, assume forma technica, positiva, na phrase "segurança da Republica". O que se teve em mira, pois, é a violencia contra a vida constitucional do paiz, o abalo nas instituições, ou na ordem geral, que as sustenta.

O perigo previsto é, pois, o *perigo politico* : não aquelle, a que poderíamos chamar o perigo *policial*, a saber, o que cabe na esphera das medidas ordinarias de repressão. A interpretação, aqui, ha de ser estricteissima ; porque o contrario importaria o mesmo que permittir a transformação do estado de sitio em providencia usual, converter o regimen constitucional em regimen de intermittencias constitucionaes e intermittencias dictatoriaes, fazer da vontade do executivo a só constituição verdadeira do estado, entregar o direito nacional, nas suas garantias supremas, ás emoções pessoaes, do presidente da Republica, ás suas fraquezas, ás suas iras, ás suas obsessões. Afrouxae um pouco a redea á hermeneutica, e cahiremos, srs. juizes, na situação dessas infelizes republicas latinas, cujo proximo exemplo temos na Republica Argentina, da qual se poderá dizer, na phrase de um escriptor seu, aliás caloroso defensor deste recurso politico, da qual se poderá dizer que, "desde 1853, vive permanentemente em estado de sitio". (33) Um simples incendio, ateado, em 28 de fevereiro de 1875, a um collegio dirigido por jesuitas, na capital, bastou alli, para que o poder executivo declarasse o estado de sitio, por trinta dias, na provincia de Buenos-Ayres. (34) Ora, por mais que, no senado, a eloquencia de Sarmiento se esforçou em justificar a medida, evocando as mais tremendas recordações do fanatismo incendiario, a conflagração geral dos templos catholicos, noutras eras, em toda a superficie da Inglaterra, a propagação phantastica das chammas, que, no espaço de tres dias, na Hespanha, em pleno seculo XIX, ha sessenta e dous annos apenas, consumiu, a um signal de Barcelona, quinhentos conventos e quarenta milhões de propriedades — o juizo dos competentes lavrou sentença contra esse acto do governo argentino.

Um dos espiritos mais conservadores daquelle paiz, propugnando, em largas paginas, a necessidade do estado de sitio, reprova essa applicação d'elle, em termos que convém transcrever, como subsidio á

---

(33) ALCORTA : *Op. cit.*, p. 198.

(34) *Ibid.*, p. 197, 212-17.



elucidação da boa doutrina, e porque parecem escriptos *ad-hoc* para o nosso caso :

“El incendio del Colegio del Salvador por si solo no pudo ser bastante en ningun caso para autorizar el estado de sitio pormasque sus autores mereceran el mas severo castigo.

Se trataba de un delito comum, previsto y castigado por la lei penal, y la fuerza publica tenia dos elementos bastantes para conterlo, como efectivamente sucedió con su sola presencia”. (35)

Si ha, realmente, ponto, onde o legislador constituinte devia ter especial preocupação em manietar, arbitrio, em não deixar ao executivo a latitude de apreciações extensivas — era este ; porque nenhuma faculdade se póde imaginar, mais capaz de mudar o governo da lei em dictadura.

Que se ha de, pois, entender *stricto sensu* por *commoção intestina com perigo imminente da Republica* ?

Enfeixadas estas clausulas, que se succedem no Art. 80, ter-se-ha, quasi *prima facie*, defluido o pensamento legislativo.

Na escala das commoções possiveis, ha gradações indeterminaveis. Commoções podem resultar de conflictos materiaes, mais ou menos limitados em sua área, ou na quantidade, no character, na disposição de seus autores. Commoções promove, na cidade a, indisciplina de guarda. Commoções podem estabelecer-se pela repetição de certos sinistros, ou pela extensão delles. A desorganisação dos serviços administrativos póde trazer o animo publico em estado de commoção. Em verdadeira commoção temos estado nós, com a reitteração quotidiana dos desastres, que espalham o terror pelas nossas grandes vias de transporte, reunida á desmoralisação do serviço telegraphico, á subtracção escandalosa de malas postaes, aos soffrimentos geraes do commercio pelo engurgitamento das alfandegas e paralyzação dos despachos aduaneiros. Commoção deramou por todos os estados a deposição revolucionaria dos governadores. Commoção, generalizada e permanente, estamos atravessando, pelo panico financeiro e pelos appetites perigosos, estimulados, em certas classes, com a crise alimenticia. Violentas impressões de pavor, geradas por circumstancias inoffensivas, que a imaginação agiganta, suscitam, ás vezes, commoções publicas, das mais fortes. E casos ha em que um simples factio individual, a atrocidade

---

(35) *Ib.*, p. 215.

de um crime, a insolencia de um abuso de poder produzem na alma popular commoções intensas e extensas.

Mas nenhuma dessas é a *commoção intestinal* que a Constituição quiz precisar. Por que? Por que contra essas commoções não faltam ao governo, nos meios ordinarios, pontos de resistencia efficaz. Porque, deante dellas, a Republica não se sente insegura. Porque, se adaptarmos ao vago da phrase "*commoção intestinal*" toda essa variedade de situações, normalmente remediaveis, a sorte dos direitos da liberdade ficará entregue, de ora avante, ás cambiações caprichosas de luz e sombra na imaginação do governo.

Para que se verifique a commoção, no sentido constitucional, é necessario que a segurança da Republica, periclite. Ora, para que a segurança da Republica, não só se abale, senão também "*periclite*", varios requisitos são indispensaveis. "*Primeiro*, ha de haver elementos de perturbação organisados e capazes de acção violenta. *Segundo*, o objecto da acção perturbadora ha de ser realizavel. *Terceiro*, ha de se demonstrar que o governo não tinha, na policia, na força armada e nos tribunaes, meios de repressão decisivos.

E', com effeito, da mais evidente evidencia que, se o executivo, pela acção judicial, policial e militar, puder prevenir ou cortar o movimento, si este contar apenas elementos esparsos, desorganizados e impotentes; se o seu objecto fôr inexequivel; se, por exemplo, como na hypothese, o alvo indicado da acclamação sediciosa estiver em um agonizante, um morto, digamos assim, é rir do direito e do senso commum, é arrostar criminosamente a verdade e a moral publica, o decretar medidas de oppressão e terror, onde facilmente venceriam as de administração e justiça. "Para taes casos, ahí está a força publica: ella deve bastar, para impôr a ordem, e deter os culpados. Se não é assim; se é mister, em todas essas situações, recorrer ao estado de sitio, poderíamos dizer, com o Tribunal Supremo dos Estados-Unidos, que, "*quando, para salvar um paiz regido por instituições livres, se requer o sacrificio frequente dos principios cardeaes, que asseguram os direitos humanos, não vale a pena de salvar esse paiz*".

A constituição dos Estados-Unidos, verdadeira matriz da nossa, diz (Art. I, secc. 9): "*The privilege of the writ of habeas-corpus shall not be suspended, unless when in cases of the rebellion or invasion the public safety may require it*". Isto é: Não se suspenderá o privilegio da ordem de *habeas-corpus*, senão quando a segurança geral o requerer, em casos de *rebellião* ou *invasão*".

Os autores daquella constituição bem viam que "*só as grandes emergencias nacionaes* poderiam justificar, ou escusar" esse recurso formidavel. Os autores da nossa beberam directamente naquella fonte, e não podiam trazer della outro sentimento.

Ainda nas republicas hespanholas, onde, entretanto, os abusos da praxe governativa têm convertido esta medida de excepção em estado quasi normal, a theoria dos constitucionalistas repudia essa elasticidade funesta, explorada pelos sophismas do interesse politico em detrimento da liberdade.

Para que se possa exercer o direito excepcional, diz ALCORTA, "é indispensavel que se produza, com accentuados caracteres, uma necessidade effectiva, ou um perigo imminente de que se manifeste essa necessidade. Fóra daqui, o interesse de um desenvolvimento social maior, uma situação susceptível de melhorar, mas que não ameace directamente a ordem, ou a estabilidade commum, não pôdem abrir logar a medidas extremas, sem que a excepção se torne em regra, e a liberdade se arruine de todo. Assim todas as constituições, desde Roma até á da Bolivia; todas admittem a medida excepcional, mas em casos egualmente excepcionaes, e sómente *quando o organismo* da vida ordinaria não seja bastante, com os seus elementos, para manter a ordem publica".

No debate, que, em 1870, se travou nas camaras argentinas, tratando-se de estender a Corrientes e Santa Fé o estado de sitio declarado para a provincia de Entre Rios, em consequencia da revolta de Lopez Jordan, o senador QUINTANA, oppugnando a legalidade desse alvitre, dizia: "No basta que haya un ataque exterior, que ponga en peligro el ejercicio de la constitucion; es necesario además establecer este antecedente constitucional: es indispensable que ese ataque, que esa commocion interior produzca una perturbacion, que ponga en peligro el ejercicio de la constitucion y el respeto de las autoridades en el lugar que pretenda someter-se al duro imperio del estado de sitio".

Mais que nenhum, porém "frisava a verdadeira definição da materia TEJEDOR, o celebre estadista argentino, dirigindo-se, como governador da provincia de Buenos-Ayres, em mensagem de 1.º de março de 1880, á assembléa legislativa. "Fuera de estes casos", dizia, "*del alzamiento en armas, del alzamiento publico*, no hay, no puede haber declaracion de estado de sitio".

"Levante publico e em armas, eis, portanto como se crystallisa sensivelmente a entidade juridica, indicada na Constituição,

pelas palavras : “commoção intestina, com perigo imminente para a segurança da Republica”. A interpretação de TEJEDOR, em verdade é a que consulta rigorosamente a filiação historica do direito constitucional. “*Insurrection*” (insurreição) é o qualificativo dos legistas inglezes. “*Rebellion*” (revolta) é o da carta americana. Ora o direito inglez gerou a constituição dos Estados-Unidos, como esta gerou a argentina e a nossa.

Não ha outro meio de atalhar o arbitrio, senão dar contornos definidos e inequivocos á condição, que o limita. Nada mais indeciso do que a accepção destes vocabulos “commoção intestina”, considerados a sós, sem o concurso explicativo das suas antecedencias e subsequencias complementares. Nada mais preciso, pelo contrario, que o seu significado, se o aferirmos ao toque da clausula, com que o legislador o illuminou, alludindo a perigo imminente da Republica. Só a revolta manifesta e armada nas ruas, ou a revolta organizada e minaz, com recursos de acção capazes de inhabilitar o governo para a manutenção da ordem — a revolta em summa, sob qualquer das suas formas potentes e inquietadoras, póde constituir, para a Republica, “perigo imminente”. Não se trata do perigo imminente dos transeuntes, ameaçados por tumulto, mais ou menos violento, mais ou menos ensanguentado, mas local, circumscripto e reprimivel. E’ o perigo ameaçando immediatamente a Republica e os instrumentos confiados para a sua defesa nas mãos do governo. Porque, se o perigo interessa apenas o policiamento de uma rua, de um bairro, de um povoado, si se desafoja em manifestações rumorosas, mas inoffensivas, se não oppõe ao jogo das instituições um mechanismo de combate, capaz de prejudical-as, ou estremecel-as — a Republica não periga. Para a tranquillisar, basta que a policia redobre de vigilancia, e o governo de actividade. E, si a ameaça se assesta positivamente contra a Republica, mas o governo conta com o apoio da opinião, com a imparcialidade dos tribunaes, com a fidelidade dos agentes da segurança, com a lealdade da força militar — ainda então não periga a Republica : basta-lhe, para sua tranquillidade, a administração e o codigo, a prisão dos indiciados, o julgamento dos anarchisadores, a condemnação dos criminosos.

Notae, srs. juizes : a clausula “commoção intestina” sobresaee, no texto, parede meia (permitta-se a phrase) com a clausula “invasão estrangeira”, casadas, unidas, geminadas uma á outra. O perigo, que se quer prevenir, é esse perigo anomalo e supremo, de que nos dá medida a hypothese de *invasão estrangeira*. Com essa calami-

dade a lei associa, equipara a *commoção intestina*. A equivalencia é manifesta, incontestavel. O mal, de que se quer precatur o paiz, é o mesmo, o risco imminente da Republica. Esse risco pôde nascer de uma destas duas origens : *commoção intestina*, ou invasão estrangeira. Logo para que, na accepção do texto, se dê a *commoção intestina*, é preciso que as perturbações, que a caracterisarem, sejam analogas pela gravidade ás que acompanham a presença do inimigo no territorio do paiz. *Commoção intestina* é a das grandes anciedades publicas quando a anarchia bate ás portas e a autoridade duvida de si mesma ; quando o espirito publico se ensombra, sob impressões semelhantes ás que se despertam ante a profanação do solo sagrado da patria pelo estrangeiro armado.

Ora, evidentissimamente, nem de longe se verificou, na hypothese, o menor dos caracteres. Tal assimilação entre a entidade constitucional e os factos do dia 10 não se poderia obter, ainda apurando todos os artificios da rhetorica terrorista nos processos daquelle orador da decadencia hellenica, Klitarchos, filho de Dinon, em cujo estylo diz Longino que o zumbir das abelhas bramia como os javalis de Erymantho.

O *Diario Official* e as folhas officiosas já derramaram sobre aquellas circumstancias o colorido natural dos quadros dessa procedencia. E, de tudo o que a inspiração administrativa debuxou vividamente por esses órgãos, que se liquida ? A historia de uma demonstração inerme, desorientada, frivola, contra o marechal Floriano, cercado pelo exercito, a favor do marechal Deodoro, chumbado ao leito da morte, incapaz sequer de receber a noticia de taes scenas, em que, á revelia sua, se lhe envolvia o nome glorioso e bem-fazejo. Não houve uma aggressão, uma gotta de sangue derramado, nem uma arma dirigida contra ninguem. O entusiasmo dos manifestantes expande-se em acclamações. Todo o espirito anarchico lhes borbota em discursos e vivas. A fanfarra, que os acompanha, é uma musica militar, não indigitada como sediciosa, a do 24.º batalhão de infantaria, encontrada na passagem e indulgentemente, espontaneamente aggregada ao prestito, não se sabe por misterio de que combinação, em que o acaso parecia revestir a habilitade da arte. Numa palavra, em tudo isso, ausencia absoluta de força de armas, de ambiente propicio á desordem, carencia total de unidade nos fins, de accôrdo nos meios, de seriedade nos agentes, de importancia nos caracteres. Uma aspiração vaga, servida por

imaginações imprudentes e esterilizada pela inexequibilidade do seu objecto.

Não vos escapará o alcance juridico desta ultima ponderação. Se o proposito e o crime daquella agitação ephemera e frivola eram substituir o marechal Floriano, na presidencia da republica, pelo marechal Deodoro, a situação deste *in extremis*, aphasico, paralytico, quasi inanime, voltado para a outra vida, ungido com os sacramentos da morte, basta para certificar a impossibilidade fatal da acclamação, cuja idéa se dá como origem e fito daquelle movimento. Mas crime não ha, não póde haver, (se é que tambem isto não está revogado pela dictadura do chaos), desde que o objecto criminoso é materialmente irrealisavel. “Não é possivel a tentativa”, diz o codigo penal, art. 14, paragrapho unico, “no caso de *inefficacia absoluta do meio* empregado, ou *impossibilidade absoluta do fim*, a que o delinquente se propuzer”. Ahi está o caso : combater um exercito com charanga e archotes ; conquistar a chefia do estado para um agnisannte. E, se o crime era impossivel pela improficuidade radical dos meios e pela irrealisabilidade material do fim — impossivel era, pelas mesmas razões, o perigo.

Ora, sem o perigo e perigo geral *para a patria*, e perigo *imminente*, é constitucionalmente illegitima a suspensão de garantias.

Apprehensões vagas, boatos levianos, ajuntamentos loquazes não produzem commoção intestina, nem mesmo no reino da Beocia idéal, para onde caminhamos. Tambem não importam “os escandalos”, a que se refere, em tímida linguagem, o decreto de 12 do corrente. Taes escandalos corrigem-se policialmente, se são civis, disciplinarmente, se são militares. Taes escandalos são menos escandalosos, menos perturbadores, menos anarchicos, menos fataes ao credito do estado, á reputação do paiz no estrangeiro, que o das violações brutaes da constituição pela força administrativa, apoiada na força marcial. O governo que se estriba nestas duas bases de impunidade, ao ponto de reformar dictatoriamente, a um traço de pennna, com soberano desprezo do Art. 74 da constituição, *treze generaes*, sem provocar a menor resistencia nem dos esbulhados, nem desse mesmo exercito, que este precedente ameaça em todos os seus direitos, quando aliás, em nome delles, se revoltara contra a monarchia, durante cujos tempos não se descobre um só exemplo de prepotencia tal — o governo que taes audacias poude consummar, sem despertar sequer a reacção legal, não póde vir, no dia seguinte, abrigar-se á sombra de phantasmas, para declarar a patria em perigo

deante de uma ruaça, cujo corpo de agitadores coube, segundo folhas insuspeitas, *em um ou dous bonds*. Com um pouco de geito, o Perigo da Republica teria tomado o tilbury, e desaparecido na primeira esquina.

Mas admitti embora que fosse verdadeira sedição, como o primeiro decreto o qualifica. A sedição é um facto *policia*l, regido pelas leis criminaes e não pelo direito politico. O governo, em cujo caminho se offerece um desses impecilios, abre o codigo penal, e alli, no Art. 121, encontra a solução cabal da difficuldade nesta disposição peremptoria, tão facil, quão efficaç : “E, quando a autoridade policia l fôr informada da existencia de *alguma sedição*” (é o caso), “irá ao logar, acompanhada do seu escrivão e força, e, reconhecendo que a reunião é illicita, e tem fins offensivos da ordem publica, o fará constar ás pessoas presentes, e as intimidará, para se retirarem”.

“Se a autoridade não fôr obedecida, depois da terceira admoestação, *empregará a força, para dispersar o ajuntamento e mandará recolher á prisão preventiva os cabeças*”.

Lêde, relêde a constituição. Vereis alli as attribuições dos dous poderes, quanto ao estado de sitio, discriminadas em duas disposições differentes : na primeira se firma a prerogativa da legislatura, deixando-se-lhe ampla ensancha, para a apreciação das circunstancias, em que a segurança da Republica demanda o uso dessa medida. Na segunda, tratando-se de estender essa prerogativa ao poder executivo, uma limitação addicional vem notavelmente coarctal-a : a clausula de calamidades *imminentes*, em que a *patria* perigue. A *patria*, o complexo de todos os interesses brasileiros, o conjuncto das instituições politicas e sociaes, o povo e o estado, a harmonia organica entre os elementos humanos legaes da nacionalidade. Pois, senhores, era de veras, era a patria realmente o que estava em perigo, quando o chefe do estado passava commodamente pela frente das suas tropas victoriado pelas suas metralhadoras, emquanto um agrupamento de inexpertos, engrossado pelo contingente espurio de certos agentes da *ordem publica*, dignos da alcunha por que aco-dem, acclamava um chefe exanime, e desaparecia sem rixa, sem echo, sem vestigio, no meio da indifferença geral ?

Um publicista argentino, expendendo os motivos da clausula de “perigo imminente”, posta como freio ao executivo, nos casos de commoção intestina, diz : “A commoção intestina nem sempre requer acção prompta e efficaç ; suas consequencias, em todo o caso



não tem a gravidade do ataque estrangeiro. Ella vem, quasi sempre, precedida de luctas politicas, em que as paixões se soccorrem a todos os meios, para conseguir o poder, ou aniquillar os adversarios ; e, como *os seus caracteres podem ser confundidos, ou simulados, para se alcançar uma arma*, que suspende as garantias constitucionaes, é prudente estabelecer-se o debate, e participarem nelle os varios interesses politicos, que tem a sua representação no congresso". (36)

Mas, se incidentes ridiculos e nullos, como o da tarde de 10, assumem as proporções juridicas de perigo imminente da patria e commoção intestina da Republica ; se o estado de sitio, declarado sob pretextos insignificantes, como esse, vinga fóros de constitucional, ou se não se admite á justiça federal o direito de não lhe reconhecer esse character, e proteger contra as consequencias dessa adulteração do nosso regimen o individuo e a liberdade, então, senhores juizes, a vossa abdicação estará firmada, como a abdicação do congresso, que terá na dictadura permanente do executivo o filtro depurador das suas deliberações, como vós tereis nella o fiscal soberano da vossa independencia. As prisões politicas, que já fizeram no congresso onze presos, porque não farão amanhã, neste tribunal, os que lhe convier ?

Se recuardes ante este absurdo, haveis de acceitar a conclusão de que, quando o estado de sitio se estabelecer em condições, que não satisfaçam á lei constitucional, o *habeas-corpus* é o palladio da cidade ameaçada pela tyrannia.

E, se esta conclusão é irrecusavel, não podereis vacillar no deferimento a esta petição, reconhecendo que o governo extravagou no emprego dessa medida, tão injustificavel perante a carta federal, quanto perante a humanidade, o senso politico e os credits do paiz.

### §

#### COM O ESTADO DE SITIO CESSAM OS SEUS EFEITOS

Todos os effeitos do estado de sitio desaparecem com a sua terminação ; todos, inclusive os que se ligam ás medidas de repressão, adoptadas durante elle.

---

(36) ALCORTA : *Cap. cit.*, p. 250.



E aqui está porque, ainda quando vos demittissemos da autoridade de julgar a oportunidade constitucional do seu emprego e a consequente nullidade das prisões effectuadas sob o seu pretexto, — nem por isso os detidos e desterrados perderiam o seu direito ao *habeas-corpus*.

Elles devem tornar ao gozo da liberdade ; porque a acção do poder executivo sobre as suas pessoas finda com a restauração das garantias.

E' mais uma questão gravissima e inexplorada sobre que ides assentar aresto. Reverentemente, pois, vos supplica o impetrante a mais severa attenção.

Considerae, senhores juizes, a natureza das faculdades exercidas pelo executivo durante o estado de sitio. Os leguleios da epocha, com um luxo de ignorancia juridica inaudita nas aldeias, enxergam nesses actos verdadeiros funcções judicarias. E' o executivo qualificando crimes ; é o executivo condemnando culpados ; é o executivo applicando penas. Senhores juizes, o estudante de direito elementar, que perpetrasse esses attentados contra o alphabeto juridico, não escaparia á indignação do mais benigno dos lentes. Com os primeiros rudimentos academicos se aprende, ao soletrar da Constituição, que o poder executivo *não julga nunca* ; e como a condemnação dos réos, como a imposição das sancções penaes é uma funcção do julgar, o noviço nunca mais esquece que, onde houver uma culpabilidade, que apreciar, e uma infracção, que punir, ali ha de estar um magistrado. Se o senado sentença nos crimes do presidente da Republica e outros funcionarios, é porque a Constituição, em termos expressos, lhe confere a attribuição privativa “de julgar” essa especie de réos (art. 33), e, para esse fim, o autorisa a “impor penas” (§ 2.º) a deliberar como tribunal de justiça”. (§ 1.º).

Póde-se imaginar, pois, como vos não assombraríeis, se soubesseis que, em escripto da mais alta proveniencia, dado a lume no *Diario Official* de ante-hontem, se falla em “punição de culpados” pelo governo, “qualificação de crimes” pelo governo, “applicação de penas” pelo governo, acabando-se por affirmar “categoricamente que “a constituição autorisa o poder executivo a impor a pena de desterro”. (Doc. n.).

Ora, senhores juizes, é preciso não ter lido a Constituição, para desafamal-a com a imputação deste peccado vergonhoso. A Constituição dotou-nos com a republica federativa presidencial, que é, por excellencia, o regimen *das discriminações dos poderes* : o

legislativo faz a lei ; o executivo applica-a ; o judiciario julga a constitucionalidade do legislativo na feitura das leis, a fidelidade do executivo na sua applicação. Não ha interfusão, não ha mescla. Em conformidade irreprehensivel com estas normas se acha todo o capitulo della relativo ao poder executivo : não se encontram alli, senão faculdades de administração e governo. Isso que levou os publicistas officiaes ao paradoxo inexplicavel de converterem o executivo em tribunal criminal, isso vós bem sabeis que é outra cousa, e tem outro nome, senhores juizes ! Basta ler o texto, com a intelligencia vulgar das palavras, para vel-o, e palpal-o.

Diz, com effeito, o texto, no art. 80, que é o assentamento da materia :

“§ 2.º Este (o poder executivo), durante o estado de sitio, restringir-se-ha, *nas medidas de repressão* contra as pessoas, a impôr :

“1.º A detenção em logar não destinado aos réos de crimes communs.

“2.º O desterro para outros sitios do territorio-nacional”.

Eis ahi. A detenção e o desterro, facultados ao poder executivo, são “*medidas de repressão*”, e não penas. São providencias conducentes a obstar o mal, e não soffrimentos destinados a expiar o delicto. São instrumentos restauradores da paz, e não meios de castigar criminosos. São actos de alta policia politica, e não sentenças. Constituem apenas funcções da administração ; não significam exercicio de judicatura. Não envolvem qualificação de culpa : importam apenas cohibição de desordens sociaes.

Entre essas duas idéas medeia um abysmo. A justiça examina a infracção, capitula a culpa, inflinge a pena. A administração policial e politica previne, impede, combate a anarchia. A constituição conferiu ao executivo a attribuição de *reprimir*, por meios excepçionaes, os casos excepçionaes de desordem”, proporcionando-lhe “*medidas de repressão*”. Não usaria deste significativo, se lhe quizesse communicar o direito de punir ; porque as manifestações deste direito se qualificam invariavelmente pelo nome de *penas*, nome que, em direito, não conhece, não soffre synonymos. Percorrei todo o Codigo Penal : não encontrareis outra qualificação. Revolvei a constituição inteira : nunca se vos deparará o verbo *julgar* nem o substantivo *pena*, senão entre as prerogativas do poder judiciario.

Quereis ainda provas ? Attentae no art. 80, §§ 3.º e 4.º : “Logo que se reunir o Congresso”, diz o primeiro, “o presidente da

Republica lhe relatará, motivando-as, as medidas de excepção, que tiverem sido tomadas". "As autoridades que tiverem tomado taes medidas", accrescenta o outro, "são responsaveis pelos abusos commettidos". Ora, o poder julgador, o que conhece de crimes, e irroga penas, não motiva as suas sentenças perante outro poder, não tem noutro poder o tribunal da sua responsabilidade. A imposição definitiva de uma pena não é susceptível de julgamento ulterior contra a magistratura que a fulminou. Com a promulgação do juizo penal, morreu a causa, e cessou a possibilidade de aprecial-a. Salvo a hypothese de revisão; mas essa mesma não é jurisdicção de um poder sobre outro: é competencia da justiça em relação a si mesma; pertence privativamente ao poder judiciario, representado no Supremo Tribunal Federal. (Constit., art. 81).

Não é tudo, senhores juizes. Se a privação da liberdade individual, por acto do executivo, durante o estado de sitio, constituisse expressão de um julgamento, este havia de ter formas de processo, havia de determinar accusação e defeza. O reu tinha necessariamente que receber notificação da culpa, responder ao interrogatorio do julgador, e usar da defesa. Aqui é que esbarram todas as dictaduras, aqui se desfazem todos os sophismas. Ainda perante os tribunaes marciaes, *não ha condemnação sem defeza*. "Oppressiva, como foi, a suspensão do *habeas-corpus* na Inglaterra, em 1817, o inquerito aberto pela commissão da camara dos lords mostrou que ninguem fôra retido senão mediante denuncia jurada e prova do delicto por testemunho cabal". (37) Mesmo perante as commissões militares, os accusados têm direito a advogado, e assim se procedeu sempre nos dias mais criticos da guerra civil americana. (38) Podeis chegar até ao Terror, folhear a história das justiças atrozes da revolução franceza em 1793; e ainda ahi, nas transições mais summarias entre a liberdade e a guilhotina, encontrareis sempre, mais ou menos reduzido, mais ou menos coacto, mais ou menos desfigurado, mas sempre reconhecido o direito de defeza. Mas os retidos, os desterrados pelo governo do marechal Floriano não passaram, sequer, pelo mais leve simulacro de processo, não articularam defeza, não tiveram, ao menos, interrogatorio, nem foram perguntados sobre o seu nome. (Dec. c. n.) Foram mettidos, como carga morta, nas fortalezas, nos arsenaes, nos navios de guerra. E... estão *julgados*!... e estão *con-*

(37) HARE: *Op. cit.*, v. II, p. 960.

(38) *Ib.*, p. 979, n. 1.

*demnados!*... e vão cumprir *penas!* Senhores juizes, esta immensidade de ignorancia, este delirio de abuso inconsciente caracterizam uma epocha, e envergonham a nação, em cujo nome se pratica esta anarchia, se theorizam essas doutrinas. Se a Constituição brasileira de 1890 decretada sob as invocações da mais alta liberdade e da mais ampla democracia, sancionasse taes principios, ligasse a essas declarações o character de sentenças, considerasse como penas essas medidas, ferreteasse como criminosos esses indefesos, essa Constituição não teria antepassados, nem collateraes, na historia das monstruosidades politicas, e seria digna da democracia liberal... em Moçambique.

Não bastará, senhores juizes? Pois bem. A constituição republicana, art. 72, § 15, prescreve que “ninguem será *sentenciado*, senão pela autoridade competente, *em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada*”. Qual a lei, que regulou o processo dos sujeitos á prisão e desterro por *sentenças* do poder executivo? Tal jurisdição nunca se conheceu: seria nova. Tal processo nunca existiu: era mister constitui-lo. O poder judiciario não julga, senão mediante formas preestabelecidas. A constituição não lh’o permite. Estaria isento o poder executivo da mesma limitação tutellar, nas causas que julgasse? Porque distincção? Onde está ella? Tal distincção fôra insensata. Se o executivo julga ha de ter processo fixo de julgar. E processo que o estabeleça. Se tal lei não existe, a autoridade julgadora não pode funcionar.

A Constituição não regula processos. A Constituição, no art. 80, não define delictos. Entrega ao executivo armas contra a desordem. Diz-lhe: “Prendereis, ou desterrareis”. Mais, se essas comminações envolvem penalidade, ellas estão subordinadas á regra do art. 72, § 15, que não permite a sua applicação, antes de decretado o seu processo.

Dê-se, porém, momentaneamente que sejam verdadeiras *penas* a retenção e o desterro, nos casos daquela autorização constitucional. Mas todas as penas, *todas, todas, todas*, senhores juizes, têm uma duração *predemarcada* nas sentenças, que as impõe. O condemnado não fica servo do arbitrio, nem mesmo do arbitrio dos tribunaes. Taxou-se-lhe a expiação: está finda a acção do poder sobre elle. Entretanto, a prevalecerem os canones do *novum jus*, os retidos, os desterrados pelo decreto de 12 de abril estariam desterrados e presos *indefinidamente*, por uma semana, um mez, um anno ou uma vida... até quando se saciar o resentimento politico, encarnado

no governo, ou rodarem para outro ponto do horisonte as paixões políticas, que sopram no Congresso. O estado de sitio cessou para todos, menos para esses grillhetas da galé politica. No meio de todos os criminosos, elles ficarão compondo um grupo singular : o dos condemnados á indecisão perpetua. Os proprios forçados conhecem a sua sorte. Mas estes suspeitos politicos estão abaixo delles ; porque o seu destino pertence á vontade do poder. Sua condição fica sendo a da mendicancia exercida perante o governo, por elles, pelas familias, pelos amigos, exercito novo de dependencias creadas a favor do poder omnipotente. Bem vêdes, senhores juizes, se esta fosse hoje a nossa lei, estaria revogada por ella toda a sciencia criminal ; a fixidez da pena, como a regularidade do processo e a necessidade da defesa.

O simples facto de não taxar limite á prisão e ao desterro, figurados no art. 80, mostra que ella não cogitava de penalidades, mas medidas de acção passageira, confinadas naturalmente na sua duração transitoria do perigo, que se propõem a remover.

Todas as legislações, todas as jurisprudencias conhecidas oppõem-se á confusão, com que se pretende identificar a idéa de pena com a dessa autoridade excepcional, conferida ao executivo.

Vêde o direito inglez. Alli, diz o jurisconsulto DICEY, o poder do ministerio, durante a suspensão do *habeas-corpus*, se resume em prender, sem os embaraços do processo usual, e entregar aos tribunaes o julgamento dos individuos presos sob a imputação de crimes contra a constituição nacional. (39)

Nos Estados-Unidos, ensinam alli os mestres, "o unico effeito da suspensão é habilitar o governo a reter os individuos presos, até que sejam submettidos a um tribunal e um jury". (*The sole effect of such a suspension is to enable the government to hold the persons whom it has arrested, until they can be brought before a court and jury*"). (40) "A suspensão do *habeas-corpus*", escreve outro commentador famoso (41), "só confere autoridade ao executivo, para deter em custodia individuos suspeitos, que, em circumstancias normaes, seria obrigado a submeter immediatamente a processo, ou soltar sob fiança. (*... nor give any greater authority to the Executive than that of detaining*

(39) DICEY : *The law of the Const.*, p. 243.

(40) HARE : *Op. cit.*, v. II, p. 960.

(41) POMEROY : *An introduction to the Constitutional Law of the United States*, 10 th. ed. (Boston, 1888) 708, p. 593.

*suspected persons in custody, whom it would else be obliged to bring to a speedy trial or to release on bail*”).

Quando se subvertem as leis, “e se tenta violentamente derribar o governo”, diz HARE, “a força deve ser repellida pela força, considerando-se legaes as exigencias da necessidade, para tornar a força efficaz”. (42) Mas notae bem até onde vão as consequencias dessa anomalia inevitavel. E’ outra autoridade americana quem nol-a vae apontar : “A necessidade crêa uma excepção á regra constitucional, e a propria constituição crêa outra, annuindo á suspensão do *habeas-corpus*. Mas é de notar que a suspensão do *habeas-corpus* “*gives the power to arrest and hold, but not to try and punish*” isto é, “autorisa a prender, e deter, mas não a julgar, e punir” (43)

Acompanhemos as outras constituições americanas.

A do Chile, regulando o estado de sitio, diz (Art. 161) : “*No podrá la autoridad pública condenar por sí, ni aplicar penas. Las medidas que tomase en estos casos contra las personas no pueden esceder de um arresto o translacion a qualquier punto de la Republica*”.

A Uruguaya (art. 83) : “*El presidente... en el caso de exigirlo asi urgentemente el interés público, se limitará al simple arresto de la persona, con obligacion de ponerla en el perentorio termino de veinte y quatro horas á desposicion de su juez competente*”.

A Boliviana (art. 27,5º) estipula, para o mesmo fim, o praso de 72 horas, e accrescenta : “*Se el proceso no puede tener lugar en dicho término, los acusados podran ser retenidos hasta el momento en que el órden material sea restabelecido*”.

A Argentina (art. 23) : “*Peró durante esta suspension no podrá el presidente de la República condenar por sí, ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso, respecto de las personas, a arrestarlas ó trasladarlas de un punto á otro de la Confederacion*”.

Até a Paraguay se vasa por egual molde, estabelecendo (art. 72, § 22) : “*Durante este tiempo el poder del presidente de la Republica se limitará a arrestar á las personas ó á trasladarlas de un punto á otro de la nacion, si ellas no prefieren salir fuera del pais*”.

Este direito de opção, assegurado aos suspeitos, entre a retenção no paiz e a sahida para o estrangeiro, figura egualmente na constituição da Bolivia (art. 27) e na da Republica Argentina (art. 23). Ora, não póde haver signal mais irrecusavel de que esses meios

(42) *Op. cit.*, v. II, p. 954.

(43) SYDNEY G. FISCHER : *Op. cit.*, p. 478.

coercitivos, longe de constituírem penalidades, são puras medidas de segurança.

A linguagem dos commentadores e estadistas é identica. “Se detiene á un individuo, se cambia su residencia, sin someterle al magistrado, pero no se le aplica pena”, escreve ALCORTA. (44) “El gobierno” dizia, em 1876, na Republica Argentina, o senador SARMIENTO “no puede castigar el individuo, pero si puede detener su persona”.

Ora, a nossa Constituição descende dessas. Por essas deve ser, portanto, entendida, mormente quando a intelligencia opposta envolva, como, neste caso, envolveria, oppressão e deshumanidade.

Paizes ha, onde as comminações applicadas sob o estado de sitio têm o character de penas. Assim, a França. Mas é porque, nesses paizes, a imposição de taes expiações compete, não ao poder administrativo, mas aos tribunaes militares *que são tribunaes*, e, nesta qualidade, julgam, sentencêam e punem. Eis a lei franceza :

“Art. 7. Aussitot l'état de siège déclaré les pouvoirs dont l'autorité civile était revêtue pour le maintien de l'ordre et de la police passent tout entiers à l'autorité militaire. L'autorité civile continue à exercer ceux de ces pouvoirs dont l'autorité militaire ne l'a pas dessaisie.

“Art. 8. Les tribunaux militaires peuvent être saisis de la connaissance des crimes et délits contre la sûreté de la République contre la constitution contre l'ordre et la paix publiques, quelque soit la qualité des auteurs principaux et des complices”.

Mas nem deste subsidio interpretativo necessitamos. Assaz clara é o contexto da carta brasileira. Ella não tolera o estado de sitio, senão “por tempo determinado”, e só autorisa o poder executivo a usar das medidas de repressão, que lhe indica, “durante o estado de sitio”. Mas, se a acção de taes medidas perdurasse para os individuos envolvidos nellas, então para esses individuos se prorrogaria o estado de sitio indeterminadamente ; o que a prescripção constitucional não admitte.

Dir-se-ha : “Não. Desde que a prisão, ou o desterro se decreta durante o estado de sitio, a autoridade do executivo operou nos limites de tempo assignados á duração delle. O exercicio da funcção é que se deve encerrar nesses limites ; a extensão dos effeitos della, porém, não tem na lei semelhante barreira”. Mas assim se poderia argumentar, quando muito, se a duração do desterro, ou da prisão,

(44) Garant. Constitución, p. 166.



se fixasse no momento em que o executivo desterra, ou prende. Então, uma vez determinado o periodo da sequestração politica, teria cessado a acção do governo, que a impuzesse. Mas, se este não marca o termo da coacção inflingida, e reserva-se o direito de suspendel-a, num futuro indefinido, quando lhe aprouver, neste caso a manutenção da medida repressiva traduz continuidade de exercicio da acção do governo, ultrapassando o estado de sitio, isto é, significa a indemarcada ampliação delle além do praso estatuido. E nisto vae manifesta incongruencia com as duas clausulas constitucionaes.

Esses tribunaes deliberam segundo as fórmulas de processo, que a lei militar predefine, qualificam os delictos segundo as capitulações, que a lei militar preestabelece, e distribuem as penalidades, cuja natureza e duração a lei militar prelimita.

Nem o proprio autócrata russo ostenta essa odiosa potestade. Os nihilistas, exterminadores professos e implacaveis de toda a ordem social, membros de uma vasta conspiração ramificada e tenebrosa, cujos golpes inopinados e cegos levam a toda a parte a dynamite, o sangue, o pavor do seu misterio impenetravel, esses mesmos atravessam fórmulas de julgamento, antes da expatriação para a Siberia. Aqui, cidadãos de nome immaculado, almas inoffensivas, patriotas conhecidos pela sua devoção á fórmula constitucional, membros do governo que fundou a Republica, fautores eminentes do movimento legalista, que levantou o presidente actual sobre as ruinas do golpe de estado — tudo isso, a um revez da espada do marechal, se sepulta nos carceres e no desterro, sem ao menos a notificação do crime, que os condemna. A dictadura imperial do Tsar... que é ella, senhores juizes, ante essa autoridade, em que se acaba de investir o presidente da Republica Brasileira? Republica... isto, senhores? Poderá sel-o ainda, se a reintegrardes na posse do seu direito constitucional.

Ahi tendes, senhores juizes, a que despenhadeiros de absurdo conduz a sophismação da lei em beneficio de iniquidades monstruosas.

Tamanha é essa transgressão da legalidade, que (faça-se justiça aos transgressores) devemos acreditar que não a teriam perpetrado, se tivessem noção, mesmo ligeira, do direito, que sacrificam. O meio de ser benevolo com elles é suppôr que não sabem o que fazem.

Esses agentes do poder desconhecem essencialmente a natureza, o alcance, as funções da autoridade, de que usam. Não ponderam que a carta federal, confiando-lhe "medidas de repressão", apenas o



quiz apparellhar com os meios de debellar crises ameaçadoras, removendo-lhes os elementos, enquanto ellas não desapparecem. Descoberta uma conspiração poderosa, colhida em flagrante a anarchia, se os seus recursos são superiores aos da autoridade, ou capazes de inquietal-a seriamente, o governo colhe os indiciados, sequestra-os, ou os afasta do theatro do perigo, ou da lucta. Mas, uma vez esparsos e reduzidos á impotencia, pela decepção, pela dispersão, os associados no conluio revolucionario, desmanchou-se a situação, que autorisava as medidas repressivas, e os pacientes voltam á fruição dos seus direitos individuaes.

Se são realmente criminosos, se ha circumstancias indiciativas, contra elles, em factos que o codigo penal qualifique, termina a acção politica do executivo, e começa a missão judiciaria dos tribunaes. O papel do governo reduz-se ao de obstaculo instantaneo e violento, que se insinua a proposito na engrenagem da conspiração, paraly-sando-lhe inesperadamente o mechanismo, desarticulando-lhe as peças, annullando-lhe os segredos, frustrando-lhe os planos, destru-çando-lhe, espalhando-lhe, inutilizando-lhe os instrumentos. Depois que o poder soprou sobre essa entidade, cuja força essencial consistia no seu mysterio, e separou-lhe os autores, *dissecta membra*, já não ha meios de reconstitui-la. O que sobrenada, são os restos do naufragio de um pensamento, cuja recomposição material seria ainda mais difficil que a tentativa mallograda. E, se entre esses destroços ha attentados positivos contra a lei penal, elles pertencem á justiça.

O caso vertente exemplifica bem esta verdade. O desiderando politico do estado de sitio, o objecto das medidas de repressão está mais que perfeitamente conseguido. Desvaneceu-se, se existia, o plano subversivo. Mais do que isso : desmoralisou-se. Revivel-o, agora, seria tarefa cem vezes mais ardua que essa, coroada aliás, a um pequeno esforço official, por tão amargos desenganos para os seus collaboradores. Que interesse tem mais a sociedade no supplicio de impotentes? Na punição de criminosos, isso sim. Mas, por isso mesmo, cumpre que se levante de sobre elles a interdicção administrativa, para que se abra espaço ao dever dos tribunaes.

Uma de duas : ou esses accusados têm realmente a culpa, que se lhes attribue ; ou são victimas de uma calumnia odiosa. São culpados? Mas ninguem o poderá dizer, antes que a justiça se pronuncie. São innocentes? Mas é mister que a justiça os rehabilite ; porque a reabilitação da innocencia excruciada é o maior dos interesses moraes de uma sociedade christã. Num caso, ou

noutro, é indispensavel o julgamento, é urgente o processo. Nenhuma autoridade politica tem o direito de adial-o.

Esse governo, que se presume capaz de exercer a serena missão de distribuir justiça, missão benevola, protectora da innocencia, imparcial entre os odios militantes na lucta pelo poder — revela, nas aggravantes com que se esmerou em carregar a afflicção ás suas victimas, sentimentos de rancor, que envergonham a piedade brasileira. As legislações reguladoras do estado de sitio, accentuando o character meramente preventivo e policial das suas providencias, buscam attenuar por todos os modos a aspereza dessas comminações facilmente conversiveis em instrumentos de perseguição contra as dissidencias politicas. A constituição do Equador (art. 61), por exemplo, exige que a remoção dos indigitados se dê para logares povoados. A da Hespanha (art. 31), quer que se não exceda a distancia de 250 kilometros (42 leguas) entre o logar do desterro e do domicilio do desterrado. A da Bolivia (art. 27) não admitte distancia maior de 50 leguas, e recommenda a salubridade dos sitios escolhidos (*ni lugares malsanos*). O decreto de 12 de abril, porém, sempre sob a idéa fixa que vê no governo os characteres, incompativeis com a sua natureza, de juiz e punidor, exerce contra os seus accusadores uma ostentação de crueldade inutil. Eleger-lhes, para o desterro, climas, que são a morte para os homens do sul, alagadiços, onde a alluvião periodica das invernias deposita envenenamentos fataes, ermos habitados sómente pelas guarnições dos presidios e pelos selvagens da floresta, confins remotissimos, como Cucuhy, cuja viagem custa mezes, atravez das regiões mais doentias, e só da capital do Pará demora perto de quinhentas leguas.

E' a violação da lei, anegrada pelo fel de concentrados rancores.

O sentimento pessoal não sabe esconder-se nesses extremos de impia dureza, que saltam pela constituição e pela humanidade. Já o decreto de 10 de abril deixava entrever esses recessos, escuros e feios, de um máo pensamento. Ali explicitamente se manifesta, como um dos motivos do acto official, a consideração de que, "entre os autores e promotores da sedição, se acham membros do congresso nacional, que gosam de immunidades". O mal tem destas ingenuidades, que o entregam ! De duas uma : ou havia realmente commoção intestina, com imminente perigo da Republica, e o poder executivo não tinha outro fundamento, que invocar, em defesa da medida, porque a lei só este fundamento conhece, e não admitte outro ; ou, se não se verificou essa condição, devidamente caracterizada,

não era lícito ao governo apoiar-se noutra, para suspender as garantias. Em qualquer das duas hypotheses oppostas, a indicição de membros do congresso nos factos suspeitos não tirava, nem dava autoridade ao governo para essa deliberação. Essa consideração era invalida, se não havia "commoção intestina"; se havia commoção intestina, era superflua. A que vem, pois, semelhante considerando no decreto, senão como uma dessas indiscreções involuntarias, em que a consciencia se rasga e se descobre, uma dessas clareiras abertas na injustiça, por onde vara instantaneamente um raio luminoso? A que vem, senão como confissão automatica da necessidade, sentida pelo poder, de desmembrar o congresso, e violentar-lhe, com essas subtracções de votos, o fiel da balança?

O impetrante, srs. juizes, acredita haver demonstrado exuberantemente que a autoridade politica do governo sobre os presos e degredados passou com o levantamento do estado de sitio, e que a autoridade da justiça agora os reclama, para desaggravação da sua pureza, ou verificação da sua criminalidade.

Removei, portanto, o obstaculo illegitimo, que se interpõe entre os accusados e os seus juizes constitucionaes. Restitui-os pelo *habeas-corpus* á communhão dos livres.

Arrimando-se a esta base, a vossa decisão poderia evitar a questão constitucional ventilada nas duas partes deste requerimento immediatamente anteriores a esta. Porque, srs. juizes, para examinar se os effeitos das medidas repressivas, adoptadas sob o estado de sitio, fenecem com elle, ou além d'elle se prolongam, não é necessario escutar a regularidade constitucional da suspensão de garantias, a sua legitimidade ou illegitimidade, a consequente validade ou nulidade dos actos contra a liberdade individual durante esse periodo praticados. Por mais constitucional que fosse a suspensão de garantias, essa questão, como quer que se resolva, não exclue a de saber se os individuos empolgados pelo executivo no decurso do estado de sitio se converteram em servos penaes do governo.

Mas, srs. juizes, o impetrante deve esperar que não recuareis ante a outra questão, a questão constitucional. Se os abusos, a que é occasionada esta faculdade do executivo, "podem facilmente conduzir a um despotismo insupportavel", nas palavras aliás de um dos advogados mais convictos da necessidade dessa instituição (45) — a consequencia é a imprescindibilidade do *habeas-corpus*, a com-

(45) A. ALCORTA: *Op. cit.*, p. 266.

petencia judiciaria no exame da questão constitucional. Os proprios autores que impugnaram essa competencia, acabam reconhecendo-a, na hypothese (*a hypothese actual*) de incorrer o poder executivo em abusos, *como seja o de applicar penas*.

E' o que se dá com ALCORTA, que aliás consagrou uma terça parte da sua obra (mais de 130 largas paginas) a justificar o estado de sitio. Elle sustenta peremptoriamente que, "declarado o estado de sitio e exercitadas as medidas, *que elle autorisa*, o particular carece de todo o recurso contra ellas (46). Mas se acaso as medidas não couberem na categoria das autorisadas? O publicista argentino estuda essa possibilidade: "Póde succeder que o poder executivo dicte medidas *não autorisadas, condemne e applique penas*". (47) (Adverti bem: "Condemne e applique penas". E' exactamente o que faz o decreto de 12 de abril, e o governo, pelo *Diario Official* de 16, se declara habilitado para fazer. Em tal caso, podem ou não podem intervir os tribunaes?

Em tal caso, responde o proprio ALCORTA (48), "o particular tem que encontrar meio de fazer effectivo immediatamente o seu direito; E ENTÃO PARECE LOGICO SEREM OS TRIBUNAES DE JUSTIÇA QUEM O DEVE AMPARAR. *Y entonces parece logico sean los tribunales de justicia los que deben ampararle*".

E accrescenta:

"El poder administrador hará ó non efectiva la resolucion judicial; *peró entonces su responsabilidad será más que nunca evidente, y quedarán reservados al particular los medios de conseguirla en el momento oportuno*". (49)

Estas proposições irradiam luz de sol. Parece ocioso adital-as.

Certamente, senhores juizes, não esqueceréis que o poder, commettido á vossa dignidade, de negar sanção ás infracções da carta federal "é antes dever que prerogativa". (50)

Um dos grandes juizes da America, STORY, uma das columnas da jurisprudencia americana, escreveu palavras, que poderiam ler-se, em cada sessão desta casa, como o evangelho deste tribunal;

(46) *Ib.*, p. 280.

(47) *Ib.*, p. 279.

(48) *Ib.*, p. 280.

(49) *Ibid.* E cita TORRES CALCEDO, *Mis ideas y mis principios*, tom. I, p. 51.

(50) "Is a duty rather than a power" BRYCE: *Americ. Commonwealth*, v. I, p. 337.



“A missão de sentencear nos pleitos de inconstitucionalidade não é (ainda bem para o povo) uma função, de que o poder judiciario tenha o direito de declinar. Se é do seu dever não assumir jurisdição, quando não a tem, não menos imperiosamente lhe incumbe exercel-a, quando a tiver. Não lhe é licito, como á legislatura, evitar questões, porque ellas toquem os confins da constituição. Não póde abster-se de resolvel-as, pela razão de serem duvidosas. Seja qual fôr a indecisão, sejam quaes forem as difficuldades do problema juridico, sua obrigação é resolvel-o, desde que se suscite em tribunal. Tão illegitimamente procederá, fugindo ao exercicio de uma competencia, que lhe caiba, quanto usurpando a que lhe não pertença. De um, ou de outro modo, atraçoaria a constituição”. (51)

Para envolver o governo actual numa aureola de irresponsabilidade, voga, a velas infunadas, a doutrina, ultrajosa á Republica e inconciliavel com a Constituição, de que o poder executivo se acha revestido pelo congresso, mediante um voto de confiança sem limites, com os mais indefinidos poderes para o bem e para o mal. Bem sabeis, senhores juizes, que o congresso é calumniado nesta maneira de apreciar os seus actos. Bem sabeis que, ainda quando essa allegação fosse veridica, a vossa missão não é outra, senão oppôr o veto da judicatura suprema a desvarios desta ordem, se elles se produzirem. Bem sabeis que o nosso systema constitucional repelle tão essencialmente a dictadura do poder legislativo como a dictadura da administração. Bem sabeis que é da substancia do nosso regimen o principio de que não ha emergencia, que possa legitimar o uso de poderes não outorgados na carta federal. (52) Bem sabeis que, não tendo a legislatura faculdades de alterar a constituição, não póde o executivo receber faculdades taes por delegação da legislatura. Bem sabeis que “toda delegação é vedada nos governos republicanos”. (53) E, certamente, se sophismas como esses transpuzessem o lumiar deste tribunal, seria para naufragarem na impassibilidade da vossa guarda á lei suprema da Republica, encarregada á vigilancia deste tribunal contra as invasões dos governos e a condescendencia das assembléas.

---

(51) STORY: *Commentaries*, v. II, p. 385, § 1576.

(52) CHARLES A. KENT: *Const development of the Yn. Stat., as influence by, the decis. of the Supr. Court since 1865.*

(53) ALCORTA: *Op. cit.* p. 55.

Mas, se vos despirdes da garantia do *habeas-corpus* contra os desregramentos do estado de sitio, contra as suas offensas ao direito constitucional — não póde restar duvida, em face do heroico desgarre com que o executivo acaba de experimentar a mão neste ensaio inolvidavel, que essa dictadura mascarada sob a razão de estado ficará sendo o systema usual de administração entre nós. E' isso tanto mais naturalmente, quanto com as suspensões de garantias, já o dizia CAVOUR, não ha quem não possa governar.

Com essa chave falsa para todas as difficuldades nas mãos do executivo, o governo republicano seria a mais solemne confirmação desta velha verdade: *Corruptio optimi, pessima*. Os mais interessados contra a acclimação, no paiz, desse vicio das republicas espanholas devem ser precisamente os elementos conservadores da nação: a propriedade, o trabalho, a justiça. Aquelles que, em nome desses elementos, applaudirem a usurpação, quando ella explora a desordem, para espesinhar a lei, esquecem que entre a anarchia nas praças e a anarchia no regimen dos direitos e deveres sociaes, entre as surpresas da revolta e as victorias da dictadura, não ha outra differença mais do que a que vae da indisciplina servil á servidão resignada. Se a principal ambição das classes pacificas e, productoras, da industria e da riqueza, da intelligencia e do trabalho é a confiança, a estabilidade do futuro, nada póde haver mais incompativel com a posse desse thesouro do que o espectáculo de uma sociedade, que abdica nas mãos da violencia, e, governando-se por medidas de excepção, confessa não ter nas instituições os meios de conservação normal.

*Srs. Juizes do Supremo Tribunal Federal* — Onze membros do congresso nacional, arrebatados inconstitucionalmente ás cadeias que o povo e os estados lhes confiaram nas camaras legislativas, praticamente esbulhados do mandato popular, representam a abolição virtual da constituição republicana pelo poder executivo.

A concessão do *habeas-corpus*, a que elles, como os seus companheiros de infortunio, têm direito, será a reanimação da sociedade brasileira, esmorecida e desacoroçada.

Substitui, senhores juizes, o regimen da violencia pelo regimen da lei, e tereis indicado ao paiz o caminho salvador, que é o da legalidade constitucional, servida pelos tribunaes.

Eis o que, com o *habeas-corpus* pedido, vos requer o impetrante, affirmando em sua honra a veracidade do que allega.

Rio de Janeiro, 18 de abril, 1892.

## DOUTRINA

### O HABEAS-CORPUS. SUA FEIÇÃO JURIDICA, E SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO PUBLICO BRASILEIRO (\*)

Não é de hoje, sr. presidente, que os homens da força, os que se exaggeraram na autoridade, que os espiritos revessos ás garantias liberaes reagem contra a do habeas-corpus, buscando pôr inteiramente fóra do seu alcance os abusos do poder.

Já sob o Imperio, em 1851, em 1878 e 1883, se procurava estabelecer a doutrina de que a garantia do habeas-corpus se não estendia ás prisões administrativas, ás prisões determinadas pelo governo imperial.

Sobre este assumpto consultou com o seu parecer, entretanto, em 1873, o Conselho de Estado, e tres notaveis estadistas do Imperio, os srs. Dantas, Abaeté e Lafayette, firmaram o grande principio de que o habeas-corpus abrangia todas as prisões, exceptuadas unicamente as prisões militares e as prisões para recrutamento.

Deste assumpto se teve de occupar em 1878 e em 1883, em alguns editoriaes memoraveis, o *Jornal do Commercio*, folha que naquelles tempos não intervinha senão nas grandes crises, para trazer sempre, no meio da luta dos partidos, uma palavra de serenidade, a solução justa e a decisão liberal.

Interveiu em 1878 e 1883, nesta questão o *Jornal do Commercio*, para reagir contra os ministros que pretendiam considerar immunes as garantias do habeas-corpus ás prisões administrativas. E' a mesma objecção, o mesmo espirito de resistencia contra a velha e sagrada garantia liberal, a que a liberdade, neste paiz, tantos serviços tem devido.

---

(\*) O sr. conselheiro Ruy Barbosa proferiu na sessão de 22 de janeiro do corrente anno, no Senado, discutindo o projecto de intervenção no Estado do Rio de Janeiro, um extenso discurso, do qual cortamos este trecho, relativo ao habeas-corpus.



Ainda restringida ás proporções em que a mantém a legislação imperial, essa garantia affirmava ao espirito exaggeradamente conservador e aos liberaes, esquecidos do bom espirito das suas crenças, um obstaculo insuperavel á existencia da autoridade e ao exercicio ordinario dos actos do poder.

Agora temos a reacção contra o habeas-corpus firmada em outro terreno, depois que essa instituição passou pela transformação ampliativa que recebeu com o novo regimen. Agora uma escola de indole restrictiva o pretende circunscrever a uma esphera limitada como a sua antiga esphera, reduzindo-o ás condições de um recurso utilizado unicamente nos casos em que se trate de acudir á liberdade de locomoção, de manter o que se chama a liberdade corporal, de assegurar ao individuo a sua faculdade ordinaria e legal de se mover, de ir e vir, de entrar e sahir. Eis ao que se reduzira o habeas-corpus, amesquinhado pela interpretação constitucional com que alguns espiritos o interpretam no texto da carta republicana.

Ora, srs. senadores, em apoio dessa hermeneutica eu não vejo senão a autoridade muito respeitavel, mas susceptivel de erro como todas as autoridades, de alguns homens eminentes, um dos quaes me merece especial consideração, como um dos mestres cujo saber, cuja competencia juridica illustram o Supremo Tribunal Federal.

Sr. presidente, a questão não se ha de resolver pela autoridade ; a questão resolve-se pela evidencia literal dos textos. A questão está resolvida pelo confronto da letra das instituições republicanas com a letra das instituições imperiaes.

Si a Constituição de 1891 pretendesse manter no Brasil o habeas-corpus com os mesmos limites dessa garantia durante o Imperio, a Constituição de 1891 teria procedido em relação ao habeas-corpus como procedeu relativamente á instituição do jury. A respeito do jury diz formalmente o texto constitucional : “E’ mantida a instituição do jury”.

O alcance dessa proposição na sua simplicidade é transparente. Quando se mantem uma instituição mantem-se o que existe, mantem-se o que se acha estabelecido, mantem-se o que se encontra, consolida-se o que estava. E’ por isto, sr. presidente, que, defendendo a instituição do jury, já contra a legislação de alguns Estados, já contra certas leis republicanas, eu as considerei sempre como inconstitucionaes, porque, á vista dos termos com que se exprime a nossa declaração constitucional de direitos, entendia e entendo não ser licito ao legislador ordinario submeter o jury a qualquer alteração



que o modifique substancialmente, que altere as suas feições antigas, que mude a sua natureza definida pelo texto da legislação imperial. Tudo isto que a Constituição de 24 de fevereiro estabeleceu foi mantido na instituição do jury.

Não foi deste modo que procedeu a Constituição Republicana no tocante ao habeas-corpus. No Imperio, bem sabem os nobres senadores, o habeas-corpus não tinha instituição constitucional. Elle nasceu doCodigo do Processo, pelo art. 340, que definiu o habeas-corpus nestes termos :

“Todo o cidadão que entender que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de habeas-corpus em seu favor”.

A proposição é clara : tem o cidadão o direito de pedir uma ordem de habeas-corpus em favor daquelle que estiver soffrendo uma prisão ou um constrangimento illegal em sua liberdade. Aqui se acha claramente definida a natureza material da lesão a que o habeas-corpus, no antigo regimen, tinha de acudir com o seu remedio tutelar. Este recurso estava confiado ao caso em que a liberdade soffresse por um constrangimento material, constrangimento que se definiu especialmente com a formula da prisão. Era prisão publica ou privada a situação de illegalidade a que o habeas-corpus no antigo regimen devia soccorrer.

Estrictamente na mesma ordem de idéas a lei n. 2.033, de 1871, que acabou de dar a essa instituição a sua forma definitiva, sob o antigo regimen, determinava, no art. 18 :

“Os juizes de direito poderão expedir ordens de habeas-corpus a favor dos que estiverem illegalmente presos, ainda quando o façam por determinação do chefe de policia, ou de qualquer outra autoridade administrativa, e sem exclusão dos detidos a titulo de recrutamento, não estando ainda alistados.

Paragrapho 1.º Tem logar o pedido de concessão de ordem de habeas-corpus, ainda quando o impetrante não tenha chegado a soffrer o constrangimento corporal”.

O constrangimento corporal era, portanto, sob o Imperio, a condição *sine qua non* da concessão do habeas-corpus.

Ora, si o pensamento constituinte republicano fosse o de conservar o habeas-corpus na sua proposição primitiva, analogia a das legis-

lações ingleza e americana, não tinha a Constituição Republicana mais do que dizer do mesmo modo que disse em relação ao jury :

“Fica mantida a instituição do habeas-corpus”.

Nesse caso não haveria questão, estaria o habeas-corpus definido pelas leis imperiaes. Que fez, porém, o legislador constituinte neste regimen? Rompeu abertamente, pela formula, que adoptou na Carta Republicana, com a estreiteza da concepção do habeas-corpus sob o regimen antigo.

A definição do habeas-corpus na Constituição vigente é esta :

“Dar-se-á o habeas-corpus, sempre que o individuo soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer *violencia* ou *coacção*, por illegalidade ou abuso de poder”.

Não se falla em prisão, não se falla em constrangimentos corporaes. Falla-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coacção e violencia ; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violencia ou a coacção, por um desses meios, ahi está estabelecido o caso constitucional do habeas-corpus. Quaes são os meios indicados? Quaes são as origens da coacção e da violencia, que devem concorrer para que se estabeleça o caso legitimo de habeas-corpus? Illegalidade ou abuso do poder. Si de um lado existe a coacção ou a violencia e de outro lado a illegalidade ou o abuso de poder ; si a coacção ou violencia resulta de illegalidade ou abuso do poder, qualquer que seja a violencia, qualquer que seja a coacção, desde que resulte de abuso de poder, seja qual elle fôr, ou de illegalidade, qualquer que ella seja, é innegavel o recurso do habeas-corpus.

Srs. senadores, que é que se chama coacção? Que é que se denomina violencia? Coacção, definirei eu, é a pressão empregada em condições de efficacia contra a liberdade no exercicio de um direito, qualquer que esse seja. Desde que no exercicio de um direito meu, qualquer que elle fôr, intervem uma coacção externa sob cuja pressão eu me sinto embaraçado ou tolhido para usar desse direito, na liberdade plena de seu exercicio, estou debaixo daquillo que, em direito, se considera coacção.

E violencia? Violencia é o uso da força material ou official, debaixo de qualquer das duas fórmulas, em gráo efficiente para evistar, contrariar ou dominar o exercicio de um direito.

Creio que a definição não é incorrecta.

Toda a vez que a acção do que se chama força, ou seja a das armas, ou seja a da violencia, ou seja a de um decreto do poder, me

contraria, me ameça, ou me domina no exercício do meu direito, estou sujeito á força no sentido que em direito póde receber esse nome.

Essa força póde se exercer sobre todos os individuos, não só em caracter privado, mas igualmente em caracter politico, uma vez que o direito exista, que seja verificado, que seja indiscutível e que o paciente se apresenta com o seu titulo ao tribunal detentor da autoridade para conceder-lhe a ordem preservadora.

Logo, srs. senadores, o habeas-corpus hoje não está circumscrip-  
to aos casos de constrangimento corporal; o habeas-corpus hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma illegalidade.

Desde que a Constituição, srs. senadores, não particularizou os direitos que, com o habeas-corpus, queria proteger contra a coacção ou contra a violencia, claro está que o seu proposito era escudar contra a violencia e a coacção todo e qualquer direito que ellas podiam tolher e lesar nas suas manifestações. Limitar a disposição aos direitos de caracter privado é ir de encontro á boa hermeneutica nas suas regras fundamentaes :

1.º, porque não é licito distinguir onde a lei não distingue. *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere possumus.*

2.º, porque a mesma norma que manda interpretar restrictivamente as disposições restrictivas do direito, estabelece que as disposições a elle favoraveis se devem entender liberalmente. *Odiosa restringenda, favorabilia amplianda.*

3.º, porque, em se offerecendo alguma duvida, a lei se entende sempre a favor da liberdade. *Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit.* (Pomponio, *Fr. 20, Dig. de Regulis Juris*).

A liberdade, segundo a jurisprudencia americana, abrange, entre outros direitos, o de exercer os cargos em que somos investidos. E' o que Story demonstrou, no seu discurso de 1834, sobre a sciencia do governo. Eis as suas palavras :

"Si as liberdades publicas de um individuo, como homem e cidadão, *as a man and a citizen*, o seu direito de votar, o seu direito de exercer as funcções do seu cargo, *his right to hold office*. . . si esses direitos estiverem á mercê do primeiro demagogo, ou do idolo popular do dia, de que lhe valerá a esse individuo o deixarem-n'o saborear gosos que de um momento para outro lhe podem ser arrebatados,

ou ter imunidades cujo preço mais sensível nos é, quando as perdemos, do que quando as desfructamos?" (Story ; *Miscellaneous Writings*, 1852, pag. 620).

E' ainda, srs. senadores, o que Cooley sustentou no caso *People ex-rel. Le v. Hurlbul* (25 Michigan 44, 9 Am. Rep. 103), nestas memoraveis palavras. Vou ler o texto no seu original :

"Mr. Justice Story has well shown that constitutional freedom means something more than liberty permitted : it consists in the civil and *political* rights, which are absolutely guaranteed, assured and guarded ; in one's liberties as a man and a citizen — his right to vote, *his right to hold office...*"

Isto é, senhores, o juiz Story demonstrou perfeitamente que a liberdade constitucional significa alguma cousa mais do que a simples liberdade ordinaria ; ella consiste nos *direitos* civis e *políticos*, que são absolutamente garantidos, assegurados e preservados ; nas liberdades dos individuos como homens e cidadãos — nos seus direitos de voto e nos *seus direitos de occuparem os cargos que exercerem...*

E' o que o juiz Harlan desenvolveu no pleito *Taylor v. Beckham* (178), U. S., 603, 44 L. ed 1.210).

Si é, pois, de uma disposição a favor da liberdade que se trata na disposição da Carta brasileira, onde se consagra o habeas-corpus, este texto se ha de tomar amplamente como garantia dada a todas as liberdades, inclusive as liberdades de ordem publica, as liberdades políticas, uma das quaes é a de occupar os cargos para cujo exercicio nos mostramos habilitados á justiça com a exhibição de um titulo legal.

Eis, srs. senadores, o que me parece decorrente com a maior evidencia do texto constitucional, em que o habeas-corpus recebeu a consagração que antigamente não tinha, de uma das instituições fundamentaes do paiz, porque até então essa medida tutelar, esse recurso liberal não passava de uma concessão das leis ordinarias, outorgada um dia pela disposição passageira das maiorias do momento, e no dia seguinte, recusada, eliminada ou transformada, sob a influencia da indole menos liberal de outra maioria.

Agora, não. Agora entre as instituições nas quaes nenhum dos poderes do Estado póde tocar sem sacrilegio, está a do habeas-corpus, definida, ampliada, garantida pelos termos de um grande texto, de um texto claro, de um texto inilludível, de um texto que,

pela sua amplitude, não podia ser apoucado senão intervindo o arbitrio individual, o arbitrio injuridico na interpretação de uma lei evidente, para lhe alterar o espirito, a natureza e o limite.

Não comprehendo que, si nas questões de direito privado o principio que recusa ao interprete o direito de entender restrictivamente as medidas liberaes é um principio correntio e incontestavel, esse principio deixe de subsistir quando se trata das grandes questões de direito publico e direito politico, das questões que interessam as grandes instituições nacionaes. Muito menos o comprehendo, em uma Republica da natureza da nossa e em uma occasião como a que atravessa neste momento a Republica Brasileira, na qual, mais do que nunca necessario é dar a todos as garantias liberaes na sua plenitude mais ampla e abroquelal-as por todos os meios contra as invasões omnimodas, contra as invasões recrescentes do poder nesse terreno sagrado. O que eu vejo nos Estados Unidos, o que a historia americana me mostra é o desenvolvimento continuo da Constituição da Republica, em uma evolução constante, pela influencia progressiva e liberal das decisões da Suprema Côrte.

A Constituição dos Estados Unidos — notem bem isto aquelles que, entre nós, não pensam hoje sinão em esmagar a justiça, em amesquinhar-lhe o papel — a Constituição americana não é a que deixaram feita os patriarchas da independencia no fim do seculo XVIII. Não é a Constituição de Washington, de Jefferson, de Madison e de Hamilton, é a Constituição de Marshall, de Taney, de todos os grandes juizes que em uma successão memoravel como a dos grandes sacerdotes, a dos grandes pontificados, têm renovado constantemente o espirito republicano daquella grande Carta; introduzindo-lhe cada dia um espirito novo, accomodando-a sempre ás novas exigencias do meio actual e revestindo sempre a liberdade de novas garantias, toda a vez que o ambiente exterior a ameaça.

Seria, portanto, ir ao contra-pello do rumo indicado pelo exemplo da jurisprudencia americana ou estreitarmos as garantias liberaes e reduzirmos e cercearmos os habeas-corpus, precisamente em uma época em que acabamos de sahir de um governo militar e nos achamos ainda em um meio, creado por elle, de arbitrio sem limites, sem garantias, sem responsabilidades.

Felizmente, srs. senadores, felizmente a jurisprudencia do Supremo Tribunal tem corrido entre nós na mesma direcção do progresso, ao menos quanto á intelligencia desse grande recurso consti-

tucional, sua importancia, seu alcance, sua esphera de acção e sua utilidade.

Não tivemos hontem, porventura, o habeas-corpus concedido, habeas-corpus preventivo, á requisição do Tribunal Superior do Amazonas, que se considerava ameaçado pelo receio de uma reforma inconstitucional, em que os mais altos juizes daquelle Estado perdessem os seus cargos?

Não tivemos aqui a série de habeas-corpus concedida ao Conselho Municipal deste Districto pela nossa grande magistratura?

E do que se tratava nesses casos, srs. senadores, era simplesmente de garantir contra a coacção corporal os membros do Tribunal do Amazonas ou os conselheiros municipaes deste Districto? Era simplesmente de lhes dar o direito de entrar e sahir do recinto do seu Conselho?

E' levar muito longe a elasticidade das ficções e collocar-as assim em contradicção material com a realidade. O que se assegurava em um e em outro caso, alli, aos membros de um alto Tribunal Judiciario; aqui, aos de uma magistratura popular era o direito de exercer o seu mandato, de se desempenhar das suas funcções.

Agora outro exemplo: Pois não foi o Supremo Tribunal Federal quem me concedeu a mim, como membro desta casa, o direito de assegurar a publicação do meu discurso, bem como a publicação dos discursos de todos os membros do Congresso Nacional na imprensa brasileira?

Foi esse acto benemerito do Supremo Tribunal Federal que burlou, na sua substancia, o ultimo estado de sitio que se destinava a ser um systema de asphyxia completa, de mordaca absoluta, de estrangulação total, imposta não só aos individuos na população desta cidade, mas ao Congresso Nacional, ao poder legislativo, ao Senado e á Camara dos Deputados por um acto da policia, naturalmente autorizado ou determinado pelos seus superiores, visto que, não se poderia imaginar na policia uma audacia tal, sem que contasse com as costas quentes do apoio dos que mandaram. Por um simples acto da policia se determinou que só o *Diario Official* poderia publicar os discursos por mim proferidos nesta casa.

E foi necessario ir bater á porta do Supremo Tribunal Federal, para que tivéssemos o direito constitucional de levar os nossos actos e palavras neste recinto e na outra casa do Congresso ao conhecimento do publico.

Ora, pergunto eu: Foi ao constrangimento corporal que se acudiu nesta casa? Foi o direito de ordem, o direito de conhecer o que se assegurou, ou foi a autoridade moral, política, de exercer livremente o mandato senatorio, o mandato legislativo?

Em um caso de physionomia bem diversa ainda podemos collocar o exemplo.

E' o que se deu quando me vi obrigado a reclamar contra as condições da prisão de um jornalista, que eu entendia estar sendo sujeito a detenção pessoal, em um lugar destinado a réos de crimes communs, contra o que a Constituição positivamente exige.

Ora, é claro que neste caso não se tratava de remover um constrangimento pessoal. Tratava-se unicamente de uma escolha entre prisão e prisão. Prisão em certa ou prisão em certa outra localidade. A differença entre uma e outra não é senão que a prisão destinada aos réos de crimes communs confunde os arbitrariamente detidos durante o estado de sitio com os criminosos processados ou condemnados. E' portanto, um soffrimento moral o que neste caso se impõe ao detento, preso em um caso como no outro, mas em um caso preso de modo mais humilhante do que em outro caso. E para reverter esta condição humilhante, que o deixava nas mesmas condições de privação na sua liberdade pessoal, é que tivemos de intentar o recurso de habeas-corpus, que o Supremo Tribunal deferiu.

Eis ahi, portanto, ainda neste caso, uma hypothese de habeas-corpus requerido e outorgado, não para remover o constrangimento corporal, mas para atalhar uma coacção moral que a lei não autorizava.

Tenho ouvido, sr. presidente, a proposito deste habeas-corpus, algumas outras theorias que não devo deixar passar tambem sem o meu fraco embargo.

Para se facilitar a desobediencia ao acto do Supremo Tribunal, se costuma dizer, se tem dito, que o habeas-corpus não é uma sentença, é uma ordem. Parece que deste modo, se allivia a carga do attentado, se facilita a aventura da infracção da lei. Como se, afinal de contas, uma ordem, quando é legal, quando baixada da autoridade competente, quando tem as condições de evidencia que a juridicidade lhe imprime, não fosse tão sagrada, tão respeitada e se não se impuzesse á evidencia de todos como um acto qualquer de outra autoridade conhecida por um nome mais elevado na nomenclatura dos actos do poder.



Mas, senhores, porque é que a ordem de habeas-corpus, na realidade, se não ha de considerar como sentença ? Se não é, no rigor do uso technico, da linguagem...

*O Sr. Adolpho Gordo* — E' uma verdadeira sentença.

*O Sr. Ruy Barbosa* — E' incontestavelmente, como muito bem acaba de dizer o honrado senador por S. Paulo, uma verdadeira sentença...

*O Sr. Adolpho Gordo* — Uma decisão.

*O Sr. Ruy Barbosa* — ... uma decisão muitas vezes definitiva, que muitas vezes põe termo a processos, resolve altas questões pendentes, questões da maior importancia juridica possivel. Se sentença não fosse, como explicariam os nobres senadores que da ordem de habeas-corpus houvesse recurso de instancias, do Juizo Seccional para o Supremo Tribunal, desde que só das sentenças se conhece recurso em materia judicial. Os recursos no sentido proprio, technico, geral, da palavra, não são sinão os meios de provocar contra uma sentença de um tribunal inferior a decisão de um tribunal superior.

Mas — dizem — o habeas-corpus não resolve ; é um incidente juridico, que a autoridade legislativa pôde facilmente remover. Não se trataria de revogar uma sentença ou de desobedecer ; tratar-se-ia de evitar a sua execução.

Evidentemente. A propria decisão interlocutoria, emquanto não reformada, tem direito á obediencia. Mas nem de uma decisão interlocutoria se trata, porque a interlocutoria não resolve sinão incidente do processo ; o habeas-corpus pôde ser um incidente em certos processos, quando se trata de formação da culpa, quando se trata de prisão illegal, por violação de qualquer das condições postas á prisão nas leis brasileiras — nesses casos o habeas-corpus suspende a prisão decretada, sem assegurar ao paciente o direito definitivo de não ser preso, porque com o andamento do processo, com a sentença de pronuncia se verificam as condições legaes em que a prisão se verifica juridicamente.

Mas, sr. presidente, casos ha em que o habeas-corpus, sendo uma sentença, é a sentença definitiva. (*Apoiados*).

Quando, por exemplo, mesmo em um processo ordinario, o habeas-corpus se concede por incompetencia do juiz processante ou summariante, nessa hypothese, a ordem de habeas-corpus tem effeito definitivo. Todo o processo pára deante daquella autoridade.



Figuremos, sr. presidente, outro caso — e destes casos temos nós precedente na jurisprudencia dos Estados Unidos. Foi em mil oitocentos e sessenta e tantos, em 1867, creio que se verificou nos Estados Unidos o caso Milligham em que Dudley Field, um dos maiores juristas americanos, o autor da codificação do Direito Internacional, comparecendo ante a Suprema Côrte Americana, presidida por Taney para solicitar a garantia de vida em favor desse americano, que acabava de ser condemnado por um tribunal militar á pena de morte. A Côrte Suprema acceitando o pedido, concedeu o habeas-corpus.

E' um caso que entre nós se póde dar. Figuremos a hypothese da organização, entre nós, de tribunaes de excepção, de juizes militares, que condemnassem um brasileiro ou um estrangeiro residente entre nós, á pena de morte, deante da nossa Constituição que não a admitte sinão em caso de guerra. Qual o recurso do ameaçado para salvar a sua vida, para arrancal-a dos juizes que o condemnavam a perdel-a, qual sinão o recurso do habeas-corpus? Haveria um tribunal federal que o recusasse? Mas nesta hypothese o habeas-corpus seria uma sentença definitiva que poria termo a um processo concluido.

Aqui está, srs. senadores, o em que me fundo eu para sustentar o cabimento juridico do habeas-corpus no caso de que se trata.

## HABEAS CORPUS

### COMPETENCIA PARA A SUA CONCESSÃO NA MONARCHIA E NA REPUBLICA

Sob o Imperio nunca se duvidou que a competencia para concessão do habeas-corpus fosse commum aos varios graus da judicatura nacional. O individuo constringido illegalmente em sua liberdade podia invocar o remedio da lei em qualquer altura da escala judiciaria : juiz de direito, relação, supremo tribunal. Não havia instancia em materia de habeas-corpus.

A unica restricção a essa autoridade consiste na regra, estabelecida pela jurisprudencia e encorporada afinal ao direito positivo pela lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, art. 18, segundo a qual "a superioridade de grau na ordem da jurisdicção judiciaria é a unica, que limita a competencia da respectiva autoridade em resolver sobre as prisões feitas a mandado das mesmas auctoridades judiciais". Assim a prisão mandada por um juiz substituto não podia ser levantada por outro juiz substituto ; na prisão ordenada por um juiz de direito, não podia dar habeas corpus um juiz substituto, ou um juiz de direito ; nas prisões determinadas pelas relações, só o supremo tribunal podia intervir. Observada essa ressalva, porém, a faculdade do habeas corpus residia indistinctamente em todos os tribunaes, singulares ou collectivos ; de modo que um cidadão victima de constringimento illegal por acto de um juiz inferior tinha o arbitrio de transpondo as jurisdicções intermediarias, procurar immediatamente o abrigo legal na mais eminente. E, si a detenção arbitraria não emanava de auctoridade judicial, mas de funcionarios policiaes, administrativos, ou militares, podia requerer-se indifferentemente o habeas-corpus em qualquer das instancias da justiça.

Ora, o art. 83 da constituição de 24 de fevereiro, por uma disposição amplissima, estatuiu :

"Continuam em vigor, emquanto não revogadas, as leis do antigo regimen, no que explicita, ou implicitamente não for contrario

ao systema de governo firmado pela Constituição e aos principios nella consagrados”.

Não poderíamos, portanto, considerar modificadas as leis vigentes sobre o habeas-corpus durante a monarchia, restringir a competencia geral, que abria, naquelle tempo, a esse recurso a porta de todos os tribunaes, senão admittindo que o pacto republicano tivesse creado um regimen menos liberal que o anterior, tivesse coarctado as garantias individuaes numa das suas mais perigosas conquistas. Seria, com effeito, obstaculo consideravel e, em certos casos, desastroso ao uso do escudo constitucional contra a prisão violenta a obrigação, imposta aos pacientes, de peregrinarem, segundo as praes usuaes, de instancia em instancia, perdendo o direito, que o antigo regimen lhes reconhecia, de buscar directamente o tribunal mais seguro, mais solenne, mais independente.

De onde, porém, se poderia deprehender que a constituição republicana houvesse infligido ás tradições liberaes da nossa antiga jurisprudencia em materia de habeas-corpus por essa redução?

O pensamento geral do legislador constituinte, a esse respeito, define-se no art. 72, § 22. E a definição, que alli se contém, é lata: não denuncia o menor vislumbre de idéa restrictiva. “Dar-se-ha o habeas corpus” diz a constituição, “sempre que o individuo soffrer violencia, ou coacção por illegalidade, ou abuso de poder”.

Note-se que a constituição imperial não consagrava o habeas-corpus, instituido mais tarde pela revolução de 1823, mas isso em lei ordinaria; ao passo que a revolução de 1889 o constitucionalizou, dando-lhe consignação expressa no pacto federal. Seria conciliavel esse zelo pela instituição do habeas-corpus, que a subtrahia ao dominio movediço das leis ordinarias, perpetuando-a no patrimonio permanente das garantias constitucionaes, com o pensamento simultaneo de cercel-a, estreitando as jurisdicções investidas na prerogativa da sua concessão?

Nem se pode apontar, em toda a face da constituição republicana, o mais leve indicio dessa intenção illiberal.

A unica disposição constitucional (além da do art. 72, § 22, que acabamos de estudar), onde se menciona o habeas corpus, é a do artigo 61. Mas ahi o pensamento do legislador não restringe, amplia, ao contrario, o terreno do habeas-corpus, determinando que “as decisões dos juizes e tribunaes dos estados, nas materias de sua competencia, porão termo aos processos e ás questões, salvo quanto a habeas-corpus”. Não fosse esse preceito constitucional, o

habeas-corpus principiaria e morreria nessa esphera, sem possibilidade de appello ás justiças da União. Graças a esse texto, a tentativa de habeas-corpus, baldada nos tribunaes do estado, pode renovar-se, e vingar perante a magistratura federal.

O texto constitucional, que demarca a jurisdição de segunda instancia, commettida ao supremo tribunal federal, está no art. 59, n. 11: "Julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos juizes e tribunaes federaes, assim como as de que trata o presente artigo, § 1.º, e o artigo 60".

São, portanto, segundo elle, tres as series de hypotheses, em que o supremo tribunal federal entende no habeas-corpus por via de recurso :

- 1.º As resolvidas por juizes e tribunaes federaes ;
- 2.º As de que trata o art. 59, § 1.º ;
- 3.º As a que se refere o art. 60.

Consideremos uma a uma as tres classes.

Primeiro : as resolvidas por juizes e tribunaes federaes. Resolvidas pelas justiças federaes está claro que significa : nos casos em que a essas justiças compete primitivamente iniciar a questão. Mas qual é a disposição, constituinte, ou legislativa, que attribue exclusivamente aos juizes federaes de primeira instancia a competencia inicial no processo de habeas-corpus? Buscal-a nessa clausula do art. 60 seria collocarmo-nos em verdadeiro circulo vicioso.

Segundo : as questões, de que se occupa o art. 59, § 1.º Essa provisão constitucional prescreve que "das sentenças das justiças dos estados, em ultima instancia, haverá recurso para o supremo tribunal federal" nos casos que em seguida se precisar. Entre ellas não se comprehende o de habeas-corpus, resolvido pelo art. 61, a que acima nos referimos. Mas, quando se comprehendesse, não se trata alli de recurso de um tribunal federal para outro, mas de um tribunal de estado para a justiça federal.

Terceiro : as questões contempladas no art. 60. Esse artigo reza : "Compete aos juizes e tribunaes federaes processar e julgar causas, em que alguma das partes fundar a acção, ou defesa, em disposição da constituição federal". Mas, como evidenciou, em poucas palavras, o honrado juiz José Hygino, causas é expressão synonyma de pleitos, litigios, acções entre partes, categoria em que absolutamente se não abrange o habeas-corpus.

A constituição, por consequencia, não discriminou jurisdição originaria e jurisdição appellada, a respeito do habeas-corpus, senão nos casos em que este for primitivamente apreciado nas justicas locais. Nas demais hypotheses deixou subsistir o direito preexistente.

No decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, a lei organica da justiça federal, absolutamente não ha nada, que destoe dessas noções, abrogando, ou modificando a legislação anterior.

Sobre o assumpto elle contém apenas esta determinação :

"Art. 47. O supremo tribunal federal e os juizes de secção farão dentro dos limites de sua jurisdição respectiva, passar de prompto a ordem do habeas-corpus solicitada, nos caso em que a lei o permitta..."

Que vemos aqui? A competencia originaria reconhecida indiscriminadamente aos juizes de secção e ao supremo tribunal federal. Nem se diga que a discriminação está nas palavras "dentro dos limites de sua jurisdição respectiva". Desde que essa lei não limitou, quanto a esta particularidade a jurisdição entre os juizes seccionaes e o supremo tribunal, não traçou, em nenhum de seus artigos, linha divisoria entre este e aquelles, é manifesto que a referencia não pode alludir senão ao direito preestabelecido, a saber : a limitação jurisdiccional firmada *ratione loci* é a delineada no supra transcripto art. 18 da lei de 20 de setembro de 1871, que não permite a um juiz relaxar a prisão prescripta por tribunal igual ou superior em esphera a elle.

Podemos, pois, fixar como regras definitivas, em materia de competencia para o habeas corpus, as seguintes :

1.º Da denegação do habeas-corpus por tribunaes estaduaes cabe recurso para a justiça da União.

2.º A competencia para o habeas-corpus contra prisões determinadas por juizes federaes só se limita pela graduação na escala da hierarchia judicial.

3.º Nas prisões ordenadas por autoridades federaes não judiciais, o prejudicado tem o direito de promover o habeas-corpus em qualquer das instancias da justiça federal.

Neste ultimo ponto, a opinião sustentada com o seu conhecido saber juridico, pelo sr. procurador geral da republica é mais restricta. Entende s. ex. que a competencia criminal, em materia de habeas-corpus, está em relação ao abuso, de que elle dimana. Assim, na

prisões determinadas por acto do chefe da nação, ou seus secretarios, considera s. ex. privativa a jurisdicção do supremo tribunal.

Em nossa humilde opinião, porém, essa intelligencia, não se fundando em direito constituido, pouco ambicionavel será em direito constituendo; porquanto difficultará extremamente o refugio salvador, ou o impossibilitará, aos pacientes de violencias da administração suprema, quando ellas occorrerem longe da séde do supremo tribunal. Um cidadão preso illegalmente no Amazonas, em Matto Grosso, em Goyaz, não ficará, nesses casos privado do direito de habeas-corpus? Pois o juiz seccional não conhece da illegalidade dos actos do presidente da republica e, até, da constitucionalidade dos actos do poder legislativo? Em que nos estribariamos, portanto, para lhe cercear esse poder, nos casos em que a illegalidade reveste as fórmulas mais materiaes, mais palpaveis, mais grosseiras da prisão arbitraria?

Tal restricção não estaria de accordo nem com o espirito do regimen, nem com a natureza e os fins do habeas-corpus.

Dê-se ao offendido o arbitrio de procurar, quando possa, o tribunal menos fragil; mas não se lhe tire o de valer-se dos outros quando aquelle, pela distancia, ou por outro qualquer obstaculo, não estiver ao seu alcance.

## AMNISTIA INVERSA

### CASO DE TERATOLOGIA JURIDICA

De todos os sacrificios que a defesa de uma causa nobre póde impôr ao homem politico, o maior, talvez, para as almas altivas, é a emergencia de certos contactos, a necessidade de reacção contra o desprezo de certas affrontas. Os attritos da luta pelo poder desenvolvem miserias rasteiras e venenosas, cujos serviços se contam como utilidades valiosas no jogo dos partidos violentos. A victima, que não sentir reverencia bastante pela missão providencial dos ophidios uteis, para discutir com a primeira calumnia, que lhe farpe a reputação, os prós e os contras da dentada, corre o formidavel risco de ser havida por confessa no santo tribunal da infamação patriotica.

As minhas razões em favor dos sentenceados pela amnistia de 1895 formam um trabalho rigorosamente juridico, nos seus elementos, nas suas fontes, na sua dialectica, no seu estylo. Não se inflamma, não invectiva, não personaliza : discute, raciocina, conclue, estribando todas as suas deducções em leis, arestos e factos officiaes. Infelizmente dessa analyse, em que só entra a razão calma do direito, embebida no vigor dos sentimentos benignos que ella inspira, o parto da maioria legislativa sahio anatomicamente caracterizado como um embryão invertido e aborticio. Feridos nas entranhas da piedade paterna, os malignos interesses que o geraram, sentindo perdido o fêto, quizeram, ao menos, fazer pagar á mão, que lhe revelára a disformidade, o crime de ter projectado sobre o aleijão um raio de sciencia e bom senso. E, em falta de outra perversidade mais habil, deliberáram accusal-a de *falsificar* citações.

D'entre mais de trezentas, que abrange o meu arrazoado, uma, duas, tres eram *falvas*. Cerca de tres mezes de longo afuroar tinham conduzido os *detectives* da erudição pseudo-republicana a esse achado. Mui gasta aliás devia estar a vista dos lynces, a quem se confiára a tarefa de paciencia inventiva, para consumirem obra de um quartel em aventar a preciosa ignominia, com que qualquer focinho de

toupeira esbarraria logo á flôr da terra. Com effeito, o excentrico falsificador tivera o capricho de affixar a cada uma das suas fraudes o mais vistoso cartaz, particularisando a obra, a edição, o volume, o capitulo, a pagina, onde os Argos da devassa vingadora pudessem colher em flagrante o attentado, por elle mesmo entregue assim á justiça.

Curioso devia ser, pois, o capricho dessa falsidade. Em que alteração da verdade consistiria ?

Attribuira eu a algum escriptor idéa, ou phrase, não encontrada nos seus escriptos ?

Não.

Acaso teria eu, nas traducções, modificado o pensamento original, ageitando-o ao meu interesse ?

Não, ainda. A denuncia, com a autoridade que se lhe sabe, faz-me o favor de attestar que verti correctamente.

Addicionaria eu, por ventura, aos trechos, em que me apoio, alguma coisa de lavra minha ?

Tambem não.

Desfalquei-os de oração, ou palavra, cuja lacuna os desvirtue ?

Nem isso.

Em que viria, enfim, a consistir o meu crime, se, das transcripções feitas, não augmentei, subtrahi, ou modifiquei um ápice ao original ?

Em ter ficado nos topicos, que trasladei. Em não lhes ter acrescentado os que os amigos do decreto de 25 de outubro imaginam conter-lhe a reabilitação. Falsifiquei, não por citar em falso, mas por me abster de citar.

Eu traduzira de COOLEY, por exemplo, este lanço :

“A's vezes se verificará que um acto da legislatura, opposto em algumas das suas disposições á constituição, noutras, subsistentes por si mesmas, não apresente mácula. Sendo assim, a parte que implicar com a constituição, será considerada nulla”.

Escreveu, ou não, COOLEY essas linhas ? Sim, attesta o papel diffamatorio : “E' perfeitamente exacto que COOLEY diz isso”.

Mas diz tambem alguma coisa mais, que eu não reproduzi. E nessa *omissão* minha é que reside a minha *falsificação*.

Vejamos, pois, o trecho condemnador. Transcrevel-o-ei na propria versão do libello :

“Seria incompativel com todos os principios justos de direito constitucional julgar essas disposições nullas, porque ellas estão



associadas no mesmo acto, mas não dependentes ou relacionadas com outras, que são inconstitucionaes. *Quando, portanto, parte de uma lei é inconstitucional, esse facto não auctoriza os tribunaes a declararem o resto tambem nullo*, a menos que todas as disposições não estejam relacionadas com o assumpto, dependentes umas das outras, operando reunidas para o mesmo fim, ou de outro qualquer modo tão relacionadas conjunctamente, que não se possa presumir que a legislatura não votaria uma sem a outra”.

Esta passagem firma duas regras.

Na primeira se estabelece que, *“quando parte de uma lei é inconstitucional, este facto não auctoriza os tribunaes a declararem o resto tambem nullo”*.

Até aqui as palavras de COOLEY, adduzidas contra mim, vêm apenas repetir, em termos mais incisivos, a idéa contida no trecho, que eu citára.

Em seguida, porém, o autor abre uma excepção a essa regra, ensinando que a nullidade da parte inconstitucional envolverá a da parte constitucional, quando as duas fôrem inseparaveis uma da outra.

Mas acaso, abstendo-me de transcrever esse topico, era meu intuito occultar a idéa, que elle exara ?

E’ de evidencia que não ; porquanto essa mesma idéa, eu positivamente a exprimira, naquelle mesmo trabalho, por estas palavras minhas :

“Ora porque a mesma lei abrange objectos diversos, ora porque, tratando um só assumpto, o resolve por accumulção de medidas inspiradas em motivos distinctos, acontece que um acto legislativo, irreprehensivel, em certas clausulas, ante a constituição, noutras a desconhece e quebranta. Nesse caso, *se a parte constitucional é desaggregavel da inconstitucional*, cabe aos tribunaes joeirar uma da outra, e, acceitando a legitima, repellir a viciosa”. (\*)

Explicitamente dissera eu, pois, que aos tribunaes só é licito separar, na lei contestada, uma parte da outra, e, acceitando a legitima, nullificar a viciosa, *“se a parte constitucional é desaggregavel da inconstitucional”*.

Eu tivera d’est’arte a franqueza de registrar formalmente a derrogação ao principio, em que se apoia o interesse dos meus cons-

---

(\*) Vêr a pag. 20 destas razões.

tituintes. A calúnia não póde fechar os olhos a esta evidencia ella vê, ruma, transcreve essas minhas palavras, sublinhando-as uma a uma, e interserindo-as de repetidos parenthesis. Chega, até, por fim, a escrever : "*Tudo isto, se estivesse escripto de boa fé, seria indiscutivel*".

Mas porque me accusa de má fé o oraculo da boa ? Porque eu, depois de ter ministrado, em um trecho categorico, aos meus adversarios a doutrina, á cuja sombra deviam armar o sophisma defensivo dos seus interesses, não lh'a reforcei, ainda em cima, com o peso de auctoridades valiosas, forrando-os ao trabalho de as buscarem.

Não lhes prestando serviço tal, não me constituindo assim advogado, a um tempo, das duas partes, *falsifiquei*.

A minha má fé estaria na sonegação de uma idéa, que eu mesmo avultei em conspicuo relevo num topico especial do meu arrazoado. Pois bem : o libello copia o topico, onde em frisante formula consignara eu essa idéa. E não é de boa fé que dei arrhas ! Ao contrario : incorri em má fé qualificada !

Ahi têm a consciencia, a lisura, a veracidade, em cujas aras passou pela honra de ser immolada a minha improbidade insigne, cadima, notoria aos céos e á terra. Ainda bem que me não vejo laureado pelas mãos de tão altas virtudes. Louvado seja Deus.

O mesmo processo, mediante o qual dest'arte se evidencia que eu calumniára COOLEY, repetiu-se victoriosamente, para me averbar de haver adulterado BLACK e THAYER.

Todos elles são contestes no pensamento, que cingirei a traduzir nas palavras do primeiro, com que o inventor da minha fraude sup pôz esmagar-me :

"Se uma lei tem em vista dois ou mais fins, e é nulla quanto a um, póde ainda ser, a todos os respeitos, completa e valida quanto ao outro. Mas, se a sua intenção é preencher um só fim, e algumas das suas disposições são nullas, o conjuncto deve ser annullado, a menos que o restante seja bastante para o preenchimento do fim, sem o auxilio da parte invalidada. E, se ellas estão de tal modo mutuamente ligadas e dependentes umas das outras, como condições, considerações, ou compensações, de modo a fazer crêr que a legislatura as considerava um conjuncto, e, se todas não fossem effectuadas, não votaria o resto independentemente, então, se algumas partes são inconstitucionaes, todas as disposições assim dependentes, condicionaes, ou relacionadas, devem cahir com ellas".

Como este largo trecho, assignalado em toda a sua extensão com as honras do italico e do versalete, se afigure aos panegyristas da amnistia invertida irresponsivelmente decisivo em prol da sua constituinte, querem, pela mais estranha transposição da evidencia, que eu, advogado preposto aos interesses da parte opposta, me achasse na obrigação de estendel-o aos olhos da justiça.

Se ao menos se tratasse da opinião exclusiva de um escriptor individualmente invocado como arbitro na questão, e eu lhe citasse o periodo que me convinha, occultando o que me desservisse, poderia ter apparencia de cabimento o reparo. . . Mas o ponto é daquelles, em que a generalidade dos pareceres se offerece accôrde assim na proposição geral, como na restrictiva, que a limita. Transcrevendo, pois, o trecho conveniente aos interesses da minha these, tudo se poderia presumir de mim, excepto que, abstendo-me de reproduzir o outro, eu tivesse por occulto aos meus antagonistas um rudimento, que os dilettantes menos entendidos nestas coisas se gabam de possuir. Fossem os meus adversarios pessoas de boa fé, e, em vez de m'a negarem, haviam de agradecer-me a justiça, que lhes fiz, não os suppondo capazes de uma ignorancia inverosimil.

Os homens conscientes da propria sinceridade só a custo a desconhecem nos demais. Se os que me aggridem com a furia de allucinados, tivessem o respeito daquella qualidade em si mesmos, não mareariam, com ultrages que passam por baixo da cadeira do escriptor bem educado, a facil victoria de uma resposta, que alardêam de irreplicavel. Quando se sente a realidade de um triumpho, não se vão sujar no lodo as armas do combate. Bastaria oppôrem-me com a urbanidade vulgar, de que não está dispensada a gente da imprensa, á regra, para que eu appellára, a excepção, aliás por mim mesmo enunciada, com que traçavam anniquilar-me.

Porque se haviam de atirar, em vez disso, ao estylo apasquinado e brutal? Não creio que fosse tanto por habito de impolidez, ou confiança no prestigio da grosseiria, quanto pelo sentimento instinctivo de que não me seria, talvez, de todo impossivel a refutação, e convinha, portanto, enlamear a arena, para obrigar o desafiado, pela repugnancia, a evital-a.

O artificio era odioso. Mas devia ser efficaz. Eu tinha o direito, se não o dever, de não acceitar o debate no terreno dos doestos, por onde facilmente se resvala ao escandalo e ao crime, ao pugilato e ao revólver. Não se liquidam problemas juridicos, dialogando insultos. Outros estarão avezados a esse meio de trocar idéas. Eu

de mim preferiria renunciar a estima publica, num paiz onde a honra se medisse pela excellencia na lucta desbocada. A insolencia, em alguns espiritos, é uma especie de embriaguez habitual. Quando ella nos vomita á frente de casa, aconselha a decencia fechar-lhe as portas, e deixar passar o accesso. O estomago indigesto não é uma tribuna : será um esgoto. A offensa tresandante ao vinho mau do odio só nodoa os labios, que a revessam. A eloquencia e a verdade não passam pela bocca odiosa do vituperador. Quando a maldade empenhada em nos enxovalhar assume as fórmãs da ira temulenta, o homem, que não perdeu o imperio sobre si mesmo, levanta as mãos para a origem suprema, de onde lhe veio a razão e a dignidade, agradecendo-lhe o beneficio de o não expôr sob esse aspecto miseravel á piedade ou á aversão dos seus semelhantes.

Eu não me constrangeria ao enjôo de alludir sequer a taes circumstancias, se o zelo devido á importancia excepcional desta causa não me affervorasse em não deixar toldar-lhe pela mais leve sombra de duvida a immaculada pureza, agora, quando ella vae erguer-se no auditorio do Supremo Tribunal.

Na hypothese de leis parcialmente attentatorias da constituição a jurisprudencia americana resolve a difficuldade, invalidando-as na parte inconstitucional. Este o principio.

A's vezes succederá, porém, formarem as duas partes um todo inteiriço, ou pela sua inseparabilidade na mente do legislador, ou pela indivisibilidade organica entre uma e outra. Em tal eventualidade opinam escriptores americanos que o vicio da parte inconstitucional annulla totalmente a lei assim na outra parte, como nessa. Eis a excepção.

Mas, ainda quando tal excepção se applicasse á especie (*o que não se dá*), não me tocava a mim articulal-a ; porque não cabe á defesa apparelhar e exhibir os elementos da accusação. O debate contradictório, que caracteriza a apuração judiciaria da verdade, tem justamente por fim dar um órgão especial a cada uma das maneiras oppostas de vêr, que interessam ás diversas partes na lide. Se eu me houvesse proposto a escrever um trabalho didactico sobre a amnistia, a theoria completa do assumpto, comprometendo-me a desempenhar uma tarefa scientifica, o meu dever então seria ventilar imparcialmente a doutrina por todos os lados. No meu papel de advogado, porém, a parcialidade era a attitudo natural. Valer-me de um principio, de uma regra, de uma sentença, onde elles pudessem aproveitar aos meus constituintes, era o meu direito e a

obrigação do meu cargo. Agora, se por ventura á applicação da sentença, da regra, do principio á especie vertente se oppunha uma limitação, ou uma ressalva, formulada pelas mesmas auctoridades, ao ministerio publico é que caberia enuncial-a.

Essa necessidade profissional póde auctorizar o patrono de uma causa a não expender a verdade toda : o que se lhe não permite, é affirmar o contrario da verdade. A sentença e o arrazoado têm pontos de vista diversos : o primeiro domina o caso do alto, para o considerar por todas as faces ; o segundo olha sómente para uma.

“São coisas totalmente distinctas o dever do advogado e a função do juiz”, reflecte a proposito um severo expositor da ethica forense. “Esses dois encargos, não n’o esqueçamos, nunca se juntam, no pleitear em juizo. Differentes são os individuos, que os exercem, tocando a cada qual a sua região, onde tem de obrar. Não ha analogia entre outras situações e a do advogado. Em quasi toda a parte, salvo nos tribunaes de justiça, o orador assume a incumbencia de pôr termo a questões de opinião, ou de facto. Membro de uma corporação, em que a vontade da maioria constitue lei, elle, tem de ser prolator no julgado, que com os seus argumentos propugnou. Se não foram elles não se teria chegado, talvez, a essa deliberação. Não appella para essa maioria, como para uma entidade alheia ao individuo, que lhe falla. Concorde ella, ou não, com elle, o seu discurso é a expressão formal da convicção, que individualmente o determinou a concorrer com o voto para certo resultado. Se acredita que o seu parecer é correcto, e deve adoptar-se, razão é que forceje por influir nos que o ouvem. Se não, será um hypocrita. Muito dissemelhante, porém, é a situação do advogado. Sua missão é subministrar elementos, de que outros hão de extrahir a decisão do caso, *mas não todos os elementos, se não só os que tocam a um aspecto da questão e a um modo particular de encaral-a* ; pois o encargo, que lhe cabe no tribunal, não é o de formar em revista as probabilidades oppostas, e pesar distincções delicadas, como se fosse elle quem tem de sentenciar entre as pretensões contendentes. O que lhe cumpre, é accentuar com o vigor mais persuasivo quantos argumentos se lhe suggerirem, e submettel-os ao criterio daquelles a cuja função incumbe ponderar tudo o que se allegue de parte a parte, e verificar com escrupulo o acerto dos fundamentos, a que cada um dos litigantes se arrime. A nada mais se propõe o advogado, quando por este lado o consideramos, senão ao que elle poderia substanciar, dizendo : “Trago á noticia do juiz tudo o que se póde adduzir em proveito da ques-

tão, vista por um lado. O mesmo fará, pelo outro o meu oppugnador. E o tribunal que sentencie entre nós". (\*)

Do ponto de vista dos meus deveres de advogado eis o que me cumpriria revidar ao labéo, com que me quiz molestar a misera politica de nossa terra, nos seus habitos de velha regateira, a cuja lingua não escapam as acções mais bemfazejas, nem os propositos mais desinteressados.

Na defesa desta causa, porém, não quero considerar-me simples advogado, e acolher-me ás immunidades da profissão. O patrocínio, que aqui exerço, não se accommoda ás evasivas e reticencias dos litígios duvidosos.

Neste não sou o causidico, mas o cidadão, o patriota, o homem, o interessado na honra deste regimen, que se manchou com a maior das deturpações nesta mentira de amnistia, nesta falsificação da amnistia, na hypocrisia deste acto de perseguição legislativa, rotuládo com um distico de magnanimidade. Disse Cicero que ao advogado basta a verosimilhança ; porque ao juiz é que toca a apuração real da verdade. "*Judicis est semper in causis verum sequi ; patroni nonnunquam verisimile, etiam si minus sit verum, defendere*". Mas eu, neste pleito, desci como juiz ao fundo da minha consciencia, e não o levantei nos tribunaes, senão depois de ter firmado, para o advogar, certeza tão perfeita da verdade, quanta me seria mister, se houvesse de julgal-o.

Mui de espaço, antes de propôr a questão, meditara eu a objecção, com que agora se me vêm ao encontro ; e, se me não apressei em discutil-a, antecipando á outra parte no feito o gosto de articulal-a, é porque suppunha aos seus patronos mais criterio. Longe estava de sonhar que elles, deixando-se illaquear pela apparencia especiosas do invento fariscado entre os refugos de textos onde seu lavrara, escorregassem numa armadilha, cuidando prover-se de uma arma. Eu não podia figurar a hypothese incrível de que, vendo annullada pela justiça a sentença penal do decreto de 25 de outubro, viessem requerer, perante ella, como consequencia inevitavel, a revogação da amnistia.

Juridicamente não se lograria chegar na ineptia mais longe. Portentos deste tope não se adivinham. Mas, se fosse dado prevel-o, não seria peccado mortal a malicia de aguardar que a má causa se

(\*) FORSYTH : *Hortensius. An historical essay on the office and duties of an advocate.* 3.<sup>o</sup> ed. (Lond., 1879), p. 392-3.

entalasse no alçapé do seu triumpho, para lhe dar ahi a última esmeçada.

Encaremos, pois, rosto a rosto, a famosa objecção, uma vez que me embarga o passo com ares de victoria, ao som de clarins.

Com muita plausibilidade, realmente, se tem sustentado na America do Norte que, se as disposições inconstitucionaes de uma lei se acham por tal modo engranzadas nas suas disposições constitucionaes, *que não se possam apartar*, a queda judiciaria de umas implica a das outras.

Esta proposição, porém, suppõe, na lei de que se trata, *a inseparabilidade entre a parte sã e a parte viciosa*. Ora, a inseparabilidade exprime, não a simples juxtaposição de duas idéas nos varios membros do mesmo texto, mas a interdependencia organica entre ellas, a sua união profunda, a fusão dos elementos que em cada uma se traduzem. Não póde ser inseparavel o que racionalmente não poderia constituir liga.

E' precisamente o que na hypothese se verifica. Uma originalidade das paixões das maiorias legislativas casara na mesma lei o acto de amnistia, que, na phrase do codigo, extingue todos os effeitos da pena, a um acto multiplo, contradictorio com esse, de accusação, julgamento e sentença, processados legislativamente, para fulminar os amnistiados com uma pena *ad hoc*.

Essas duas intenções da lei *não são inseparaveis*, porque *não podiam unir-se*. Negando-se, repellindo-se, eliminando-se uma á outra, longe de se auxiliarem, e completarem, reciprocamente se excluiam. A presença da amnistia importava a abolição do acto condemnatorio; a subsistencia deste significava a elisão daquella. Materialmente lograriam estas lado a lado na apparencia exterior do texto. Juridicamente, um não podia estar ali, senão á custa do outro. Impossiveis, não eram inseparaveis, porque de sua natureza estavam necessariamente separados, e a simultaneidade da sua existencia constituia, racionalmente, um absurdo irresoluvel.

Nenhuma applicação cabia, pois, na especie, á norma de acção judiciaria, que, nos casos de inseparabilidade entre as varias medidas conjunctas numa lei, manda estender a todas a nullidade em que uma dellas incorrer.

O canon formulado por COOLEY, BLACK e THAYER contempla a associação, na mesma lei, de providencias entre si compatíveis, ainda que nem todas válidas. Figura-as "*mutuamente ligadas e dependentes umas das outras*". Ora a ligação, a que alludem, não ha de ser



meramente a visinhança material entre as linhas do mesmo texto. Ella não se concebe sem a consentaneidade logica entre os dois pensamentos, que a contiguidade literal approximou. Nunca se cogitou, portanto, como no caso, da mera confinidade material, nos diversos paragraphos de uma lei, entre idéas logicamente, juridicamente, categoricamente hostis, collisivas e inconciliaveis.

Verificada essa opposição intrinseca entre os varios elementos, não combinados, mas amalgamados ali, a separação é fatal; pre-existe á sentença; não se opera por arbitrio do juiz, que a encontrou consummada no acto legislativo, onde era congenita a incompatibilidade, a divorciação, a lucta intestina entre os dois contradictorios, encerrados á força no mesmo texto.

A justiça não podia estar inhibida, portanto, pelo preceito de COOLEY, não de separar (não era isso o que ella faria), mas de declarar a separação entre as duas disposições, radicalmente desaggregadas, na lei que as continha, pela natureza das coisas. A separação achava-se accentuada, na lei controversa, desde que esta entrára a existir. Pronunciando-a, o julgador não desligou entidades inseparaveis: reconheceu apenas a separação immanente, original, irreductivel de entidades necessariamente adversas, ainda que transitoria e artificialmente enfeixadas no mesmo corpo, onde uma era a negação da outra. Logo, não violou o juiz o aphorismo da jurisprudencia americana, cujos interpretes associam mutuamente na mesma sorte as varias partes da lei, uma das quaes fôr nulla, quando a sua indissolubilidade organica as coaggrega, ou funde.

Mas a regra de COOLEY (para a designar pelo nome de um dos constitucionalistas americanos que a abraçam) tem outra face, mais exploravel contra mim. Em sendo de presumir, estatue ella, pela relação entre as varias partes da lei, que a legislatura as reputava um conjuncto inalteravel, e rejeitaria a parte combatida, se não lhe fosse dado adoptal-a com a outra, a sentença não póde invalidar a primeira, sem nullificar, ao mesmo tempo, a segunda.

Eis o escolho em toda a sua ingreme aspereza. Mas o erro está em crêr que elle se ache na direcção do meu rumo.

A especialidade singular da hypothese põe-n'a fóra do raio de acção dessa regra. Se ambas as partes do decreto de 25 de outubro fossem annullaveis, admitto que a annullação de uma acarretasse a da outra; a suppormos (coisa, em abono do congresso, contestavel) que a legislatura estivesse resolvida a não conceder amnistia alguma, em não lhe sendo licito decretar uma amnistia falsa.



A mim antes se me representa, honrando a humanidade do legislador, que o seu intuito predominante era a amnistia, e que a teria outorgado plena, se o espirito cavilloso de máus guias o não houvesse illudido, dissimulando-lhe a inanidade da restricção fraudatoria, a que a submetteram.

Dou, porém, o contrario. Quero figurar que o congresso teria negado redondamente a amnistia, se se convencesse de não ser possível legislar a falseada e transvestida. Nessa hypothese acertaria aqui a regra, que manda, annullada uma das partes da lei, annullar simultaneamente a outra ?

Não ; porque, se era annullável uma das partes da lei, *a outra não o era*. Era annullavel, direi melhor, era nulla a provisão do decreto de 25 de outubro, onde o congresso accusa, julga, condemna, e pune. A outra parte não era nulla, por ser da competencia expressa e privativa do congresso o amnistiar. E, sendo válida, não era annullavel, porque a amnistia, uma vez deliberada, uma vez promulgada, uma vez obtida, *é irrevogavel*.

Esta proposição offerece a evidencia quasi indemonstravel e intuitiva dos axiomas. Ella resulta ineluctavelmente da propria natureza da amnistia. A amnistia, que é o olvido, a extincção, o cancellamento do passado criminal, não se retracta. Concedida, é irretiravel, como é irrenunciavel. Quem a recebeu, não a pode enjeitar, como quem a liberalizou, não a pode subtrahir. E' definitiva, perpetua, irreformavel. Passou da esphera dos factos alteraveis pelo arbitrio humano para a dos resultados soberanos e imutaveis, que ultimam uma serie de relações liquidadas, e abrem uma cadeia de relações novas. De todos os direitos adquiridos este seria, por assim dizer, o typo supremo, a expressão perfeita, a fórmula ideal : seria, por excellencia, o direito adquirido. Ninguém concebe que se *desamnistie* amanhã o individuo amnistiado hontem. Não ha poder, que possa reconsiderar a amnistia, desde que o poder competente uma vez a fez lei.

Logo, nessa parte, o decreto de 25 de outubro é inviolavel. A mesma immuniidade, que o eleva acima do congresso, levanta-o acima dos tribunaes. Sendo irrevogavel, é innullificavel.

Par a par com a clausula invalidavel, porém, avulta, nesse decreto, a prescripção condemnatoria. Esta é substancialmente nulla, não ha negal-o ; visto como a legislatura, ahi, creou uma expiação penal para factos passados, fez-se juiz delles, e applicou-lh'a.

Dir-se-á que essas clausulas da lei, essencialmente vãs, se validaram, por ser inexpugnável na sua validade a outra parte? Não poderia haver mais rematado contrasenso. A regra de COOLEY estatue precisamente o inverso, determinando que a nullidade de uma annullará a outra. Isto justifica-se. Bem se alcança que o vicio de um membro possa interessar o organismo todo. Mas disparate seria colligir, inversamente, d'ahi que a integridade de órgãos perfeitos sanê partes do corpo mortas de nascença.

As disposições fulminatorias do decreto de 25 de outubro são de nascença mortas; porquanto o vicio dellas é o da incompetencia de poder, que não se remedia. Por outro lado, a clausula amnistiante é de seu principio immorredora; pois o direito, que crêou, com o só entrar a existir, se fez indestructivel.

D'ahi tres soluções, entre as quaes temos de escolher: ou subsistirem ambas as partes do decreto, o que é impossivel, sendo uma originariamente nulla; ou invalidarem-se ambas, o que tambem não pode ser, desde que uma é imperecivel; ou declarar-se a nullidade da nulla e a validade da válida, justamente o que a sentença fez.

E fel-o precisamente de accôrdo com o principio e a excepção de COOLEY: com o principio, que applicou, por ser elle, e não a excepção, applicavel á especie; com a excepção, que deixou de applicar, porque, se fosse applicada, seria contra os proprios termos do seu conteúdo. Quando, com effeito, em acatamento da intenção legislativa, os juristas americanos, em certas hypotheses de nullidade parcial, estendem á lei inteira a insanabilidade de uma das suas partes, é, evidentemente, suppondo annullaveis as duas.

Nunca (até por ser esta amnistia facto sem simile possivel na historia universal do direito) se cogitara na coexistencia, em uma só lei, de duas disposições, uma das quaes, apenas decretada, se tornasse forçosamente irrevogavel, por constituir para logo, pela sua natureza definitiva, direito adquirido, ao passo que a outra, em virtude da contradicção radical do seu pensamento com os principios rudimentares do regimen constitucional, fosse essencialmente incapaz de adquirir força legislativa.

A amnistia, pois, é materia vencida, e para sempre. O Supremo Tribunal Federal não poderia tocar-lhe, como não n'ó podia o juiz prolator da sentença appellada.

Na appellação, como na primeira instancia, o que está em lide, é unicamente a parte fulminatoria do decreto, na qual o congresso

julgou, e puniu, sem competencia, nem processo, nem defesa, nem previa qualificação legal do delicto.

13 de setembro, 96.

### COMPETENCIA DA JUSTIÇA PARA A VERIFICAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ACTOS DOS OUTROS PODERES.

Graças a Deus, já não invoco um principio contestavel neste paiz, affirmando a prerogativa bemdicta da justiça na verificação da constitucionalidade dos actos dos outros poderes, como me succedia, quando, ha tres annos, assumi a iniciativa de sustental-a ante este mesmo tribunal. As decisões judicarias na questão, que levantei, da nullidade da reforma dos militares espoliados pelos decretos dictatorios de abril de 1892, decisões a que dignamente se inclinou o chefe do Estado, põem termo á controversia, hoje morta.

Verdade seja que então a resistencia se oppunha a actos inconstitucionaes do poder executivo. Mas as razões, que cortaram a duvida no tocante aos decretos da administração, de todo em todo a dissipam no que respeita aos do congresso. Era em nome da independencia dos poderes, do direito, inherente a cada um delles, de interpretar, no exercicio das suas funcções, as clausulas da lei fundamental a ellas correspondentes, que se me qualificava de anarchizadora e tumultuaria a doutrina aliás bebida por mim nas aguas tranquilladas da jurisprudencia americana. Em resposta ficou demonstrado pela minha argumentação que a justiça federal é a interprete suprema da constituição republicana. (1)

Certamente, desde o chefe da nação até o ultimo dos habitantes do paiz, todos os que têm de sujeitar-se a um dictame imperativo de auctoridade superior, hão de começar por entendel-o. E, como entender a lei equivale a reconstituir o pensamento do legislador, a interpretação é o acto inicial de toda obediencia. Neste sentido todos os que exercem uma parcella de poder, são interpretes da constituição, a que todas as leis organicas e todas as funcções do Estado se acham circumscriptas. Sendo a constituição o regulador

---

(1) RUY BARBOSA: *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. 1893. Pags. 233 e segs.

commum de todos os ramos do poder publico, nenhum delles póde praticar acto algum, que não envolva um juízo sobre a extensão das suas attribuições perante o direito constitucional, que as limita. "Em certo sentido, toda a gente é juiz dos intuitos e alcance da constituição ; sem o que ninguém poderia reger o seu procedimento e as suas relações com os seus semelhantes. Ao poder executivo e ao legislativo se impõe inevitavelmente a necessidade de exercerem essa apreciação, ao menos emquanto os tribunaes se não pronunciarem no assumpto". (2)

Mas, continúa o publicista americano, "como a constituição é uma lei, e as questões concernentes ao seu objecto, á sua intelligencia, á conformidade entre os seus preceitos e os actos publicos, ou particulares, são questões de legalidade, a ultima solução dessas questões ha-de competir ao poder investido na funcção de averiguar e applicar a lei. Como os tribunaes têm a attribuição de impôr submissão aos seus julgados, a solução dessas questões por elles é *definitiva*. E, sendo, afinal, de preceito que essas decisões sejam respeitadas como precedentes, a doutrina firmada por ellas acerca da constituição estabelece direito". (3)

Ha sessenta e seis annos, um dos homens cuja palavra illumina até hoje a politica constitucional dos Estados Unidos, expondo os principios fundamentaes da união federal, dizia, com uma solemnidade, que ainda agora se sente : "Para quem se dirigirá o ultimo appello? A propria constituição o fixou, declarando que "o poder judiciario se estenderá a todos os pleitos, que se suscitarem com referencia á constituição e ás leis dos Estados Unidos". Essas duas provisões (4) cobrem toda a área do problema. Ellas são realmente a pedra angular da arca santa. Em cumprimento dessas disposições claras e expressas, o congresso, logo na sua primeira sessão, proveu, na *lei judiciaria*, a que todas as questões de constitucionalidade no exercicio do poder tenham a sua ultima solução na suprema córte federal". (5)

(2) BLACK: *Handbook, of American Constitutional Law* (1895), p. 50.

(3) *Ib.*, pag. 51.

(4) A outra é a que aponta na constituição e nas leis dos Estados Unidos o supremo direito do paiz, *the supreme law of the land*.

(5) WEBSTER, no senado americano, em 27 de janeiro de 1830, *Apud TIFANY: A Treatise on Government* (Albany, 1867), p. 62 n.

Ainda mais explicitamente do que a constituição dos Estados Unidos, a nossa (art. 59, § 1.º, *a*, e 60, *a*), aliás nella inspirada, firmou essa competencia capital da justiça. (6)

Está reconhecido, portanto, expressamente na lei fundamental da republica esse direito de interpretação irrecorrivel, que, segundo os mais antigos commentadores americanos, assiste ao poder judiciario na applicação da lei. E suas sentenças, a esse respeito, só por elle mesmo poderão ser revogadas. (1)

Um dos expositores mais recentes explana a importancia dessa funcção em palavras, que não me parecem ociosas, ainda após o vasto concurso de auctoridades, qual a qual mais egregia, evocadas no meu primeiro trabalho forense. "Ha um poder", diz elle, "ante o qual se põe á prova a legalidade dos actos dos outros. Esse poder, retrahido, silencioso e invisivel, emquanto se lhe não solicita regularmente a intervenção, é o judiciario. Elle empunha a balança da justiça, não só entre cidadão e cidadão nas suas pendencias particulares, mas tambem entre cada cidadão e cada auctoridade, de onde possa emanar para elle um acto imperativo. *Todas as leis* estão sujeitas a passar, quanto á sua validade, pela interpretação desse poder. Todos os actos officiaes podem ser impugnados no seu fôro. E, ao passo que a condemnação, por elle proferida contra qualquer lei, decreto, regulamento, ou acto administrativo, lhe imprime o sello de nullidade, as suas decisões não soffrem revisão, a não ser por elle mesmo, no seu mais elevado tribunal de recurso. Considera-se justamente o poder judicial como o baluarte das nossas liberdades civis, o guarda da constituição, o arbitrador dos limites da acção administrativa, o defensor da moralidade publica e o protector supremo da nossa vida, propriedade, honra, dignidade civica e egualdade perante a lei. Em todas as questões suscitadas por conflictos de jurisdicção, em todas as que se referem a invasões de direitos civis, em todas as de ameaça á nossa vida, saude, propriedade, ou reputação, compete ao judiciario, não só fixar qual seja a lei, quando controversa, mas accommodal-a ás alterações successivas do estado social, e sustar a acção della, quando offensiva da lei fundamental". (1)

Não me demoraria em retilhar idéas tão rudimentares, se as não tivesse ouvido contestar, com violencia e ultrages á magistra-

(6) RUY BARBOSA: *Op. cit.*, p. 57-8.

(7) TIFFANY: *Op. cit.*, p. 61-2.

(8) ORDRONNAUX: *Constitutional Legislation of the United States* (Philadelphia, 1891), p. 406-7.

tura, do alto de uma tribuna, de onde só deviam fallar a justiça e o saber. Em eminencia tamanha só neste paiz, tão mal apparelhado ainda para as delicadas instituições que adoptou, haveria bastante ignorancia e arrojo, para advogar com esse aprumo erroneas de tal jaez. Nos Estados Unidos qualquer leigo se pejaria de não saber que "a funcção mais importante do supremo tribunal consiste em interpretar imperativa e terminantemente (*authoritatively and finally*) a constituição". (2)

Já sob as antigas constituições das colonias americanas, antes do pacto federal, o principio era vigorosamente applicado ((10), posto que nellas essa faculdade não fosse expressa. (11) Sob a constituição dos Estados Unidos só a suprema côrte federal tem recusado obediencia a leis, por inconstitucionalidade, não menos de vinte e duas vezes (12); ao que se poderiam addicionar cento e oitenta e tres sentenças do mesmo genero acerca de leis estaduaes. (13) Apenas um magistrado, *um só*, em toda a historia da justiça americana, desconheceu esse direito, e isso tão sómente aos tribunaes dos estados: nunca aos tribunaes federaes. (14) Mas esse mesmo se retractou, em 1845, da opinião, que sustentára em 1825. (15) Por vezes o congresso se tem formalmente curvado a essa auctoridade indiscutível, aqui revogando leis desattendidas em sentenças (16), alli abrogando-as sob a imminencia de julgados previstos pela opinião. (17) E de tal modo se vulgarizou, na praxe forense, esse meio de resisten-

(9) PATTERSON: *The United States under the Constitution* (Philadelp., 1888), p. 215.

(10) *Commonwealth v. Caton* (1782). *Kolmes v. Walton* (1880). *Trevett v. Weeden* (1786). TRAYER: *Cases on Constitutional Law*, Part. I (Cambrid., 1894), p. 53-62, 73-8. COXE: *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation* (Philad., 1693), p. 234-48. CARSON: *Judicial Power and Unconstitution. Legist.* Na *American Law Register and Review*, dec. 1895, p. 799-800.

(11) THAYER: *The origin and scope of the American Doctrine of Constitution. Law.* Na *Harvard Law Review*, n. 1793, p. 129.

(12) *Hayburn's Case* (1792), *United St. v. Yale Todd* (1794). *Marbury v. Madison* (1803). *U. S. v. Ferreira* (1851). *Dredd Scott v. Standford* (1857). *Gordon v. U. S.* (1864). *Ex parte Garland* (1866). *Hepburn v. Griswold* (1869). *The Justices v. Murray* (1869). *U. S. v. De Witt* (1869). *Collector v. Day* (1870). *U. S. v. Klein* (1871). *U. S. v. R. R. Co.* (1872). *U. S. v. Reese* (1875). *U. S. v. Fox* (1877). *Trademark Cases* (1879). *Kilbourn v. Thompson* (1880). *U. S. v. Harris* (1882). *Civil Rights Cases* (7183). *Boyd v. U. S.* (1883). *Callan v. Wilson* (1887). *Income Tax Cases* (1895). *United States Reports*. Vol. 131. Albany (1889). *Appendix*. by J. C. B. DAVIS, p. CCXXXV-CCXXXVII.

(13) *United States Reports*, vol. 131, p. CCXXXVII-CCLVII.

(14) *Eakin v. Raub* 1825. THAYER: *Cases*, part. I, p. 133-45.

(15) *Ib.*, p. 145 n.

(16) SERGEANT: *Constitutional Law*, p. 402. COXE: *Judicial Power*, p. 15.

(17) GARSON: *Americ. Law Review*, dez. 1895, p. 798.

cia aos excessos do legislador, cu da administração, que as questões de inconstitucionalidade articuladas pelas partes absorvem aos tribunaes americanos tempo consideravel. (18)

Mercê dessa auctoridade, são as decisões judicarias que, em ultima analyse, fixam praticamente os limites á efficiencia constitucional dos poderes da União : "*The powers of the Central Government are, in the end, practically settled by the judiciary.*" (1) Ellas limitam a acção do governo e do congresso, que não podem insistir utilmente em actos averbados de injuridicidade pela magistratura. E' ponto de doutrina firmado, por exemplo, que a legislatura não poderia ordenar a arrecadação de um imposto já declarado illegal pelos tribunaes (2) ; assim como tem sido reiteradamente estabelecido que não exercem força obrigatoria interpretações legislativas em sentido contrario ás já firmadas pela justiça. (3) Ante a sentença nullificativa o acto legislativo immediatamente perde a sua sanctão moral, e expira em virtude da lei anterior, com que collidia." (4) E, se o julgamento foi pronunciado pelo mais alto tribunal de recurso, "a todos os cidadãos se estende, imperativo e sem appello, no tocante aos principios constitucionaes, sobre que versa." Nem a legislação "tentará contrarial-o ; porquanto a regra *stare decisis* exige que todos os tribunaes, dahi em diante, o respeitem como *res judicata* ; e, emquanto a constituição não soffrer reforma, que lhe altere os fundamentos, nenhuma auctoridade judicaria o infringiria." (5)

O papel dessa auctoridade é de suprema vantagem para a ordem constitucional, impossivel, neste regimen, desde que um poder extranho aos interesses politicos e ás suas influencias dissolventes

(18) Quem o attesta, é um magistrado americano : "In America a considerable portion of the time of the courts is occupied with a discussion of questions respecting the constitutional limitations upon the power of the several departments of the government". COOLEY : *Blackstone's Comm. of the Laws of England*, vol I, n. á pag. 49.

(19) MILLER : *Lectures on the Constitution*, p. 157.

(20) *Mayor of Baltimore v. Turnpike*. BLACK : *American Constitutional Law*, p. 79.

(21) COOLEY (BLACKSTONE'S *Comm.*), vol. I, p. 58, n. 13 : "It has several times been decided that a legislative interpretation opposed to that which has already been judicially declared was inoperative".

(22) "Whenever any competent Court adjudges an Act of the Legislature to be unconstitutional, such Act immediately loses its moral sanction, and expires in presence of some antecedent law with which it has come into conflict." ORDRONNAUX : *Constitutional Legislation of the Un. States*. p. 423.

(23) ORDRONNAUX, *ib.*, p. 424-5.



não constitua o laço de mediação e harmonia jurídica entre as forças que se defrontam no systema, amparando, ao mesmo tempo, com a sua soberania moral o direito, no individuo, na União e nos estados, em seus frequentes conflictos.

“Que ruinosas e destruidoras consequencias não resultariam para logo, se ficasse praticamente entendido que os varios poderes julgam e decidem, cada qual independentemente, a extensão da competencia, que a constituição lhes attribue! Tão amiudadas seriam as collições entre a administração e a legislatura, quanto entre ambas e a justiça. Exemplifiquemos. O congresso adopta um projecto de lei, que o presidente veta, por consideral-a inconstitucional. Não obstante as suas objecções, porém, as camaras persistem, e o projecto vem a ser lei. Ao presidente incumbe executal-a; mas, se, continuando a tel-a por infringente da constituição, elle se recusasse a observal-a, apesar dos tribunaes a declararem valida, e reconhecerem direitos nella estribados, a lei degeneraria em letra morta. Quantas vezes seria mister que se reproduzissem circumstancias dessas, para que o governo se convertesse em objecto de desprezo? Outro caso. Chega o congresso a uma deliberação, que o executivo sanciona. Certos individuos, porém, por ella prejudicados, submettem a materia ao exame da suprema côrte, e esta dá por irritado o acto legislativo. Reconhecem todos os expositores que a decisão impera entre os contendores na lide, exonerando-os de obedecerem á lei inquinada. Mas, se a sentença não obrigar igualmente ao governo, teremos a pasmosa anomalia de insistirem o congresso e o presidente na subsistencia de uma lei, *que só terá vigor para as pessoas a ella acquiescentes*; pois os que lhe negarem assentimento, e levarem o assumpto ao mesmo tribunal, serão por elle isentos de respeitál-a. Por outra: essa lei perderá de todo a sanção; tornar-se-á mera solicitação, e nada mais; não imporá obediencia; ninguém lhe reconhecerá auctoridade, senão voluntariamente; e dest’arte desaparecerá de todo o ponto o elemento distinctivo e essencial, que caracteriza as leis. Tal não podia ser o animo da constituição. Nossos paes não nos apparelharam esta zombaria de governo. Só um theorista visionario, ou um doutrinario obstinado entenderia assim a nossa lei organica. O calmo bom senso do povo inspirou-lhe a verdadeira doutrina, em que elle descança, e em que devem persistir os que o governam. Força é, portanto, que exista um julgador, um arbitro exclusivo, a cujas declarações estejam sujeitos governos e cidadãos. Ora, a propria natureza da constituição, outorga escripta de poderes.



limitados, junta a certas provisões claras desse instrumento, nos mostram que tal arbitro só pode ser o poder judicial". (24)

Essa função da justiça, ha sessenta e tres annos, que STORY (25) a declarava fóra do litigio. Definida por MARSHALL no feito *Marbury v. Madison* e depois na causa *Cohens v. Virginia*, o raciocinio do grande magistrado "terminou a questão para sempre". (26) "Só um terramoto politico lograria abalal-as". (27) "Só um espirito privado de sizo poderia contestal-a". (28) Tal espectáculo seria semelhante ao "de um alumno de primeiras lettras, impugnando uma proposição de Euclides, ou os *Principios* de Newton" (29).

### Inconstitucionalidade importa nullidade

Se o arbitrio do congresso fosse soberano, como pretendem os nossos demagogos, imbuídos no ranço das francezias revolucionarias de 1793, os actos delle não teriam aquilatador: estariam acima da constituição. Esta continuaria apenas a gozar de uma primazia theorica, desmentida praticamente pela onnipotencia das maiorias parlamentares. Felizmente os organizadores da republica, no Brasil, como nos Estados Unidos, enxergando que "os governos constituidos por eleição, quando não refreidos, não são menos susceptiveis de exorbitar do que os designados por accidentes do berço" (30), collocaram acima da vontade politica das facções a imparcialidade juridica dos tribunaes. Deste modo instituiu-se nelles um filtro á pureza constitucional das nossas leis.

Esse filtro opera a eliminação das leis viciosas mediante a averbação de nullidade. A nullidade é, pois, nos actos da legislatura, como nos da administração, o correctivo da inconstitucionalidade.

O principio é que leis inconstitucionaes não são leis. "O acto legislativo é o querer expresso da legislatura, ao passo que a constituição é o querer expresso do povo. A este cabe a supremacia. Se o

(24) POMEROY: *An Introd. to the Const. Law*, p. 93-4, § § 138-41.

(25) *Commentaries*, vol. II (ed. de 1891), § 1.842, p. 612.

(26) CARSON, *Am Law Review*, dez. 1895, p. 808.

(27) *Ibidem*.

(28) "No sane man can doubt the correctness of chief Justice Marshall's reasoning therein". MC. MURTRIE: *Plea for the Supreme Court*. (Phil. 1886). Ap. COXE, p. 52.

(29) "A school-boy might as well challenge a proposition of Euclid, or attempt to ridicule the *Principia* of Newton". CARSON, *A. L. R.*, dez. 1895, p. 807.

(30) COOLEY: *Constit. Limitat.*, p. 315.

acto legislativo o contradiz, irrito será : *não é lei*". (31) "Um acto inconstitucional do congresso, ou de qualquer legislatura de estado, *não é lei (is not law)* : não confere direitos ; não estabelece deveres ; não crêa protecção ; não institue cargos. E', juridicamente considerado, *como se nunca tivesse existido*". (32)

Já a antiga jurisprudencia ingleza entrevir aessadoutrina, atrophiada alli no seu primeiro desenvolvimento e afinal destruida ainda em germinação pela sua incompatibilidade com o principio da omnipotencia parlamentar. Num pleito suscitado ao começar do seculo dezeseis (1505—6) os juristas da Grã-Bretanha sustentaram, nos tribunaes, ser invalido (*non valeret*) certo decreto legislativo. (33) No celebre litigio *Benham, COKE*, o famoso jurisconsulto se, abalançou a aventar a nullidade dos actos parlamentares infensos ao *Common Law*. (34) Mais tarde (1653) a constituição republicana, promulgada por CROMWELL, declarou nullas as leis offensivas da liberdade de consciencia. (35)

Nos Estados Unidos, já durante o periodo colonial, a magistratura não hesitava em infligir o stygma de nullidade aos decretos das assembléas locaes, quando contrarios ás disposições constitucionaes das cartas organicas outorgadas pela corôa, decidindo no mesmo sentido esses conflictos, no character de suprema instancia colonial, o Conselho Privado. (36) Apoz a emancipação, logo em 1780, um tribunal de New Jersey se recusava a cumprir um acto legislativo, por exorbitante da constituição do estado. (37) D'ahi a dois annos, na côrte de appellação da Virginia se tornava a affirmar com extraordinaria energia a maxima da caducidade das leis inconstitucionaes. (38) "Se", dizia um dos juizes, GEORGE WYTHE, depois collaborador na constituição federal, "se a legislatura tentar transpor os limites, que o povo lhe traçou, eu, administrando a justiça publica de minha

(31) BLACK : *Am. Const. Law.* p. 51, n. 22.

(32) *Ib.*, p. 64, n. 37.

(33) COKE : *Judicial Power*, p. 147-51.

(34) "It appears in our books, that, in many cases, the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them *utterly void*" THAYER, *Cases*, 1, p. 48-51.

(35) Art. XXXVIII. GARDINER : *Documents of the Puritan Revolution*, LX. 353.

(36) STEVENS : *Sources of the Constitution of the United States* (1894), p. 191. THAYER : *Cases*, p. 35-7.

(37) *Holmes, v. Walton*. THAYER : *Cases*, p. 62 n.

(38) *Commonwealth v. Caton*. THAYER : *Cases*, p. 55-62.

terra, afrontarei, da minha cadeira neste tribunal, todo o seu poder, e, apontando-lhe a constituição, lhe direi: Aqui estão as fronteiras da vossa autoridade; até aqui podeis ir; além, não". (39) A decisão foi unanime em reconhecer á justiça a alta prerrogativa reivindicada nessas nobres palavras. Em 1786 se agitou a famosa questão *Trevett v. Weeden* (40), em que a defesa se firmou nesta doutrina, logicamente exposta. "A assembléa geral", argumentava o advogado, "opera em virtude de uma constituição, de cujos preceitos, se tentar sahir, infringe o mandato, que se lhe confiou; pelo que os seus actos, d'ahi em diante, já não poderão ter-se como leis". Nesta idéa assentou a sentença; e os juizes, chamados a presença do corpo legislativo, obrigaram-n'o a recuar, declarando-lhe que, independentes no circulo das suas funcções", não podiam reconhecer força de lei a um acto inconstitucional da legislatura. No mesmo sentido se pronunciou a justiça da Carolina do Sul em 1792. (41) E nesse mesmo anno a suprema côrte americana principiou, na questão *Hayburn*, a firmar a jurisprudencia da nullidade das leis inconstitucionaes, que o juiz PATTERSON, em 1795, enunciava desassombradamente nestes termos: "Dê-se o que se der noutros paizes, quanto a este não pode haver duvida que *todo acto da legislatura, repugnante á constituição, é absolutamente nullo*". (42)

Hoje *ninguem* ousaria alli contestar esse axioma, sobre o qual assenta a harmonia dos poderes politicos na constituição americana.

Appellarei, ao acaso, para alguns mestres.

BOUVIER (43):

Toda lei inconstitucional é... *ipso facto nulla*".

COOLEY:

"A expressão *lei inconstitucional*, na jurisprudencia americana, é uma antinomia, e envolve contradição nos proprios termos; por isso que de facto o acto contrario á constituição *nada tem de lei*" (44)

(39) *Ib.*, p. 58.

(40) COOLEY (*Constit. Limitations*, 4 ed. p. 196), BRYCE (*Am. Commonw.*, I, p. 532), FISKE (*The Critical period of Americ. History*, pp. 175. 176), Mc MASTER (*History of the People of the United States*, I, p. 37. ARNOLD (*Hist. of Rhode Island*, II, p. 24) commettem o erro de mencionar esse feito como o primeiro, em que se consagrou, depois da independencia, esta doutrina.

(41) *Borman v. Middleton*. THAYER: *Cases*, I, p. 53, n. 2.

(42) *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*. THAYER, I, p. 97.

(43) *Institutes of American Law*. Ed. Gleason, 1870, I, p. 26, n. 103.

(44) *Const. Limit.* (Ed. de 1883), p. 4.

“Quando quer que os representantes do paiz excederem os limites postos á sua acção pela lei fundamental... a sua deliberação será, como lei, nulla”. (45)

“...taes actos, posto que revestidos de todas as formas de lei, não *seriam lei*” (46).

BAKER :

“Quando os actos do congresso transgridem a constituição, é da competencia dos tribunaes declarar-os *nullos*”. (47)

ORDRONNAUX :

“Não é lei, manifestamente, o acto legislativo, que contravier á constituição ; e, como aos tribunaes cumpre executar *só o que for lei*, não lhes resta outra faculdade, senão declarar insubsistente esse acto da legislatura”. (48)

Mas o que, para ser convertido em dogma nos Estados Unidos, bastou apoiar-se no senso commun, na logica do direito, no Brasil é canon expresso do pacto de 24 de fevereiro.

E' texto formal delle que

“Das sentenças das justiças dos estados em ultima instancia haverá recurso para o supremo tribunal federal :

a) quando se questionar sobre a *validade* de tractados e leis federaes, e a decisão do tribunal do estado for contra ella ;

“b) quando se contestar a *validade de leis* ou de actos dos governos dos estados em face da constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas”. (Art. 59, § 1.º)”

Essas disposições, como se está vendo, constituem expressamente o supremo tribunal federal juiz, *em ultimo recurso, da validade das leis* (locaes, ou federaes), e confere-lhe, portanto, a attribuição de pronunciar, *em ultimo recurso*, a nullidade dellas ante a constituição do paiz.

(45) COOLEY'S BLACKSTONE : I, p. 49, n.

(46) Ib., p. 89. No mesmo sentido á p. 124, n.

(47) BAKER : *Annotated Constit. of the Un. States* (1891), p. 172. Ver á p. 233, n. 26.

(48) ORDRONNAUX : *Op. cit.*, p. 426. RUY BARBOSA : *Actos inconstitucionaes*, p. 41-7.

Mas dizer que o supremo tribunal julga da validade e pronuncia a nullidade das leis *em ultimo recurso*, é implicitamente dizer que, abaixo desse tribunal, outros, em gráo inferior, exercem o mesmo poder.

Quaes são essas justiças, investidas pela nossa constituição na competencia de sentencear, em instancia inferior, sobre a insubsistencia dos actos legislativos?

Todas as que a republica reconhece.

Para os juizes e tribunaes federaes essa função resulta do texto constitucional, que, no art. 59, II, prescreve :

“Ao supremo tribunal federal compete :

“Julgar, em gráo de recurso, as questões resolvidas pelos juizes e tribunaes federaes”.

E deriva, ainda mais claramente, dest’outra :

“Compete aos juizes e tribunaes federaes processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da constituição federal”.  
(Art. 60, a.)

Para os literalistas, em face destas duas clausulas, a questão estaria em saber se a phrase “acção, ou defesa”, que se “fundar em disposição da constituição federal”, autoriza o debate, perante os tribunaes federaes de primeira instancia, acerca da validade das leis federaes submettidas á pedra de toque da lei fundamental.

Mas ainda aos olhos da hermeneutica mais estricta essa duvida cessará, em se notando que o artigo 59, § 1.º, a, da constituição positivamente habilita os proprios tribunaes estaduaes, sem reserva de instancia, a fundarem os seus julgados na insubsistencia das leis federaes. Os termos são estes : “...quando se questionar sobre a validade de... leis federaes, e a decisão do tribunal do estado for contra ella”.

Ora, seria insensato que, quando o texto constitucional se refere a recursos para o supremo tribunal federal em materia de nullidade de leis, negasse aos tribunaes da União, no que toca á interpretação do pacto federal, uma faculdade, que reconhece aos dos estados.

Mas, hoje, a interpretação, no assumpto, está dada pelo proprio congresso. Antes de receberem a consagração judiciaria nos arestos de 1895, as minhas heresias anarchicas de 1892 já tinham sido solennemente esposadas pelo corpo legislativo na lei de 20 de novem-

bro de 1894, cujo art. 13, § 10, reconhece á justiça federal o poder de pronunciar a inconstitucionalidade *das leis*, e negar-lhes, nesse caso, observancia :

“Os juizes e tribunaes apreciarão a validade *das leis* e regulamentos, e deixarão de applicar aos casos occurrentes *as leis* manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis, ou com a constituição”.

### Nullidade parcial

De que uma lei encerre inconstitucionalidade não se segue que esse defeito se estenda a toda ella ; assim como do provar-se que ella é constitucional em certas disposições não se conclue que o seja no todo. Ora porque a mesma lei abrange objectos diversos, ora porque, tratando um só assumpto, o resolve por accumulção de medidas inspiradas em motivos distinctos, acontece que um acto legislativo, irreprehensivel em certas clausulas, ante a constituição, n’outras a desconhece e quebranta. Nesse caso, se a parte constitucional é desagregavel da inconstitucional, cabe aos tribunaes joeirar uma da outra, e, acceitando a legitima, repellir a viciosa.

BANCROFT, estudando os trabalhos constitucionaes da convenção americana, observa : “A justiça pode rejeitar, em um acto do congresso federal, ou de um estado, só o que estiver em divergencia com a constituição. Se de tal defeito se resentir unicamente uma clausula, ou, até, uma palavra, cumpre que se desprese essa clausula, ou essa palavra : nada mais”. (49) “Só se declarará vã”, diz KENT, substanciando as conclusões de um aresto, “a parte do acto legislativo contraria á constituição”. (50) O juiz COOLEY (51) adverte na mesma possibilidade : “A’s vezes se verificará que um acto da legislatura, opposto, em algumas das suas disposições, á constituição, n’outras, subsistentes por si mesmas, não apresenta mácula. Sendo assim, *a parte*, que implicar com a constituição, será considerada nulla”. BLACK, no seu luminoso livro (52), estabelece a

(49) BANCROFT : *Hist. of the Formation of the Const. of the Un. Stat. of Amer.* vol. II, pag. 198-9.

(50) *Fisher v. Mc Girr*. KENT : *Commentaries* (ed. de 1867), vol. I, pag. 487.

(51) *Constit. Limitat.*, p. 211.

(52) *American Constitution. Law*, p. 62 n. 63.

regra de que, “quando parte de um estatuto for inconstitucional, e válida outra parte, se discriminarão as duas, mantendo-se a que se conformar á constituição”. “Uma lei pode ser parte válida, parte nulla”, ensina um dos mais modernos juristas americanos. (53) Só se declarará nullo”, diz um eminente professor da universidade de Harvard, “o que na lei for inconciliavel com a constituição”. (54)

Poderia continuar a invocar autoridades, a qual mais graduada, em apoio dessa these. Mas basta ao meu intento apontar a lei de 20 de novembro de 1894, n. 221, cujo art. 13, § 90, reza: “

“Verificando a autoridade judiciaria que o acto ou resolução em questão é illegal, o annullará no todo, *ou em parte*, para o fim de assegurar o direito do auctor”.

#### O dec. de 21 de outubro de 1895

No caso de actos legislativos parte constitucionaes parte inconstitucionaes está o dec. n. 310, dessa data, a cujo respeito se move a presente acção.

Declara elle, no art. 1.º, amnistiadas “todas as pessoas, que directa ou indirectamente se tenham envolvido nos movimentos revolucionarios occorridos no territorio da republica até 23 de agosto” do anno passado.

A essa disposição não ha que oppor. Adoptando-a, o congresso exerceu uma das attribuições da sua prerogativa : a que se estabelece no art. 34, n. 27 da constituição. Ella forma de per si uma medida completa, que poderia ser promulgada como todo independente, e como todo independente deve prevalecer, uma vez demonstrada a insubsistencia das restricções, que, nesse decreto, a adulteram.

Em contradicção, de feito, com o pensamento benigno e reparador, que anima esse texto, com o pacto de esquecimento, *lex obli-vionis*, que elle consigna, essa estipulação de clemencia e harmonia, a promessa liberal e franca de amnistia, acaba monstruosamente, *desinit in piscem*, n’este appendice caudal :

(53) LAWSON : *Rights, Remedies, and Practice*, vol. VII, § 3.776, p. 5.930.

(54) THAYER : *Cases on Constitutional Law*, I, p. 54, 174.

“§ 1.º Os officiaes do exercito e da armada, amnistiados por esta lei, *não poderão voltar ao serviço activo antes de dois annos*, contados da data em que se apresentarem á autoridade competente, e ainda depois desse prazo, se o poder executivo julgar conveniente.

“§ 2.º Esses officiaes, emquanto não reverterem á actividade, *apenas vencerão o soldo de suas patentes, e só contarão o tempo para a reforma*”.

Por este meio, pois, a amnistia, com cuja esperança abençoada se acena ao paiz no começo do art. 1.º, degenera, para os officiaes amnistiados, numa triplíce pena, em que são *promiscuamente* envolvidos, e que o poder legislativo lhes impõe *directamente*.

Esses officiaes

*primeiro*, ficarão, pelo praso, nunca inferior a doi annos, *que o poder executivo deliberar*, excluidos da actividade militar ;

*segundo*, só vencerão, durante esse periodo, o soldo das suas patentes ; isto é, serão privados, pelo tempo que ao governo aprouver, das outras vantagens pecuniarias asseguradas pelas leis do exercito de mar e terra aos officiaes ainda quando não se achem no exercicio de commissões ;

*terceiro*, não contarão esse termo de inactividade senão para a reforma ; o que quer dizer que deixarão de contal-o para as promoções.

Distinctas da amnistia, repugnantes á natureza della, essas disposições appendiculares attentam flagrantemente contra a constituição nacional.

E' o que passo a mostrar.

### Amnistia penal

São bem conhecidas as características da amnistia. (55) O “véu de eterno esquecimento” (56), em que os publicistas e criminalistas dizem por ella envolvidas as desordens sociaes, objecto desse acto de alta sabedoria politica, não é uma vulgar metaphora, mas a formula de uma instituição soberana. Por ella, não só se destroem todos os effeitos da sentença, e até a sentença desaparece

(55) RUY BARBOSA, *Actos inconstitucionaes*, p. 207-12.

(56) LEGRAVEREND, tom. II, c. 19, p. 762. HAUS : *Droit Pénal Belge*. n. 745.



(57), senão que, remontando-se ao delicto, "se lhe elimina o character criminoso (58), supprimindo-se a propria infracção. (59) Por ella, ainda mais, além de se extinguir o proprio delicto (60), se repõem as coisas no mesmo estado, em que estariam, se a infracção nunca se tivesse commettido. (61) Esta é a amnistia verdadeira, a que cicatriza as feridas abertas pelas revoluções, aquella cujas virtudes o historiador grego celebrava nestas palavras de eloquente concisão: "Elles perdoaram, e d'ahi avante conviveram em democracia". (62)

Mas, como nem sempre as fraquezas do poder permittem, ou a necessidade das circumstancias aconselha o uso desassombrado dessa attribuição, succede que muitas vezes o Estado a exercite sob certos temperamentos, auctorizados segundo o axioma de que pode o menos quem pode o mais. Em casos taes, ora a amnistia exceptua da sua clemencia parte dos corréos nos factos criminosos; ora só os admitte á participação no beneficio mediante condições de tempo, ou de modo; ora, se se trata de *condemnados*, em vez de os absolver completamente do castigo, em que incidiram, pode simplesmente mitigar-lhes a pena.

Por nenhum desses alvitres se pautou a amnistia de 21 de outubro. Ella não estabeleceu exclusões.

Condições tambem não prescreveu.

Nem estipulou para sentenceados redução de pena.

O que fez, é decretar penas contra os que, pelo mesmo decreto, julga criminosos.

São dois pasmosos attentados contra a constituição, que discutirei um após outro.

O decr. de 21 de outubro creou penas para os amnistiados? Evidentemente.

Que vem a ser pena?

(57) GIACCHETTI: *Dei reati e delle pene*, v. III, p. 480. DALLOZ: *Répertoire*. III, p. 545. THIRY: *Cours de dr. crim.*, 249, n. 356. Consulta do Conselho de Estado, no Brasil, em 22 do out. de 1845.

(58) GIACCHETTI, III, p. 430.

(59) GARRAUD: *Dr. Pén*, II, p. 142.

(60) GIACCHETTI, III, p. 482. MEL: *Il nuovo codice penale italiano*, p. 203. DALLOZ, III, p. 545, n. 117.

(61) *Cassaç. de Florença*, 16 de março 1864. MEL, p. 203. *Cass. fran.* 19 jul. 1839. FAUSTIN HÉLIE, II, p. 720, n. 1090. DALLOZ, *loc. cit.* CARRARA, *Program. del corso di dir. crim. Parte gen.*, II, p. 199. LE SELLYER: *Dr. Crim.*, V, § 2.157. COGLIOLO: *Completo Trattato di Dir. Penale*. vol. I, part. III, p. 968.

(62) THUCYDIDES, VIII, 73 (Jowett, I, p. 598).

"O mal, que se padece, por causa do mal que se fez ; *malum passionis quod infligitur ab malum actionis*", responderia GROCIO. (63) "O mal, que se inflige em razão do delicto ; *malum quod propter delictum infligitur*", diria CARMIGNANI. (64) "No seu significado geral", expõe um criminalista, dos mais modernos, "a pena exprime uma dôr, um padecimento, e não póde ser outra coisa ; no seu significado juridico, indica o soffrimento, que a lei impõe a um culpado, em consequencia do seu delicto". (65) N'um livro ainda mais recente, diz outro escriptor : "Pena é o mal infligido pela sociedade ao auctor, ou aos auctores de um delicto, em razão deste". (66)

Ora, o decr. de 21 de outubro impoz aos amnistiados :

estarem inhibidos, por dois annos pelo menos, do exercicio de sua profissão ;

curtirem, por esse espaço de tempo, uma diminuição nos seus vencimentos ;

soffrerem na contagem da sua antiguidade um córte, no minimo, de dois annos ; o que, posta de lado a importancia moral e profissional do accesso na carreira militar, exprime outro desfalque nos proventos legaes da situação do official, porquanto, sendo os vencimentos graduados pelos postos, o atrazo de dois annos na escala destes importa um prejuizo correspondente na remuneração dos serviços prestados.

"A penalidade", ensinam os mestres, "fere o homem na sua liberdade, no seu patrimonio, ou nos seus direitos". (67)

Mas no patrimonio fere a lei de 1895 duas vezes os *amnistiados*, tirando-lhes, durante dois annos pelo menos, parte dos seus vencimentos permanentes, e mandando, ainda em cima, retardar-lhes, por lapso de tempo igual, as promoções.

Nos direitos os fere, outrosim, interdizendo-lhes, no decurso desse biennio, prorogavel pelo governo, a actividade nos postos.

Considerarei successivamente as tres comminações, principiando pela ultima, que é a primeira na ordem natural e na do texto legislativo, para lhes demonstrar o character strictamente penal.

(63) *De jure belli et pacis*. I. II. c. XX, § I, n. 1. ED. WHEWELL, II, p. 240.

(64) *Elementa juris crim.*, § 293.

(65) GIACHETTI : *Dei reatti e delle pene in generale*, I, p. 308.

(66) THIRY : *Cours de dr. crim.*, p. 195, n. 271.

(67) GARRAUD : *Droit pén. fr.*, I, p. 419.

## I

## INACTIVIDADE

A condição, a que o art. 1.º, § 1.º, da lei de 21 de outubro sujeita os meus constituintes, tolhendo-os de “voltarem ao serviço activo antes de dois annos”, constitue uma suspensão temporaria das funcções militares, na plenitude das quaes os devia reintegrar a amnistia, cujo objecto natural é remover todas as incapacidades, em que pelo delicto incorrer o amnistiado. (68)

Mas, “a destituição e a *suspensão* de certas funcções, certos direitos e certas faculdades se acham prescriptas quasi universalmente como pena accessoria pelas legislações modernas dos povos civilizados”. (69)

Assim, na Suecia, “as penas peculiares aos funcionarios são a destituição e a *suspensão*”. (70) Entre as penas enumeradas pelo cod. penal espanhol (art. 24) se nota a *suspensão* de cargo publico, profissão, ou emprego. Segundo o cod. penal portuguez (art. 59), as penas especiaes aos funcionarios vêm a ser a censura, a exoneração e a *suspensão*. As leis do cantão de Zurich pronunciam a *suspensão* de funcção ou emprego por um anno no maximo; as de Berne, a *suspensão* de funcções; as de Zug, a *suspensão* até dois annos; as de Friburg, a *suspensão* de emprego ou officio publico até um anno; as de Thurgovia, a *suspensão* até tres annos; as de Vaud, a *suspensão* de officio, ou cargo, por tempo determinado; as de Valais, a *suspensão* temporaria; as de Neuchatel, a *suspensão* de funcção ou officio publico. (71)

Cingindo-me agora propriamente ao direito militar, encontro, na lei helvetica “acerca da justiça penal para as tropas federaes” (27 de agosto, 1851), entre outras penalidades, a de *suspensão*; nos codigos penaes italianos do exercito de mar (1869) e do exercito de terra (1870), entre as penas que não privam o réo da dignidade mi-

(68) “Les incapacités cessent.” THIRY : *Dr. Crimin.*, p. 322, n. 489. “A pardon, wether by the King or by Act of Parliament, removed not only the punishment, but all the legal disabilities consequent on the crime”. RUSSELL : *A Treatise on Crimes and Misdemeanors* (9.ª ed.) vol. III, pag. 620.

(69) VAN SWINDEREN : *Esquisse du dr. pénal actuel dans les Pays Bas et à l'Etranger*. Groningue, 1888. Vol. I, p. 306.

(70) *Ib.*, p. 264.

(71) *Ib.*, ps. 273, 275, 276-7, 278-82.

litar, a suspensão ; em Hespanha, no *Codigo de Justiça Militar*, promulgado em 27 de setembro de 1890, ao lado da degradação militar, "a destituição temporaria de serviço" (tit. II, art. 176-215) ; no codigo penal militar da Finlandia (16 de julho de 1886), entre as comminações estabelecidas, ainda a suspensão. (72)

No direito militar brasileiro o caracter penal dessa situação se precisa com os traços mais claros.

O decr. n. 108-A, de 30 de dezembro de 1889, art. 3.º, estatue que os officiaes da armada occuparão uma das seguintes posições : actividade, disponibilidade, *inactividade*, reserva, reforma.

Reformados não são os meus constituintes. Não se acham em actividade. Na reserva não estão ; porque essa comprehende somente os officiaes em observação de saude e os licenceados por máis de dois annos. Também não é de disponibilidade a sua situação ; porque essa presuppõe no governo a faculdade de dispor do official disponivel, isto é, de empregal-o ; justamente o que o decr. de 1895 lhe prohibe. Não podem, outrossim, caber nessa categoria ; porquanto o official em disponibilidade percebe (art. 4.º, n. 2.), além do soldo, a gratificação mandada abonar aos officiaes desembarcados pela lei n. 3.367, de 21 de agosto de 1888. Não ha, portanto, outra classificação legal, em que os possamos contemplar, senão a de *inactividade*.

Esta, porém, se verifica (art. 3, n. 3), quando os officiaes estão "prisioneiros de guerra, cumprindo sentença, inactivos por medida disciplinar decretada em conselho, ou licenceados, para tratar de sua saude, se a licença não exceder o prazo de um anno".

Não se achando os meus constituintes licenceados, não estando inactivos por acto disciplinar de conselho, não sendo, ainda, prisioneiros de guerra, força é, por exclusão de partes, reconhecer que estão "cumprindo sentença".

Como quer que seja, occupam uma situação identica a essas ; porque, fóra daquelles tres outros casos de inactividade, só nesse deixam de estar na activa os officiaes de marinha não reformados, que não estiverem na reserva, ou em disponibilidade.

No decr. n. 18, de 7 de março de 1891, hoje em vigor, aliás injuridicamente, como codigo penal da armada, se estabelece, entre os

(72) FRANZ VON LISZT : *La législation pénale comparée* (Berlin, 1895), pp. 61, 131, 190, 570.

(73) TITARA : *Auditor Brasileiro. Segundo complemento* (1.ª ed.), pag. 74.

demais instrumentos de repressão dos crimes, a "privação do commando". (Art. 39). Essa pena "inibirá o condemnado de exercer qualquer commando em terra, ou no mar, pelo tempo que a sentença declarar". (Art. 51). O commando é apenas *uma* das funcções da actividade. Entretanto, a simples privação desse elemento della já tem, aos olhos do legislador, foros de pena. Mas pelo decr. de 21 de outubro se vedam aos officiaes, não essa unicamente, *mas todas as outras* funcções da actividade militar.

Logo, não é absolutamente possível desconhecer á prescripção do art. 1.º, § 1.º, desse decreto a natureza de penalidade.

E, como ella não existe em lei militar alguma, para o exercito de mar, ou de terra, hão de confessar os mais pyrrhonicos que essa penalidade é *creada pelo acto de amnistia*.

## II

### REDUCÇÃO NA ANTIGUIDADE

Expressão de um direito inviolavel do official, a antiguidade é um dos elementos necessarios da promoção. Esta, para o exercito de terra, tem o seu assento na lei n. 585, de 6 setembro de 1850, e no reg. de 31 de março de 1851, firmando-se na antiguidade, regida pelo decr. n. 572, de 9 de janeiro de 1849. Para a marinha, a materia estriba na lei n. 2.296, de 18 de junho de 1873.

O principio, declarado, em relação ao primeiro, pela resolução de 9 de dezembro de 1823 e varias outras (73), firma, para todos os officiaes de patente, jus á contagem de todo o tempo, em que serviram antes de demittidos.

Não será, portanto, uma pena, rigorosamente caracterizada, a suspensão desse direito por acto soberano do poder publico, em relação a individuos, que elle, no mesmo acto, indigita como réos de movimentos criminosos?

Parece-me intuitivo.

A lei de 18 de junho de 1873 (n. 2.296) determina que "a antiguidade, para os accessos, será contada da data do decreto do ultimo posto" (art. 4.º), e particulariza os casos, em que esse calculo se ha de sujeitar a abatimento.

"Não será contado para a antiguidade do official de marinha, nem para os effeitos da presente lei", diz ella (art. 5.º), "o tempo:

- "1.º De licença registrada ;
- "2.º De cumprimento de sentença condemnatoria ;
- "3.º De serviço estranho á repartição de marinha ;
- "4.º O excedente a um anno, que o official passar na 2.ª classe por motivo de enfermidade, salvo o caso de lesões em combate".

Tirante essas hypotheses, a legislação de marinha não conhece subtracção de tempo á antiguidade do official. Até o anno transacto, pois, tinha estabelecido o legislador brasileiro que o official não licenciado, não empregado em serviço estranho á marinha, não transferido para a 2.ª classe por licença excedente de um anno, só perderia tempo, *se estivesse cumprindo sentença condemnatoria*.

A lei de 21 de outubro, pois, igualou a posição dos seus *amnistia-*  
*dos* á dos condemnados, sujeitos ao cumprimento de sentença.

Por outra : impoz-lhes uma diminuição de direitos, tida e havida como pena accessoria em nossas leis.

A disposição do art. 12 da lei n. 2.296 corrobora esta conclusão irrecusavel.

"Não entrarão em promoção", diz ella :

"1.º Os guarda-marinhas, pilotos e officiaes, *que estiverem processados* em conselhos de guerra, no fôro commum, ou em conselho de inquirição por máo procedimento habitual e *os irregularmente ausentes*, bem como *os que estiverem na 2.ª classe* ; mas, *se forem absolvidos*, ou regressarem para a 1.ª classe, e tiverem sido preteridos na promoção publicada durante o tempo do processo, *serão logo promovidos com a antiguidade daquelle promoção*, ficando como aggregados, emquanto não houver vagas ;

"2.º Os *que estiverem cumprindo sentença* ;

"3.º Os prisioneiros de guerra, salvo o disposto no art. 6.º" ; isto é, aquelles "cujo aprisionamento fôr devido a motivo reprovado".

De modo que, exceptuados os prisioneiros deshonrados por actos de indignidade, os irregularmente ausentes e os inscriptos na 2.ª classe, o nosso direito naval só retarda a promoção aos officiaes, quando *em processo, ou em cumprimento de sentença* ; e em tanto extremo zela esse direito, que, se o processado for absolvido, a promoção retrograda, para lhe compensar o atraso.

O que a clemencia politica de 1895 fez, por conseguinte, foi tratar os *amnstiados* como réos de crimes passados em julgado, sub-

mettendo-os, no tocante á antiguidade e ao accesso, á condição de criminosos convictos.

Os que ainda refugirem á evidencia destes argumentos, abram agora o dec. n. 18, de 7 de março de 1891, e submettam as suas duvidas ao toque do art. 48, § 3.º onde se diz :

*“Durante o cumprimento das penas civis ou militares não será contada antiguidade ao condemnado para nenhum effeito de direito”.*

D’aqui materialmente se vê que a interrupção no fio da antiguidade é um castigo concomitante *ao cumprimento de penas*. E’, pois, o que, em materia penal, se chama uma pena accessoria.

Deste modo, ainda por esta face avulta o character penal da celebre amnistia.

### III

#### DEDUÇÃO NOS VENCIMENTOS

Terceira punição resulta, outrosim, do acto *bemfazejo* de 21 de outubro, para os seus beneficiados. Estes, prescreve o art. 1.º, § 2.º, durante dois annos pelo menos, “apenas perceberão o soldo das suas patentes”.

Consideremos o pio effeito desta clausula sobre os *amnistiados*.

Regem presentemente os vencimentos dos officiaes do exercito as instrucções, que baixaram com o dec. legislativo n. 946-A, promulgado pelo governo provisorio no 1.º de novembro de 1890.

Dispõem ellas que “o vencimento dos officiaes se compõe de soldo, etapa e gratificação de exercicio”. (Art. 2.º) Desta não ha que dizer, pois *ex vi termini* só aos officiaes em exercicio pode competir. Mas, além della, perdem tambem os meus constituintes a etapa.

Ora, segundo o art. 15 dessas instrucções :

“Além dos officiaes empregados no serviço effectivo do exercito, ou em commissões militares, *perceberão tambem etapa* :

“.....

"3.º *O official indultado*, ainda mesmo que esteja *indiciado* e não pronunciado *noutro crime* ;

"4.º *O official suspenso do exercicio* por ordem do governo".

A etapa não é, portanto, inherente ao exercicio. Antes subsiste independentemente d'elle em varios casos, dois dos quaes se acham individuados nos paragraphos transcriptos. Continúa a perceber etapa, diz positivamente o § 4.º, "*o official suspenso de exercicio por ordem do governo*". Quer isto dizer que a etapa, como o soldo, faz parte do patrimonio do official, dos direitos vinculados por título de propriedade á sua patente. Esta a razão (não ha outra), por que a lei recusou ao governo o arbitrio de dar, ou tirar ao official a etapa, dando-lhe, ou tirando-lhe o exercicio. E' no campo desse direito, de tamanho alcance para a situação pessoal do militar, que o congresso entrou afoitamente, negando aos suspensos do exercicio *por sua ordem* vencimentos assegurados aos suspensos do exercicio por acto do executivo.

Será, ou não, pena, e accentuadamente caracteristica, essa privação ?

Mas não é tudo.

Pelo § 3.º das instrucções de 1890 se afiança a etapa ao official *indultado*, ainda quando sobre elle persista a nota de outro delicto. Ao indulto, acto do poder executivo, se attribue, pois, o effeito de restituir *ao criminoso condemnado* a etapa. E agora á amnistia, acto de uma auctoridade mais alta, mais poderosa, mais ampla, de uma auctoridade onnipotente no bemfazer, se cancella, a respeito de simples *accusados*, esse effeito vulgar. O que é resultado trivial da clemencia administrativa, recusou-o categoricamente a clemencia do congresso.

Não estará aqui em traços profundos a vontade manifesta de castigar ?

As instrucções mandadas observar pelo dec. n. 946 prescrevem, ainda, no art. 22 :

"Os officiaes *condemnados a mais de dois annos de prisão em ultima instancia* perdem o direito á etapa desde a data da intimação da sentença, *visto terem perdido a patente*".



A etapa é, dest'arte, um elemento da patente, que só com ella desaparece. Por esses textos se averigúa que, exceptuados os officiaes empregados em serviço estranho ao ministerio da guerra (art. 20, § 1.º), os que exercerem empregos de ordenado, ou gratificação (art. 20, § 2.º), e os doentes, recolhidos aos hospitaes (art. 21), só não têm direito á etapa os que, por sentença passada em julgado, soffrem condemnação a mais de dois annos de carcere. Nem durante o processo se lhes suspende o direito a esta parte do vencimento militar. A não serem, pois, os casos, em que o official troca por outro o serviço da guerra, ou recebe noutras vantagens (gratificação, ordenado, ou tratamento hospitalar) uma equivalencia da etapa, a privação desta, no direito militar brasileiro, constitue pena subsidia-ria á de prisão.

Ahi a foi buscar o dec. de 1895, para distinguir os meus constituintes.

E', ou não, pois uma pena ?

Quanto á marinha, impera no assumpto o dec. n. 389, de 13 de junho de 1891. Reza elle, no art. 17 :

“Os officiaes da armada, quando desembarcados e *sem commissão por motivo independente de sua vontade*, perceberão, além do respectivo soldo, um terço das gratificações do commando de força, os generaes, e os demais dois terços das de embarque, devendo os officiaes superiores e subalternos servir como addidos ao quartel-general, segundo as tabellas em vigor”.

Estabeleceram-se essas disposições por força de um principio constitucional : o do art. 85 do pacto da União, segundo o qual os officiaes da armada e das classes annexas terão as mesmas patentes e vantagens que os do exercito nos cargos de categoria correspondente.

Assim que, juridicamente, a situação dos officiaes, que o dec. de 21 de outubro privou do exercicio, seria a de “desembarcados, sem commissão por motivo independente de sua vontade”. Nesse character, porém, lhes toca, *além do sôldo*, um terço das gratificações de commando de força, se são generaes, e, se são officiaes, dois terços das de embarque. O acto, portanto que os desapossa desse direito legal e dessa porção pecuniaria do seu patrimonio, é, ainda por este lado, uma medida punitiva.

## IV

## SUPPRESSÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

A triplice privação de direitos, que acabo de tornar palpavel — direito de exercicio, direito a vencimentos, direito á antiguidade — está mostrando que a amnistia de 1895 se resolve em uma conjuncção de tres penas.

E' uma amnistia tres vezes penal.

Poderíamos chamar-lhe uma amnistia invertida.

Se as pessoas indiciadas na revolução de 1893 tivessem passado pelos tribunaes, e incorrido na sua condemnação, indubitavelmente o poder amnistiante, em vez de exercer-se, apagando por inteiro a pena, podia limitar-se a commutal-a em soffrimento menor. Nesse caso, de feito, a parte não extincta da penalidade não seria creação da amnistia, *mas da decisão judicial, que a precedera*, e por ella teria sido attenuada.

Se, estabelecendo para os delictos, de que as increpam, direito novo, menos severo do que o antigo, o dec. de 21 de outubro lhe deixasse a applicação á magistratura, taes disposições, pelo principio da *retroactividade benigna*, aproveitariam constitucionalmente aos accusados, para os quaes o acto do congresso seria então beneficio digno de reconhecimento.

Mas, estando os meus constituintes por julgar, e adscrevendo-os a legislatura, sem julgamento, ao castigo, que lhe institue *ad hoc*, a anarchia dessa façanha politica encorpora na mesma entidade o legislador e o juiz, confunde no mesmo acto o codigo e a sentença. Foi para o caso desses desvarios que o juiz PATTERSON dizia, ha noventa e seis annos, na suprema côrte federal: "Teria a legislatura a faculdade de punir cidadãos, pelo facto de haverem servido ao inimigo, e não encontrarem punição no curso ordinario da justiça? Não; porque desse modo exerceria auctoridade judicial". (74)

Dessa absorpção de uma auctoridade na outra, porém, direi n'outro capitulo. Por enquanto, o que faz ao meu proposito, é firmar a conclusão de que, sob a rubrica de amnistia, o que resalta no de-

(74) "Had, then, the legislature power to punish its citizens, who had joined the enemy, and could not be punished by the ordinary course of law? It is denied, because it would be an exercise of judicial authority". *Cooper v. Talfair*. THAYER: *Cases*, 1, pag. 107.

creto de 21 de outubro, é um regimen de direito penal novo, inaugurado expressamente para a especie.

A função, pois, que, nos §§ 1 e 2 do art. 1.º, o legislador exercitou nesse decreto, não foi a de amnistiar, isto é, decretar o esquecimento dos crimes, estabelecida pela constituição no art. 34, n. 27. Foi a de legislar sobre o direito criminal, que lhe confere, no mesmo artigo, o n. 23.

Mas, como esta, em virtude de outras regras constitucionaes, que depois considerarei, só se *exerce para casos futuros*, a pretensão de applical-a a factos anteriores serve apenas de agravar o abuso commettido sob a invocação da amnistia.

Sob a designação de uma faculdade, que a constituição lhe dá, o congresso usou de outra, que ella lhe nega.

Mas, quanto mais se examina, mais prolifera em absurdos essa invenção de absolutismo legislativo.

Defendendo, ha tres annos, perante a justiça federal, a causa dos generaes e officiaes despoticamente reformados em 1892, eu formulei estas proposições, hoje consagradas pela solução victoriosa desse pleito :

“A constituição, no art. 74, declara que as patentes e os postos são garantidos “em toda a sua plenitude”. Ora, a patente e o posto se decompõem em dois elementos : o título, que sobrevive á reforma, e a *effectividade*, que com ella cessa. Assegurar, portanto, as patentes e os postos “em toda a sua plenitude” é assegaral-os nos seus dois elementos : *contra a privação da effectividade*, como contra a privação do título”. (75)

Não se quer dizer com isso, está claro, que a *effectividade* seja um direito, e que o official não possa perder a patente. Todos os direitos são susceptiveis de limitação e extincção. Quando a constituição os assegura em toda a sua plenitude, seu pensamento é assegaral-os contra o arbitrio, venha de onde vier, escudando-o na lei, interpretada pela justiça. Os mais preciosos direitos, a propriedade, a liberdade, a vida, a honra, perdem-se *por sentença judicial*, de conformidade com a legislação preexistente. Mas, fóra dessas condições, esses direitos são inviolaveis. As limitações e *a fortiori* a extincção de um título pessoal, cuja perpetuidade é afiançada plenamente na constituição, não podem verificar-se, a não ser por ef-

---

(75) RUY BARBOSA : *Actos inconstituc.*, pag. 153.

feito de uma pena, isto é, da applicação de um julgado criminal, unico meio pelo qual se rompe o vinculo das funcções inamoviveis.

Pois bem : o decreto de 21 de outubro desconhece de todo, com relação aos meus constituintes, a inamovibilidade das patentes, entregando-a, num dos seus elementos constitutivos, a effectividade, á vontade absoluta da administração.

Prescreve, com effecto, elle (art. 1, § 1.º) que os *amnistiados* não voltarão á activa durante os dois annos de expiação ali taxados, "nem ainda depois desse praso, se o poder executivo assim julgar conveniente".

Toda a vez que o poder humano extrapassa as raia da lei, expõe-se a delirar. Sobre os proscriptos do estado de sítio em 1892 reivindicou expressamente o poder executivo o arbitrio de pronunciar penas, e penas sem limite de tempo. Agora o poder legislativo, assumindo o de julgar os revolucionarios de 1893, crêa para elles um castigo, cujo termo deixa á escolha do chefe do Estado.

Está nas mãos deste prorogar *indefinidamente* o prazo de inactividade, imposto pelo decreto do anno passado aos officiaes. Quanto mais durar essa privação, mais frouxa será a insistencia dos interessados em abrevial-a. As victimas irão desanimando. Os triumphos successivos da prepotencia ir-se-ão consolidando em facto definitivo. Um após outro, os esbulhados irão abrindo mão de um direito inutil. E, quando chegue o termo da penitencia, talvez bem poucos aproveitem a seródia concessão da força. Não digo que assim venha a succeder. Pode bem ser que talvez não se realize, na ordem dos factos. Mas, na ordem logica, na ordem juridica, o meu raciocinio é irrefragavel : se o congresso dá ao presidente da republica o direito de alongar a seu talante a inhabilitação de servir, que impoz aos officiaes, o congresso dá-lhe a faculdade evidente de perpetual-a.

Este é, pois, virtualmente o *arbitrio*, em que ali se investe o poder executivo : é o arbitrio de *privar para sempre* da effectividade os officiaes amnistiados. E, como, em toda a duração desse periodo illimitado, elles só vencerão soldo, e não contarão antiguidade, senão para a reforma, de verdadeiros reformados é que será, se o governo quizer, a condição, a que implicitamente os reduz esse capricho do legislador revoltado contra a lei fundamental. Privados do exercicio, reduzidos ao soldo e inhibidos de subir na escala das promoções *por tempo indeterminado*, ao sabor do governo, esses militares estarão

expostos, "*se o poder executivo julgar conveniente*", a não volver nunca mais ao exercício, nem á fruição dos seus vencimentos legaes, nem á contagem plena de sua antiguidade. Isso não é, porventura o que terá de acontecer. Mas é o que o decreto formalmente auctoriza. E, como o que se discute, não é o horóscopo do seu destino, mas a extensão logica dos seus corollarios, isso é o que nos importa.

A patente, como o posto, ambos consagrados "em toda a sua plenitude" pela carta federal, não é uma expressão abstracta, mas um composto real de interesses e direitos. Esses direitos e interesses, no que lhes é mais substancial, consistem no *exercício*, no *vencimento* e na *antiguidade*. O exercício supprime-se ; o vencimento desfalca-se ; a antiguidade reduz-se a um só, dos seus dois effeitos capitaes ; e isso não por dois annos sómente, mas *por quantos deliberar o governo*. Logo, patente e posto, quaes a constituição os quiz, e os declara, como realidades juridicas independentes, amparadas contra o arbitrio pelo regimem constitucional da lei, desaparecem de todo.

O que resta, já não é o *direito* da patente e do posto, cassado, temporaria, ou perpetuamente, ao bel prazer da administração : são apenas os restos, que a condescendencia della houver por vantajoso permittir a esses desclassificados do elemento militar.

Não se poderia violar por uma sophisteria menos decente o art. 74 da constituição. Se elle não consente as reformas arbitrarías, como ficou judicialmente liquidado na questão dos reformados de abril, tão pouco admittirá esta situação anomala, innominavel, para a qual, á mingua de classificação, que os seus inventores não ousaram dar-lhe, enghenham as secretarias a de *reserva especial*. Ainda quando fosse transitoria, esta situação, representando a imposição de uma pena pelo congresso, não seria menos inconciliavel com o art. 74 da constituição. Mas, se o governo houver por bem, basta adoptar para com esses officiaes a attitudo passiva de não n'os chamar outra vez ao exercício, para que essa privação de direitos, inculcadamente passageira, se invetere, convertendo-se de facto numa equivalencia de reforma, com a desvantagem de não se confessar tal, e subtrahir assim ás victimas da aberração as condições de independencia, que nessa classe desfructariam.

Por este artificio se supprimiu, pois, a esses militares, de um modo escuso, mas não menos illegitimo, o seu direito constitucional : a integridade das patentes.

## Decreto-sentença

Que o decr. de 21 de outubro accumulou tres penas sobre os amnistiados já não se poderá negar.

Penas, porém, não são essas do genero daquellas, a que os paizes livres se abrigam contra o crime, sim das que as edades barbaras, ou barbarizadas, vão buscar na idéa da força. "Pena", diz um dos classicos do direito penal, "é o mal, que, em conformidade com a lei do estado, os magistrados infligem aos que, com observancia das formas, se reconhecem culpados de um delicto. Se o mal se impõe a quem não se verificou ser culpado, ou por quem não tinha a auctoridade de impol-o, será vingança, violencia ; em sentido juridico, porém, não será pena". (76)

Mas, nas epochas em que a liberdade se perde, e a justiça degenera em desforço, a pena, decahida de sua altura moral, vem muita vez a dar nisso : o mal material imposto ao fraco pela brutalidade do poderoso, a confusão, no mesmo individuo, ou no mesmo corpo, da lei com a sentença.

Disso temos o mais frisante specimen no decreto de 21 de outubro, que, innovando para o caso o castigo, elimina o processo, e pronuncia a condennação.

No Brasil essas noções, que para os auctores do antigo codigo criminal (77) já eram dogma, circulavam outr'ora até nas escolas militares, onde os lentes officiaes ensinavam que "os indicios, por mais vehementes, não fazem prova, e devem absolver", quando os meios de defesa contrabalançam os da accusação. (78) E até o *codigo Foster*, que não pecca por sentimental, estatua, não faz muito tempo, que "nenhuma presumpção, por mais vehemente que seja, dará logar a imposição de pena". (79)

*Stabitur praesumptioni, donec probetur in contrarium*, diz a dogmatica do direito. (80) Mas, se até a presumpção de innocencia cede á prova da culpa, os legisladores da amnistia de 1895, podiam, ao menos, permittir ás victimas da sua generosidade que a presumpção da culpa cedesse á prova da innocencia.

(76) CARRARA : *Programma. Parte gener.*, II, p. 42. § 584.

(77) Art. 36.

(78) THOMAZ ALVES : *Direito Militar*, II, p. 168.

(79) Decreto n. 17, de 8 de março de 1891, art. 59.

(80) BLACKSTONE : *Comment.*, III, p. 371.

Nem isso, porém, quizeram. Dispensaram de prova a accusação, e, ao mesmo tempo, vedaram aos accusados a defesa ; para o que o meio radical era trancar as portas ao processo, e fulminar *ex-informatu* a sentença. Mas difficilimo seria fazel-o, estatuinto sem rodeios que as pessoas colhidas nas malhas de certa e determinada imputação entrassem indefesas no cumprimento da pena arbitrada pelo congresso. Descomposta assim, a pretensão extrapassaria as proprias raias do escandalo. Então conceberam que se poderia dissimular o odioso disparate sob uma apparencia de senso commum, ou, pelo menos, dar-lhe o vigor de imperativo absoluto, embrulhando-o n'um rotulo de amnistia. Digo rotulo, como diria mascara, porque tal papel mente á natureza dessa instituição. “*L'indulgenza del principe*”, escreve um eminente criminalista, definindo a amnistia, “*é fata per rilevare, non per abbattere, per migliorare lo stato degli individui, non per cambiare in presunzione legale di reità la presunzione legale di innocenza, che accompagna ciascuno fino alla condanna irremovibile*”. (81).

Mas a subtileza do artificio não podia illudir a majestade eterna dessa garantia, cujo amparo não abandona o accusado, senão quando a irremovibilidade da sentença o converteu, aos olhos da lei, em criminoso.

---

I

## ABOLIÇÃO DO PROCESSO

Nos dias de gestação desse aborto legislativo, tive occasião de perguntar, em um recinto augusto, se não me concediam a hypothese da existencia de um innocente entre os presumidos rebeldes. Responderam-me com emphase, de um lado, que certamente concessão tal não se me podia fazer. De outro, com a sobrançeria das verdades superiores, me trovejaram que podia havel-os, mas que a soberania das camaras, nos grandes momentos do seu poder, não conhecia esse limite. Do congresso desses dois horrores juridicos, cuja nudez inconsciente define o estado moral de uma época, se gerou a amnistia de 1895.

A suspeita é a justiça das paixões.

---

(81) NICOLINI : *Procedura penale*, part. I, n. 925.

O crime é a presumpção *juris et de jure*, a presumpção contra a qual não se tolera defesa, nas sociedades oprimidas e acovardadas.

Nas sociedades regidas segundo a lei a presumpção universal, é, ao revez, a *de innocencia*.

Accentua MITTERMAIER, estudando o processo criminal em Inglaterra, na Escocia e nos Estados-Unidos, que “uma regra essencial, resultante das leis e da praxe judiciaria”, nesses paizes, é que os tribunaes “não devem ter por sufficiente a prova da culpa, e adoptar um veredictum de culpabilidade, senão quando já se não possa entreter duvida razoavel sobre ella”. (82) Um dos mestres da sciencia juridica na Europa latina, por outra parte, adverte incisivamente que, “em todo e qualquer systema de processo”, nunca se poderá considerar averiguada a criminalidade do accusado, senão em virtude de um confronto entre a querela e a defesa, depois de adduzidas as provas de ambas”. (83) E, na America do Norte, o juiz COOLEY escreve, com o orgulho do americano livre: “A humanidade do nosso direito presume sempre innocente o accusado, até que se lhe prove o crime. Essa presumpção acompanha todo o processo contra elle, desde o principio da acção até ao veredictum... Constitue a presumpção de innocencia uma protecção absoluta contra a condemnação e o castigo, salvo confissão do réo em juizo, ou prova que ponha o crime fóra de qualquer duvida sensata”. (84)

Sobre essa regra assenta est’outra de que ninguem póde ser condemnado senão mediante processo regular, isto é, mediante os tramites preestabelecidos no direito nacional. Dizem inglezes e americanos que ninguem póde ser sentenceado senão “*by the law of the land*”, ou “*by due process of law*”, expressões synonymas na phraseologia juridica das duas grandes nações. (85) Esse principio, que, para a raça anglo-saxonia, data da Magna Carta, o que quer dizer que conta quasi sete seculos, tem hoje, a sua consagração inconcussa em todas as constituições americanas. (86) A *law of the land*, dizia

(82) MITTERMAIER: *Traité de la procéd. crim. en Angl., en E’cosse et dans l’Amér du Nord.* Trad. CHAUFFARD., p. 381.

(83) GABBA: *Retroattività delle leggi*, II, p. 448. — *Retroattiv. in materia penale*, p. 189.

(84) *Constitutional Limitations*, p. 376 e 379.

(85) COOLEY: *Bluckstone’s Commentaries*, ed. de 1884, vol. I, p. 134 n.

(86) COOLEY: *Const. Limitat.*, p. 431, n. — BAKER: *Annotated Constit. of the Un. States*, p. 185, n. 24.



WEBSTER (87), “é a lei, que ouve, antes de condemnar, que obra mediante investigação dos factos, e não sentencêa senão no termo do processo. Ella assegura aos cidadãos a vida, a liberdade, a propriedade, todos os seus direitos e imunidades, pondo-os sob a protecção das disposições geraes, que regem a communhão. Tudo o que contra esses direitos se insinuar sob a forma de acto legislativo, *não se poderá considerar lei do paiz*”. O contrario, continúa o grande advogado, “tenderia directamente a estabelecer a confusão de todos os poderes na legislatura. Não haveria lei estavel, para ser applicada pelos tribunaes, ou obedecida pelos individuos. A administração da justiça seria uma forma vã, uma cerimonia escusada. Os magistrados funcçionariam, para executar *sentenças legislativas*, não para declarar o direito, ou exercer a justiça nacional”. (88)

Definindo o “*due process of law*”, um dos commentadores mais modernos da constituição americana repete o que invariavelmente se encontra em todos, notando que essa exigencia constitucional se destina a manter a todos os cidadãos “o jus a serem processados e julgados, em conformidade com as formas legais, por um tribunal imparcial, cuja sentença se pronuncie acerca da sua responsabilidade, ouvida a sua defesa.” (89) Esses termos, acrescenta, “alludem a certos direitos fundamentaes, sempre reconhecidos pela jurisprudencia de que a nossa decorre”. As expressões, que revestem a formula dessa garantia, têm por fim, dizia o juiz JOHNSTON, na suprema côrte federal, “escudar o individuo contra o exercicio arbitrario dos poderes do governo.” (90)

COOLEY accentúa que, de todas as limitações estipuladas pelo povo soberano á autoridade delegada, na constituição, á legislatura, “*essa é a mais importante, the most important*”. (91) Elle não deixou a discrição de retirar-se a ninguem o beneficio tutellar dessa garantia suprema. (92) E tal é, de sua essencia, a inviolabilidade desse prin-

(87) *Works*, vol. V, p. 487.

(88) *Ibidem*.

(89) LAWSON: *Rights, remedies and practice*, vol. VII, § 3.788, p. 5955. — BLACK: *Amer. Const. Law*. p. 424-5. — BAKER: *Annotated Const.*, p. 215 n. 33 e 37.

(90) *Bank of Columbia v. Okeley*. COOLEY: *Const. Lim.*, p. 435. — “Due process of law undoubtedly means, in the due course of legal proceedings according to these rules and forms which have been established for the protection of private rights”. *Westervelt v. Gregg*. COOLEY, *ibid*.

(91) *Blackstone's Commentaries*, I, p. 52, n. 8.

(92) COOLEY: *Const. Limit.* p. 330. 376.

cipio protector, que um antigo jurisconsulto americano, SWIFT, no seu *System of the Laws of Connecticut* (93), escripto em 1795, rompendo com a opinião geral, que já então attribuia á justiça o poder de negar observancia ás leis inconstitucionaes, abre, todavia, excepção para os casos "*monstruosos, monstrous*", e entre esses o primeiro, que figura, é o de "um acto legislativo, que autorizasse condemnações sem verificação judicial do crime, *an Act authorizing conviction for crime without evidence*".

A constituição brasileira de 1891 é expressa. Determina ella, no art. 72, § 15, que

"ninguem será sentenceado senão... em virtude de lei anterior e *na forma por ella prescripta*".

E, dos elementos contemplados nas formas em vigor, tão substanciaes á essencia do direito considerou alguns, que nega ao legislador a faculdade de abolil-os, prescrevendo, no paragrapho seguinte :

"Aos accusados se assegurará na lei *a mais plena defesa com todos os recursos e meios essenciaes a ella*".

Data, porém, de muito mais longe, entre nós, o patrimonio inestimavel dessa garantia. Não a adquiriu o Brasil por dotação da republica. Os constituintes de 1891 não a trouxeram dos Estados Unidos : copiaram-n'a da constituição imperial art. 179, ns. 8-11), para onde os mais antigos estadistas brasileiros a haviam transplantado, em 1824, da Europa livre, especialmente da Inglaterra. São principios cimentados aos alicerces da nossa organização politica pelos fundadores da independencia nacional.

Não é evidente que a bastarda amnistia do anno passado os calca aos pés? Negal-o seria ter perdido o senso da visão mais vulgar. Se não fôra esse decreto, os individuos argúidos de cumplicidade na revolução teriam atravessado a prova constitucional do processo, com accusação e defesa. Uns seriam condemnados. Outros *poderiam ser absolvidos. E tanto assim é que diversos o foram, em conselho de guerra, por sentença já passada em julgado.*

Como quer que seja, porém, nenhum soffreria alteração no seu estado juridico, *senão mediante julgamento.* Mercê do celebre decreto, porém, vieram a ficar, sem a mais leve apparencia de processo, por mandamento immediato do congresso, feridos, esbulhados em tres

---

(93) Vol. I, p. 50 e segs. — *Apud THAYER : American Doctrine of Constitutional Law. Harvard Law Review. nov. 1893, p. 133-4.*

dos seus direitos legaes : o exercicio, o vencimento e a antiguidade. A imposição de taes males resulta, para elles, do presuppuesto, firmado neste decreto, da perpetração de um acto criminoso, a revolta, pelos individuos que elle indigita. Ora, a nota de revolucionario, como toda e qualquer outra de auctoridade ou connivencia em delicto, não pôde existir legalmente, senão por força *de sentença*. Logo, na especie, a presumpção legislativa prescinde da sentença, substituindo-se a ella. Por outra, *o decreto é a sentença. O julgamento é o acto do legislador*.

Quando se estudava, na commissão régia, o projecto do codigo penal italiano, discutiu-se uma vez se, dada a amnistia, pôdem, ou não, subsistir certos effeitos *da sentença condemnatoria*. Sustentava o jurisconsulto LUCCHINI que seria contradictorio á natureza da amnistia o perdurarem quaesquer effeitos penaes *da condemnação*. “*Sarebbe contraddittorio alla sua natura che sussistessero alcuni degli effetti penali della condanna*”. Vingou, porém, no debate, o conceito opposto, pela razão expressa de que, “quando a amnistia se refere *a condemnação*, pode haver excepções ao principio de que ella traduz o esquecimento total, cuja acção tudo cancella”. (94)

Mas, quando não houver sentença, quando a amnistia se promulga antes do processo, não sonharam os collaboradores do codigo italiano, não sonharia ninguem que o decreto, que a pronuncia, lhe possa associar *effeitos penaes*. Isso por um motivo elementar : porque, sendo a pena funcção da sentença, o acto, do rei, ou das camaras, que vinculasse effeitos penaes a factos não julgados, seria um acto de julgamento pelas camaras, ou pelo rei.

Concilie agora quem puder essa expressão de grosseira dictadura com o art. 72, §§ 15 e 16, da lei constitucional.

## II

### SUPPRESSÃO DO TRIBUNAL

Se os meus constituintes foram sentenceados *por decreto*, obvio é que quem os sentenceou, foi *o congresso*.

E ahi temos, de uma assentada, com a empalmação do processo, a suppressão do tribunal.

(94) “Quando l’amnistia si riferisce *alle condanne*, vi possono essere delle eccezioni al principio che essa é oblio totale che cancella ogni cosa”. *Codice Penale del Regno d’Italia. Verbali della commissione*. Roma 1889. P. 224.

Senão, digam-me : esses homens, que, por um espaço de tempo entregue á discreção do governo, estão privados das suas funcções, de parte das suas rendas profissionaes e dos beneficios da sua antiguidade, como desertores e rebeldes, perante que justiça compareceram ? Que magistrado recebeu a denuncia do seu crime ? Que juiz lhes ouviu a defesa ? Em que audiencia se deduziram as provas ? Quem lhe instaurou o summario ? Onde o plenario, que os julgou ? Que nota de culpa se lhes expediu ? Que interrogatorio, sequer, se lhes fez ? Qual a sentença, que os declarou réos ? Quaes os recursos, que contra ella se lhes permittiram, e as condições, sob que ella passou em julgado ?

Tudo isso é substituído unicamente pelo acto legislativo de 21 de outubro.

Seria esse acto uma commutação de pena ? Não ; porque as commutações de pena suppõem a preexistencia desta, a anterioridade da sentença condemnatoria. Mas, quando se admittisse commutação de penas futuras e eventuaes, ainda nessa classificação não caberia o decr. de 21 de outubro ; porque esse, ao mesmo tempo que fulmina o castigo, veda o julgamento. O que se quereria releva, pois, aos accusados, é uma penalidade, em que não incorreram, nem já agora poderiam incorrer, por decisão judicial. E, como a ninguém é dado anticipadamente affirmar que dessa penalidade os meus constituintes não poderiam ser absolvidos, se fossem devidamente julgados, a privação do direito de sel-o converte a mercê em rigor, partindo da presumpção de um crime inverificado, para assentar sobre ella uma condemnação, proferida por auctoridade incapaz de julgar. Isso é um caso de teratologia legislativa. Si a amnistia se antecipa á sentença, não é para condemnar, mas para sentencear, mas para esquecer . Se suspende a acção da justiça, não é para a usurpar, mas para a mitigar.

Não ha, pois, (e d'aqui a pouco o documentarei com os factos) não ha exemplo de amnistia semelhante. Conhecem-se amnistias com exclusão de certos individuos, ou certas classes de pessoas. Mas os excluidos dos beneficios da amnistia ficam, por isso mesmo, submettidos á acção dos tribunaes, em cuja presença deduzirão a defesa, de cuja imparcialidade receberão o desagravo, se fôrem innocentes. Esta é a primeira amnistia conhecida na historia, em que a lei, usurpando funcções judicarias, e trocando a balança da justiça pela rasoira do arbitrio, pretende fulminar contra innocentes e réos, amal-

gamados numa promiscuidade impia, a mesma pena, geral, absoluta, irremovível.

Logo, se, para os culpados, é uma redução da penalidade, em que incorreriam, para os innocentes envolve a imposição de castigo, que lhes não toca. De modo que, sendo para os delinquentes mercê, para os injustamente accusados será caprichosa condemnação.

Nos momentos mais sinistros da historia do despotismo na Inglaterra, o parlamento firmou em sangue, pelos *bills of attainder*, a sua pretensão de julgar e condemnar. Os proscriptos da opinião dominante, os suspeitos de crimes contra o estado cahiram aos golpes inexoraveis da onnipotencia parlamentar, posta ao serviço da intolerancia facciosa, ou da subserviencia ao throno. Eram leis de retroactividade penal, verdadeiras sentenças legislativas, differentes da actual apenas no gráu de severidade. Mas não diligenciavam encobrir a sua dureza cruel e arbitraria sob as funcções magnanimas da amnistia. "Podia haver nada mais obnoxio, em um governo livre" (95), pergunta um jurisconsulto americano, "do que o exercicio de potestade tal por uma corporação popular, á mercê de simples maiorias, agitadas pelas luctas de eleições excitantes, inclinadissimas, ainda nas circumstancias mais favoraveis, a desconfiar das intenções dos seus adversarios, recorrendo a medidas de duvidosa legitimidade, para assegurar interesses de partido? Nem todas as condemnações legislativas, que a historia parlamentar registra, apresentam esse character. Outras houve não tão cruas, mas apenas menos detestaveis no serem menos terribes os seus effeitos. Essas sentenças legislativas, que impunham penas inferiores á morte, appellidavam-se *bills of pains and penalties*; mas as provisões constitucionaes, de que nos temos occupado, se dirigem inquestionavelmente *contra toda especie de punição legislativa por delictos, ou suppostos delictos*".

POMEROY firma a mesma these. (96) E STORY, profligando em nome do direito americano, essas monstruosidades; occorridas outr'ora nas Ilhas Britannicas, "em tempos de grosseira servilidade á corôa, ou violentas excitações politicas" (97), mas que alli mesmo não se defendiam como exercicio legitimo da autoridade (98), falla

(95) COOLEY: *Const. Limit.*, p. 318.

(96) POMEROY: *An introd. to the Const. Law*, § 500.

(97) STORY: *Commentaries*, § 1.344, vol. II, p. 217.

(98) COOLEY: *Constit. Limit.*, p. 317.

assim : “Em taes casos o corpo legislativo *se arroga a magistratura judiciaria*, pronunciando-se acerca da culpabilidade do accusado sem nenhuma das formas e salvaguardas do processo, e satisfazendo-se com as provas, que se lhe deparam, sejam, ou não, admissiveis ante as regras da verificação juridica dos factos. Nelles, em summa, a legislatura exercita a mais alta faculdade da soberania, uma faculdade irresponsavel de arbitrio despotico, “*an irresponsible despotic discretion*”, regendo-se exclusivamente pelo que se lhe figura imposição da necessidade, ou conveniencia politica, mas obedecendo apenas, muitissimas vezes, á influencia de temores desarrazoados, ou gratuitas suspeitas. (99)

Solennes arestos contém a historia americana em apoio do principio que desconhece á legislatura o poder de limitar as garantias constitucionaes da defesa do direito perante a justiça.

Já em 1786 o tribunal superior de Rhode Island recusava execução, por inconstitucionalidade, a uma lei da assembléa do estado, que auctorizara, em certos casos, julgamentos summarios, com preterição do jury, a que pelas leis fundamentaes tinham direito os accusados. (100) Em 1795, num pleito ventilado na Pennsylvania, perante magistrados federaes, o juiz PATTERSON, voto vencedor, justificando a sua opinião, formulava uma hypothese congenere a essa, a da suppressão do jury por acto legislativo, e perguntava se esse acto obrigaria os tribunaes. “Não : esse acto seria nullo, por falta de jurisdição, por insufficiencia de poder na legislatura”. (101) Advirta-se, entretanto, que, em ambas as especies, o que se figurava, era apenas a substituição de um tribunal por outro, não a suppressão absoluta do julgamento e do tribunal, absorvidos no congresso.

No seculo actual duas causas assignaladas na chronica forense accentuáram a impossibilidade, em que a constituição collocára, alli, o poder legislativo, de infligir penas, directa, ou indirectamente. A constituição adoptada, em junho de 1865, pelo estado do Missouri estabelecia, para o exercicio de todas as funcções publicas, inclusive as do sacerdocio nas varias confissões religiosas, um juramento, cuja fórmula tinha em mira excluir dessas funcções fosse quem fosse, que, por quaesquer relações, immediatas, ou mediatas, se houvesse

(99) STORY : *Comment.*, § 1344, v. II, p. 216.

(100) *Trevett v. Weeden*. THAYER : *Cases*, I. p. 73-8. — COXE : *Judicial Power*, p. 234-47. — BLACK : *Amer. Const. Law*, p. 53, n. 6.

(101) *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*. THAYER : *Cases*, p. 97.

implicado na revolta do sul contra o norte, e impunha certas penas aos individuos, que não observassem o preceito. Sob essa comminação, o padre Cumming, da igreja catholica-romana, foi accusado, julgado e condemnado. Interposto o recurso para a suprema côrte federal, sentenceou esta que as disposições da *Constituição* do Missouri (não se tratava, cumpre notar, de uma lei, mas de uma provisão constitucional) eram nullas, por importarem um *bill of attainder* (102) e um acto retroactivo. Essas disposições, raciocinava o juiz FIELD, fundamentando o julgado, "essas disposições *presumem o crime* nos membros do clero, e impõem-lhes a privação do direito de prégar, ou ensinar, se elles não illidirem a presumpção mediante o juramento expurgatorio; noutras palavras: *suppõem o crime*, e comminam condicionalmente a pena". E o intento da lei constitucional está em "resguardar os cidadãos contra o esbulho dos seus direitos, sob o pretexto de actos anteriores, por deliberações legislativas, seja qual fôr a apparencia e dissimulação destas". (103)

O caso de invasão da competencia judicial pelo corpo legislativo era, contudo, menos grave então do que na especie vertente. Ali a presumpção de criminalidade se remia pelo juramento de innocencia. Aqui a presumpção de culpabilidade é definitiva e irresgatavel. E a justiça, que aqui é absolutamente excluida, ali intervinha sempre, se não para se pronunciar sobre a imputação de rebeldia, ao menos para applicar a pena associada á omissão do juramento.

Dois actos do congresso nacional (de 2 de julho de 1862 e 24 de janeiro de 1865) instituíram tambem nos Estados Unidos um juramento desse genero, destinado a joeirar d'entre os americanos fieis á União na guerra civil a herva má da revolta. Sentindo-se opprimido por essas resoluções legislativas, o advogado Garland, pessoa conspicua na revolução, em que exercera o cargo de membro do congresso confederado, sendo amnistiado, em 1865, pelo presidente, requereu á suprema côrte que o reintegrasse no seu direito de reasumir o exercicio de sua profissão independentemente do juramento exigido nas duas leis. Discutido o feito, o tribunal pronunciou a nullidade de ambas, declarando que a ellas se adaptavam rigorosamente as conclusões votadas no litigio anterior. Por esse aresto, proferido no mesmo anno que o antecedente, se declararam usurpa-

(102) *Bill of attainder*, na definição dada pelo juiz FIELD, pronunciando a sentença, "é o acto legislativo, que inflige penas sem processo judicial". POMEROY: *Introd.* § 501, p. 409.

(103) *Cummings v. Missouri*. POMEROY: *Op. cit.*, §§ 504, 507, 508.

torios da auctoridade judiciaria e retroactivos os actos legislativos de 1862 e 1865. (104)

Aliás, evidentemente, nos dois casos americanos a oppressão era menor do que no da lei brasileira de 1895 ; porque ali, pela prestação do juramento, os innocentes se podiam eximir á incapacidade, que d'est'arte recahiria exclusivamente sobre os culpados. Mas, ainda assim, o senso constitucional dos americanos não admittiu que os proprios delinquentes, aquelles da parte de quem a resistencia ao juramento de fidelidade á nação poderia considerar-se confissão implicita de responsabilidade na revolta, soffressem uma pena (o esbulho do direito de exercer as suas profissões) não pronunciada por auctoridade judicial.

Esses oraculos da sciencia e do fôro definem e solemnizam verdades ineluctaveis, em que assenta fundamentalmente o regimen da liberdade : ninguem pode ser julgado senão pela auctoridade constitucional (105 ; a auctoridade constitucional é necessariamente um tribunal, singular, ou colectivo (106) ; não ha pena legitima sem decisão dessa auctoridade (107) ; as penas não são exequiveis senão por força de sentença irretractavel. (108)

Como a constituição do imperio, no art. 179, n. 11, de que, nesta parte, é transcrição a constituição da republica, art. 72, § 15, condensa vigorosamente nas seguintes palavras essas garantias, conculcadas pelo dec. de 21 de outubro de 1895 :

*"Ninguém será sentenceado, senão pela auctoridade competente".*

### III

#### ESPOLIAÇÃO E INVASÃO

No decreto de 1895 se encerram, pois, conjuntamente uma expropriação de inalienaveis direitos individuaes e uma invasão das attribuições privativas da justiça. Elle constitue assim não só um

(104) *Ex parte Garland*. COOLEY : *Constit. Limit.*, p. 319-20 — POMEROY : *Op. cit.*, § § 505 e 508.

(105) THAYER : *Cases*, I. p. 80.

(106) BLACKSTONE : *Comment.*, III, p. 350. — MATTIROLO : *Tratt. di Diritto Giudiziario Civile Ital.*, v. I, p. 105. — BLUNTSCHLI : *Dr. Publ. Génér.*, p. 205. — PALMA : *Diritto Costituzionale*, vol. p. 598.

(107) BERNER : *Tratt. di Dir. Pen.* Trad. BERTOLA. P. 235.

(108) "La peine ne peut être exécutée qu'en vertu d'un jugement irrévocable". GARRAUD : *Dr. Pen.*, I, p. 419.



attentado ás pessoas, como um assalto á ordem política da distribuição dos poderes.

A constituição deu ao povo o poder judiciario, diz o annotador de MILLER, "para o proteger contra os abusos de qualquer dos outros ramos parallelos do governo". (109) O poder judiciario, escreve outro jurista americano, "representa de facto o unico baluarte seguro da liberdade". (110)

A' sua guarda constitucional estão confiados esses direitos supremos, inherentes á personalidade livre, um dos quaes consiste em que não ha pena sem processo, nem processo senão pela justiça. Em todas as nações livres "esses direitos estão extra-alcance do poder do estado" (111), acima da propria soberania popular (112), que não pode tocar-lhes senão pelos meios estabelecidos na lei fundamental. (113) Um governo, que deixasse taes direitos á mercê dos depositarios do poder, "por mais democratica que fosse a organização deste", observa um emerito professor da universidade de Harvard, "não seria afinal mais que um verdadeiro despotismo. Admittamos que seja, se vos apraz, um despotismo exercido por muitos, pela maioria; mas, ainda assim, não seria senão despotismo. A termos de entregar á discreção de outrem as condições essenciaes á nossa segurança e felicidade, ha motivo para duvidar se não fôra mais judicioso comnetter essa auctoridade a um só homem do que a muitos". (114) Os melhores publicistas americanos reconhecem que, se prevalecessem, quanto á auctoridade do congresso, as idéas de soberania democratica associadas aos nomes de Jefferson e Jackson, o governo dos Estados Unidos "transformar-se-ia rapidamente em uma tyrannia irresponsavel"; porquanto ali não existem, "para enfrear a legislatura, os sentimentos e tradições sociaes, profundamente enraizados pela antiguidade, que na Grã-Bretanha, constituem a sua grande força conservadora". (115)

Em vão tentam os ultras desse radicalismo, que confunde a maioria com o direito e a justiça com o poder, preconizar a infallibilidade das assembléas populares. As democracias, por causas natu-

---

(109) BANCROFT DAVIS: *MILLER's Lectures*, p. 119.

(110) ORDRONNAUX: *Constitutional Legisl.*, p. 424.

(111) THAYER: *Cases*, I, p. 169.

(112) TIFFANY: *Government and Const. Law.*, p. 157.

(113) COOLEY: *Const. Limit.*, p. 315.

(114) THAYER: *Cases*, I, p. 170.

(115) POMEROY: *An Introduct.*, p. 92, § 136.

raes, não são menos ocasionadas a esses excessos do que os regimens temperados. (116) Um dos anciãos do constitucionalismo americano faz demoradas ponderações acerca da tendencia aberrante do corpo legislativo nas democracias e do papel providencial, que nellas representa, contra esse perigo formidavel, a auctoridade dos tribunaes. "E' constante na legislatura o risco de ser arrastada pelos preconceitos e paixões populares, sob cujo influxo difficil será precatal-a de pesar com detrimento sobre os direitos e prerogativas dos outros poderes. Para o alto encargo de expôr a constituição, e verificar por esse criterio a subsistencia dos actos legislativos, não ha instituição comparavel em valor á de uma justiça veneranda pela sua madureza, dignidade e saber, deliberando moderada e serenamente. Só o exercicio livre dessa attribuição habituará os tribunaes a repellirem as invasões, protegendo todos os orgãos do governo e todos os membros da communidade contra alterações arbitrarías e destruidoras dos seus direitos constitucionaes". (117) Nada pode competir, neste regimen, com a necessidade suprema dessa missão ; porque os abusos das assembléas, abrigados sob a anonymia dos votos collectivos, são, de sua natureza, irresponsaveis, e, quando praticados sob a pressão dos interesses de partido, ou das excitações da opinião, asseguram aos seus auctores a impunidade e o triumpho. O de que a liberdade e a ordem constitucional, portanto, necessitam, para correctivo a taes desmandos, não é a punição, irrealizavel, dos culpados, mas a sua redução á impotencia pela nullidade dos seus actos, quando repugnantes á lei fundamental. "As outras sancções punem o delinquente ; esta libera o cidadão ; as outras não interessam á medida oppressiva ; esta priva-a da acção malfazeja ; as outras occupam-se especialmente com o crime dos agentes officiaes ; esta, com os direitos do povo". (118)

E' ordinariamente por clausulas distributivas, e não por disposições negativas, que as constituições repartem a auctoridade entre os poderes, e asseguram os direitos aos individuos. Quando se delega a um dos poderes constitucionaes a funcção legislativa, a outra a judiciaria, não se ha mister que ao primeiro fique expressamente vedado sentencear causas, ao segundo fazer leis. (119) A adjudica-

---

(116) COOLEY : *Const. Limit.*, p. 314-15. — COOLEY : *BLACKSTONE'S Comment.*, I. p. 124, n.

(117) KENT : *Comment. on Amer. Law.*, I (edi. de 1867), p. 487.

(118) POMEROY : *Op. cit.*, p. 100, § 150.

(119) COOLEY : *Const. Limit.*, p. 208, 313.

ção de prerogativas differentes a entidades distinctas imprime *ipso facto* o character de usurpação ao ingresso de uma no dominio de outra. Toda disposição imperativa envolve a prohibição de tudo o que o contrarie, fustre, ou illuda. A estrutura do governo, a outorga do poder legislativo, a organização do executivo, a instituição dos tribunaes mais importantes crêam limitações á auctoridade da legislatura, tão positivas como se a prohibição estivesse expressa caso por caso". (120)

D'ahi o correctivo da nullidade, impendente sempre a essas incursões de um poder na área constitucional do outro. "Sendo necessariamente inconstitucionaes as invasões de um ramo da auctoridade por outro, os actos desse genero são *de seu principio* nullos. Qualquer arrogação, portanto, das faculdades judiciaes pelo corpo legislativo, com particularidade no tocante a assumptos estritamente comprehendidos na alçada dos tribunaes, e a cujo respeito já exista legislação estabelecida, é exorbitancia do mandato legislativo e, pois, na sua essencia, uma inconstitucionalidade". (121) Por consequencia, "todo e qualquer acto da legislatura, que se proponha a resolver questões de facto, ou materia juridica, relativas a direitos do individuo, ou ao seu patrimonio, seria, de sua natureza, judiciario e, como tal, nullo". (122)

Notava eu, ha pouco, que na generalidade dos casos, a constituição affirma um direito, e d'ahi se infere a prohibição de violal-o, consigna aos differentes poderes as suas funcções, e d'ahi se collige, para cada um, a inibição de entrar pelas dos outros. Relativamente ao poder judiciario, porém, a enunciação da competencia e a interdição de invadil-a são ambas expressas. Depois de ter reservado privativamente aos tribunaes a auctoridade de "*processar, e julgar*" (arts. 59 a 61), e estabelecido que das sentenças de tribunaes só se admittirá recurso para tribunaes (*ibidem*), de onde se evidencia como os juizes não são responsaveis pelas suas decisões, ou susceptiveis de censura por ellas, ante o poder legislativo (123); depois de firmar, por outro lado, os direitos fundamentaes, cuja preservação confiou á tutela da justiça (art. 72), o texto constitucional prohibe expressa-

(120) THAYER: *Cases*, I, p. 166.

(121) ORDRONNAUX: *Constit. Legislation*, p. 377.

(122) BLACK: *Am. Const. Law*, p. 78. — "Il me semble qu'il n'appartient qu'aux tribunaux de faire respecter les lois, de flétrir, de censurer, de punir un citoyen". HYDE DE NEUVILLE: *Mémoires et souvenirs*, II, p. 389.

(123) THAYER: *Cases*, I, p. 76-8.

mente, no § 15 desse artigo, toda e qualquer ingerencia de outra auctoridade, que não essa, na funcção de sentencear, em que se abrange a de julgar, e processar.

As sentenças legislativas, portanto, de que, neste paiz, temos o primeiro exemplo no decr. de 21 de outubro, ao mesmo passo que fraudam a delegação da auctoridade judiciaria, privativa aos tribunaes, quebram tambem a clausula prohibitiva, com que o legislador constituinte, por uma especie de pleonasmio solemne, quiz duplicar a guarda aos direitos fundamentaes.

### Sola et una

De balde percorreríamos (vou mostral-o) toda a historia da amnistia, desde os seus primordios, se quizessemos encontrar parelha ao acto, que sob essa generosa inscripção se votou, o anno passado, nas camaras brasileiras. E' novo o estudo. Mas esta consideração não me seduziria. O que m'o impõe, é o interesse, o valor decisivo, que elle tem para a definição do poder, contra cujo abuso reclamo. Se as tradições da amnistia, em todos os tempos e paizes, revelarem divergencia manifesta entre a noção universal dessa entidade juridica e o sentido, que lhe deu, entre nós, o decr. de 21 de outubro, *ipso facto*, se terá evidenciado que as paixões da epocha, no Brasil, desnaturaram a instituição, a cujo imperio foram constrangidas a simular homenagem. Desde que haja opposição entre o character, que ellas lhe deram, e aquelle, sob que a humanidade considerou sempre a idéa de amnistia, isso por si só bastará, para tornar indubitavel a contradicção entre o legislador ordinario e o legislador constituinte; pois, se este, consagrando a amnistia, se absteve de precisar-lhe a accepção, é, está claro, porque a julgava fixada pela jurisprudencia uniforme das nações e pelas antecedencias constantes do nosso proprio direito.

As amnistias conhecidas antes da innovação de 1895 são ou geraes, amplas, absolutas, ou *restrictas*. As *restrictas* dividem-se em *parciaes* e *condicionaes*: *parciaes*, quando excluem certos individuos, ou classes de individuos; *condicionaes*, quando subordinam o gozo dos seus beneficios á observancia de certos requisitos.

A amnistia, de que se trata, quanto aos officiaes do exercito e da armada, não é parcial; porque os abrange todos; nem é condicional; porque não submette a condições determinadas o accesso ás

suas vantagens. As exigencias, que estipula, infligem aos amnistia-dos, por um periodo fatal, privação de direitos constitucionaes, prejudicando-os, a um tempo, no seu patrimonio e nas condições legaes da sua carreira. E', por uma alliança inaudita de contradictorios, uma *amnistia expiatoria*.

Fóra deste caso exdru-xulo, em todos os exemplos que o mundo tem visto até hoje, assim nas amnistias parciaes, a respeito das pessoas comprehendidas na medida, como nas condicionaes, uma vez satisfeita a condição, a graça opera plenamente, sem gravames, nem expiações ulterio-res.

Essa instituição assoma na historia sob Solon, muito antes de Thrasybulo, a cujo nome costumam ligar os juriconsultos e publicistas a origem da amnistia. O archontado do celebre legislador data de 594 antes da era christã. (124) Ella precedeu, portanto, cerca de dois seculos a de Thrasybulo, que se promulgou em 403. (125) Eleito como reformador e reconciliador, depois de haver recusado a tyrannia, o celebre fundador da democracia hellenica reintegrou, por um acto geral, nos direitos e privilegios de cidadãos os que os tinham perdido por sentença dos archontes. Da indulgencia exceptuavam-se aquelles, cuja condemnação fôra pronunciada pelos ephetas, pelo areopago, ou pelos phylo-basileus (os quatro reis das tribus mediante julgamento no Prytaneo, sob a nota de traição ou homicidio. Para os que não incorriam nessas exclusões era ampla a restituição de direitos.

Quasi duzentos annos mais tarde a Grecia buscava outra vez na clemencia o meio heroico de cura em hora de profundas tribulações. Era no anno de 405 antes de Christo. A noticia do desbarato de Ægospótami cruzara como um raio o Hellesponto, e detonara no Pyreu. Aniquilado o imperio atheniense, Lysandro precipitava a sua marcha contra Athenas, reduzida á insulação, á indigencia e ao desespero, como nos dias em que a ameaçara o exercito do Xerxes. Patrokleides então reuniu o povo, e, obtida a venia indispensavel aos projectos revogatorios de sentenças judiciais, alcançou dos athenienses um acto geral de graça, que restabelecia a commu-nhão dos direitos civis e politicos a favor de immenso numero de cidadãos, processados, ou condemnados. Excluiam-se os senten-

(124) GROTE: *History of Greece*. Ed. de 1869, Vol. III, p. 90. — HOLM: *History of Greece*. Trad. ingl. Vol. I (1894), pag. 390.

(125) DURUY: *Histoire des Grecs*. Vol. II, pag. 614.

(126) GROTE: *Hist. of Greece*, vol. III, pag. 102.

ceados a exílio e morte, bem como os socios dos Quatrocentos, que se houvessem furtado pela fuga á acção dos tribunaes. (127) E, para ficar materialmente assignalado o esquecimento, mandaram-se queimar os registros criminaes, emquanto os athenienses juravam solemnemente, na acrópole, a reconciliação geral.

Só em terceiro lugar, portanto, se nos offerece a amnistia, a que se ligou para sempre o nome famoso do restaurador da democracia atheniense, e a que a justiça mandaria associar, a meu ver, o de Pausanias. (128) No pacto entre o general espartano e Thrasybulo ficou ajustada, com a paz, a amnistia. Desta exceptuaram-se apenas os Trinta Tyrannos, os Onze, que, sob as ordens delles, haviam presidido á execução das suas atrocidades, e os Dez, que tinham dominado no Pyreu. A esses mesmos, porém, se permittia repatriarem-se, invocando a justiça dos tribunaes; e, se fossem absolvidos, entrariam, como os demais, na fruição absoluta da amnistia. (129) Ella foi religiosamente observada pelos gregos, que aliás, não confundindo a força com a ordem, a oppressão com a auctoridade, ficaram chamando a esses funestos quinze mezes de suppressão da liberdade "o anno da anarchia". Os resentimentos emmudeceram. Ninguem foi perseguido. No juramento imposto aos heliastas se inseria esta clausula: "*Juro não me lembrar do passado, nem consentir que outrem o lembre*". (130) E, graças a esse acto de magnanimidade, havia de dizer mais tarde Demosthenes que "a Thrasybulo devia a republica a salvação". (131).

Quatro seculos depois, ainda se pronunciava do mesmo modo um contemporaneo, subdito e corteção de Tiberio: "*Haec oblivio, quam Athenienses amnestia vocant, concussum et labentem civitatis statum in pristinum habitum revocavit*". (132)

Hoje, entre povos mais adeantados em civilização do que Athenas e, talvez, do que a Europa, seria provavelmente reformada essa opinião favoravel aos effeitos reconstituintes da amnistia após as luctas civis. Como, porém, o que faz ao meu proposito, é o exame dos factos juridicos, não a sua apreciação politica, o que me cumpre

(127) GROTE: *Hist. of Greece*, vol. VIII, pag. 12-16.

(128) CURTIUS: *Hist. of Greece* Trad. WARD. vol. IV, pag. 48-52.

(129) GROTE: *Hist. of Greece*, vol. VIII, pag. 94.

(130) DURUY: *Histoire des Grecs*, vol. II, pag. 617.

(131) DEMOSTHENES, *Contra Timocrates*, 135.

(132) VALERIUS MAXIMUS: *Factorum et dict, memorabilium*, vol. IV. c. 1., n. 4.

accentuar aqui, é que, no seio da nação em cuja alta cultura teve seu berço a amnistia, esta instituição, para os envolvidos na sua orbita, nunca estabeleceu condições e muito menos se deixou acompanhar jamais de restricções expurgatorias.

Os romanos não lhe conservaram o nome original ; mas sob o de *generalis abolitio* lhe mantiveram a feição primitiva. A abolição geral era, entre elles, o apagamento, o olvido, a extinctão da possibilidade de processo. "*Abolitio est delectio, oblivio vel extinctio accusationis*" (133) Commentando os principios do direito imperial neste ponto, CUIACCIO estabelece a identidade entre a *generalis abolitio* e a *amnistia*, preceito de esquecimento ambas, eliminação da criminalidade, indulgencia sem restricções : "*Haec indulgentia perfecta est abolitio criminum et lex oblivionis et amnistia*". (134) Fôra dessa expressão completa da clemencia publica, só se conhecia o indulto, a graça, sob as suas formas individuaes : a *purgatio*, que, a requerimento do accusador, extinguiu a accusação, e a *deprecatio*, que, a pedido do accusado, remittia a pena, deixando intacto o stygma da culpa. (135)

Nos paizes germanicos, as amnistias, que deixaram lembrança duravel, foram amplas. Assim a que se estabeleceu no tratado de Passau, que celebrado em 1552 entre Carlos V e os principes allemães, promulgou a liberdade religiosa. Essa amnistia "foi mais que geral e absoluta ; porque, depois de amnistiar os combatentes, parecia querer amnistiar a propria guerra, qualificando de simples exercicios militares as campanhas do Mauricio de Nassau". (136) Plena e geral foi tambem a amnistia convencionada, em 1648, no tratado de Munster, que cerrou a guerra dos Trinta Annos. (137) Teve ainda a mesma largueza a amnistia decretada, em 1867, pela Austria a favor da Hungria. (138) A propria amnistia arrancada ao principe de Schwarzenberg, em 1849, durante o armisticio de Novara, promettia segurança inteira de direitos a todos os italianos, que voltassem aos lares abandonados na Lombardia e na Venecia, excluindo

(133) PAULUS, *Sentent.*, L V. t 17, C. I. 1, *De gener. abolit.*

(134) *Comment. ad tit. Cod. De generali abolitione.*

(135) "*Indulgentia, patres conscripti, quos liberat, notat, nec infamiam criminis tollit, sed poenae gratiam facit*". C. L., 1, *De gener. abolit.*

(136) A. HEBRARD : *Amnistic. (Diction. génér. de la Politiq. par M. BLOCK, v. I, p. 66).*

(137) *Ibid.*

(138) A. LÉGER : *A History of Austro-Hungary. Trad. HILL. 1889, p. 576.*

nominalmente aquelles, a quem o governo vencedor não perdoava. (139) Os que regressassem á patria pela porta da amnistia, iam encontral-a completa. Ao menos este era o compromisso ; e o facto juridico é este. O mais moderno exemplo desses actos de clemencia politica, naquella parte da Europa, é o decreto imperial da amnistia, promulgado aos 9 de fevereiro de 1878 em favor dos incursos, por evasão do serviço do exercito, no art. 140 do cod. penal do imperio da Allemanha e no art. 33 da lei militar, sob a condição de se apresentarem ás autoridades no prazo de oito mezes. (140)

Typo das amnistias hypocritas forão as declaradas na Hollanda, por Felipe II, sob a tyrannia infernal do Duque d'Alva. A primeira é de 1570, e foi promulgada, entre pompas officiaes, aos 14 de julho. Houvera quatro projectos differentes, para o simulacro de clemencia, que se queria. O escolhido traduzia a severidade mais implacavel, revestindo as insignias da misericordia. Definuiu-a um historiador, dizendo que "só os innocentes foram perdoados". (141) Tamanho era o rol de excepções ! Não ousou, comtudo, o despotismo hespanhol, nessa farça odiosa, alterar o character juridico da amnistia ; porque, submettida como era, a condições inquisitorias e a innumerass excepções, a medida, para os que não incidiam nestas, ou se desempenhassem daquellas, operava como acto de graça sem reservas. Por outra, uma vez recebida a amnistia, os amnistiados já não tinham culpas, que purgar. Escreveu o duque d'Alva para Madrid que o acto da bondade real fora acolhido "con gran contentamento del pueblo", e só os demagogos vociferavam, "porque non quisieran excepcion ninguna". (142) Os historiadores affirmam, pelo contrario, que a Hollanda inteira clamava contra a malvadez dessa condemnação, pronunciada sob o nome de indulto. E parece, com effeito, que os demagogos tinham sempre mais razão do que o fidalgo castelhano ; porque, quatro annos mais tarde, pela amnistia de 6 de julho, o rei convidava todos os seus vassallos transviados e penitentes a lhe voltarem aos braços, sob a condição unicamente de se reconciliarem com a Igreja. Poucas excepções continha esse decreto, e todas nominativas. (143) Os que sob ellas não recahiam, eram readmittidos á communhão como innocentes.

(139) COUNTESS CESARESCO : *The Liberation of Italy* (Lond., 1895), p. 176-7.

(140) *Annuaire de lég. étrang.*, 1878, pg. 202.

(141) LOTHEOP MOTLEY : *The Rise of the Dutch Republic*, vol. II, pg. 287-91.

(142) *Ib.*, p. 290.

(143) *Ib.*, p. 542.



Restaurada a corôa, na Inglaterra, depois da revolução puritana, no seculo dezesete, Carlos II inicia o seu reinado por uma amnistia plena. Mais realista do que o rei, o parlamento a emenda, para excluir os regicidas. Mas nem num nem noutro caso se deturpa o character da instituição : amnistia geral, no primeiro ; amnistia com exclusões, no segundo. Avulta, depois dessa, a de 1717, promulgada pelo *Act of grace and Free Pardon*, que abriu aos jacobitas as portas das prisões, e livrou do cadafalso dezenas de condemnados. A clemencia do rei Jorge, que um pamphleto bajulatorio do tempo acclamava "superior á do proprio Deus" (144), não deixou de embaciar-se com algumas excepções, menos aliás em numero do que as então usuas nessas demonstrações da régia magnanimidade, bem que algumas de dureza cruel. (145) Em vão, porém, buscarieis alli qualquer coisa assimilavel á invenção, que ora se discute : a decretação de uma inferioridade legal para os amnistiados, o *prolongamento da expiação além da amnistia*. Sobre as feridas da revolta de 1745 a victoria da legalidade ingleza derramou, em 1747, o mesmo balsamo, que, em 1717, verterá sobre a de 1715. O *Act of Indemnity*, que a pronunciava, recusou a amnistia a oitenta nomes ; mas para os não enumerados nessa lista a instituiu sem restricções. (146)

Na litteratura juridica italiana só encontro menção de uma amnistia com limitações ; a de 1860, cujo decreto lhe fazia cessar o beneficio para os amnistiados reincidentes em delictos de certa gravidade. (147) Dessa mesma disposição, porém, se patenteia que os amnistiados haviam entrado a pleno na fruição da amnistia. A reincidencia é que crearia, para elles, depois, uma situação nova. A amnistia, com que o rei Humberto inaugurou o seu reinado, por decreto de 18 de janeiro de 1878, abrangia plena e illimitadamente todos os crimes politicos e delictos de imprensa. (148) Hoje a materia se rege, no direito italiano, pelo cod. do processo penal de 1890, arts. 830 e 832, correspondentes aos arts. 830 e 932 do cod. do processo penal de 1865. Elle não conhece outra amnistia, alem

(144) TINDAL'S, *History*, vol. VII, p. 160. *Apud* LORD MAHON : *Hist. of Engl.*, I, p. 293.

(145) LORD MAHON : *History of England* (1713-1783), vol. I, p. 293.

(146) *Ib.*, vol. III, p. 337.

(147) COGLIOLO : *Completo Trattato de Diritto Penale*, vol. 1, parte III. pag. 982.

(148) *Annuaire de législat, étrangère*. 1878. P. 306.

da incondicional. Amnistia punitiva, não a conceberam alli jurisconsultos, nem estadistas. Ainda bem que nos deixaram alguma coisa por descobrir.

Da Hespanha recordarei a amnistia de 1849, cujo acto, de 8 de junho, <sup>pr</sup> rezava, no art. 1.º: "Concede-se a amnistia completa, geral e sem excepção a todos os actos políticos anteriores a este decreto".

Em França, antes da revolução, já se praticava, sob o nome de alvarás de abolição geral, a amnistia, "no sentido em que presentemente a entendemos". Mas é de 1789 para cá, e especialmente durante o primeiro periodo revolucionario, que se amiuda alli o exercicio desse poder soberano. A revolução, que profligou de damninho abuso o malbarato da justiça pelos alvarás de abolição individuaes, foi notavelmente fertil em medidas geraes de amnistia.

D'entre ellas, foram absolutas a de 14-15 de setembro de 1791, a de 28 de set. 1791-19 de junho de 1792, a de 17 de setembro de 1792, a de 12-13 de fevereiro de 1793, a de 22 de agosto-2 de setembro do mesmo anno, a de 12 frimaire, anno III (2 de dez. de 1794), a de 4 brum., anno IV (26 de out. de 1795), a de 8 fructidor, anno IV (25 de ag. de 1796).

Continham excepções :

a amnistia de 3 setembro de 1792, que excluia (art. 2) os individuos accusados de comluio contra a livre circulação de cereaes ;

a de 11-12 de fevereiro de 1793, que proscrevia das suas vantagens os homicidas e incendiarios (art. 2) ;

a de 8-9 frim., anno II (28-29 novembro de 1792), que não comprehendia os crimes de assassinio e incendio perpetrados nas insurreições, a que deu causa a carestia dos viveres (art. 4) ;

a de 29 nivose, anno III (18 de jan. de 1795), que abrangia unicamente os individuos, cujas sentenças não tivessem entrado em execução ;

a de 7 frim., anno IV (28 de nov., 1795), que recusava a clemencia do acto legislativo de 26 do mez anterior aos presos conhecidos pelo nome de « chouans, ou rebeldes » (art. 2) ;

a de 14 frim., anno V (4 de dez., 1796), que mantinha (art. 1.º) a deportação contra os individuos, a que fora nominalmente imposta pelos decretos de 12 germinal anno V ;

a de 25 pluviose, anno VI (15 de fev., 1798), que negava os beneficios da amnistia, proclamada na Corsega depois da expulsão

dos inglezes, aos participantes na conspiração de 13 vendemiaire anno IV, aos falsarios e emigrados (art. 1.º) ;

a de 25 thermidor anno VIII (15 de agosto de 1800), que não se estendia (art. 8.º) ás pessoas inscriptas no rol dos emigrados e a certas outras sujeitas á vigilancia policial. (149).

Do primeiro imperio, em França, se registram dois grandes actos de amnistia. Um é de 25 de março de 1800, em celebração do consorcio imperial. Esse, abrangendo certas condemnações de policia correccional, os delictos florestaes não julgados, as evasões á conscripção e as deserções, estatua (art. 12) que para desfructar o seu beneficio, os desertores deviam apresentar-se, dentro em dois mezes, ás auctoridades militares. (150). O outro, decretado em 24 de abril do mesmo anno, a favor dos francezes que tivessem empunhado armas contra o imperio nos exercitos das potencias continetaes, com que elle reatara amizade, tornava dependente essa graça (art. 2) de um compromisso, firmado pelos beneficiarios, de não tornarem a se alistar sob chefes estrangeiros. (151) Amnistia parcial, no caso do primeiro decreto ; amnistia condicional, no do segundo. Ambos, juridicamente correctos ; porque ninguem contesta ao legislador o direito de recusar a certas categorias de individuos a mercê da amnistia, ou impôr a outros, *antes de a receberem, e para que a recebam*, a satisfação de certos requisitos. O que não se concebe, nem se viu jamais, é que, depois de investidos na amnistia, e pelo proprio acto que nella os investe, os amnistiados continuem a pagar o crime, cujo esquecimento ella ordena.

Sob a Restauração se contam, em França, as amnistias seguintes :

a de 23-28 de abril de 1814, relativa a delictos contra a obrigação do serviço militar ; acto de clemencia, em que não participavam os funcionarios arguidos de furto e concussão (art. 3) ;

a de 19 de junho do mesmo anno, absoluta, a respeito dos subditos francezes que tinham combatido contra Bonaparte nas fileiras prussianas ;

a de 11-21 de julho no dicto anno, concernente a delictos florestaes, da qual se excluam particularizadamente (art. 2) algumas transgressões desse genero ;

(149) DALLOZ : *Répert.*, vol. III, p. 506-9.

(150) *Ib.*, p. 509-510.

(151) *Ib.*, p. 510.

a de 13-14 de janeiro de 1815, em beneficio dos indiciados nas desordens de 1814, não contemplados apenas (art. 1) os accusados de morte, ou ferimentos graves ;

a de 12 de março-6 de abril desse anno, em justificação dos funcionarios que tinham conspirado a queda do throno imperial, menos treze nomes (art. 2), de politicos mais ou menos eminentes, que individualmente se mandavam submitter a processo ;

a de 12-14 de janeiro de 1816, que absolveu os conniventes na usurpação dos Cem Dias, tirante os membros da familia Bonaparte, os já condemnados, ou processados, os auctores de crimes contra particulares e os regicidas (arts. 3-7) ; (152)

a de 13 de novembro de 1815-15 de janeiro de 1817, em favor dos accusados de deserção ;

a de 13-14 de agosto de 1817, perdoando os réos de crimes correccionaes originados pela escassez dos generos alimenticios, salvo os casos de reincidencia (art. 2) ;

a de 20-27 de outubro de 1820, 28 de maio-6 de junho de 1825 e 3 de novembro de 1827, relativa a delictos florestaes, exceptuados os de adjudicatarios ou funcionarios malversores ;

a de 28 de maio-6 de junho de 1825, extensiva a todos os individuos condemnados a penas correccionaes por certos actos politicos ;

a de 29 de maio-6 de junho do mesmo anno, que relevou a deserção aos marinheiros, bem como ás praças e aos officiaes de certos corpos de terra, sob a condição (arts. 3-5) de comparecerem á presença das autoridades em prazo determinado. (153)

A monarchia de julho solemnizou o seu advento com o acto de 20 de agosto de 1830, que annullava, por uma amnistia geral, todas as condemnações pronunciadas, em França, por delictos politicos, desde julho de 1815.

Outras mercês soberanas, do mesmo genero, vieram, no mesmo anno, agrupar-se em torno dessa, agigantando o apparatus da clemencia real : tres amnistias militares, duas a delictos florestaes e infracções de regulamentos da pesca, uma aos banidos pela lei de 12 de

(152) "Em presença das ardentes paixões que dominavam a camara *introuvable* não se atreveu Luiz XVIII a pronunciar por si a amnistia imposta pelos acontecimentos dos Cem Dias". PIERRE : *Traité de droit politique*, p. 569. Em razão disso essa amnistia foi decretada por acto legislativo. Aquella camara valia sempre mais do que as de certas democracias republicanas.

(153) *Ib.*, p. 510-515.

janeiro de 1816, com que já me occupei, outra ás contravenções policiaes.

Era plena a amnistia outorgada aos réos de delictos policiaes por acto de 26 de setembro.

Promulgada em 11 de setembro, a amnistia concernente aos proscriptos da Restauração era geral e incondicional.

As duas relativas a contravenções florestaes e infracções do regimen legal da pesca e da caça (decretos de 8-19 de novembro e 7-23 de dezembro) exceptuavam os adjudicatarios e licenceados, incursos em abuso das suas respectivas concessões.

As tres amnistias militares foram prescriptas por actos de 28 de agosto-10 de setembro, 5-17 de setembro e 21-25 de outubro. A ultima agraciava, sem restricções, os subalternos e soldados, convencidos de insubordinação e violencia contra seus superiores. As duas outras, que relevaram a culpa aos desertores e retardatarios do exercito e da marinha, eram plenas e absolutas para certas categorias de amnistiados. Outros ficavam sujeitos a preencher o seu tempo de serviço legal. (Art. 4 do decr. de 28 de agosto e 6 do de 5 de setembro). Não se incluíam no beneficio desses actos os que se não apresentassem ás auctoridades no prazo estipulado e os desertores já condemnados na data da promulgação da amnistia. (Arts. 5 do decr. de 28 de agosto e 8 do de 5 de setembro). (154)

Sob o governo de Luiz Felipe ainda se apontam duas amnistias, ambas geraes : a de 8-11 de maio de 1837, aos presos por crimes politicos, e a de 30 de maio do mesmo anno, aos contraventores das leis concernentes á pescaria e ás florestas. (155)

O governo provisorio de 1848 prescreveu uma grande amnistia absoluta, mandando pôr em liberdade todos os detidos politicos. (156)

Duas vezes usou Luiz Napoleão do direito de amnistia, que, pelo senatusconsulta de 25 de dezembro de 1852, fora reservado ao imperador : a primeira (16 de agosto de 1859) foi de plena e completa mercê a todos os individuos condemnados por crimes ou delictos politicos, assim como aos que tinham sido objecto de medidas de segurança geral ; a segunda (14 de agosto de 1869), egualmente de

(154) *Ib.*, p. 515-17.

(155) *Ib.*, p. 517-18.

(156) EUGENE PIERRE : *Traité de droit politique, élect. et parlement.* (1893), p. 570.

caracter geral e absoluto, abrangia todas as responsabilidades da mesma natureza e bem assim as infracções das leis de imprensa. (157)

As camaras, a que se confiou, após a ruina do segundo imperio, a missão de reconstituir a França, tiveram que encarar a tremenda questão das responsabilidades da communa. Nem mesmo sob o Terror de 1793 a demagogia em delirio tocára os paroxismos desse frenesi, que devastou e incendiou por mãos francezas Paris sitiada pelos allemães. Os governos mais illustrados e liberaes, o da Italia, o da Espanha, o da Suissa, o dos Estados Unidos, accedendo á extradição dos cúmplices da sedição communista, reconheceram que não se tratava de crimes políticos, mas de um regimen de "assassinio, roubo e incendio, systematicamente organizados", como affirmára Julio Favre. "E' a mais tremenda insurreição, por que a França tem passado", escrevia Mac Mahon, no seu relatorio ao corpo legislativo, mostrando que, para a vencer, fora necessario tomar 1.600 canhões, 400.000 espingardas, 25 mil prisioneiros e cinco formidaveis fortalezas, empregando na campanha 100.000 homens e os primeiros generaes da França. Nem a "esses atrozes sclerados", que combatiam as tropas leaes com bombas de petroleo, nem a esses incendiarios, "cujo acto abominavel não tem exemplo na historia" (158), e para com os quaes o chefe do poder executivo sustentava, em 1871, que "a consciencia publica devia ser inexoravel", posto que segundo as leis, com as leis e pelas leis, (159) nem a esses faltou a clemencia nacional. Um projecto de lei, adoptado pela assembléa nacional, de accôrdo com o governo, em 17 de junho de 1871, delegava o direito de indultar os réos da communa ao chefe do poder executivo, com acquiescencia de uma commissão parlamentar para esse fim constituida. Annos mais tarde veio a amnistia pela lei de 3 de março de 1879, cujo art. 1.º estendia essa providencia a todos os condemnados por crimes e delictos politicos, que o presidente da republica houvesse agraciado, bem como aos que viesse a agraciar no praso de tres mezes, exceptuando os sentenceados a trabalhos forçados como incendiarios, ou assassinos.

E', como se vê, uma amnistia condicional e parcial. Parcial, porque não abrangia certos attentados de excepcional gravidade. Condicional, porque se subordinava á obtenção prévia do indulto.

---

(157) *Ibidem.*

(158) THIERS: *Discours parlementaires*, vol. XIII. pg. 274-77.

(159) *Ib.*, p. 278.

Nada ha, nos principios de direito, que oppôr á condição. "Concederemos amnistia", dizia o relator da commissão da camara dos deputados, "áquelles, a quem o chefe do poder executivo conceder perdão". Tão pouco haverá fundamento, para objectar á excepção. O poder legislativo está no seu direito, "creando categorias de individuos, para outorgar a amnistia a uns, e denegal-a a outros". (160)

A lição dos Estados Unidos não discrepa destas regras. A guerra separatista abrija ali feridas incomparaveis. Assume propoções quasi fabulosas essa lucta, que tinha obrigado o governo legal a armar mais de 670 navios, que puzera em campo, dos dois lados, tres milhões de homens, que devorara um milhão de vidas, que distribuira entre os belligerantes quatrocentos e noventa mil prisioneiros, que custara á nação oito milhares de milhões de dollars, ou, ao cambio actual, mais de quarenta milhões de contos. Entretanto, ainda no mais acceso do conflicto, durante o seu periodo mais agudo, não escapou ao legislador americano a utilidade provavel da clemencia como medida sedativa e reconciliadora. O acto de 17 de julho de 1862, § 13, auctorizou o presidente da republica a amnistiar os envolvidos na insurreição. (161) Em consequencia decretou successivamente o poder executivo (Lincoln, e depois d'elle Johnson) varias amnistias, em 8 de dezembro de 1863, 26 de março de 1864, 29 de maio de 1865, 7 de setembro de 1867, 4 de julho de 1868 e 25 de dezembro do mesmo anno. (162) Todas, menos a ultima, instituam excepções cuidadosamente circumstanciadas, comprehendendo nellas principalmente os funcionarios da União, que se tinham bandeado para os rebeldes, e os que, no exercito, ou na esquadra, na administração, na diplomacia, ou no corso, haviam servido á causa revolucionaria. A de 25 de dezembro de 1868 rematou a serie, beneficiando *unconditionally and without reservation* todos os que, directa, ou indirectamente, se envolveram no movimento confederado. Temos, pois, uma amnistia incondicional, terminando uma successão de amnistias regularmente condicionaes.

Assim que não se nos depara, em toda a historia da amnistia, fóra deste paiz, *um só* simile para a adoptada no Brasil em 1895.

Poderemos acaso encontral-o nas tradições nacionaes?

Tambem não.

(160) PIERRE: *Op. cit.*, pg. 572-4.

(161) TIFFANY: *A Treatise on Government*, p. 325.

(162) JOHNSTON: *Amnesty*. LALOR'S *Cyclopaedia of Political Science*, vol I, p. 89-90.

O primeiro acto desse genero, que entre nós se memora, data de 1836. Na sua proclamação de 4 de dezembro de 1835, o regente promettera amnistia aos sediciosos do Rio Grande. (163) D'ahi a disposição contida no decr. legislativo n. 40, de 11 de outubro, que, suspendendo por um anno as garantias estabelecidas nos §§ 6-10 da constituição, art. 179, estatuiu, no art. 6.º :

"Ficam amnistiados todos os que tiveram parte na sedição de 20 de setembro de 1835, e se submeteram depois á ordem legal, e cooperaram para que esta prevalecesse".

Era uma amnistia sem condições, para os que tivessem trocado a causa da rebeldia pela da legalidade.

Segue-se a esse o decr. imperial de 22 de agosto de 1840. Já então se achava nas mãos do imperador, maior, o poder de amnistiar, que, sob a regencia, em virtude da lei de 4 de junho de 1831, era exercido pelas camaras. Esse acto enunciava-se assim :

"Art. 1.º E' concedida amnistia a *todos* aquelles, que estiverem por qualquer forma envolvidos em crimes politicos, commettidos até á publicação do presente decreto em cada uma das provincias do imperio.

"Art. 2.º Ficam em perpetuo silencio, como se nunca tivessem existido, os processos e sentenças, que tiverem tido logar em virtude de crimes politicos, para mais não produzirem effeito algum contra as pessoas envolvidas nos mesmos crimes, nem por taes crimes se instaurarão novos processos". (164)

Emquanto a amnistia de 1895 institue, para individuos contra quem não houve sequer tentativa de processo, uma situação penal independente de sentença, a de 1840 manda reduzir a perpetuo silencio até as sentenças criminaes devidamente processadas. E' flagrante o contraste.

A esse decreto, em virtude do qual entraram no goso da amnistia, sob as presidencias de Alvares Machado, Saturnino e Caxias, mais

---

(163) ARARIPE : *Guerra civil no Rio Grande do Sul*, pg. 52.

(164) Esse decr., que se omittiu na collecção official das *Leis* do Brasil, vem transcripto, á pags. 5 e 6, no seguinte opusculo, hoje raro. "*Defesa da intelligencia e applicação illimitada do § 9. art. 101 da constituição do Imperio a respeito da amnistia em geral e positivamente sobre os effeitos da concedida pelo decr. de 22 de agosto de 1840, ou refutação analytica bem que respeitosa do accordam de concessão de revista proferido no Supremo Tribunal de Justiça em 14 de Agosto de 1849 entre partes recorrente a Fazenda Nacional, recorrido Higino Pires Gomes.* Rio de Janeiro, 1849".



de 3.200 rebeldes (165), succedeu o de 14 de março de 1844, n. 342, que, mediante previa consulta do conselho de estado, prescrevia :

“Art. unico. Ficam amnistiados *todos* os crimes politicos commettidos em o anno de 1842 nas provincias de S. Paulo e Minas Geraes, e em perpetuo silencio os processos. que por motivo delles se tenham instaurado”.

Não se dera mal o governo com a politica de benignidade, praticada no Rio Grande. “A salutar providencia”, diz um chronista daquelles factos, “fez regressar a ordem legal, o socego publico e a tranquillidade individual, para recommençar o trabalho civilizador”. (166) Crentes na efficacia do remedio experimentado, os mais insignes estadistas do imperio se apressavam em aconselhar á corôa a amnistia franca e illimitada como o melhor balsamo contra os dolorosos effeitos das revoluções. O brilho desses actos não se empanava com reservas mesquinhas. O que se fizera com o Rio Grande, o que se fez com S. Paulo e Minas Geraes, veio a se fazer egualmente com Pernambuco.

Rezava assim o decr. n. 576-A, de 11 de janeiro de 1849 :

“Hei por bem auctorizar o presidente da provincia de Pernambuco, para conceder amnistia áquelles individuos comprehendidos na rebellião, que se tornarem dignos da minha imperial clemencia, depondo as armas, e submettendo-se ao meu governo”.

Só uma condição punha a clemencia imperial aos que se destinava a beneficiar : a deposição das armas, a submissão á lei. Feito isso não havia limitação á graça offerecida. Nem o legislador considerou necessario definil-a. A amnistia tinha a sua definição no seu proprio nome.

Depois nunca mais houve occasião de usar, no Brasil, esse poder constitucional, senão já nos dias agitados da republica, em que tivemos duas amnistias antes da de 1895, a primeira das quaes é a de agosto de 1892, cujo decreto assim se exprime :

“Art. 1.º E’ concedida a amnistia :

“1.º A todos os cidadãos implicados nos acontecimentos que motivaram o decreto executivo de 10 de abril deste anno, declarando em estado de sitio a capital federal.

“2.º A todos os que directa ou indirectamente tomaram parte na revolta das fortalezas da Lage e Santa Cruz, em 19 de janeiro

---

(165) ARARIPE, *ib.*, p. 225.

(166) *Op. cit.*, p. 226.

deste anno, quanto aos crimes sómente que estiverem ligados a este movimento". (167)

Em seguida a essa se nos depara a declarada pelo decr. n. 83, de 15 de setembro de 1892 :

"E' concedida a amnistia aos individuos, que tomaram parte nos movimentos revolucionarios do estado de Matto Grosso, e aos que se envolveram, directa, ou indirectamente nos do Rio Grande do Sul".

Eis a tradição nacional.

Ora, como ambas as constituições, que o Brasil tem tido, se abstiveram de precisar o significado juridico, o alcance, os limites da auctoridade conferida, sob o nome de amnistia, no imperio, ao poder moderador (const. de 1823, art. 101, § 9.º), na republica, ao congresso nacional (const. de 1891, art. 34, n. 27), claro está que o unico meio de verificar o pensamento do legislador constituinte consiste na hermeneutica estabelecida pelos precedentes.

Um dos mais penetrantes e auctorizados constitucionalistas americanos (168) demonstra cabalmente que a definição do poder de amnistiar, consagrado, mas não definido, na constituição dos Estados Unidos, ha-de ir buscar-se na jurisprudencia ingleza ; porque, sendo esta a vigente no paiz ao tempo da independencia, no seu vocabulario é que se havia de ir encontrar a intelligencia de linguagem usada pelos organizadores do novo regimen. "E' remontando ao direito inglez", diz elle, "que havemos de precisar a extensão ás funcções do presidente : cabe-lhe recorrer aos meios da clemencia, toda a vez que as circumstancias forem taes, que legitimassem, na Inglaterra, esse recurso : *under whatever circumstances, it might have been resorted to in England*". (169) Nem esta é meramente a opinião do auctor, mas a doutrina judiciariamente firmada pela suprema côrte federal, segundo cujas sentenças a palavra "perdão", "que, na phraseologia britannica e americana, comprehende a amnistia", "abraça tudo o que, ao tempo de se adoptar a constituição, se traduzia por esse vocabulo no direito inglez : *nach dem Oberbundesgericht*

(167) Esse decreto não se acha no volume correspondente da nossa collecção de leis. Mas está publicado no *Diario Official* n. 212, de 6 de agosto, de 1892, p. 3.305.

(168) POMEROY : *An introduct. to the constit. law of the Un. States*, p. 574-76.

(169) *Ib.*, p. 585.

*das Wort pardons alles das in sich begreift war zur Zeit der Annahme der Konstitution in englischen Recht darunter verstanden wurde". (170)*

Semelhantemente, não estando expressado, entre nós, nos textos constitucionaes, o conceito juridico da amnistia, onde havemos de ir tomar os elementos, para reconstruir a intenção do legislador constituinte? Na historia da instituição em nosso paiz e nas leis que a regiam, quando se elaborou o pacto fundamental.

A historia da instituição, neste, como em todos os demais paizes, já vimos que se oppõe irreconciliavelmente ao emprego dado pelo congresso brasileiro, em 1895, á attribuição legislativa da amnistia.

Agora, se quizermos saber, por textos formaes, o que, em fevereiro de 1891, quando se fez a constituição, se entendia, no Brasil, por *amnistia*, ahí a temos nitidamente caracterizada no codigo penal de 11 de outubro de 1890 (são visinhas as duas datas), cujo art. 75 reza :

"A amnistia extingue *todos* os effeitos da pena, e põe perpetuo silencio ao processo".

Sob as idéas reinantes entre nós no periodo gestativo da constituição, amnistia era isso : a interdicção perpetua do processo e a extinção absoluta da pena. A essa luz se contorna claramente a concepção da constituinte, quando no seu acto capital se referiu á amnistia. Desse pensamento alonga-se, pois, em rumo diametralmente opposto o decreto de 1895, que, se dicta perpetuo silencio ao processo, é para saltar pelo obstaculo constitucional da defesa, impondo, fóra dos tribunaes, uma condemnação arbitraria a uma classe inteira de cidadãos.

Não podia ser mais violenta a inconstitucionalidade.

Assim que, estudada do ponto de vista das noções estabelecidas quer pelas antecedencias estrangeiras, quer pelas nacionaes, a amnistia de 21 de outubro *está em unidade*.

Essa posição absolutamente solitaria, expressão sufficiente da sua extravagancia, basta, para lhe classificar o antagonismo com a natureza constitucional da amnistia.

A esse aspecto, a heteróclita amnistia de 21 de outubro é inconstitucional, porque é injuridica. O conceito, que no texto da nossa lei fundamental se não exara, dessa instituição, suprem-n'o os rudimentos geraes de direito. O acto, que perante estes não é amnistia,

---

(170) VON HOLST: *Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von America* MARQUARDSEN'S *Handbueh der Oeffentlichen Rechts*, § 60, pag. 113.

não pode sel-o perante a constituição. Ora, em face do direito penal e do direito político, na Europa e na America, amnistiar é absolver, relevar, esquecer. Rotular com o distico de amnistia uma sentença condemnatoria, pronunciada pelo congresso, trocando a função de legislar na de julgar, e dissimulando sob a prerrogativa de agraciar o arbitrio de punir, não é exercer a bemfazeja attribuição, que a carta republicana deu á representação popular : é invertel-a. Mas *pretextu liciti non debet admitti illicitum*.

### Amnistias “restrictivas”.

Verdade seja que, nos annaes dessa instituição se consignam dois exemplos de actos de amnistia, em que os amnistiados ficaram adstrictos a certa limitação de direitos.

Esta, porém, nas *hypotheses*, resultava de *processos concluidos e condemnações pronunciadas nos tribunaes*. A acção do legislador, ahi, não degenerava, portanto, do character da amnistia ; porque, reduzia castigos já impostos por sentença. Attenuar a pena, se não é estrictamente amnistiar, é, em todo o caso, agraciar. Se não ha identidade, ha indubitavelmente congenialidade entre os dois factos. O direito de commutar inclue-se no de absolver, o de minorar a expiação no de eliminar o delicto.

O que não está, porém, nem na competencia do legislador, nem no objecto especifico da amnistia, é abstrahir do magistrado, e arre-dar o processo, para fulminar penas, collectiva, ou individualmente, a pessoas que não foram ouvidas, nem convencidas. As *hypotheses* são, pois, não só diversas, como oppostas. Numa se trata de mitigar legislativamente a condição penal a sentenceados ; na outra, de inflingir legislativamente penas a injulgados.

Documentarei os casos alludidos, para chegarmos á certeza. Ambos pertencem, á França, e vêm a ser os que o criminalista GAR-RAUD menciona simplesmente pelas datas, fallando, nas amnistias de 28 de maio de 1825 e 8 de maio de 1837. (171) No *Repertorio* de DALLOZ se acham exarados os dois textos.

O primeiro, depois de amnistiar certos *condamnados*, que nomeia (“*Amnistie est accordée aux condamnés, dont les noms suivent*”),

(171) *Traité de Droit Pénal Français*, vol II, p. 149, n. 20.

(172) DALLOZ : *Répert*, vol. III, p. 515 e 517.

determina que elles serão submettidos, por cinco annos, á inspecção da alta policia.

O outro dispõe, no art. 1.º :

“Amnistie est accordée á tous les individus actuellement detenus dans les prisons de l’E’tat par suite de *condamnations* prononcées par crimes et délits politiques”.

São, como se está vendo, criminosos politicos, já sentenceados e encarcerados em cumprimento de sentença. Amnistiados, alguns delles (os sujeitos a penas afflictivas ou infamantes) permanecerão sob a vigilancia policial, juntamente com todos os que a ella foram mandados submitter pelos tribunaes. Eis os termos do decreto :

“Toutefois la mise en surveillance *est maintenue* á l’égard des *condamnés* á des peines afflictives ou infamantes, ainsi qu’á l’égard de ceux qui y ont été assujettis par jugement”.

O que ahi fazia, portanto, a prerogativa régia, era cancellar a condemnação num dos seus effeitos, *mantendo-a* no outro. O vexame, que continuava a pesar sobre o amnistiado, não era, pois, obra da amnistia, mas consequencia remanescente da sentença.

No recurso interposto contra essa restricção da amnistia por um dos amnistiados, em 1837, o advogado geral HELLO mostrou, com fundamento irrefragavel, que a ordenação de Luiz Felipe era correcta, pois “da essencia do direito de graça é o poder de commutar, isto é, de remittir *ao condemnado* parte sómente da pena”. (173) Na mesma consideração, inquestionavelmente juridica, se firmou o tribunal de Paris, em uma decisão proferida, sobre outro recurso, a 17 de dezembro de 1841. (174)

Era a amnistia em questão da classe das a que os juriscultos chamam “restrictivas”, amnistias, que, dirigindo-se a *sentenceados*, os relevam parcialmente da pena infligida. “Elle est restrictive, lorsqu’elle ne remet, á l’égard de ceux *qui ont été condamnés*, qu’une partie de la peine *qu’ils ont encourue*, ou qu’elle se borne á l’abaisser de quelques degrés”. (175)

Ha indubitavelmente um acto de clemencia, quando se abranda uma penalidade já imposta. Não pode havel-o, quando se impõe, sem processo, por um poder que não julga, uma penalidade qualquer, ainda que minima.

(173) DALLOZ, *ib.*, p. 522 n.

(174) *Ibidem*.

(175) DALLOZ, *op. cit.*, p. 520, n. 13.

Póde pronunciar-se a amnistia :

depois da condemnação,  
durante a acção penal,  
ou antes della.

Na primeira hypothese, a amnistia se manifesta, abolindo a expiação no todo, ou em parte. Legítima é então a pena, ou o resto de pena, que subsiste ; porque foi applicada pelo juiz, não pelo legislador.

Na segunda e na terceira não se póde exercer, senão impondo absoluto silencio á acção penal, ou mitigando a penalidade mediante disposições geraes, que, nesse caso, serão retroactivas a beneficio dos réos, *mas terão de ser applicadas pelos tribunaes.*

Tudo é diverso, na especie : a accusação abstrahiu do processo, o legislador prescindiu da toga, e a pena baixou sobre os *amnistiados* sem a menor intervenção de acto judiciario. Que importa a pretensa minoração do castigo, se, minorado, ou não, a auctoridade, que o impoz, não tinha o direito de fazel-o, e aquelles, que o recebem não se sabe se o mereceriam ?

### Retroactividade

Estas reflexões levam-me a descobrir mais uma face da inconstitucionalidade saliente na lei de 21 de outubro : o seu character retroactivo.]

Anda por ahi uma noção erronea, que cumpre evitar : a de que a clausula da constituição, art. 11, n. 3, a qual aos estados e á União veda "prescrever leis retroactivas", prohibe em absoluto a retroactividade, sob qualquer forma, em qualquer genero de leis. E' sensivel a erroneidade dessa preocupação. O pensamento do legislador constituinte tem a sua explanação nos principios cardeaes de direito sobre o assumpto. Tambem a constituição dos Estados Unidos da America do Norte proscreve as leis *ex post facto* (art. I, secc.10); o que, no sentido litteral do termo, parece indicar todas as leis posteriores aos actos, ou occurrencias, a que se pretendem applicar. E, comtudo, a interpretação technica não inclue na intenção da phrase constitucional todas as disposições legislativas destinadas a operar sobre factos e circumstancias anteriores, mas unicamente as que entenderem com o direito criminal. Comquanto o pacto federal norte-americano alluda genericamente a *ex post facto laws*, "a jurispruden-

cia estabeleceu que a restrição diz respeito sómente a essas leis, quando tocarem a materias penaes. (176) A intelligencia juridica, firmada pela doutrina, limitou assim a accepção ordinaria do vocabulo empregado sem restricções apparentes na lei fundamental. Do mesmo modo a vedação constitucional, existente entre nós, acerca da retroactividade das leis, não se póde entender senão quanto á retroactividade injuridica e viciosa ; porque leis ha inoffensivamente retroactivas, leis legitimamente retroactivas, leis, até, necessariamente retroactivas. No primeiro caso estão as leis interpretativas, rectificativas e confirmativas ; no terceiro, as leis favoraveis a condição dos accusados. Todas essas retroagem constitucionalmente (e a amnistia é uma dellas); porquanto não estão em conflicto com a razão do preceito constitucional, que é simplesmente uma garantia a favor dos individuos e dos contractos, contra o arbitrio legislativo". (177)

A lei de 21 outubro de 1895, no topico em que amnistia, isto é, na parte primeira do art. 1.º, é *constitucionalmente retroactiva*, porquanto da substancia das amnistias é o retrooperarem, desde que o seu destino especifico está em obstar, a respeito dos amnistiados, a acção das leis criminaes. Quando, porém, nos §§ 1.º e 2.º, retrocede, para culpar e tractar como réos os que acaba de mandar haver por innocentes, assume natureza contraria, e passa a ser retroactiva na accepção injusta, na accepção defesa pela clausula constitucional.

Eu me explico.

Certamente, considerados *a priori* como delinquentes, os individuos, a quem essa leis se refere, em muito mais grave penalidade estariam incursos pelo direito criminal militar do que a que lhes inflingem as disposições excepçionaes, com que o acto de 21 de outubro os pretende favorecer. Se essas disposições se destinassem a lhes ser appli-

(176) LAWSON: *Rights, remedies and practice, at law, equity, and under the Codes*. S. Francisco, 1890 Vol. VII, § 3.877, p. 6403. — WADE: *A Treatise on the operation and construction of retroactive laws* (S. Louis, 1890), § 271, p. 316. — MILLER: *Lectures on the Constitution* (N. York: 1891), p. 539. — POMEROY: *Introduct, to the Const. Law*, p. 419-20. — COOLEY: *Constit. Limitat*, p. 321 e 456. — COOLEY: *BLAKSTONE'S Commentaries* (ed. de 1884), vol. I, p. 45-6, n. 3.

(177) "Every law that takes away or impairs rights vested, agreeably to existing laws, is retrospective, and is generally unjust and may be oppressive ; and it is a good general rule, that a law should have no retrospect ; but there are cases in which laws may justly, and for the benefit of the community, and also of individuals, relate to a time antecedent to their commencement, as statutes of oblivion, of pardon". SUTHERLAND: *Statutes and statutory Construction* (Chicago, 1891), p. 604, § 466. — Ver GABBA, *Retroattività delle leggi*, vol. I, p. 25-34.

cadadas mediante accusação e defesa nos tribunaes de justiça, por onde se averiguasse a procedencia da imputação e a gravidade da culpa, nada se poderia oppôr á sua retroactividade. Seria scientifica e constitucional, segundo o principio hoje definitivo, de que, "*variando em gravidade a lei penal vigente ao tempo da perpetração do delicto e a existente ao do julgamento, prevalece a mais suave das duas*". (178)

Um criminalista, que escreveu ainda mais recentemente, formulando a theoria assentada pelo consenso geral, diz: "Devem retroagir as leis criminaes, sempre que a sua applicação a factos anteriores seja favoravel ao accusado". E, depois de notar que essa consequencia inevitavel do fundamento do direito de punir tem sido repetidas vezes reconhecida nas leis, accrescenta: "A jurisprudencia tem tomado por base das suas decisões, neste ponto, a regra de que, entre duas leis, uma anterior, outra posterior á infracção, se lhe ha de applicar a mais branda". (179)

Mas a lei de 21 de outubro não estatue regras de penalidade, para se applicarem, *mediante verificação do delicto, pelas auctoridades competentes*, áquelles cuja criminalidade fôr reconhecida. Essa lei é a eliminação dos tribunaes: julga e castiga, simultaneamente, por decreto; é, a um tempo, acto legislativo e sentença.

Como tal, reveste, segundo já se viu, tres caracteres de insigne enormidade:

supprime a prova,  
julga sem juiz,  
condemna sem processo.

Deste modo, ainda que aligeirasse a pena, crêa para os accusados uma condição incomparavelmente peor do que seria a delles, se, sob a comminação da penalidade commum, tivessem de atravessar as formas tutelares do julgamento. Por minimo que seja o castigo comminado, mais intoleravel será do que o mais severo regimen de expiação, se este fôr subordinado aos tramites protectores da justiça, e aquelle se executar sem defesa, sem processo e sem magistrado. Nada vale a attenuação da pena, se ella cae cega e indistinctamente sobre uma classe de pessoas, ás quaes se fecham os tribunaes, tro-

(178) GABBA: *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. II. p. 270. — GABBA: *Della retroattività in materia penale*, p. 8.

(179) GARRAUD: *Tr. de Dr. Pén. Franç.*, I, p. 184. — BERNER: *Tratt. di Diritto Penale*. Trad. Bertolo, p. 224. — THIRY: *Cours de Droit Crim.* (Liège, 1892), p. 23, n. 41. — CHAUVEAU et<sup>e</sup> HÉLIE, t. I, n. 27. — BERTAULD, p. 71. — BLANCHE: *Étud. Prat. sur le Cod. Pén.*, t. I, n. 28.



cando-se-lhes a presumpção de innocencia em presumpção de culpabilidade. E, se ella se estabelece após o facto, que pretende reprimir, terá de ser retroactiva no sentido maligno e odioso, que todas as legislações modernas repellem.

Basta que a lei nova reduza a prova necessaria á condemnação, para que não lhe seja permittido retroagir. Procedendo assim, ella torna "muito maior para o accusado a probabilidade de incorrer na condemnação", e "faz mais difficil a sustentação da defesa". (180) Dest'arte envolve uma aggravação penal, e cae, portanto, sob o dominio das prescripções que vedam a retroactividade. Nos Estados Unidos a materia se acha fixada pela suprema côrte (181) e uma decisão, formulada pelo juiz CHASE, que "tem prevalecido constantemente nos tribunaes". (182) Segundo esse aresto, incorre na prohibição constitucional da retroactividade "toda a lei, que alterar as regras juridicas da verificação dos factos, admittindo, para convencer o accusado, provas menos fortes do que as requeridas ao tempo do delicto, ou de natureza differente. *Every law that alters the legal rules of evidence, and receives less or different testimony than the law required at the time of the commission of the offence in order to convict the offender*". E não ha um só commentador da constituição americana, que se opponha a esta verdade. (183) Com effeito, diz o autor de uma preciosa monographia sobre a materia, "nunca estaria praticamente assegurado o direito do accusado a um julgamento imparcial, emquanto se deixasse sem limites ao arbitrio do poder legislativo a alteração da prova exigida para a demonstração judicial da criminalidade". (184)

Mas, se não podem ser retroactivas as leis menos exigentes do que as antigas no tocante á prova do delicto — que se diria daquellas, que, abrindo mão inteiramente da prova, declarassem *por intuição* legislativa o crime, e impuzessem sem verificação de especie alguma o castigo? E' isso, porém, precisamente o que faz a lei de 21 de outubro. Haverá, portanto, retroactividade, que mais brade aos céos, e envergonhe a civilização liberal do paiz, onde se tenta?

(180) GABBA : *Retroattività*, vol. II, p. 448-50.

(181) SUTHERLAND : *Statutes and statutory construct.*, p. 603.

(182) COOLEY : *BLACKSTONE'S Comment*, vol. I. p. 45 n.

(183) COOLEY : *Const. Limit.*, (ed. de 1883) p. 322-3. — POMEROY : *Introd.*, p. 422. — WADE : *Retroactive Laws*, p. 316.

(184) WADE : *Retroactive Laws*, § 280, p. 326.

O attentado, entretanto, sobe de ponto, se advertirmos em que esse innominavel acto de amnistia não exonerou só da necessidade de prova a accusação : varreu, para os que ella, por insigne irrisão, qualifica de amnistiados, todo e qualquer elemento de processo : desde as formas até ao julgador.

Ora, as leis de forma, em direito penal, não retroagem, senão no presupposto de assegurarem ao accusado as faculdades necessarias de defesa. "Que pode reclamar legitimamente o accusado?" pergunta um laureado criminalista contemporaneo. "*Que a lei lhe dê os meios de fazer reconhecer a sua innocencia*". (185) Ora, é exacto, observa o auctor do mais profundo tractado sobre esta especialidade juridica, "é exacto que se presume ter o legislador em mira o descobrimento mais seguro da verdade, quando introduz modificações no systema vigente do processo penal. Mas, não obstante, pode succeder, e de facto succede que, para chegar a esse escopo, um regimen se avanteje a outro, faltando neste certas garantias do direito do réo, que naquelle se encontram. E' pois coisa evidente que da retroactividade das leis penaes judiciais" (isto é, de processo) "se pode abusar, com os mesmos intuitos, com que se abusa das leis de direito penal material. Mais ainda : os factos nos demonstram que as perseguições politicas, neste seculo, se têm consummado antes mercê de tribunaes excepçionaes do que de penas aggravadas. Quasi todos os escriptores de direito transitorio penal, em consequencia, têm applicado tambem, com bom fundamento, ao processo o preceito da preferencia da lei mais benigna, entre a antiga e a nova. Não raro se tem recusado a jurisprudencia a applicar retroactivamente uma lei de processo, que reduzia o accusado a situação mais desfavoravel do que seria a sua sob a lei em cujo regimen se commettera o facto criminado". (186)

A jurisprudencia ingleza, e a americana estão, neste ponto, de accôrdo com a dos paizes latinos. Pelo que toca á primeira, HARDCASTLE, no seu *Tractado da interpretação e effeitos das leis*, nos ensina que "as alterações na forma do processo são retroactivas, quando a reforma entende exclusivamente com os tramites da acção, sem interessar os direitos das partes : *if a statute deals merely with procedure in an action, and does not affect the rights of the parties*". (187)

(185) GARRAUD : *Droit Pénal*, vol. I, p. 192-194.

(186) GABBA : *Retroattività*, vol. II, p. 368-9.

(187) HARDCASTLE : *A Treatise on the Construction and Effect of Statute Law*. Ed. CRAIES (Lond. 1892) P. 377.

Se esta é a regra, nos paizes onde a retroactividade das leis não encontra obstaculo em prohibições constitucionaes, e o poder judiciario não conhece da inconstitucionalidade das leis (188), naquelles onde os tribunaes têm por dever de officio recusar obediencia ás leis offensivas da constituição, e onde esta oppõe á retroactividade legislativa barreiras peremptorias, incomparavelmente mais alto se firma a defesa, quando resiste a esses attentados contra o direito individual. Não ha, entre os constitucionalistas americanos, divergencia a tal respeito. “Toda lei retroactiva, bem, que de simples processo, que esbulhar o réo de qualquer direito substancial, cujo goso lhe estivesse afiançado pelas disposições legislativas em vigor ao tempo da perpetração do delicto, ou que a respeito do delicto e suas consequencias *lhe alterar em seu damno a posição anterior*, é retroactiva nos termos da prohibição constitucional”. (189)

Ora, a lei de 21 de outubro não priva os cidadãos, a quem se refere, de um ou outro direito, d’entre os que a theoria do processo penal reputa substanciaes á defesa : priva-os *de todos* esses direitos, acabando absolutamente com ella, mediante a suppressão categorica do processo, que substitue pela convicção intima do legislador, transformada em prova e sentença. A tecnologia britannica e americana conhece esses actos de transcendente absolutismo legislativo sob o nome de *bills of attainder e bills of pains and penalties*. (190) A definição dessa monstruosidade, recurso dos maus tempos da tyrannia no outro continente, ajusta-se rigorosamente aos caracteres da nossa estupenda amnistia. “Chama-se *bill of attainder*”, diz um dos mais eminentes professores americanos, “a um acto legistivo especial, que impõe uma pena por um delicto já commettido, *sem demonstração do crime pelos tramites ordinarios da justiça (without a conviction in the ordinary course of justice)*. Elle encerra, pois, a dupla enormidade de ser uma lei retroactiva e uma usurpação do poder judiciario. As paginas mais ensanguentadas da historia ingleza são as que registram o exercicio deshumano desse tremendo poder. Não admira, pois, que elle fosse absolutamente extincto neste paiz”. (191)

(188) GARSONNET : *Traité de Procédure Civile*, vol. I. p. 25-6. — GARRAUD : *Dr. Pénal*, v. I, p. 180, n.

(189) SUTHERLAND : *Statut. and Statutory Construct.*, § 467, p. 606. — WADE : *Retroactive Laws*, § 285, p. 337-8.

(190) STORY : *Commentaries*, § 1.344, v. II, p. 216. (Ed. de 1891).

(191) WALKER : *Introduction to American Law*. (ed. de 1887), p. 222.

Na constituição brasileira são ainda mais amplos os termos proibitivos desse nefando abuso. Pela dos Estados Unidos foram defesas somente as *ex post facto laws*, os *bills of attainder*, termo em que se abrangem alli os *bills of pains and penalties* (192), e as *laws impairing the obligation of contracts*, (193) ao passo que, entre nós, á clausula do art. 11, n. 3, que veda aos poderes da republica o "prescrever leis retroactivas", accresce a do art. 72, § 15, que terminantemente estatue :

"Ninguém será sentenceado, sendo em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada".

Dir-se-á que a expressão "*forma*" comprehenda apenas o direito material, as leis substantivas, e exclua da sua garantia precisamente as leis de fôrma, o direito processual? O absurdo seria palpavel; porque estas, pela sua relação intima com a substancia da justiça, são inseparaveis daquella. Foi um professor de direito militar brasileiro quem escreveu, em livro destinado á educação dos nossos officiaes, ao ensino nas suas escolas :

"O codigo penal e o codigo disciplinar são os primeiros elementos da justiça militar. Mas, embora tivessemos esses codigos, de que serviriam elles, se os tribunaes de julgamento não estivessem organizados, se a competencia e a jurisdicção não estivessem firmadas, se as regras e fórmulas do processo garantidoras dos direitos dos accusados não estivessem estabelecidas? Tinhamos o crime definido e a pena comminada; tinhamos a transgressão notada e o castigo, que a corrige; havia algum paradeiro ao arbitrio; mas este ficava ainda com grande vantagem, porque o accusado era entregue á apreciação dos factos, sem garantia, nem defesa. (194)

Nas disposições constitucionaes que asseguram o direito individual contra a ameaça de retroactividade, arma politica das epochas de reacção, estão previstas as leis, que violarem a defesa, e deixarem o accusado sem garantia na apreciação dos factos, que se lhe attribuem.

O caso vertente, porém, é o mais formal e consummado, que se poderia imaginar, da preterição desta regra impreterivel; porque elle nega *in limine* a defesa, e recusa em absoluto o processo.

(192) STORY : *Comment.*, loc. cit.

(193) WALKER, Op. cit.

(194) THOMAZ ALVES : *Curso de Direito Militar*, tom. II, p. 132.

Os republicanos dos Estados Unidos têm a esse arbitrio o horror, exprimido, não entre as paixões da tribuna política, mas na atmosfera serena da cátedra, por um jurista, nesta energica linguagem: "Dae a uma legislatura o poder de votar leis retroactivas, e ninguém está seguro; porque exposto ao dominio della ficará o passado inteiro de cada individuo. Obvio, é, pois, que só de tyrannos será digno fazer leis retroactivas, e só de escravos obdedecer-lhes". (195)

### A objecção do caso político

A esta evasiva se procuram abrigar sempre os excessos da dictadura, administrativa, ou parlamentar, no Brasil. Foi á sombra dessa excepção que se quiz legitimar a reforma inconstitucional dos officiaes, contra cuja violencia oppuz as acções civis hoje coroadas pelas sentenças da justiça e pela submissão do poder executivo. Na defesa, que então escrevi, o capítulo consagrado á refutação deste sophisma (196) é o trabalho mais largo e completo, em toda a litteratura juridica, acerca da limitação traçada pela natureza politica das questões ao poder, conferido á justiça, de examinar a constitucionalidade dos actos dos outros dois ramos do governo.

Nesse escripto firmei as seguintes conclusões, que se podem considerar sancionadas pelo aresto, e que rigorosamente se applicam á especie vertente:

"Actos *politicos* do congresso, ou do executivo, na accepção em que esse qualificativo traduz excepção á competencia da justiça, consideram-se aquelles, a respeito dos quaes a lei confiou a materia á discreção prudencial do poder, e o exercicio della não lesa direitos constitucionaes do individuo.

"*Em prejuizo destes o direito constitucional não permite arbitrio a nenhum dos poderes.*

"Se o acto não é daquelles, que a constituição deixou á discreção da autoridade, ou se, *ainda que o seja*, contravém ás garantias individuaes, o character politico da funcção não esbulha do recurso reparador as pessoas aggravadas.

(195) WALKER: *Introd. to Amer. Law*, p. 221-2.

(196) RUY BARBOSA: *Actos inconstitucionaes do congresso e do execut.*, p. 125-44.

"Necessario é, em terceiro logar, que o facto, contra que se reclama, caiba realmente na funcção, sob cuja auctoridade se acoberta; porque esta póde ser apenas um sophisma, para dissimular o uso de poderes differentes e prohibidos.

"Numa palavra :

*"A violação de garantias individuaes, perpetrada á sombra de funcções politicas, não é immune á acção dos tribunaes.*

*"A estes compete sempre verificar se a attribuição politica invocada pelo excepçionante abrange em seus limites a faculdade exercida".* (197)

Se o acto, em summa, só contem elementos politicos, só entende com interesses politicos, só corresponde a direitos politicos, vedado será, como acto *exclusivamente* politico, á acção investigativa da justiça. Se, de envolta, porém, com o elemento politico, interessar a direitos individuaes, condições da pessoa, ou da propriedade, a caracterização de acto politico, não sendo perfeita e absoluta, não constitue obstaculo á defesa dos prejudicados, empenhados em annullal-o.

E' posterior ao meu arrazoado na causa dos generaes, instaurada em 1892, a publicação do livro de COXE acerca do poder judiciario nas questões de legislação inconstitucional, unico tratado *ex-professo* (infelizmente incompleto) sobre o assumpto. E ahi encontro expressa nos mesmos termos a feição discriminativa dos actos immunes, na qualidade de politicos, á tutela reparadora dos abusos contra a constituição. "Não se estende o poder judiciario", diz esse jurisconsulto, "aos pleitos suscitados pela applicação do texto constitucional e das leis dos Estados-Unidos, nos quaes os direitos em perigo forem *meramente* direitos politicos (*merely political rights*)". (198) Noutro escripto subsecutivo ao meu, o professor THAYER se pronuncia do do mesmo modo : "Não compete ao poder judiciario intervir, na emergencia de actos *puramente* politicos e totalmente discrecionarios : "*in the case of purely political acts and of the exercise of mere discretion*". (199)

Os exemplos elucidam concretamente essa definição. Discute-se, *verbi gratia*, se a constituição de um dos estados foi, ou não, ratificada pela maioria indispensavel de cidadãos habeis. O assumpto é estrictamente politico, de sua natureza. Não tem que ver com elle os tribunaes. (200) Disputam, em um estado, a legitimidade dois

(197) RUY BARBOSA : *Ib.*, pag. 144.

(198) COXE : *Judicial Power*, p. 30 e 118.

(199) THAYER : *Harvard Law Review*, nov. 1893, p. 135-5.

(200) BAKER : *Annotated Constit.* (1891), p. 1-3, n. 16.

governos diferentes. E' judicial a pendencia? Não; porque os direitos em lide são fundamentalmente politicos. (201) Argúe-se de anti-republicana a constituição de um estado. Quem resolverá? Manifestamente o congresso da União (202); porquanto a materia é, de sua essencia, estranha á indole das funcções judiciaes, nas quaes não cabe o conhecimento de generalidades, como as que se envolvem no estudo abstracto do organismo de uma constituição, mas simplesmente a applicação das leis *a casos individuaes*. Explicando a theoria constitucional deste principio com respeito aos actos politicos do executivo, GOODNOW, no seu tractado de direito administrativo comparado, enumera como propriamente taes os pertencentes á esphera das funcções que a administração desempenha no curso das negociações diplomaticas, na celebração de tractados, no commando e distribuição das forças militares, nas relações entre o governo e o congresso. (203)

No pleito *Georgia v. Stanton* se dilucidaram as regras hoje firmadas. O estado da Georgia propuzera, perante a suprema côrte dos Estados Unidos, uma acção contra Stanton, ministro da guerra, Grant, general do exercito, e Pope, commandante do districto militar, onde se abrangia aquella região, com o fim de obstar a que executassem as leis, promulgadas pelo congresso, contra o veto presidencial, familiarmente conhecidas pelo nome de *Reconstruction Acts*. Proferindo a opinião do tribunal, o juiz NELSON disse: "Esta côrte não pode valer ás partes, senão quando se litigue sobre direitos concernentes ás pessoas, ou ao seu patrimonio, e taes direitos houverem sido violados". "Os tribunaes judiciarios só podem interpor-se, estando em questão direitos, que envolvam o individuo, ou a propriedade". (204) E' a doutrina que o juiz MILLER, da suprema côrte, desenvolve neste trecho luminoso:

"Suscita-se um caso sujeito á constituição, toda a vez que se conteste *algum direito constitucional, algum direito assegurado nesse pacto, seja elle direito de propriedade, liberdade, voto, ou qualquer outro direito filiavel á constituição (or any other right which can be traced to this constitution)*. Se se transgredir, negar, ou ameaçar esse

(201) *Luther v. Bordon*. — BAKER, *ib.*, p. 232, n. 17.

(202) ORDRONNAUX: *Constitutional Legislat.*, p. 329.

(203) GOODNOW: *Comparative Administrative Law* (N. York, 1893), I. p. 34.

(204) THAYER: *Cases*, I. p. 200-5.

direito, cabe aos interessados pleiteal-o nos tribunaes dos Estados Unidos". (205)

No litigio do estado de Rhode Island contra o de Massachussetts, em que se contendia acerca de uma zona de territorio fronteira entre os dois, se pretendeu contestar a auctoridade do tribunal, sob o pretexto de que o assumpto envolvia questão de soberania e jurisdição territorial, implicando assim, de parte a parte, direitos politicos dos dois governos. Comquanto, porém, fossem incontestaveis, a esse aspecto, as relações politicas do conflicto, decidiu a suprema côrte que, entendendo elle com o direito de propriedade, era judicial. (206) Noutra demanda entre dois estados prevaleceu a mesma jurisprudencia. (207)

Que questão mais essencialmente politica do que a da legitimidade da acquisição da Louisiana? Annexando esse territorio aos Estados Unidos, Jefferson acreditara e confessara ter praticado um acto inconstitucional. Divergente delle e de Josiah Quincy, Gallatin, ministro do thesouro sob a presidencia de Jefferson, sustentou parecer opposto, e com elle se conformou o congresso. Mas quem sellou definitivamente a legitimidade do facto, foi a suprema côrte, numa serie de arestos proferidos em questões de direito individual, a que elle deu ensejo. (208).

Até a questão do papel-moeda e seu curso legal se demandou perante a justiça americana, e recebeu della a solução definitiva. Tractava-se da legitimidade dos actos do congresso (25 de fevereiro, 1862 ; 17 de janeiro de 1863 ; 3 de março de 1863), que mandaram emitir a moeda fiduciaria, cujo concurso as necessidades do thesouro, nos apuros da guerra civil, impunham ás finanças da União. Não podia haver medida de character mais substancial e notoriamente politico do que essa — já pela natureza da funcção legislativa, a que se ligava, a de regular a circulação monetaria, já pela força ineluctavel das maiores exigencias de ordem nacional e, até, de salvação publica, a sustentação da guerra, o pagamento das forças militares, a que essa providencia obedecia. Taes foram as considerações invocadas a seu favor na suprema côrte federal, em 1869. Não obstante, porém, os tres actos do congresso foram declarados inconstitucionaes

(205) MILLER : *Lectures on the Constit.* (891) p. 370.

(206) *The State of Rhode Island v. The State of Massachussetts.* THAYER : *Cases*, I, p. 203.

(207) *The State of Florida, v. Georgia.* THAYER, I, p. 203-4.

(208) MILLER : *Lectures.* p. 128-30.



e nullos. (209) Por duas sentenças de dezembro de 1870 (210) e 1883 (211) o tribunal mais tarde se retractou dessa decisão; mas não porque desconhecesse a competência, que exercera; sim porque, na especie, não lhe pareceram cabaes os fundamentos da primeira sentença, aliás advogados ainda, com a mais alta auctoridade, num pampheto celebre, em nome da constituição, pelo seu historiador. (212)

A lei de 22 de junho de 1874 (213), originaria das de 2 de março de 1867 e 2 de março de 1863, reformando a legislação aduaneira e fiscal, impunha aos contribuintes, nas causas de arrecadação, a exhibição judicial dos seus livros e papeis particulares, pena de se haverem por confessos a favor da fazenda. O direito anormal e oppressivo instituido por esses actos "era uma dessas medidas de guerra, adoptadas por força das extremidades de uma epocha, em que, sob a pressão das calamidades existentes, o congresso se vira urgido a salvar o thesouro nacional a todo transe". (214) Todavia, no pleito *Boyd v. United States*, a suprema côrte sentenceou que essa disposição era nulla, por injustificavel perante a constituição. (215)

Nada mais politico do que o direito de voto nos comicios eleitoraes. Como, porém, esse direito é um predicado individual do cidadão na integridade dos seus privilegios constitucionaes, duas decisões judicias annullaram, como irritas por vicio de inconstitucionalidade, as secções 4.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup> da lei de 31 de maio de 1870 (216) e a secção 5.519, tit. LXX, das leis consolidadas (*Revised Statutes* (217), todas ellas concernentes á materia politica da eleição. (218)

Recentissimamente surde, elevando-se acima de todos esses, o caso do *Income Tax Act*. O congresso, por esse acto tributario de 1894, creara, com accentuadas feições socialistas, o imposto sobre a renda. Pois bem : essa medida financeira, dictada ao legislador por uma violenta pressão de certas camadas populares e destinada a for-

(209) *Hepburn v. Griswold*. MILLER : *Lectures*, p. 135-6.

(210) *Knox v. Lec*. MILLER : *Op. cit.*, p. 136-7.

(211) *Legal Tender Cases*, 110 U. S. 421.

(212) GEORGE BANCROFT : *A Plea for the Constitution of the U. S. of America wounded in the House of its Guardians*. Ed. de N. York, 1886.

(213) *United States Revised Statutes*, § § 2.091-3.

(214) ORDRONNAUX : *Constitution. Legisl.*, p. 430.

(215) *Ib.*, p. 431.

(216) U. S. v. *Reese*.

(217) U. S. v. *Harris*.

(218) ORDRONNAUX : *Constit. Legisl.*, p. 431-2.

necer ao thesouro em difficuldades cincoenta milhões de dollars, foi annullada por duas sentenças da suprema côrte em maio de 1895. (219) "*A income tax* de 1894, era uma instituição *essencialmente politica*, pela natureza das forças que a produziram, das theorias que a inspiraram, dos fins administrativos a que tinha em mira prover. Politica como obra dos factores socialistas predominantes numa larga secção dos circulos eleitoraes, que o suffragio universal entrega ás influencias da extrema democracia, era a primeira traducção pratica do programma de reorganização da sociedade conforme o socialismo revolucionario que ameaça a sociedade moderna. E, no proprio seio do tribunal, os fundamentos, a que se arrimou a minoria dissidente, eram abertamente politicos. O Juiz Harlan, por exemplo, sustentou que a opinião da maioria golpeava as faculdades de defesa do governo contra emergencias graves, e constituia um perverso assalto aos direitos do povo." (220) Mas os magistrados supremos da União não vacillaram; e o chefe da nação não aguardou o congresso, para se inclinar ao aresto: mandou incontinenti sobreestar na cobrança da taxa, e restituiu aos contribuintes a parte arrecadada.

Assim que, na zona mais central da região politica, em materia eleitoral, em materia de impostos, em materia de papel moeda, *se periga um direito individual*, em consequencia de qualquer desrespeito legislativo á constituição, a justiça não hesita em intervir, reintegrando na sua intangibilidade a lei das leis.

O subterfugio, que pretende cobrir com o manto da politica os attentados das maiorias parlamentares, para os subtrahir, por esse artificio, á acção dos tribunaes, é a creação mais colossal da ignorancia e da anarchia neste regimen. E' sobretudo contra as offensas *politicas* do poder ao direito individual que se armou a magistratura com a prerogativa de interprete definitivo do pensamento constitucional. Quando os golpes contra a personalidade humana assumem, na praxe das facções, as formas extraordinarias da necessidade, e procuram legitimar-se com os sophismas da razão de estado, contando com a indifferença do povo, as paixões da multidão, ou os conluios dos partidos, então se accentua mais que nunca a competencia e a oportunidade da justiça. Ha, sem duvida alguma, um territorio vasto, reservado pela constituição á politica, isto é,

---

(219) RUY BARBOSA: *O congresso e a justiça no regimen federal. Cartas de Inglaterra*, p. 353-410.

(220) *Ib.*, p. 375, 376.

á administração e á legislatura, onde tem de gyrar livremente a auctoridade discrecionaria destas. Mas, desde que as suas deliberações transpõem a linha dos direitos, que a lei fundamental define, acabou o imperio do arbitrio governativo, e principiou o da inflexibilidade judicial.

Demais, na hypothese, o que está pendente, não é só o triplice direito dos meus constituintes, espoliados, por indefinido tempo, no exercicio, no vencimento e na antiguidade; não é, ainda, o principio capital da irretroactividade das leis; é a propria substancia organica do poder judiciario, a sua funcção especifica e impartilhavel de processar, julgar, e condemnar.

De balde, pois, allegarão os advogados da força que, na especie, não se tracta de uma expiação penal, mas de um recurso de alta politica, dictado ao civismo dos legisladores por exigencias imperiosas da situação.

Primeiramente os interesses da alta politica, por mais sublimes que sejam, por mais vitaes, por mais ineluctaveis, não derogam a constituição, infundindo vigor de constitucionalidade a actos inconstitucionaes. São desertores os meus constituintes? São insurgentes? São criminosos? Não, aos olhos da justiça, perante a qual não foram sentenceados, nem processados, nem accusados sequer. Em face da justiça, pois, são innocentes. E não tem o poder de punir innocentes a politica, a quem não assiste nem o de punir culpados. Porque o punir é dos tribunaes, nunca de outra auctoridade, debaixo do céu. A nossa maxima constitucional é a que um juiz americano formulava, ha mais de um seculo: "As leis não podem castigar ou malfazer a innocentes". (221) Já então se conhecia esta verdade, vibrantemente formulada cem annos mais tarde em plena irradiação da jurisprudencia hodierna: "Em nome só da necessidade, seja embora a extrema necessidade social, não se tem o direito de immolar um individuo humano. Cumpre que se lhe possa dizer por modo absoluto: *Sois julgado e punido como quer a justiça*". (222) A organização excepcionalmente poderosa da justiça no regimen americano não tem outro intento, senão fazer dessa garantia sobre todas santa da ordem moderna uma realidade categorica.

(221) "It is a known maxim that a statute ought to be so construed, that no man who is innocent be punished or endamaged". *Rutgers, v. Waddington. Mayor's Court*. N. York, 1784. (THAYER: *Cases*, I, p. 71).

(222) PESCATORE: *La logica del diritto* (1883), p. 76.

Depois, em nosso direito político não se conhecem medidas de excepção *constitucionaes*, alem das particularizadas, para o caso de estado de sitio, no art. 34, n. 21 e 80, §§ 1.º e 2.º, do pacto federal.

O qualificativo de “medida de ordem publica” não sana, ou autoriza aberrações da prepotencia legislativa.

Supponhamos que o congresso juxtapunha á amnistia a clausula da reforma dos amnistiados. Era valida essa restricção? Não, em face da constituição, art. 75, e dos ultimos arestos, cuja doutrina annullou por incompativeis com a inviolabilidade das patentes as reformas *politicas* de officiaes.

Demos que a legislatura vinculasse á amnistia a demissão dos amnistiados. Subsistiria esse arbitrio? Muito menos; porque não seria admissivel a demissão, onde já se não tolerava a reforma.

Figuremos ainda que, sob essa allegação, o poder legislativo, amnistiando, prescrevia o desterro dos amnistiados para logares fóra dos quaes reputasse arriscado conceder-lhes liberdade, ou que lh’a sujeitava a outros vexames, como, por exemplo, o de uma policia especial, cuja vigilancia lhes limitasse os movimentos. Eram outras tantas privações de direitos, outras tantas penalidades, sentenceadas pelos legislador, applicadas directamente por elle, e como taes nullas.

Ora, entre esses varios specimens de oppressão legislativa e o de que me occupo nesta causa, a differença é apenas de gráu na violencia do abuso. Se é legitimo o de que se sentem aggravados os meus constituintes, legitimos seriam os outros. Se as hypotheses que venho de imaginar, são inconstitucionaes, inconstitucional é o facto, de que elles se queixam. Se o congresso, por faculdades de excepção, pode mutilar a patente e o posto, desfalcando-os por este modo no exercicio, no vencimento, na antiguidade, *ipso jure* poderá reformar, e, se reforma, demittir. Outrosim, se, pela reforma e demissão, lhe é licito extinguir esse direito, de cuja “plenitude” é fiança um artigo constitucional, não sei onde está a muralha, que resguarde a inviolabilidade dos outros. O que se reclama para o corpo legislativo, é o privilegio de exorbitar, e, sancionado elle, o congresso, que se estreiou, fulminando sentenças contra a dignidade e o patrimonio, acabará desfechando-as contra a liberdade e a vida.

Uma vez desencadeada, a soberania da conveniencia politica não conhece limites: rôta a cadeia das garantias, não ha uma só, que se não perca.

E' evidente, de mais a mais, pelo seu proprio texto, que o decr. de 21 de outubro não se inspirou no espirito da salvação da ordem, mas em sentimentos de partido. Se o proposito desse acto fosse a segurança publica, ou o bem da administração, e não o empenho de infligir aos suppostos amnistiados um mal, uma degradação e um prejuizo, uma lesão amarga nos direitos profissionaes e no de propriedade, isto é, literalmente, uma *pena* discricionaria, a medida legislativa limitar-se-ia a impedir que, durante certo praso, revertssem á actividade: não os feriria na bolsa e nas espectativas legaes da sua carreira, cerceando-lhes o vencimento, e suspendendo-lhes o curso da antiguidade.

### Os termos do pedido

Reincido com premeditação na cinca de *libello inepto*, que se dignou de assacar-me, no supremo tribunal, um dos seus membros mais illustres, ainda bem que em unidade, no julgamento da questão dos generaes reformados. Não peço aos tribunaes que me abroguem, ou cassem o decr. de 21 de outubro, mas que, verificada a sua inconstitucionalidade e declarada a sua nullidade, mantenham aos meus constituintes os direitos, de que elle os priva.

Reincido ; porque, emquanto o eximio magistrado não reformar, á imagem das suas idéas, a situação reciproca dos poderes politicos, o curso, que a sua lição me aconselha, seria o mais rematado erro de officio. Reincido, e reincidirei, quantas vezes haja de oppôr-me, em juizo, á applicação de actos inconstitucionaes; porque o regimen americano não converteu á justiça em segunda instancia do poder legislativo: consagrou apenas a doutrina da precedencia da lei soberana á lei subalterna, uma vez averiguada pelo juiz a divergencia entre as duas: "*Inter discordantia concilia praeponitur sententia ejus quod est majoris auctoritatis*".

Essa doutrina, esboçada no direito romano pelas limitações á autoridade dos rescriptos (223), pela proeminencia do *jus legum* (224), pela distincção, segundo a theoria do mandato, entre as leis immediatas e as leis mediatas (MOMMSEN) (225), explicitamente definida e praticada no direito canonico até contra o arbitrio dos papas

(223) Rescripta contra jus elicit ab omnibus judicibus refutare proecipimus". L. 7 Cod., L. 1., t. 19. L. 6 Cod., L. 1, t. 22. L. 4 Cod., I. 1, t. 19.

(224) CICERO : *Pro domo sua.* c. 13-27.

(225) COXE : p. 135-18.

(226), considerada por MARSHALL (227), como corollario commum a todas as constituições escriptas, adoptada até na Allemanha, ha vinte annos, em uma decisão celebre da côrte hanseatica de appellação (228), advogada como applicavel sob a constituição imperial por espiritos da altura do de JOSÉ BONIFACIO na sua aureolada cadeira de professor, não superpõe a magistratura ao poder legislativo: reconhece-lhe simplesmente, entre uma lei, que formula a vontade permanente do povo, e outra, que traduz a vontade transitoria de um congresso, o dever inevitavel de examinar e declarar o direito para o caso occorrente. (229)

Se o meu trabalho no pleito dos generaes reformados merecesse chegar á altura da attenção do magistrado, cuja irreflexão me irrogou a inopinada censura, é impossivel que o esclarecido espirito de tão sabio jurista conservasse enkystado nas suas idéas constitucionaes o erro impresso agora no seu voto. A minha demonstração naquelles autos é o quadro completo da theoria americana sobre o assumpto. E quero que me apontem *uma* opinião destoante da lição alli expendida. E' quanto me bastaria, para estender, submisso, a mão á férula. (\*)

*Todos* os auctores, *todos* os arestos ensinam a uma que a justiça não actua directamente contra os outros poderes (230), que não exerce um poder de revisão das leis em abstracto (231), que resolve apenas os casos emergentes no curso dos pleitos (232), que os seus julgados não se estendem além das especies em questão (233), e que só em relação a ellas opera como oraculo definitivõ. (234) E isto não se sabe só na America, entre os que se dão á fadiga destes estudos. Até na Europa, tão longe das nossas constituições, é trivial, entre os que as

(226) "*Pontifex enim, licet possit, non censetur velli tollere jus quoqueitum*". COXE, p. 121-36. "Canon law courts had proceeded and decided in a similar manner long before the framers of the first american constitution were born." COXE, p. 127.

(227) MARSHALL: *Writings upom the federal Constit.*, p. 24-5.

(228) COXE, p. 95-99.

(229) BLACK: *American Const. Law*, p. 51, n. 22.

(\*) RUY BARBOSA, *Actos inconstitucionaes*, p. 96-124.

(230) POMEROY: *Const. Law*, p. 98, § 147.

(231) THAYER: *Cases*, I, p. 205.

(232) MILLER: *Lectures*, p. 315.

(233) BANCROFT: *Hist. of the form. of the Const.*, II, p. 198, 202.

(234) ORDRONNAUX: *Constit. Legisl.*, p. 420)

(235) GIACOMO GRASSO: *La Costituzione degli Stati Uniti dell'America Settentrionale* (Firenze, 1894), p. 136-40.

resumem para o vulgo (235) E no Brasil mesmo, ao tempo em que o egregio magistrado me irrogava a arguição, essa doutrina, apenas definida fóra daqui em arestos e auctores, era objecto de textos formaes *entre as nossas leis*. A de 20 de nov. de 1894, art. 13, §§ 16 e 11, estatue:

“Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos, e *deixarão de applicar aos casos occorrentes* as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente inconciliaveis com as leis, ou com a constituição.

“As sentenças judiciais passarão em julgado, e obrigarão as partes e a administração *em relação ao caso concreto que fez objecto da discussão*”.

O projecto magistrado esquecera a lei.

Não é o poder judiciario que *annulla* as leis inconstitucionaes. A palavra annular, no tocante a essa especie de sentenças, equivale meramente a *declarar nullo*. (236) A nullidade preexiste á sentença, por effeito da inconstitucionalidade, intrinseca ao acto. Este, “desde o seu principio, não tinha vida, nem acção, achando-se assim “nas mesmas condições em que se nunca o tivessem promulgado”. (237) Provada a sua invalidade, “a lei é, para todos os effeitos legaes, tal qual se nunca existira” (238), e encara-se “como se não tivesse tido jamais a minima força legal”. (239)

Accresce que, em se lhe deparando um acto incurso nesse vicio radical, não ha, para a justiça, alternativa. Em presença de uma lei inconstitucional, não é uma faculdade, que se lhe deixe, é um dever, que se lhe impõe, a declaração de nullidade. (240) Os tribunaes de justiça, quando chamados a sentenciar entre a constituição e uma lei, que se lhe contrapõe, “*são obrigados* a executar a constituição, como suprema, declarando irrita a lei”. Assim se exprime um dos

(236) “The word “annulling” is often used to-day to describe the effect of judicial action in such cases — as the equivalent of the phrase *declaring null and void*”. THAYER: *Cases*, I, p. 40, n.

(237) “It was invalid from the beginning, had no life or operation, and is precisely in the same state, as if it had not been made”. *Vanhornes' Lessee v. Dorrance* THAYER: *Cases*, I, p. 104.

(238) “When a legislative enactment proves to be invalid, it is for all legal purpose *as if it had never been*”. COOLEY: *Princ. of Const. Law*, p. 55.

(239) “When a statute is adjudged unconstitutional, it is *as if it had never been*... it is to be regarded *as having never, at any time, been possessed of any legal force*”. COOLEY: *Const. Limit.*, p. 224.

(240) RUY BARBOSA: *Actos inconstitucionaes*, pags. 58—75.

mais antigos commentadores da constituição americana. (241) “Se a lei é inconstitucional, aos tribunaes toca o poder e “a obrigação” de declaral-o”, dizem as *Institutas* de BOUVIER. (242). Já em 1795 a magistratura dos Estados Unidos affirmava desempenhar-se, nesses casos, *de um dever* (243), cuja energia imperativa os modernos têm accentuado ainda mais profundamente (244), e que, ha quatro annos, a suprema côrte de Washington qualificava como um dos mais solennes da sua missão. (245)

Taes actos, insubsistentes de sua origem, feridos de esterilidade absoluta, insanaveis pela acção do tempo, insuppriveis por arbitrio do juiz, pertencem ao numero desses actos nullos, que melhor se chamariam *inexistentes*, e cuja theoria, primeiro formulada por ZACHARIAE, depois por MARCADÉ e successivamente por DEMOLOMBE, LAURENT e outros, se encontra desenvolvida em todos os civilistas contemporaneos. O acto *inexistente* “offerece apenas a apparencia de existir”; mas juridicamente “não existe”. (246)

No que toca a esses actos, diz o profundo annotador das Pandectas de ARNDTS, “não se requer acção alguma, para os fazer annullar; antes é impossivel o exercicio de taes acções, pois legalmente não existe acto nenhum, que reduzir a nada”. Como, porém, obstar aos effeitos do acto *inexistente*? Um exemplo de jurisprudencia civil o mostrará. No caso do testamento do impubere, os herdeiros legitimos,

(241) “Courts of justice, when called en to decide a case in which the constitution and law are opposed, are bound to enforce the constitution as paramount, and to declare the law void.” SERGEANT: *Constitutional Law* (Phil., 1830), p. 401.

(242) “The courts have the power, and it is their duty, when the law is unconstitutional, to declare it to be so”. BOUVIER: *Institutes of Americ. Law*, I, n. 103, p. 26.

(243) “In such case it will be the duty of the court to adhere to the constitution, and to declare the Act null and void”. *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*. (THAYER: *Cases*, I, p. 97).

(244) “The reduction of the fundamental principles of government in the American States to the form of writtem constitutions... necessarily obliged the judicial department, in case of conflict between a constitutional provision and a legislative act, to obey the constitution as fundamental law, and disregard the statute”. THAYER: *Cases*, I, p. 53.

“It is the province and duty of the courts to declare it.” *People v. Draper*. (THAYER: *Cases*, I, 167).

(245) “... the court must in the exercise of its solemn duties determine wether the Act be constitutional, or not”. *Chic. & Grand Tr. Ry. Co. v. Wellman*. (THAYER, I, p. 171) Ver tambem BLUNTSCHLI: *Allgemeines Staatsrecht* (ed. 1863), p. 550, 551.

(246) DE CRESCENZIO: *Sistema di diritto civile romano*, § 55. — LOMONACO: *Delle Obbligazioni*, II, p. 491-6.



“em vez de pedirem a nullificação do testamento, promovem logo a petição de herança (*hereditatis petitio*), onde, se lhes oppuzerem o pretenso testamento, replicarão demonstrando-lhe a inexistencia juridica. Em caso de controversia, terá que examinar o juiz se, juridicamente, o testamento existe, ou não ; e, se o considerar inexistente, condenará o réo a restituir aos auctores os bens hereditarios, visto não ter realidade juridica o testamento, em virtude do qual os retinha”. (247) Muitas vezes as doutrinas de direito privado estabelecem analogias, derivações e inferencias, em que se vão inspirar as theorias de direito politico. A idéa americana da limitação da auctoridade da legislatura no circulo dos poderes traçados pelas constituições escriptas e da insubsistencia dos actos legislativos que transcenderem as forças desse instrumento é reflexo dos principios da jurisprudencia civil em materia de mandato e capacidade. Praticadas além das forças da outorga constitucional, as deliberações do congresso, attentatorias de direitos que ella reserva, são vãs e nenhuma em sua substancia, pela incapacidade do seu auctor. Não ha, pois, que demandar a nullidade, character ligado á origem do acto, não á auctoridade da sentença. Esta occupar-se-á, está claro, com a nullidade, mas simplesmente como *fundamento de decidir*. O *objecto do pleito*, porém, se fôr juridicamente orientado, a *materia do pedido* é outro : é a reintegração ou manutenção do direito pessoal, que o acto inexistente suppoz invalidar.

Aqui está porque eu não solicito annullação da lei, nulla, por sua natureza, de 21 de outubro, no art. 1.º, §§ 1 e 2, mas sim que,

reconhecida a nullidade dessas disposições legislativas e, por consequencia, a das ordens administrativas, que lhes deram execução, seja condemnada a fazenda a pagar aos meus constituintes os vencimentos, que esse acto lhes tira, e a administração da guerra a lhes contar a antiguidade, que elle lhes mandou interromper.

---

(247) ARDNTS SERAFINI : *Le Pandette*, § 79, n. 2. — BARTOLI : *La ratifica*, p. 28-30.

## DOCTRINA

### O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA (1)

*Meus senhores — Meus illustres collegas* — A generosidade com que me subistes a esta cadeira, elevando-me tanto acima do meu merecimento, excede a todas as minhas aspirações. A vaidade e a ambição põem a méta dos nossos desejos muito além da nossa capacidade. Mas eu, que bem pouco me tenho illudido quanto ao valor real das minhas forças e á importancia do meu destino, sempre limitei os meus projectos e sonhos, na carreira profissional que elegi desde a primeira mocidade, a grangear, pelo trabalho honesto, o credito de exercer o meu officio com seriedade, competencia e zelo.

Imaginar que um dia, por eleição dos advogados brasileiros, me visse assentar no primeiro logar entre os meus collegas, temeridade era que me não passou jámais pela mente ; e, quando com esta demasia da vossa benevolencia me surprehendestes, se não declinei da honra que me fazieis, é que, de puro agradecido e perplexo, não achei, no meu constrangimento e suspensão de animo, energia bastante para deliberar o que a prudencia me aconselhava.

E' o intimo dos meus sentimentos o que vos estou mostrando. Não vejaes expressão de falsa modestia na voz desestudada e fiel da minha sinceridade. Pela distincção que me liberalizastes, vos tenho o mais profundo reconhecimento. Mas em boa verdade vos digo, sem quebra do respeito devido ao fimo das vossas resoluções, que me não parece haverdes acertado na escolha, e bem pouco espero corresponder-vos á confiança.

As instituições do genero desta, creadas para situações de alta personalidade no desenvolvimento da cultura nacional, necessitam, para a dirigir, não de simples valores nominaes, como o meu, mas de autoridades poderosas, ainda em toda a expansão das suas forças, e talhadas, pelo habito de prosperarem e vencerem, para rasgar, diante dos que a seguem, novos caminhos de victorias e prosperidades. Não quiz a sorte que eu nascesse debaixo de um desses signos bema-venturados. A minha vida amadurece, e se vai despegando, para

---

(1) Discurso proferido pelo conselheiro Ruy Barbosa no Instituto dos Advogados, ao tomar posse do cargo de presidente em 19 de novembro de 1914.

cahir, na melancolia de ver definhadas e vencidas as idéas pelas quaes tenho consumido, numa luta quasi incessante, de perto de meio seculo, toda a substancia de minha alma.

Batendo-me, desde os bancos academicos, na imprensa militante e na tribuna popular, pela redempção dos escravos, consagrei, desde então, a existencia ás grandes reivindicações politicas e sociaes do direito, da educação publica e da liberdade, para, afinal, depois de termos sacrificado a Monarchia e estabelecido a Republica, suppondo melhorar de instituições, e promover o governo da nação pela nação ver operar-se o retrocesso mais violento das conquistas liberaes, já consolidadas sob o antigo regimen, a um systema de anarchias e dictaduras, alternativas ou simultaneas, com que contrastam epigrammaticamente as fórmulas de uma democracia esfarrapada.

Uma especie de maldição acompanha, ultimamente, o trabalho ingrato dos que se votaram á lida insana de sujeitar á legalidade os governos, implantar a responsabilidade no serviço da nação, e interessar o povo nos negocios do paiz. A opinião publica, mergulhada numa indifferença crescente, entregou-se de todo ao mais mussulmano dos fatalismos. Com o reinado systematico e ostentoso da incompetencia cessaram todos os estímulos ao trabalho, ao merito e á honra. A politica invadiu as regiões divinas da justiça, para a submeter aos dictames das facções. Rôta a cadeia da sujeição á lei, campeia dissoluta a irresponsabilidade. Firmada a impunidade universal dos prepotentes, corrompeu-se a fidelidade na administração do erario á invasão de todas as cubiças, baixámos da malversação á penuria, da penuria ao descredito, do descredito á bancarrota. Inaugurada a bancarrota, com o seu cortejo de humilhações, agonias e fatalidades, vê a nação fallidas até as garantias da sua existencia, não enxergando com que recursos iria lutar amanhã, ao menos pela sua integridade territorial, contra o desmembramento, o protectorado, a conquista estrangeira. E, enquanto esta inevitavel sorte enlaça nas suas tremendas espiraes a nossa patria, todos os signaes da sua vitalidade se reduzem ao continuo crescer dos seus males e soffrimentos, sob a constante acção dos cancros politicos que a devoram, das parcialidades facciosas que a corroem, dos abusos, por ellas entretidos, que a lazaram de uma gafeira ignobil.

Ora, senhores, como todas as calamidades se reduzem á inobservancia da lei, e têm na inobservancia da lei a sua causa immediata, não estranhareis que para ellas vos chame a attenção numa solemnidade como esta. Bem fóra estou de vos querer arrastar ao campo onde se embatem os partidos e debatem as suas pretensões. Ao poder não aspiraes, e o melhor da vossa condição está em nada terdes com o poder. Mas, tudo tendes com a lei. Da lei depende, essencialmente, o vosso existir. Vosso papel está em serdes um dos guardas professos da lei, guarda expontaneo, independente e desinteressado, mas essencial, permanente e irreductivel.

Fóra da lei, a nossa Ordem não póde existir senão embryonariamente, como um começo de reivindicação da legalidade perdida.

Legalidade e liberdade são o oxygenio e hydrogenio da nossa atmosphera profissional. Nos governos despoticos, sob o Terror jacobino, com as dictaduras dos Bonapartes, debaixo das tyrannias napolitanas, moscovitas ou asiaticas, a nossa profissão ou não se conhece, ou vegeta como cardo entre ruinas. Na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos, nas democracias liberaes, na Australia, na Africa Ingleza, nos paizes, europeus ou americanos, que por esse typo se modelaram, a toga, pela magistratura e pelo fôro, é o elemento predominante. Dos tribunaes e das corporações de advogados irradia ella a cultura juridica, o senso juridico, a orientação juridica, principio, exigencia e garantia capital da ordem nos paizes livres.

Se, pois, na legalidade e liberdade vivemos, definhando e morrendo, quando a liberdade expira com a legalidade, na legalidade na liberdade temos o maior dos nossos interesses ; e, desvelando-nos por ellas, interessando-nos em tudo quanto as interessa, por nós mesmos nos interessamos, lidamos pela nossa conservação mesma, e nos mantemos no circulo da nossa legitima defesa.

Aqui está, senhores, o porque vos eu digo e redirei que, com a abolição da legalidade e da liberdade no Brasil, abolição agora pouco mais ou menos consummada, se enceta, para nós, para este Instituto, uma existencia bastarda, precaria, irreal, a existencia de um organismo num meio a elle hostile e com elle incompativel.

Os advogados, na Inglaterra, nos Estados Unidos, na França, na Belgica, na Italia, em toda a parte, nunca deixaram de sentir esse laço de solidariedade vital entre a sua classe e o governo da lei, a preservação das garantias liberaes, a observancia das constituições juradas. Nem, o elaborar a brasileira, os juristas, os advogados que nella trabalhamos, e que, pela nossa preponderancia na sua composição, não se exaggerará, dizendo que a fizemos, nos desviamos da linha, que a nossa educação juridica nos traçava, que ella nos impunha, mostrando-nos a associação inseparavel do genio do novo regimen, cuja carta redigiamos, com uma organização da justiça, capaz de se contrapor aos excessos do governo e aos das maiorias legislativas, uns e outros dez vezes mais arriscados e amiudados nas republicas do que nas monarchias, nas federações do que nas organizações unitarias, no presidencialismo do que no parlamentarismo.

Se os criticos da nossa obra não se deixassem transviar, lançando ao systema as culpas da sua execução, e responsabilizando o mecanismo pelos erros dos mecanicos incompetentes ou interesseiros, que o têm estragado, não se perderia tantas vezes de vista a immensidade incalculavel do beneficio, com que dotamos o paiz, definindo, organizando e protegendo como definimos, organizamos e protegemos a justiça federal.

Ainda não se notou, entre nós, onde tantos censores têm surgido á obra constitucional de 1890 e 1891, que o governo provisorio, num ponto cardeal a esse respeito, se mostrou muito mais cuidadoso e previdente do que os autores da Constituição dos Estados Unidos. Estes, no proposito de assegurar toda a independencia á magistra-

tura suprema da União, se limitaram a declarar vitalícios os membros da Suprema Côrte, como os outros juizes federaes, e a prohibir que se lhes reduzam os vencimentos. Em contraste, porém, com estas duas medidas tutelares, duas portas deixou abertas a constituição americana ao arbitrio do Congresso Nacional contra a independencia da judicatura federal, entregando á descripção do Poder Legislativo o fixar o numero dos membros ao Tribunal Supremo, bem como os casos de appellação das justiças inferiores para esse Tribunal.

Foi uma imprudencia, de que algumas administrações americanas servidas pelas maiorias congressuaes, se têm utilizado por vezes, já para diminuir ou augmentar a composição da Côrte Suprema, quando certas causas de extraordinario interesse para o governo central lho aconselham, já para obstar a que pleitos, decididos na primeira instancia em sentido favoravel ás conveniencias da União, possam vir a receber diversa na instancia superior. E' o que succedeu, em 1867, no caso "Ex-parte Mc. Cardle", onde o Congresso. receando uma decisão contraria ás intituladas Leis de Reconstrucção, interveio, por assim dizer, no feito pendente, retirando á Suprema Côrte o direito de julgar, por appellação, em especies daquella natureza. O Tribunal já se pronunciara, reconhecendo a sua competencia. Mas, como, antes de proferido o julgamento *de meritis*, se promulgasse o acto legislativo, que lha cerceava, recuou, submettendo-se á medida incontestavelmente constitucional, com que a legislatura o desinvestira de tal autoridade.

Exercidas com parcimonia nos Estados Unidos, onde a opinião publica actúa constantemente com a sua fiscalização moralizadora nos actos do poder, essas duas faculdades, se a Constituição brasileira as adoptasse, teriam anniquilado, aqui, a justiça federal, inutilizando-a no desempenho da mais necessaria parte da sua missão no encargo de servir de escudo contra as demasias do governo e do Congresso.

Toda a vez que o Supremo Tribunal adoptasse uma decisão contraria ás exigencias, aos attentados, ou aos interesses de uma situação politica, seus potentados, suas maiorias, uma lei, votada entre a sentença e os embargos, e executada incontinenti com as nomeações necessarias, augmentando o numero aos membros daquella magistratura, operaria a reconsideração do julgado.

Toda a vez, por outro lado, toda a vez que a União receiasse perder, na segunda instancia, uma causa de relevancia excepcional para a sua politica ou as suas finanças, já victoriosa na primeira, o Congresso Nacional, alterando o regimen das appellações, e excluindo esse recurso no genero de casos, a que pertencesse o da hypothese, inhibiria o Supremo Tribunal de entender no pleito, e, dest'arte, firmaria como definitivo o vencimento já obtido pelo governo, mas ainda sujeito a revisão.

Destas duas maneiras de manipular e torcer a justiça, habilitando a mais poderosa das duas partes a evitar ou ageitar o tribunal supremo, nos livrou o artigo 56 e o art. 59 da nossa Constitui-

ção : o primeiro estipulando a esse tribunal um numero de juizes, que a lei ordinaria não póde modificar ; o segundo prescrevendo que para elle haverá recurso nas questões resolvidas pelos juizes ou tribunaes federaes. Com estas duas cautelas, premunindo a justiça federal, no Brasil, contra dous gravissimos perigos, a que se acha exposta na grande Republica da America do Norte, reunimos, em defesa dessa justiça, na sua independencia e na sua pureza, contra as seducções e compressões administrativas ou legislativas, todos os resguardos humanamente possiveis.

Se, ainda assim, a não deixamos de todo isenta e inacessivel aos manejos dos partidos, ás captações do poder, é que os melhores systemas de organização, os preservativos mais heroicos, os especificos mais radicaes não bastam, quando o character dos homens, mal escolhidos para as posições de alta confiança nacional, voluntariamente se offerece á contaminação, de que a lei empenhou as mais efficazes garantias em os abrigar. Mas, pelo menos, tudo o que estava ao alcance dos constructores do regimen, tudo quanto cabia nas possibilidades do seu mecanismo, tudo o que uma previsão avisada podia imaginar e combinar, tudo se envidou, para que se não entregassem a uma entidade indefesa e dependente os poderes de soberana majestade e grandeza confiados, nas federações do typo norte-americano, aos tribunaes federaes.

A evolução juridica encerrada nesta mudança era, entretanto, difficil de assimilar ao nosso temperamento e aos nossos costumes. O poder politico é, de sua natureza, absorvente e invasivo, mais invasivo e absorvedor ainda nas camaras legislativas do que no governo. As nossas tradições haviam-nos educado no dogma da supremacia parlamentar. Esta, a norma ingleza estabelecida com a revolução de 1688, a norma franceza decorrente da revolução de 1789, a norma européa generalizada com a propagação do governo constitucional, desde 1830, nas monarchias limitadas, a norma brasileira, introduzida com a nossa constituição de 1823, e praticada em 66 annos de regimen imperial.

Substituiu-a pelo regimen presidencial, sem buscar na criação de uma justiça, como a americana, posta de guarda, á constituição contra as usurpações do presidente e as invasões das maiorias legislativas, contra a onnipotencia de governos ou congresso igualmente irresponsaveis, era entregar o paiz ao dominio das facções e dos caudilhos. Eis por que a Constituição brasileira de 1891, armando a justiça federal da mesma autoridade, em que a investe a Constituição dos Estados Unidos, a dotou de garantias ainda mais numerosas e cabaes, para arrostar as facções acastelladas no executivo e no Congresso Nacional.

Quaesquer que fossem, porém, os contrafortes, de que a nova Constituição o cercasse, o reducto do nosso direito constitucional, para arrostar, com efficacia e sem risco da sua propria estabilidade, o choque violento dos seus aggressores naturaes, necessitava de contar, como conta nos Estados Unidos, com a vigilancia desvelada e

o energico apoio da opinião nacional. Em lhe fallecendo este sustentaculo, tão escasso e debil, tão inconstante e fallivel, tão timido e negligente, tão superficial e contestavel como tem sido no Brasil, todas as vantagens correriam contra o poder inerme e solitario da justiça, todas aproveitariam ao poder armado, opulento e multiplice do governo.

Ainda assim, ferida a luta em condições de tamanha desigualdade, nem sempre tem acabado, nestes vinte e quatro annos, pelo desbarato do mais fraco. Grandes triumphos, neste quarto de seculo, registra a justiça brasileira. Os direitos supremos, algumas vezes immolados, acabaram por vingar, em boa parte, na corrente dos arestos. Haja vista os grandes resultados, que graças a ella, se apuraram, sob o estado de sitio deste anno, quando, mercê das suas sentenças, alcançámos salvar, da liberdade de imprensa, uma parte consideravel, e preservar os debates parlamentares das trevas, em que os queria envolver a dictadura, com a cumplicidade submissa do proprio Congresso Nacional.

Mas, os elementos facciosos, que se fizeram senhores do Estado, e exploram, como vasta commandita, as apparencias restantes do regimen, adulterado nas suas condições mais necessarias, mutillado nos seus órgãos mais nobres, prostituido nas funcções mais vitaes, sentem o obstaculo invencivel, que ás aventuras do mandonismo, do caudilhismo, do militarismo oppõe uma justiça entrincheirada solidamente nas prerogativas da justiça americana; e comprehendem que, para acabar com os ultimos remanescentes da legalidade no dominio politico e civil, eleitoral e parlamentar, administrativo e financeiro, para transformar absolutamente a Republica num governo de privilegios, abusos e castas, lhes cumpre dar áquella instituição um combate de exterminio; abrir contra ella uma campanha inexoravel, só a largar de mão depois de reduzida a um poder subalterno, desmedulado e caduco.

Com esse intuito sitiaram a cidadela ameaçada, e lhe apertam os aroxes, assestando contra ella as mais formidaveis baterias da força, ao mesmo tempo que lhe solapam os fundamentos com as minas de uma sophisteria desabusada.

Dessa guerra sem escrupulos, a tactica principal tem consistido, sobretudo nestes ultimos quatro annos, em negarem abertamente obediencia o governo e o Congresso ás mais altas sentenças judiciais, com pretexto de que o Supremo Tribunal exorbita, prevarica, usurpa; e, para cohonestar essa rebeldia, mascarada em amor, da legalidade, a excepção dos *casos politicos*, opposta na jurisprudencia dos Estados Unidos, á competencia que a Suprema Côrte alli exerce, de negar definitivamente execução ás leis inconstitucionaes, tem ministrado aos congressos e governos insurgidos a evasiva que havia mistér esse movimento de anarchia radicalmente subversiva.

Mas, para abater o Supremo Tribunal Federal, e desafogar do receio da sua interferencia cohibitiva a politica de nossa terra, *ins-*



*cia legum, ignara magistratum* (2), não bastava a contingencia, imminente sempre, de vêr as suas sentenças desacatadas, ora com arrogante desprezo, ora com erudita ostentação de affrontosas monstruosidades jurídicas, alardeadas nas mensagens presidenciaes, ou nos debates parlamentares. Conveniente seria, ainda, systematizar o desrespeito, legislar a revolta, organizar a usurpação, assentar em bases categoricas a disvirilização do poder judiciario na Republica Brasileira, a enfeudação desse poder, desregrado e invertido, ás secretarias de Estado, ás oligarchias politicas, ás camarilhas dominantes. Para ousar essa audacia vertiginosa, era preciso viver no anti-diluvianismo, em que vivem os arbitros da nossa grotesca Republica, e metter o jacobinismo gallico na pelle da constituição americana.

Como a nossa determinou, imitando o seu modelo, que o Senado julgará os membros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade, engenharam, com igual ignorancia que arrojo, forçar essa attribuição, para collocar o Supremo Tribunal Federal num pé de subalternidade ao Senado, excluindo arbitrariamente do direito commum os crimes de responsabilidade, quando commettidos por esses magistrados.

Digo *arbitrariamente*, porque os crimes de responsabilidades são definidos em commum no Código Penal com relação a todos os funcionarios, que nelles incorrem, exceptuando a Constituição apenas os do presidente da Republica, unico e só funcionario, magistrado unico e só, a respeito de quem a nossa lei fundamental declara, no seu art. 54, que uma lei especial definirá os crimes de responsabilidades. Claro está que, se os dos membros do Supremo Tribunal houvessem, tambem, de se definir em lei especial, o texto da carta republicana, preciso e peremptorio, sobre o assumpto, no tocante ao presidente da Republica, seria igualmente explicito e solemne, em vez de omisso e silencioso, a respeito daquelles magistrados.

Tanto mais se evidencia aqui a evidencia, quanto visinhos quasi parede meia demoram o art. 54, onde se impõe uma lei especial, afim de qualificar, no que entende com o chefe do poder executivo, os delictos de responsabilidade, e o art. 57, onde a nossa lei organica, indicando o tribunal para os membros dessa magistratura nos delictos de responsabilidade, não falla em lei distincta, para os definir. O confronto desta diversidade no conteudo com esta proximidade na collocação prova como que *ad oculum* a conclusão, a que chegámos, e tira em limpo o caso.

Mas a politica destes ultimos tempos, como quem sente dia a dia, abrir-se-lhe a vontade no lauto banquete dos abusos, não se detem com embarços, quando o estomago lhe affecta um bocado régio; e bem pouco é para as guélas do seu arbitrio uma instituição constitucional, quando se pôde sorver e sumir de um trago no buxo

---

(2) BALDWIN: *The American Judiciary*, p. 116-117. JUDSON: *The Judiciary and the People*, p. 185-86.



pantagruelico de uma situação useira e veseira a devorar leis, thesouros e constituições.

Tanto vae dos homens que fundaram este regimen aos que o estão gargantuando, tanto da democracia juridica, em que, ha vinte e cinco annos, encarnavamos o nosso idéal, á demagogia anarchica, mixto de cesarismo e indisciplina, pretorianismo e jacobinismo, em que os idéaes de hoje suppuram o seu virus.

Aquelles faziam da justiça a roda mestra do regimen, a grande alavanca da sua defesa, o fiel da balança constitucional. Estes, se lograssem o que intentam, reduziriam o Supremo Tribunal Federal a uma colonia do Senado.

Em vez de ser o Supremo Tribunal Federal, qual a nossa Constituição o declarou, o derradeiro arbitro da constitucionalidade dos actos do Congresso, uma das Camaras do Congresso passaria a ser a instancia de correição para as sentenças do Supremo Tribunal Federal.

Aqui está, senhores, como nos arraiaes da ordem se pratica o espirito conservador. Aqui está como os orthodoxos cuidavam a verdade constitucional. Aqui está como as Vestaes da tradição historica alimentam a chamma sacra da virgindade republicana.

A investida reaccionaria de nullificação da justiça, que se esboça no grandioso projecto de castração do Supremo Tribunal Federal, tem por grito de guerra, conclamado em brados trovejantes, a necessidade, cuja impressão abraza os peitos á generosa cohorte, de pôr trancas ao edificio republicano contra a dictadura juridica. E' a dictadura dos tribunaes a que enfia de terror as boas almas dos nossos puritanos. Santa gente, que afinado que lhes vai nos labios, onde se tem achado escusas para todas as dictaduras da força, esse escarcéu contra a dictadura da justiça !

Os tribunaes não usam espadas. Os tribunaes não dispõem do Thesouro. Os tribunaes não nomeiam funcionarios. Os tribunaes não escolhem deputados e senadores. Os tribunaes não fazem ministros, não distribuem candidaturas, não elegem e deselegem presidentes. Os tribunaes não commandam milicias, exercitos e esquadras. Mas, é dos tribunaes que se temem e tremem os sacerdotes da immaculabilidade republicana.

Com os governos, isso agora é outra cousa. Das suas dictaduras não se arreceia a democracia brasileira. Ninguem aqui se importa com as dictaduras presidenciaes. Ninguem se assusta com as dictaduras militares. Ninguem se inquieta com as candidaturas caudilhescas. Ninguem se acautela, se defende, se bate contra as dictaduras do Poder Executivo. Embora o Poder Executivo, no regimen presidencial, já seja de sua natureza, uma semi-dictadura, colhida e limitada muito menos pelo corpo legislativo, seu cumplice habitual, do que pelos diques e freios constitucionaes da justiça, embora o Poder Executivo seja o erario, o aparelho administrativo, a guarda nacional, a policia, a tropa, a armada, o escrutinio eleito-

ral, a maioria parlamentar. Embora nas suas mãos se reünam o poder do dinheiro, o poder da compensação e o poder das graças.

Seja elle embora, entre nós, o poder dos poderes, o grande eleitor, o grande nomeador, o grande contratador, o poder da bolsa, o poder dos negocios, e o poder da força, quanto mais poder tiver, menos lhe devemos cogitar na dictadura, actual, constante, omnimoda, por todos reconhecida mas tolerada, sustentada, collaborada por todos.

Para esse poder já existe uma lei de responsabilidade. A Constituição a exigiu. A primeira legislatura do regimen deu-se pressa em a elaborar. A medida tinha por objecto atalhar a degeneração da presidencia numa dictadura permanente. Mas os nossos estadistas se contentaram de a estampar no *Diario Official*, e archiva-la na collecção das leis. Raros são os seus artigos, em que não hajam incorrido os nossos presidentes. Alguns a têm violado em quasi todos. Mas, quanto maior é a somma de attentados com que carrega um presidente, mais unanimes são os votos da sabedoria politica em lhe assegurar a irresponsabilidade. Isto é : quanto mais completa a dictadura presidencial, quanto mais dictadura essa dictadura, mais immune a qualquer responsabilidade.

Seis vezes entre nós se propoz, seis vezes, não menos, a responsabilidade presidencial, e não menos de seis vezes a rejeitou a Camara dos Deputados, não a considerando, sequer, objecto deliberavel.

A Razão de Estado, negação virtual de todas as constituições, radical eliminação de todo o direito constitucional, a Razão de Estado não existe para outra cousa : absolver os mais insignes culpados, dispensar na lei, justamente nos casos em que a uma severidade mais tinha a mira, recolher ao coito da impunidade os crimes mais insolitos, mais desmarcados, mais funestos.

Graças a essa indulgencia, acclamada sempre na rhetorica dos nossos parlamentos, ainda não houve presidente, nesta democracia republicana, que respondesse por nenhum dos seus actos. Ainda nenhum foi achado commetter um só desses delictos, que tão ás escancaras commettem. A jurisprudencia do Congresso Nacional está, pois, mostrando que a lei de responsabilidade, nos crimes do chefe do poder executivo, não se adoptou, senão para não se applicar absolutamente nunca. Deste, feittio, o presidencialismo brasileiro não é senão a dictadura em estado chronico, a irresponsabilidade geral, a irresponsabilidade consolidada, a irresponsabilidade systematica do poder executivo. De modo que, com a irresponsabilidade inevitavel de legislatura, os nossos republicanos, indifferentes ao systema da irresponsabilidade em todos os grãos, em todos os ramos e em todas as expressões do poder, só não querem irresponsavel o Supremo Tribunal Federal.

Esse o terrivel dictador, o dictador formidoloso, cuja sombra se projecta sinistra sobre as instituições. Contra os golpes desse, contra as suas machinações abominaveis, contra os seus insidiosos assaltos á Republica, é que urge mettermos todos os escudos, orga-

nizando-lhe rigorosamente a responsabilidade. Mas de que modo? Como a Constituição a quer? Organizando-lhe a responsabilidade nos limites do Código Penal? — Não. Instituído uma pavorosa nomenclatura de crimes novos, innominados, absurdos, cuja capitulação legislativa aboliria totalmente a consciencia da magistratura, a sua independencia profissional, as garantias da sua vocação, reduzindo ao ultimo dos tribunaes o maior de todos.

Nenhum tribunal, no applicar da lei, incorre, nem póde incorrer, em responsabilidade, senão quando sentença contra as suas disposições literaes, ou quando se corrumpo, julgando sob a influencia de peita ou suborno. Postas estas duas resalvas, que nada alteram a independencia essencial ao magistrado, contra os seus erros, na interpretação dos textos que applica, os unicos remedios existentes consistem nas fórmulas do processo, nas franquias asseguradas á defesa das partes e, por ultimo, nos recursos destinados a promover a reconsideração, a cassação ou a modificação das sentenças, recursos que não se interpõem da justiça para outro poder, mas se exercitam, necessaria e intransferivelmente, dentro da propria esphera judicial de uns para outros grãos da sua jerarchia.

Fóra dahi não ha justiça, não ha magistratura, não ha tribunaes. Com este nome já os não podereis chamar, se, commettendo-lhes a applicação da lei, os não constituirdes em arbitros privativos e absolutos da sua interpretação, se da que elles estabelecerem admittirdes recurso para um poder estranho, se acima delles erigirdes uma entidade maior, com a incumbencia de lhes rectificar as decisões, e lhes castigar os erros. Admittida uma tal organização, quem teria o direito a denominar-se de tribunal, de magistratura, de justiça, era, afinal de contas, unicamente, essa potestade soberana, de cujos oraculos penderiam as sentenças dos julgadores e a sorte destes, sua liberdade, seu patrimonio, sua honra.

Tal extravagancia não acudiu jámais á mente de ninguem. Quem quer que saiba, ao menos em confuso, destas cousas, não ignorará que todos os juizes deste mundo gozam, como juizes, pela natureza essencial ás suas funcções, o beneficio de não poderem incorrer em responsabilidade, pela intelligencia que derem ás leis de que são applicadores. Haverá nisto mal? Allegar poderiam que ha o de se consentir em que escapem de correctivo os erros dos tribunaes. Mas autoridade humana, que não erre, onde é que nunca se viu? De errar igualmente não serão susceptiveis os revisores agora indicados para os erros dos tribunaes? Pois quando acontecer que acabe errada a justiça dos tribunaes, não é mais para temer que comece erradissima a justiça dos chefes de governo e dos chefes de partido, a justiça das secretarias administrativas e das maiorias legislativas? Pois se, de revisão em revisão e de recurso em recurso, a um paradeiro havemos de chegar, onde se estaque, e donde se não tolere mais recurso, nem revisão, porque iriamos assentar esse ultimo élo na politica, em vez de o deixar na magistratura? Pois, se da politica é que nos queremos precaver, buscando a justiça, como é

que á politica deixariamos a ultima palavra contra a justiça ? Pois, se nos tribunaes é que andamos á cata de guarida para os nossos direitos, contra os ataques successivos do Parlamento ou do executivo, como é que volveriamos a fazer de um destes dois poderes a palmaria dos tribunaes ?

Assim como assim, porém, não se conhece, por toda a superficie do globo civilizado, nação nenhuma, em cuja legislação penetrasse a idéa, que só ao demonio da politica brasileira podia occorrer, de crear fóra da justiça, e incumbir á politica uma corregedoria, para julgar e punir as suppostas culpas do tribunal supremo no entendimento das leis.

Dessa extravagante situação, igualmente inaudita que absurda, estão, entre nós, livres todos os juizes, pelos termos em que o nosso Codigo Penal capitula toda a possivel delinquencia dessa classe de servidores do Estado. E nisto nos encontramos de accôrdo com o mundo inteiro, onde todos os systemas judiciarios, de que nos consta, asseguram á magistratura a mais plena irresponsabilidade quanto á apreciação do facto e do direito no acto de julgar. (3)

A obrigação de compôr o damno e a infamia em que o juiz romano incorria, por violar o direito e a lei, circumscrevia-se aos casos em que elle a fraudasse com dolo manifesto : "*cum dolo malo infraudem legis sententiam dixerit*". (4)

O principio não variou até hoje, ainda hoje se tem por inconcusso ; e, por este lado, o desenvolvimento das idéas juridicas, longe de tender para a solução da responsabilidade, cada vez mais della nos vae distanciando. (5)

Não é da Constituição actual que data, no Brasil, a existencia de um supremo tribunal de justiça. Com a Constituição de 1825, já possuíamos essa instituição, e, durante os sessenta e seis annos que ella viveu sob a corôa imperial, nunca ninguem se lembrou de lhe armar um codigo especial de criminalidade, e, ainda menos, de submeter esse tribunal á jurisdicção de nenhum dos seus jurisdicionados.

Agora estae commigo. Veiu a Republica ; e que fez ? Trocando, na denominação desse tribunal, o predicativo de *justiça* pelo qualificativo de *federal*, não lhe tirou o character de tribunal de justiça inherente, sobre todos, á sua missão constitucional ; senão que, pelo contrario, o ampliou constituindo nelle o grande tribunal da Federação, para sentenciar nas causas suscitadas entre a União e os Estados, e em derradeira instancia, nos pleitos debatidos entre os actos do governo, ou os actos legislativos, e a Constituição.

(3) BIDERMAN : *La responsabilité des magistrats*. (1912) p. 213.

(4) CUJACIO : ad. leg. 15-16 D. de *judicis*.

(5) BIDERMAN : loc. cit. — FAMEIN : *Compte rendu de l'Académie des Sciences Morales et Politiques* 1905, 1.º semestre, p. 599.

Ora estae no caso. Elle é certo que, com isto cresceu immensamente o papel desse tribunal, e de muito mais gravidade se lhes revestiram as attribuições. Mas dahi se poderia seguir, acaso, que, por acautelar o abuso dellas, se houvesse de sotopor a consciencia do Supremo Tribunal Federal ao jugo extra judicial e absolutamente politico, de uma das casas do Congresso. Nada menos.

Primeiramente, notae. Cada um dos poderes do Estado tem, inevitavelmente, a sua região de irresponsabilidade. E' a região em que esse poder é discrecionario. Limitando a cada poder as suas funcções discrecionarias a lei, dentro das divisas em que as confina, o deixa entregue a si mesmo, sem outros freios além do da idoneidade, que lhe suppõe, e do da opinião publica, a que está sujeito. Em fallecendo elles, não ha, nem póde haver, praticamente, responsabilidade nenhuma, neste particular, contra os culpados. Dentro, no seu circulo de acção legal, onde não tem ingresso nem o co'po legislativo nem a justiça, o governo póde administrar desastradamente, e causar ao patrimonio publico danos irreparaveis. Em casos taes, que autoridade o poderá conter, neste regimen? Por sua parte, o Congresso Nacional, sem ultrapassar a orbita da sua autoridade privativa e discrecionaria, póde legislar desacertos, loucuras e ruinas. Onde a responsabilidade legal, a responsabilidade executavel contra esses excessos? E, se os dois poderes politicos se derem as mãos um ao outro, não intervindo, moral ou materialmente, a soberania da opinião publica, naufragará o Estado, e a nação poderá, talvez, sossobrar. Nem por isso, contudo, já cogitou alguém de chamar á responsabilidade nessas conjunturas a esses dois poderes do Estado, que não reconhecem outra responsabilidade, senão a da conta que todos os órgãos da soberania a elle devem.

Noutra situação não se acham os tribunaes e, com particularidade, o Supremo Tribunal Federal, quando averba de inconstitucionalidade os actos do governo ou os actos do Congresso.

Declarar, pois, inconstitucionaes esses actos quer dizer que taes actos excedem, respectivamente, a competencia de cada um desses dois poderes. Encarregando, logo, ao Supremo Tribunal Federal a missão de pronunciar como incursos no vicio de inconstitucionalidade os actos do poder executivo, ou do poder legislativo, o que faz a Constituição é investir o Supremo Tribunal Federal na *competencia de fixar a competencia* a esses dois poderes, e verificar se estão dentro ou fóra dessa competencia os seus actos, quando judicialmente contestados sob este aspecto.

Agora o chiste da reforma projectada. O que ella inculca, é que, em excedendo o Supremo Tribunal Federal, quando de tal attribuição faz uso a sua competencia, o Senado o chame a contas, o julgue, e o reprima, condemnando-lhe os membros delinquentes. *Risum teneatis amici?*

Realmente, nunca se chufcou assim com o senso commum. Vejamos o argumento. Suppondo que esse tribunal, ao declarar inconstitucional um acto do poder legislativo (cinjamo-nos a estes),

exorbite da sua competencia, qual é a competencia de que elle exorbitou? A competencia de sentenciar que, perpetrando esse acto, o poder legislativo era incompetente.

Tem o Supremo Tribunal Federal autoridade semelhante? Ninguém o poderá negar; visto como o art. 59, da nossa carta republicana, obriga esse tribunal a negar validade ás leis federaes, quando o poder legislativo, adoptando taes leis, não se teve nos limites, em que a Constituição o autoriza a legislar, isto é, transpassou a competencia, em que a Constituição o circumscreve.

Logo, se o exercicio desta função judiciaria consiste, *precisamente*, em aquilatar e declarar, na suprema instancia, que os actos do Congresso Nacional, isto é, os actos nos quaes collaboram a Camara e o Senado juntos, lhes ultrapassam a competencia constitucional; se, pois, da competencia desses dois ramos do corpo legislativo, accórdes e cooperantes, o juiz, na suprema instancia, é o Supremo Tribunal Federal, como admittir, que da competencia do Supremo Tribunal Federal, nessa decisão, possa vir a ser arbitro, ulteriormente, o Senado isto é, nem mais nem menos, uma das duas Camaras do Congresso?

E' o superlativo da irrisão, o *nec plus ultra* do absurdo. Attentae bem. Da competencia constitucional da Camara e do Senado, reunidos em Congresso, o ultimo juiz é o Supremo Tribunal Federal. Mas, se, pronunciada por elle a sentença que nega a competencia constitucional ao Congresso, não estiver este por ella, da competencia desse tribunal em julgar da competencia do Congresso o ultimo juiz, o arbitro final, então, vem a ser, unica e sómente, o Senado.

De sorte que, pela Constituição, o Supremo Tribunal Federal annulla as leis do Congresso. Mas o Senado *annulla a sentença*, que *as annullar*, fulminando o Tribunal que a proferir.

De certo essa Constituição endoideceu, já que de estarem delirando não posso eu suspeitar os doutos commentadores, cujo saber nol-a figura assim desorientada e treslida.

Um regimen que dêsse a um tribunal a incumbencia de negar validade ás leis inconstitucionaes, e, ao mesmo tempo, reconhecesse ao corpo legislativo o direito de proceder contra as sentenças desse Tribunal, considerando-as como attentados contra a legislatura, seria a vesania organizada.

Com que qualificação caracterizaríamos agora a insensatez daquelle, que, depois de confiar a um tribunal a guarda juridica da Constituição contra as invasões do corpo legislativo, reconhecesse a uma só das duas casas que o compõem o arbitrio de chamar á sua barra esse tribunal como réo, literalmente, em cada um dos seus membros, quando dessa autoridade constitucional se atrevesse a usar?

Juntae, porém, ainda por cima, ao destempero de uma Constituição em briga, deste feitio, nas suas proprias entranhas, consigo mesma, juntae a isso a colossal enormidade, que se consummaria contra os rudimentos de toda a justiça, em qualquer tribunal, mantendo impendente á cabeça de cada um dos seus membros a continua

ameaça de responsabilidade e castigo por actos de consciencia, como, os de interpretação das leis, que houverem de applicar, e vêde se acertaes com algum meio de tratar sériamente, no terreno da logica e da razão, este ousadissimo gracejo.

Altas origens teve elle, entretanto; e, se não, foi, de certo, como gracejo que lhe deram corpo. Nasceu das transcendentas aspirações de uma politica decidida a remover todos os tropeços de legalidade no seu caminho para uma dominação total do paiz.

Umás tinturas superficiaes do constitucionalismo americano e as vagas noticias do *impeachment* ensaiado nos Estados Unidos contra alguns juizes persuadiram-n'a de que lhe não seria de todo inequível a traça de burlar o principio fundamental do systema que dali trasladamos, o excelso ascendente da justiça na vida constitucional do regimen, creando no Senado uma como inquisição, um tribunal de consciencia politica, afim de emascular, turbar e esmagar a consciencia juridica do Supremo Tribunal Federal.

Esqueceram-se de que essa trama tinha no seu proprio objecto a certeza fatal da sua irrealisibilidade. Não admittiram que, propondo-se destruir a Constituição a poder de leis inconstitucionaes, vão esbarrar no invencível obstaculo da norma constitucional, por cuja virtude as leis contrarias á Constituição não são leis. Não viram que todo o arsenal de raios imbelles, forjados com esse intento, iria anniquilar-se de encontro á impassibilidade, com que a victima alvejada se desembaraçaria da impertinencia, limitando-se a encolher os hombros, e não tomar conhecimento da iniciativa.

Instituido principalmente com o designio de recusar execução ás leis inconstitucionaes, não havia de consentir o Supremo Tribunal Federal em que nelle se executassem as mais inconstitucionaes de todas as leis contrarias á Constituição. Bastaria, pois, que na evidencia dessa inconstitucionalidade se envolvesse, para que, ante o seu *Non possumus*, lhe cahisse aos pés, desfeita em nada, a estrondosa inepecia.

Votando uma lei, que privasse o Supremo Tribunal Federal da autoridade suprema que a Constituição lhe deu, para negar validade ás leis a ella contrarias, o Congresso votaria uma lei contraria á Constituição. Bastaria, pois, ao Supremo Tribunal Federal pronunciar-lhe a inconstitucionalidade, para que a jurisdicção inconstitucional, outorgada por essa lei ao Senado, se desmanchasse como uma bolha de ar. Desobedecendo a esse attentado legislativo contra a Constituição, a essa usurpação do Congresso, o Supremo Tribunal Federal se haveria resistente e insubmisso ao abuso da legislatura, para se haver submisso e fiel ao mandado soberano da Constituição, como haver-se costuma e deve, quando quer que a lei ordinaria, rebellando-se contra a lei constitucional, deixa de ser lei, e, como tal, cahe sob a alçada repressiva daquella justiça.

Não é verdade?

Sim e muito que sim, meus senhores; porquanto, sendo essa instituição, peculiar ao typo federativo de origem americana, ou, se-



gundo a theoria de Marshall, á natureza das constituições rígidas, essa, a instituição pela qual o Supremo Tribunal Federal está de vela, na cupula do Estado, a todo o edificio constitucional, sendo, torno a dizer, essa instituição, a todas as outras sobreeminente neste ponto de vista, a instituição equilibradora, por excellencia, do regimen, a que mantem a ordem juridica nas relações entre a União os seus membros, entre os direitos individuaes e os direitos do poder, entre os poderes constitucionaes uns com os outros sendo esse o papel incomparavel dessa instituição, a sua influencia estabilizadora e reguladora influe, de um modo nem sempre vizivel, mas constante, profundo, universal na vida inteira do systema. Nem ella sem elle, nem elle sem ella, poderiam subsistir um momento.

O que se guarda, pois, no bojo desse tentamen, destinado a sumir-se e resurtir com as reaparições ou os eclipses da legalidade na existencia nacional, é a transformação do regimen democratico na oligarchia de uma facção imperante no Congresso e centralizada no Senado.

Por isso é que, do apparelho constitucional, na organização da responsabilidade criminal para os nossos grandes magistrados, só essa peça escaparia : a jurisdicção do Senado, a peça do machinismo que mais a frizar está com os interesses da conspirata contra a justiça. Dessa responsabilidade, amplificada e desvirtuada, o juiz privativo seria o Senado, como a Constituição manda quanto á responsabilidade (tão diversa !) que ella estabelece.

Ahi se respeitaria a indicação constitucional, visto que nenhuma outra quadraria mais ao justo com o espirito da reforma subversora.

Se no proprio Supremo Tribunal Federal não estivesse, dest'arte, a barreira insuperavel a essa atrevidissima velleidade, no proprio Supremo Tribunal Federal, insisto, no seu direito inabalavel, inalienavel, inammissivel, no seu direito, que ninguem lhe póde arrebatara e de que elle em caso nenhum poderia decair nesse direito revestido e abroquelado pelo mais eminente dos seus deveres, o *direito-dever* de guardar a Constituição contra os actos usurpatorios do governo e do Congresso ; — nesse proprio Tribunal, torno a dizer, não se achasse a muralha invencivel a esse commettimento delirante, a Constituição brasileira, na sua essencia, estaria toda ella tumultuada e revogada.

Levantando voz de restabelecer a lei constitucional, o que esse aborto de monstruosidade viria pois realmente fazer, era adulteral-a com escandalo á luz do sol, e desmontal-a pelos alicerces.

Os crimes de responsabilidade dos membros do Supremo Tribunal Federal, que a Constituição incumbiu ao Senado a missão de julgar, estavam classificados na lei penal preexistente e, pela sua natureza não deixavam a essa casa do Congresso autoridade nenhuma de onde pudesse resultar ameaça á integridade moral desses magistrados.

No decidir se elles julgaram contra disposição literal da lei o que se commetteu ao Senado é, meramente, a verificação de um facto



material. Quando a lei commina a um crime a prisão, o julgador, que lhe applica a morte, violou a lei na sua expressão material. Casos deste genero não abrem margem ao arbitrio. Semelhantemente, quando se responsabiliza um juiz, porque aconselhe as partes, porque recuse ou demore a administração da justiça, porque intervenha nas causas em que a lei o declara suspeito, porque se corrompa ou venda, porque subtraia ou consuma documentos dos autos, porque solicite mulher que tenha litigio no seu juizo, porque dê ao publico o escandalo da incontinencia ostensiva, da embriaguez, do vicio de jogos prohibidos, nada perde, nesses como nos demais casos analogos, com a chamada a contas dos culpados, a inteireza da justiça, cujos distribuidores não podem ser irresponsaveis, se affrontam publicamente a moral, quebram abertamente com a lei, e rompem materialmente com os seus deveres precisos. Taes as hypotheses do *impeachment*, as que a Constituição brasileira contempla, quando estatue que o Senado julgará os crimes de responsabilidade do Supremo Tribunal Federal.

Mas o que se engenha agora é torcer destes limites estrictos essa autoridade, para abrir, de roda a roda, ao seu dominio, á sua invasão a consciencia da magistratura suprema, o seu fóro intimo, aquella região defesa a toda a responsabilidade, onde se elaboram as convicções do magistrado, onde o espirito do juiz vae beber a sua apreciação de lei que tem de applicar. Eis a investidura em que agora se quereria collocar uma das Camaras do Congresso Nacional, exactamente para esbulhar o Supremo Tribunal Federal da sua missão de vigiante sobre os actos do corpo legislativo, para desvencilhar o corpo legislativo do obstaculo, que aos seus desman'los poz a Constituição nas attribuições inappellaveis desse grande tribunal.

Dest'arte aquelle sobre quem se havia de exercer a suprema justiça, esse é o que sobre ella exerceria a justiça suprema. Que homens de lume no olho !

A politica brasileira fez do Congresso Nacional um laboratorio de attentados e o homisio dos crimes do poder executivo. Verificado isso, os reivindicadores da propria irresponsabilidade e os acobertadores da irresponsabilidade presidencial arvoram-se a si mesmos em applicadores de uma responsabilidade judiciaria até agora ignata, destinada a emancipal-os da justiça.

Um codigo draconiano, já formulado, regeria o exercicio dessa magistratura *superior á suprema*. Um codigo em que todos os actos de independencia concebiveis nos ministros da nossa mais alta magistratura se achassem previstos e recebessem daquelles, para conter os quaes ella foi especialmente instituida, uma expiação exemplar. Um codigo em cujo systema de processo e criminalidade, inquisitoriamente constituido, a integridade judiciaria dos guardas supremos da Constituição se reduzisse a massa de pilulas como simples drogas trituradas no gral dos interesses do poder.

Não ha nada mais logico. A politica, depois de ter erigido, a pedra e cal, para as culpas de todos os seus agentes, a mais ampla

irresponsabilidade, crearia, deste modo, para os que a Constituição instituía como supremo amparo contra taes excessos, a responsabilidade mais severa, e em tribunal desta responsabilidade arvoraria o corrilho do Senado, a assembléa dos mais acompadrados no interesse pela absolvição desses crimes.

Determinou a Constituição que dos excessos do governo e do Congresso Nacional julgasse em derradeira instancia o Supremo tribunal Federal. Que iríamos fazer agora? Determinariamos que do acerto das sentenças do Supremo Tribunal Federal no exercicio dessa magistratura suprema julgue em instancia revisora uma das casas do Congresso Nacional. Era uma alteração de nonada no regimen. Tão sómente lhe virariamos do avesso a Constituição. Sacrificio bem leve a troco do lucro obtido com arrazarmos a horrível dictadura judiciaria.

Parece que esta é, realmente, a dictadura sob a qual o paiz se viu reduzir ao estado actual, a petição de miseria ; e, se della não lo-grassemos obter salvamento menos que acaçapando a Constituição debaixo da cama dos chefes de partido, valeria bem a pena sujeitar-mo-nos a passar logo, sem constrangimentos constitucionaes de especie alguma, por essa transformação total do regimen, comtanto que acabassemos com os truculentos dictadores do Supremo Tribunal.

Por que singularidades climatericas seria que a justiça federal aqui viesse, aqui, a ser o poder aggressivo, o poder minaz, o poder absorvente denunciado pelos oraculos do republicanismo brasileiro?

Não pensavam assim os grandes homens de Estado, a cujo tino se deve a Constituição dos Estados Unidos. Se manuseardes o *Federalista*, vereis como Hamilton advoga alli essa autoridade extraordinaria, que os patriarchas da grande Republica entregavam á justiça federal sobre os actos do Congresso e do Executivo. O judiciario, observava o celebre americano, é o mais fraco dos tres ramos do poder e, consequentemente, o menos propenso a usurpar, não tendo influencia alguma sobre a espada ou a bolsa publica, não podendo, assim, tomar nenhuma deliberação activa, e dependendo, até, afinal do governo para a execução das proprias sentenças. (6) Delle, pois, não é de temer que emprehenda nada contra as liberdades constitucionaes. Todas as cautelas, pelo contrario, deve adoptar o povo, para que o judiciario não seja supplantado pelos outros dous poderes (7), e, quando entre as duas oppressões houvessem de optar, menos grave seria sempre a dos tribunaes que a dos governos ou a dos congressos (8).

Estava reservado ao Brasil descobrir, no jogo normal das instituições que copiámos aos Estados Unidos, a dictadura judiciaria,

(6) *The Federalist*, ed. Ford, n. 78, pag. 518, 519.

(7) HAINES : *The conflict over Judicial Powers* (1909), pag. 59.

(8) *Ib* : pag. 32.

balella ridicula, a que a sciencia e a experiencia americana lavram, ha já um seculo e um quarto, essa victoriosa resposta.

As preoccupações dos nossos mestraços em sabedoria politica, gente de cujo valor temos a cópia na sua grande obra, o estado actual do paiz, se fossem porventura sinceras, teriam de se filiar na doutrina franceza, no systema ultramarino da inferioridade ou subordinação do poder judiciario aos actos do poder legislativo, constitucionaes ou inconstitucionaes. Esse o principio geral das constituições, que se não categorizam entre os descendentes dos Estados Unidos. A supremacia, contra a qual aqui se estão levantando agora os interesses politicos, a supremacia da justiça na solução das questões de constitucionalidade, é a grande característica do regimen e a sua garantia suprema (9).

Ainda entre os melhores publicistas europeus, dentre os quaes, fallando nos mais modernos, bastaria citarmos o nome de Boutmy, essa posição constitucional da justiça nos Estados Unidos, se considera como "uma das invenções mais originaes, inesperadas e admiraveis, que na historia do direito publico se encontram" (10). Tocqueville, com a sua immensa autoridade a encarecia como "uma das mais poderosas barreiras, que nunca se elevaram contra a tyrannia das assembléas politicas". (11)

Essa tyrannia era a que, nos Estados Unidos, mais inquietara os patriarchas do regimen, e, entre esses, ainda os que mais se distinguiram pelo radicalismo da sua democracia. "Combatido temos", dizia Jefferson, o maior delles, "temos combatido, não para estabelecer um despotismo electivo, mas para fundar um governo livre... Ora, certo é que a oppressão collectiva de muitos despotas pesaria com tanto peso quanto o de um só. Pouco faz ao caso que com os nossos suffragios as elejamos" (12).

Essa idéa tem se propagado hoje no proprio continente europeu, havendo, até em França, uma notavel corrente de opinião, entre publicistas e jurisconsultos, estadistas e magistrados, cujos trabalhos reivindicam para a justiça esse poder (13), que a Constituição dos Estados lhe reconheceu, e uma conjuração de interesse na politica brasileira, hoje lhe quer subtrair arrojadamente.

Na Constituição brasileira essa aspiração triumphou em declarações categoricas; e é contra esse triumpho, o maior do nosso direito politico, da nossa historia constitucional, que se debatem agora o illiberalismo e o obscurantismo da politica brasileira empenhada em voltar á omnipotencia legislativa, em recolocar o legislador acima da Constituição.

(9) ELIHU ROOT: *Political Science Quartely*, vol. 25, pag. 21-22.

(10) BOUTMY: *Etud de droit constit.*, 2.<sup>a</sup> ed., pag. 142.

(11) APUD. NOAILLES, v. I, pag. 22.

(12) L. PROAL: *Révue Politique et Parlementaire*, tom. 56 (1908), pag. 558-559.

(13) *Ib.*, pag. 101.

Recusando execução aos actos do Congresso Nacional viciados claramente de inconstitucionalidade, a justiça federal não usa tão sómente do seu direito. Este direito lhe resulta da competencia, que para tal lhe foi conferida. Mas, essa competencia, formulada peremptoriamente nos arts. 59 e 60 da Constituição brasileira, não exprime uma faculdade: traduz um dever, estricto e imperioso, o dever capital dessa magistratura num regimen de poderes limitados, a sua missão especifica do regimen federativo, onde, entre a União e os Estados, entre a soberania daquella e a autonomia destes, era mistér um arbitro com alçada inappellavel nos conflictos constitucionaes.

Erguida entre potestades tamanhas como barreira insuperavel ás demasias de parte a parte, a suprema justiça federal não poderia escapar sempre ao embate das irritações politicas, contrariadas, ora de um lado, ora de outro, pelo arbitramento dessa magistratura. De vez em quando uma lufada mais violenta se levanta contra ella. Por vezes o clamor politico, ora dos governos, ora das maiorias, ora das classes contrariadas, lhe sopra derredor com a rijeza dos vendavaes. Mas, a grande instituição, a mais liberal e, ao mesmo tempo, a mais conservadora do regimen, vai atravessando com serenidade essas inclemencias passageiras.

Nos Estados Unidos, através de todas as contradições que, ali mesmo, o têm embatido, a opinião geral lhe attribue o merito de ser o maior bemfeitor da Constituição, de a ter abrigado contra as paixões e os impetos do povo, contra os desvarios dos partidos, contra os máos sentimentos regionaes (14). E' o grande instrumento de conciliação na historia do paiz (15). Os americanos, diz um publicista germanico da maior autoridade, os americanos podem articular restricções e fazer reservas quanto ao prêsidente e ao seu gabinete, quanto ao Senado e á Camara dos representantes.

"Mas, todo o americano capaz de bem julgar olha para a Suprema Côrte com uma admiração sem reserva. Todos elles sabem que nenhuma força, naquella terra, tem feito mais pela paz, pela prosperidade, pela dignidade dos Estados Unidos" (16).

Se nem sempre essa gratidão, essa comprehensão dos seus beneficios alli se têm expressado com a devida unanimidade, é que, estabelecida, sobre todas, com a missão de amparar os fracos contra os fortes, os Estados contra a União, os individuos contra os governos, as minorias contra as maiorias — (tudo isso em que se traduz, principalmente, a missão de guardar a lei constitucional contra a lei ordinaria, o direito estavel contra o direito variante, as franquias eternas da liberdade contra seus inimigos renascentes sob as trans-

(14) SHARP. WILLIAMS: *Annals of the Americ. Acad. of Pol. and Social Science*, vol. 32, pag., 206.

(15) MUNSTERBERG: *The Americans*, pag. 109.

(16) Idem.

formações infinitas da intolerancia e da força) — estabelecida com esse destino de para-choques, entre elementos e quantidades tão desiguaes, não poderia a Suprema Côrte, ainda que as suas decisões emanassem do céu, e tivessem invariavelmente um cunho divino, não poderia uma ou outra vez, de onde em onde e de longe em longe, deixar de ser desagradavel a muitos, aos maiores, ás massas.

No Brasil, onde os governos costumam ser os pais e senhores das maiorias políticas, incorre, de ordinario, na malquerença das maiorias militantes o Supremo Tribunal, desaprazendo aos governos. Nos Estados Unidos, pelo contrario, onde as maiorias legislativas derivam regularmente das maiorias populares, é a estas que contraria a Suprema Côrte, quando embaraça os actos da legislatura, na União, ou nos Estados.

O desenvolvimento da legislação social na grande Republica norte-americana, indo ao encontro das reivindicações socialistas, ao mesmo passo que acoroçoa a novas conquistas e exigencias cada vez maiores á expansão democratica, suscita litigios da mais extrema delicadeza, na solução dos quaes se estabelecem conflictos graves entre o clamor popular, a marcha triumphal das idéas vencedoras e a santidade constitucional desses direitos, enumerados na declaração americana, cuja guarda o pacto federal recommenda aos grandes juizes da União. Nesse caminho, claro está que as sentenças da justiça, adstricta á observancia desses textos sagrados, não se póde adiantar com a mesma pressa que as reformas legislativas.

Dahi os attrictos, os ataques, as semjustiças, com que a impaciencia dessa corrente, nestes ultimos dous a tres annos, tem recebido as decisões moderadoras da Suprema Côrte, arguindo-a de tendencias hostis ao espirito da legislação mais recente. A verdade, porém, é que os actos do grande tribunal respondem com vantagem a esses desabafos de um soffrimento aliás natural. Longe de se mostrar reaccionaria, a Suprema Côrte, nos Estados Unidos, se tem havido com firmeza e consistencia em sustentar as leis estadoaes de caracter progressivo (17).

De 1887 a 1911, periodo em que se multiplicaram, na legislação economica e social daquelle paiz, as medidas mais adiantadas, algumas de typo radical, não menos de quinhentas e sessenta decisões proferiu sobre esses assumptos a Suprema Côrte; e apenas em tres, inclusive o caso *Lochner v. New-York*, concernente á limitação do trabalho diario nas padarias a nove horas, averbou de inconstitucionalidade esses actos (18).

Num livro que acaba de publicar (19), William Taft, o ex-presidente dos Estados Unidos, mostra o espirito de progresso, que tem desenvolvido a Suprema Côrte, conciliando as garantias constitu-

(17) CH. WARREN: *The Progressives of the United States Supreme Court. The Columbia Law Review*, abr. 1913.

(18) *Ibid.*

(19) *The Anti-Trust Act. and the Supreme Court. N. York*, 1914.

cionaes que resguardam o direito de propriedade, o direito dos contractos e a liberdade do trabalho, com as mudanças operadas, em nosso dias, nas relações commerciaes e nas condições sociaes. Sem variar da Constituição, nem a esquecer o grande tribunal tem conseguido harmonizar a sua jurisprudencia, através de todas as difficuldades, que essa evolução difficillima lhe oppõe, com os sentimentos contemporaneos da nação, com a consciencia actual do paiz.

Se a heresia anti-judiciaria, afagando as paixões populares, acabasse alli por levar de arrancada o senso juridico e o bom senso americano, com essa transformação mais que radicalissima, na substancia moral do regimen, é o proprio genio daquellas instituições que se veria morrer não menos que como morre a liberdade constitucional noutras democracias, quando as nações, deseducando-se da boa disciplina que as tem creado e engrandecido, rompem com as suas tradições tutelares.

A questão com que ora nos defrontamos, dizia, o anno atrasado, na Escola de Direito de Yale, uma voz autorizada, "a questão que ora temos frente a frente é se havemos de abandonar os nossos antigos idéaes. Continuamos a ser um governo da lei, ministrado pelos tribunaes ou iremos converter-nos em um governo de agitadores desinsoffridos, que apenas toleram leis e tribunaes, enquanto os tribunaes e a lei estão de accordo com as velleidades populares da occasião? Graves questões são estas, que interessam a raiz mesmo do nosso systema de governo" (21).

E como lhes responde o tino politico da nação americana? Fiando inteiramente de si mesma a resistencia e o triumpho contra esses indícios de um mal, que a sua vitalidade eliminará sem abalos no vigor do organismo. "A nossa Republica anglo-saxonia", raciocinam alli os melhores espiritos, "sempre se prezou do senso comum, que anima o nosso povo, sempre se desvaneceu de que as theorias extremadas não nos encantam, de que não nos enfeitamos de phrases nem caímos em chamarizes de palavreado. A índole conservadora do nosso povo já se torna proverbial, e o nosso fôro tem sido a força guiadora que preserva as aspirações populares de se esgarrarem, seduzidas por idolos estranhos" (22).

Com esse temperamento de uma raça caldeada em seculos de jurismo, se me consentis de cunhar o vocabulo, e com as luzes dessa cultura juridica, em que nos Estados Unidos, com a classe dos advogados, brilha a magistratura americana, mais os seus professores, os seus escriptores, a florescencia exuberante das suas universidades, com todos esses elementos se constitue uma base de estabilidade, onde as agitações do radicalismo socialista encontram o necessario quebra-mar.

---

(20) WILLIAM B. HORNBLowers: *The Independence of the Judiciary, the Safeguard of The Institutions*. Washington.

(21) *Ibidem*.

(22) *Ibidem*.

Os americanos sentem que "a civilização consiste em submeter as vontades da maioria aos direitos da minoria. Os idéas de que se nutre a civilização consolidaram-se á força de lento, desvelado e penoso labutar". Alimentado nessa educação, aquelle povo, nas classes onde reside o seu elemento vital, não se illude quanto á natureza desorganizadora das aventuras revolucionarias, que se lhe reservariam na reacção contra a justiça. Elle não a quer substituir pela violencia, pela dictadura das multidões, pelos imprevistos de uma democracia sem freios.

De quando em quando, observa o escriptor que acabamos de ouvir "de quando em quando nos sentimos chamados a arcar com uma explosão de paixões primitivas, sob as fórmulas da lei de Lynch. O espirito da lei de Lynch tanto se póde manifestar em accommettimentos contra individuo : como em investidas aos tribunaes. Os nossos maiores, neste paiz, traçaram salvaguardas aos direitos da minoria contra os impulsos transitorios da maioria, impondo restricções constitucionaes á autoridade legislativa. E, com o dever, que lhe incumbe, assim de precisar, como de pôr por obra essas limitações constitucionaes, recusando execução ás leis viciosas por inconstitucionalidade, o poder judiciario veio a ser, para esses direitos fundamentaes da maioria, a protecção e a defesa. (23)

Descumprida essa missão, "dia virá, em que a força occupe o lugar do direito, e ao governo do povo todo por todo o povo, e para todo o povo succeda o governo absoluto de uma simples maioria do eleitorado em beneficio exclusivo dessa maioria mesma. Nesse dia terá expirado o governo da lei e da ordem". (24).

Mas, esse dia não temos receio que chegue, temos fé que não chegará, certeza temos que não póde chegar, preservada como se acha a nação americana de tamanha, tão immensa, tão infinita calamidade pelo instincto juridico, do seu temperamento e pelo caracter juridico da sua cultura.

Se, porém, tal calamidade se pudesse verificar, o que nella se abysmaria não eram só os destinos do regimen federativo : era a propria sorte do governo presidencial. Um Estado constituido por uma união indissolúvel de Estados como é a Federação não póde manter a communhão estabelecida entre estes, sem um grande conciliador judiciario, um tribunal, que lhes dirima os conflictos.

O presidencialismo, por sua vez, não tendo, como não tem, os freios e contrapesos do governo parlamentar, viria a dar na mais tremenda fórmula do absolutismo, no absolutismo tumultuario e irresponsavel das maiorias legislativas, das multidões anonymas e das machinas eleitoraes, se os direitos supremos do individuo e da sociedade, subtraídos pela Constituição ao alcance de agitações ephemerias, não tivessem na justiça o asylo de um sanctuario impenetravel.

(23) Ibid., pag. 15.

(24) ALFR. P. THOM : *The Judicial Power and the Power of Congress in its relations to the United States Courts*. (Washington, 1912), pag. 16.



Os que, no Brasil, resolvemos de não entregar esta bandeira, os que determinamos de a sustentar contra tudo, os que não tememos de errar, com ella abraçados, os que esperamos de a ver dominando, afinal, a politica republicana, os que juramos de a servir com toda a constancia de uma convicção quasi religiosa, temos, para nol-a alimentar e retemperar, a lição não desmentida nunca em toda a experiencia humana, de que, em todas as especies de governo compatíveis com a nossa condição livre de homens, a necessidade fundamental está em oppôr um solido refreio ao uso excessivo e caprichoso do poder.

“Meio unico e só”.

Ora, o “meio unico e só”, até hoje descoberto, com o qual o povo pôde oppôr a si mesmo esses freios, são os tribunaes de justiça, creados para medir a justiça aos fracos e indefensos, assim como aos fortes e poderosos, com animo igual, honesto e destemido” (25).

Com estas verdades certas e sem engano teçam os empreiteiros do serviço official os argumentos do costume. Não serão, sequer, desses a que alludia o grande prégador, argumentos de grande boato, antes de se lhe tomar o peso”. São argumentos, cujo resoar de ôcos não dá nem mesmo para boato. O dia que com elles nos embarcassemos teriamos desaprendido o que sabemos das primeiras letras em materia constitucional.

Mas, a justiça não pôde ser esse dique sério, que se quer ás exorbitancias dos outros dous poderes, ás suas correrias no territorio da inviolabilidade assegurado pela carta do regimen, aos direitos nella declarados, se esses dous poderes se não considerarem na obrigação mais estricta de ceder e recuar ante a justiça, quando promulgadas as suas supremas sentenças. Aqui não ha meio termo. Ou tudo, ou nada. Ou a tal se não acham adstrictos esses dous poderes; e então um e outro são soberanos na discricção de se excederem. Ou, se o limite dos seus excessos reside efficazmente na justiça, as sentenças finaes desta impõem-se ininfrigivelmente aos outros dous poderes.

Da essencia da posição do Supremo Tribunal Federal entre as demais instituições americanas é, portanto, que esse tribunal seja o juiz supremo e irrecorrivel da sua competencia, assim como das dos outros poderes do Estado (26). Quando elle se pronuncia, a sua decisão constitue, definitivamente, lei. (26), e a mais alta lei do paiz, “the highest law in the Land” (28), e não se pôde revogar senão mediante reforma da Constituição (29).

(25) WATSON : vol. II, pags. 1.183, 1.190 e 1.192.

(26) MUNSTERBERG : pag. 106.

(27) Ib. : pag. 110.

(28) Ibidem.

(29) BONDY : *The Separation of Governmental Powers*, pag. 62. GARNER : *Introduct. to Politic. Science*, vol. 5. pag. 596.



A outra doutrina, a que pretendesse conciliar com a missão, confiada á justiça, de arbitra suprema nas questões de constitucionalidade, o jus, reservado ao governo e ao Congresso, de se não submeterem aos seus julgados, nessas controversias, essa doutrina attribuiria áquelle sobre quem se outorga a jurisdição privativa, o direito de annullar a competencia daquelle, a quem a jurisdição foi privativamente outorgada. Contradição nos termos. Absurdo palpavel. Inversão manifesta. Disparate rematado.

Essas materias os outros poderes julgam unicamente em *primeira instancia* (30). Quando o governo ou o Congresso praticam um acto, é que o reputam constitucional, e, praticando-o, lhe conhecem, até ahí, da constitucionalidade. Mas, em intervindo na especie o julgador supremo, se o seu julgamento nega a constitucionalidade a esse acto, cessou a lide, e a autoridade neste ponto sujeita a recurso, cede á outra, de cuja decisão nenhum recurso pôde haver. A segunda instancia reforma as decisões da primeira. Esta, seja o presidente da Republica, seja o Congresso Nacional, não pôde, constitucionalmente, resistir ao julgado supremo.

O Supremo Tribunal, logo, sendo o juiz supremo e sem appello na questão de saber se qualquer dos outros dois poderes excedeu á sua competencia, é o ultimo juiz, o juiz sem recurso, na questão de saber se é, ou não, politico o caso controverso. Porque a segunda questão outra cousa não vem a ser que a primeira. *Políticos* se chamam os assumptos privativos á competencia do executivo ou do Congresso. Portanto, se da competencia do executivo e do Congresso o arbitro final é o tribunal supremo, na questão de ser politico, ou não, o acto discutido o tribunal supremo é o arbitro final.

Nem, a tal respeito, não ha duvidas nos Estados Unidos. O direito, que no Brasil agora se pretende avocar ao Congresso Nacional (e, até, ao governo), de rejeitar, como invasoras da sua autoridade, sentenças do Supremo Tribunal Federal, importaria em elevar o Congresso Nacional a juiz definitivo dos seus proprios poderes. E' o que existia nos Estados Unidos antes da Constituição, um de cujos objectos foi justamente remediar a esse estado anarchico de cousas, dando ao poder judiciario a situação arbitral, que passou a occupar entre os outros dois poderes (31). E' o que existe em todas as constituições européas. A Constituição dos Estados Unidos transferiu (e esta é a sua feição capital), transferiu essa attribuição do Congresso para a Côrte Suprema (32).

Se o presidente da Republica ou o Congresso Nacional pudessem recusar execução ás sentenças do Supremo Tribunal Federal, pelas considerar inconstitucionaes, ter-se-iam, dest'arte, constituído em instancias revisoras dos actos daquella justiça. (33) Toda a

(30) *Political Science Quartely*, vol. 5, pag. 226.

(31) WILLOUGHBY, vol. I, pags. 2, 4. NOAILLES, vol. II, pag. 145.

(32) BONDY: *Op. cit.*, pag. 66.

(33) *Ib.*, pag. 67.

vez que o poder executivo, seja qual fôr o motivo allegado, negue obediência a uma decisão judicial definitiva, incorrerá em quebra formal da Constituição, e, portanto, na mais grande das responsabilidades (34).

“Não ha nada, realmente, mais artificial”, diz um respeitavel autor moderno, “do que a distincção entre questões *políticas e jurídicas*. Questões políticas ha (acabamos de o ver, falando na interpretação dos tratados), que são questões jurídicas” (35). Politico fóra da presença da justiça, um litigio póde assumir o caracter de judiciario, assumindo a fórmula regular de uma acção (36).

O effeito da interferencia da justiça, muitas vezes, não consiste senão *em transformar*, pelo aspecto com que se apresenta o caso, uma questão *política* em questão *judicial* (37).

Mas a attribuição de declarar inconstitucionaes os actos da legislatura envolve, inevitavelmente, a justiça federal em questões políticas (37). E', indubitavelmente, um poder, até certa altura, politico, exercido sob as fórmulas judiciais (38). Quando a pendencia toca a direitos individuaes, a justiça não se póde abster de julgar, ainda que a hypothese entenda com os interesses politicos de mais elevada monta (39).

Para ver que esta função, pelo menos no Tribunal Supremo, é, substancialmente e ás vezes eminentemente, politica, basta reflectir que politica, no mais alto gráo, é a fixação das relações constitucionaes entre a União e os Estados, e, todavia, ao Supremo Tribunal é que toca restabelece-la. Politicas vem a ser, indubitavelmente, as questões suscitadas sobre o direito a cargos politicos. E, não obstante, da competencia da justiça federal na decisão de taes controversia, ainda mesmo quando o titulo discutido seja o de governador de Estado, não mingnam de todo arestos, na jurisprudencia americana.

Toda a historia dos Estados Unidos, em summa, está cheia da acção politica da Suprema Côrte, acção exercida, é certo, sob a reserva das fórmulas judiciais, mas nem por isto menos politica, assim na sua substancia, como nos seus resultados. Esta acção, dominando a politica mediante a interpretação constitucional quanto aos direitos da União e aos dos Estados, tem pendido ora para estes, ora

(34) DONKER CURTIUS: *Revue de Droit International et de Leg. Comp.*, v. 41 (1910), pag. 34.

(35) RANDOLPH: *The Law and Politic of Annexation*, pag. 105. GUTEAU: *Government and Politics in the United States*.

(36) BEARD: *American Government*, pags. 310-314. GARNER: *Introduct. to Political Science*, pag. 606.

(37) WILLOUGHBY, vol. II, pag. 1.009 e 1.011. WATSON, vol. II, pag. 1.097.

(38) BODY v. THAYER, 145 U. ST. 135. TAYLOR v. BECKHAM, 178 U. S. 548. BALDWIN: *Amer. Gund.*, pag. 489.

(39) BONDY: *Op. cit.*, pag. 62 — *American Political Science Review*, vol. 2.º, pagina 223.

para aquelles, favorecendo, em certas épocas, a expansão da autoridade nacional, e estreitando, noutros periodos, essa autoridade.

Cem vezes já se tem dito que *casos politicos*, no sentido em que se utiliza esta qualificação, para excluir a ingerencia da justiça, vêm a ser os que o são *exclusivamente*, e têm o caracter de absolutamente discrecionarios. (40).

Mas, ainda no applicar deste criterio, sob qualquer das duas fórmulas em que elle se enuncia, convem proceder com o maior tento; porque uma e outra, quando não utilizadas com a devida attenção, nos podem equivocar sobre as verdadeiras divisas, que extremam o territorio politico do judicial.

Emergencias haverá, e tem havido, na America do Norte, em que a Suprema Côrte se tenha visto obrigada a conhecer de questões *meramente politicas*. Em tal caso estão as de duplicatas de governos estaduais (41).

Mas por que? Porque na especie em litigio se suscita controversia *acerca de um direito precisamente definido na lei*.

Quando tal discussão, com effeito, surgir entre particulares num litigio travado sobre a subsistencia legal de contractos, que se houverem celebrado sob as leis de um desses governos, licito não é ao Tribunal abster-se de se pronunciar sobre uma questão, que elle evitaria como politica, se debaixo de outro ponto de vista alli se suscitasse.

Por outro lado, ainda em relação ao exercicio de funcções discrecionarias póde caber a interferencia judicial, ensinam os mestres da jurisprudencia americana, se dellas "*abusar clara e grosseiramente*" o poder, a quem *competirem*. (42) Dar-se-á essa hypothese, quando, por exemplo, a pretexto, em nome ou sob a côr de exercer attribuições taes, o governo ou o Congresso as ultrapassarem, perpetrando actos, que, evidentemente, nella não caibam.

Ainda quando se trate de poderes *totalmente discretionarios*, o de que não conhecem os tribunaes, é *do modo* como taes poderes, uma vez existentes, são exercidos, nas raias que lhes traçou a elles a lei. Mas da alçada incontestavel dos tribunaes será entenderem na materia, para examinar duas questões, se forem levantadas; a da existencia desses poderes e a da sua extensão, comparada com o acto controverso. Se a autoridade *invoca uma attribuição existente*, embora discrecionaria dentro dos seus limites, não póde a justiça recusar o soccorro legal ao direito, do individuo ou do Estado, que para ella appellar.

Assim é que, embora se haja por inteiramente politica e absolutamente discrecionaria, nos órgãos da soberania nacional a quem

(40) EDW. JAMES: *Annals of the Am. Acad. of Pol. and Soc. Science*, I, v., pag. 395, 397 e 398.

(41) BONDY: *Op. cit.*, pag. 126-197.

(42) EDW. COUNTRYMAW: *The Supreme Court of the United States*.

pertence, a *declaração* do estado de sitio, se os *actos de execução* excederem a medida constitucional ou legal, legitima será e indenegavel a interposição da justiça, já quanto á restituição do direito extorquido, já quanto á reparação do damno causado.

O autor que, mais recentemente e mais *ex-professo*, ventilou esta materia, tão obscurecida, no Brasil, pelas subtilezas e chicanas dos sophistas politicos, é o que mais luz derrama no assumpto ; e as formulas, a que chegou, são, a meu ver, claras e terminantes.

"*Não ha*", diz elle "*não ha excepção ou exclusão contra os casos, que apresentem questões de natureza politica, ou envolvam actos officiaes dos ramos politicos do governo.* Quando quer que se impugnarem medidas *politicas*, legislativas, executivas ou administrativas, num pleito legal, como causa proxima de uma lesão donde resulte damno, allegando-se que taes medidas não são autorizadas pelas leis do paiz, ou as transgridem, esses actos se tornam sujeitos ao conhecimento da justiça ; entende-se que, ou emanem do presidente, ou provenham dos seus subordinados, ou sejam directamente autorizados pelo Congresso, investido está o tribunal de jurisdicção, para, na lide pendente, de direito ou equidade, caso ella envolva esses actos, quanto á sua constitucionalidade, investigar e decidir se são válidos, ou nullos. O essencial, para existir a jurisdicção, é, unicamente, que uma pessoa idonea como autora no pleito haja sido lesada ou prejudicada por certo e determinado acto official, ou do governo, e com elle se averigue ter-se contravindo á Constituição (43).

O criterio, pois, continúa luminosamente este expositor : "*o criterio não consiste em ser a questão de natureza politica, ou não politica, nas em ser susceptivel de se propor sob a fôrma de uma acção em juizo...*" A conclusão geral, portanto, podel-a-emos enunciar nestes termos : as questões politicas vêm a cahir sob a competencia do poder judicial, toda a vez que envolverem a questão de se o acto, que se discute, do poder executivo ou legislativo, infringe, ou não infringe preceito da Constituição. (44)

Mas, como quer que seja, e seja como fôr, senhores, o que não tem duvida nenhuma, é que, ante as disposições constitucionaes cujo texto faz do Supremo Tribunal Federal o juizo de ultima instancia, nos pleitos onde se arguirem da inconstitucionalidade actos presidenciaes ou legislativos, esse tribunal é, o arbitro final dessas questões ; esse tribunal é, em taes questões, o juiz exclusivo da sua competencia mesma, esse tribunal não póde estar sujeito, nos seus membros, a responsabilidade criminal por decisões proferidas no exercicio de semelhante autoridade ; esse tribunal, nas sentenças que em nome desta autoridade pronunciar, tem o mais absoluto direito a vel-as acatadas e observadas pelos outros dois poderes.

(43) EDW. COUNTRYMAW : *The Supreme Court of the United States.*

(44) *Ib.*, pag. 192.

Nestas normas está em essência o melhor de todo o nosso regimen. Desconhecidas ellas, a Republica Federativa mudaria completamente de natureza. Em todos os regimens livres, os poderes politicos têm freios e contrapesos á sua vontade, inclinada sempre a transpôr as barreiras legais. Sob o governo de gabinete, esses freios e contrapesos estão, quanto ao poder executivo, na responsabilidade ministerial, e, quanto ás Camaras legislativas, na dissolução do Parlamento. Com o governo presidencial, onde não existe nem o appello das maiorias parlamentares para a nação, nem a responsabilidade parlamentar dos ministros, a garantia da ordem constitucional, do equilibrio constitucional, da liberdade constitucional, está nesse templo da justiça, nesse inviolavel sacrario da lei, onde a consciencia juridica do paiz, tem a sua séde suprema, o seu refugio inacessivel, a sua expressão final.

O culto deste principio soberano é, para nós outros, uma religião, e deve ter altares nesta casa, altares onde o sentimento puro do nosso direito nacional se acrisole, no estudo e no desinteresse, para contaminar o trabalho subterraneo das ambições, que a politica arregimenta, solicita em acabar com todos os estorvos á transformação do governo absoluto da lei, organizado pela Constituição, no governo absoluto dos cabeças de partidos, anhelado pelas facções.

Permitti, senhores, a um crente dessa velha fé abandonada, a uma alma cujas derradeiras esperanças na sorte deste regimen se vão rapidamente desvanecendo uma a uma, permitti-lhe volver os olhos para esses horizontes, onde os constituintes de 1890 viamos desenhando o futuro das nossas instituições, e reivindicar-lhes a honra contra os aventureiros, que invadiram estas sagradas paragens da idéa republicana com as malocas da sua selvageria e as feiras da sua ciganagem.

Terminado, só me resta supplicar-vos me perdoeis a liberdade que tomei, de honrar o acto da minha posse, occupando-o com este exame, desalinhado e imperfeito, da maior das nossas instituições constitucionaes, sua magnitude suas prerogativas, seus beneficios incomparaveis.

Se essas considerações, a que a tristeza destes dias miseraveis, de luto, desalento e angustia me não consentiu imprimir fórma, dar methodo, communicar algum valor, tornando-as dignas deste auditorio, espertarem as vossas reflexões, obtiverem o concurso do vosso assentimento, estimularem, entre os habeis, entre os moços, entre os honestos, o sentimento do attentado, que se projecta contra o regimen, contra a patria e contra a humanidade nessa reacção contra a justiça, desenvolvida, nos actos recentes do nosso governo, lado a lado com a reacção contra a publicidade, contra a imprensa, contra os direitos da palavra, terei ganho o meu dia, meus collegas, meus senhores, num salario maior que toda a minha valia, toda a minha esperanza, todo o resto da minha vida.

RUY BARBOSA.

## DOUTRINA

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUA COMPETENCIA PARA DIRIMIR QUESTÕES POLITICAS. SUA PREEMINENCIA NO NOSSO ORGANISMO JURIDICO-CONSTITUCIONAL. (\*)

Trata-se de um cidadão brasileiro que, de posse de um título legal, verificado, indiscutível, do seu mandato electivo de presidente de um Estado, solicitou do Supremo Tribunal Federal, mediante o recurso do habeas-corpus, a manutenção do seu direito.

Nesta hypothese, o acto do Supremo Tribunal Federal, si errou, si podia errar, seria não por ter concedido a medida impetrada no recurso de habeas-corpus, mas por não gozar da autoridade necessaria para, em hypothese desta natureza, conhecer da questão, diante della enterreirada pelo impetrante. E aqui, senhores, é que se levanta a segunda questão, a segunda objecção a que alludi no começo do meu discurso, a objecção em que os autores desse projecto, os amigos do partido que o sustentam, negam em geral, em absoluto, ao poder judiciario a sua competencia nos casos politicos e, com especialidade, quando se trate de especie da natureza daquella em que se acha envolvido o direito do presidente do Rio de Janeiro.

Diz-se, sr. presidente : nunca se viu na historia dos Estados Unidos, um exemplo de intervenção de um tribunal americano em materias que entendem com as questões debatidas entre pretendentes ao governo de um Estado.

E' um dogma, affirma a honrada commissão no seu douto parecer. Preciso de responder neste ponto á theoria da honrada commissão, tanto mais quanto sei que o meu nome anda por ahi envolvido em jornaes e em artigos, como uma das autoridades accordes nesta doutrina. E' uma das cousas em que os meus adversarios me reconhecem alguma autoridade. A minha autoridade lhes não serve senão quando lhes parece poder accomodar a alguma phrase, a algum periodo, a alguma proposição, menos ao interesse de uma situação contra a qual eu me bato.

---

(\*) Trecho do discurso proferido no Senado em 23 de janeiro de 1925, pelo senador Ruy Barbosa, discutindo o projecto da intervenção no Estado do Rio de Janeiro.

Ora, senhores, si eu tivesse abraçado essa theoria, na plenitude, na amplitude em que os meus adversarios m'a querem attribuir, não hesitaria um momento em bater nos peitos e me accusar francamente de erro. Nunca me presumi de infallivel ; não me presumo senão da vontade constante de acertar e me emendar nos meus erros.

Em materia juridica, os maiores jurisconsultos do mundo erram todos os dias, e mudam quotidianamente de sentido.

Os maiores tribunaes da Terra, desde a Côrte de Cassação, na França, até a Suprema Côrte Americana, variam de jurisprudencia e muitas vezes têm chegado a variar de pessoal.

Os grandes mestres do direito, nas suas obras, de uma para outra edição, em notas ou no texto, não se envergonham de confessar as suas mudanças de opinião. Porque não haveria eu de confessar as minhas, si realmente fosse agora a occasião de o fazer ?

Não ha duvida nenhuma, sr. presidente, que, em um dos meus trabalhos mais recentes sobre esta questão constitucional, em uma enumeração, em um ról de hypotheses com as quaes procurei tornar sensivel a natureza strictamente politica das cousas que, como taes, são subtrahidas á jurisdicção dos tribunaes de justiça, eu inclui entre outras, sob os ns. 10 e 11, o reconhecimento do governo legitimo, nos Estados, quando contestado entre duas parcialidades. Quero dizer, quando duas parcialidades se debatem em torno da questão da legitimidade de dispôr do governo do Estado, em regra, o assumpto não é da competencia judicial.

Si no caso de que se trata, quando se avertasse a verificação de poderes entre os dous concurrentes ao lugar de governador do Estado do Rio de Janeiro, fosse o Supremo Tribunal quem interviesse para, julgando essas eleições e aquellas eleições, verificar realmente os poderes entre os dous candidatos, a intervenção do Supremo Tribunal seria incontestavelmente injuridica e desautorizada. Porque ahi era o Supremo Tribunal Federal, srs. senadores quem ia verificar a eleição ; ahi era o Supremo Tribunal Federal quem assumiria a si a autoridade politica delegada pelas constituições, pelas leis e pelos regimentos parlamentares ás assembléas deliberantes incumbidas quasi sempre de verificar os poderes dos governadores de Estado. Mas, não é o que se passou, não é o que se verifica neste caso, não foi isto que fez o Supremo Tribunal Federal. Nenhuma parte lhe coube na verificação de poderes, nenhuma parte na liquidação das eleições do Rio de Janeiro. O Supremo Tribunal Federal não fez mais do que acceitar titulos já verificados, receber a verificação de poderes consummada pela autoridade, cuja competencia estava realmente examinada e reconhecida mediante exhibição de titulos irrecusaveis. No primeiro caso, a mesa da Assembléa do Rio de Janeiro comparecia á presença do Tribunal com os titulos materiaes da sua eleição no character de mesa daquella Assembléa. Depois, com o texto material do Regimento da Casa, essa mesma mesa lhe demonstrou ser o seu presidente autoridade exclusiva, absoluta e irrecorrivel da interpretação do Regimento daquella Assembléa...



de maneira que a interpretação dada pela autoridade, estabelecida e reconhecida como unica pelo Regimento da Assembléa Fluminense, essa interpretação materializada, consummada, formulada em um documento material, essa interpretação é a que o Supremo Tribunal Federal recebeu para reconhecer aquella mesa como uma mesa legal e competente na Assembléa Fluminense.

Qual foi a autoridade judicativa que ahi exerceu o Supremo Tribunal Federal? Nenhuma. Ahi não exerceu o Supremo Tribunal Federal autoridade nenhuma, senão a autoridade recognociva de abrir os olhos, ver e declarar o facto legal, perante elle documentado.

Eis o que fez o Supremo Tribunal Federal. E, como depois, sendo claro que, si essa era a mesa daquella Assembléa, aquella Assembléa na sua realidade legal seria a que funcionasse debaixo da presidencia daquella mesa, e como ainda essa Mesa, como órgão daquella Assembléa, communicasse e provasse ao Supremo Tribunal Federal que o presidente eleito e reconhecido pela Assembléa Fluminense era o dr. Nilo Peçanha, o Tribunal declarou na sua sentença o facto material verificado por essa communicação irrecusavel. Chancellou, reconheceu, como um notario reconheceria, o acto praticado pelo poder competente.

Mas, senhores, não quero que me acoimem de estar accomodando a minha opinião ás circumstancias occorrentes, e vou mostrar aos nobres senadores, pela continuação da leitura deste mesmo trabalho, onde foram buscar uma das minhas contradicções, que o principio estabelecido por mim nesse topico soffreu, logo depois, na minha exposição as mesmas restricções que agora estou fazendo. O topico, a que alludo, pertence ao meu trabalho sobre o direito do Amazonas ao Acre septentrional.

Ahi, depois deste trecho em que eu busco mostrar mediante uma série de exemplos, quaes os casos propriamente politicos, sobre os quaes não se póde exercer a acção de um tribunal judiciario, ahi passo eu a mostrar que mesmo nos casos politicos ha hypotheses em que a autoridade judiciaria póde ser necessariamente levada a intervir, quando esses casos politicos se formulam diante do Tribunal, nos termos de um processo regular, e entendem com direitos individuaes ou politicos, aos quaes a justiça não póde recusar o seu amparo. A paginas 8 desse livro meu, volume 1.º, tive occasião de escrever: "A norma absoluta é que um direito violado não póde ficar sem reparação. O limite desta norma é que a reparação não se póde obter senão mediante processo judicial. O Tribunal, diz um dos mestres do direito americano:

"O Tribunal liquida as questões concernentes aos limites da autoridade *politica*, do mesmo modo que outros quaesquer problemas juridicos, a saber, quando elles surgem no correr de uma lide entre partes. Por este meio se tem preservado, até onde era possivel, do contacto politico a interpretação da Constituição".



E' Cooley e Lawrence Lowell, quem o dizem. São palavras, senhores, de Lawrence Lowell, que é uma das maiores autoridades no direito americano, autor da mais alta competencia em questões politicas e constitucionaes, o que ha de mais notavel nos livros modernos sobre a Constituição ingleza, porque os Estados Unidos devem á Inglaterra o mais notavel dos livros contemporaneos sobre a Constituição americana, e são deste eminente escriptor e publicista as seguintes palavras :

"De modo que o valor entre o direito privado e o direito publico, entre a necessidade do remedio constitucional e a do respeito ás fronteiras politicas, está unicamente na fórmula de litigio civil, imposta á acção dos tribunaes".

Discorrendo a este respeito, diz um celebre lente da universidade de Paris, Larnaude, autoridade hoje das mais preclaras em materia de Direito Publico Constitucional :

"Tudo é aqui, de ordem exclusivamente judiciaria, e, posto se trate, principalmente, de uma prerogativa politica, obrigado sou afinal, a reconhecer que ella se exerce, pelo menos de uma fórmula de todo em todo judiciaria. Já tive occasião de insistir sobre o caracter judicial do direito de appellação para a Côrte Suprema, direito que, substancialmente, é tambem de ordem politica. Pois bem ; aqui reencontramos o mesmo caracter judiciario... Abre-se um processo, e processo ordinario.

Ora, de que o que se opera, vem a ser um processo propriamente dito, decorrem consequencias muito relevantes... A construcção jurisprudencial, que, a tal respeito, se tem erigido, sob a influencia, em boa parte, da Côrte Suprema e alguns dos seus insignes presidentes (*chief justices*), se caracteriza, consequentemente, pela natureza de todo o ponto judiciario, processual, digamos assim, dessa attribuição. Era, evidentemente, a melhor maneira de a fazer admittir e estabelecer-se na pratica removendo-lhe, ou, antes, dissimulando-lhe, velando-lhe, quando menos, o caracter politico".

Desde que haja um direito constitucional offendido venha de onde vier a offensa, e uma pessoa, que della se aggrave para a justiça, comtanto que seja guardando a fórmula legal de uma acção, instaurado está o pleito e com elle verificada a competencia da justiça ; visto como, na linguagem de Curtis, em referencia justamente aos litigios da categoria do actual, "o grande intuito com que se abrangeu na competencia da justiça esta especie

de causas, foi resguardar a paz e integridade da União, assegurando o julgamento, pelos tribunaes federaes, de toda e qualquer questão entre Estados, *em sendo susceptível de se traduzir em uma demanda judicial*.

Si Curtis escreveu em 1855, Judson Landon, cuja obra traz a data de 1900, não se exprime diversamente :

“A Suprema Côrte dos Estados Unidos é o interprete final da Constituição em todos os casos *que se possam apresentar sob a fôrma de uma acção legal*”.

Continuarei, srs. senadores, nesta leitura, para acabar de mostrar a intenção exacta das minhas palavras, agora exploradas pelos meus antagonistas.

Depois de me occupar longamente com a exposição dos casos politicos, procurando a melhor definição para lhes precisar a natureza, disse eu, á pagina 178, desse meu trabalho :

“Acabemos, pois, de uma vez, com o equivoco, definindo a verdadeira doutrina americana, que é a nossa. Uma questão póde ser distinctamente politica, altamente politica, segundo alguns, até puramente politica, fóra do dominio da justiça e, comtudo, em revestindo a fôrma de um pleito, estar na competencia dos tribunaes, desde que o acto, executivo ou legislativo, contra o qual se demanda, fira á Constituição, lesando ou negando um direito nella consagrado”.

Um dos mestres mais eminentes do direito anglo-saxonio nos nossos tempos, sir Frederick Pollock, referindo-se ás variações da jurisprudencia no grande tribunal americano, accentua que

“a Suprema Côrte dos Estados Unidos é frequentemente chamada a resolver *grandes questões politicas*, submettidas ao seu conhecimento, sob fôrmas judiciaes”.

E’ o criterio discriminativo, que se encontra com summa precisão na obra de Randolph, a proposito dos *Casos Insulares*.

“A’ objecção de que a maneira de tratar as nossas novas possessões constitue um desses assumptos *puramente politicos (one of those purely political matters)*, nos quaes o Poder Judiciario se ha de submeter aos outros poderes co-extensivos e abster-se da pretensão de os cohibir, respondo eu que ao Poder Judiciario nada importa a immensidade das questões, quando se lhe offerece determinar si, de facto, existe uma lei nacional appli-

cavel á lide pendente. Tem a parte que pagar certo imposto? Deve um individuo soffrer privação da liberdade? *Momentosas questões politicas podem ser essas fóra do recinto do tribunal; dentro, nelle, são questões juridicas*".

Analogamente, discorrendo tambem dos *Insular Cases*, dizia, ha pouco, outra autoridade, o professor Rowe :

"Este julgados serviram de realçar com grande clareza a *posição unica*, occupada pela Côrte Suprema. *Diversamente de outro qualquer tribunal*, lhe cabe ás vezes resolver questões, que, *supposto juridicas na fórmula, são politicas na substancia, e actuam profundamente sobre a estrutura das nossas instituições*".

Por este systema, observa ainda outro notavel expositor das instituições americanas,

"a *questão politica*, que se levantando entre as suscitadas em uma demanda particular, *decidir-se-á como qualquer outro ponto controverso incidentemente ao pleito*".

Por este meio, se difficultou o risco de pressão do governo sobre os juizes ou os individuos ; porque,

"si o Tribunal resolver questões concernentes aos limites do *poder politico*, é nas mesmas condições em que outros pontos de legalidade, não os decidindo senão quando se debatem no curso de uma acção entre pessoas particulares, ou entre outras que vão a juizo em character semelhante".

Desta arte, a interpretação constitucional se afastou da politica *tanto quanto possivel*".

Este, "tanto quanto possivel", rematando, restringindo as considerações anteriores, bem está mostrando não se poderem evitar de todo as questões politicas, antes serem, muitas vezes, de necessidade absoluta, na competencia de um Tribunal creado para constituir "o juizo unico e definitivo, assim dos seus proprios direitos, como dos do Poder Legislativo e do Executivo".

Por mais que se apurem subtilezas, requintando ficções e convenções, nunca se poderá conceber que não tope frequentemente em questões politicas de alta gravidade, o definidor exclusivo e supremo dos limites entre os tres órgãos da soberania nacional, na distribuição constitucional dos poderes.

Materia de questão méramente politica será o exercicio destes, emquanto encarados na esphera discricionaria do Estado, nessa

região de conveniências opinativas e apreciações arbitrárias, onde a autoridade não se encontra com direitos fixados na lei fundamental.

Portanto, senhores, em vez de se tratar dessas materias, cuja acção discricionaria póde caber ao poder, trata-se unicamente de reconhecer um direito já fixado, já conhecido e consagrado em um título positivo e material.

Por mais política que seja a natureza deste título, desta funcção e deste direito, a competencia do Poder Judiciario é absolutamente incontestavel. (*Apoiados*).

Senhores, não basta. Não é de hoje que sobre este ponto especial assim me pronuncio. No meu discurso proferido no Instituto dos Advogados, em 19 de novembro do anno passado, ao assumir a sua presidencia, dizia eu :

"Emergencias haverá e tem havido, na America do Norte, em que a Suprema Côrte se tenha visto obrigada a conhecer de questões *méramente politicas*. Em tal caso, estão as duplicatas de governos estaduais".

Articulando esta proposição, senhores, me firmava no testemunho de um dos mais modernos constitucionalistas americanos e um dos autores mais em voga. Simeon Baldwin, no seu livro sobre o Poder Judiciario nos Estados-Unidos. (Edição de 1905).

Diz esse autor :

"Quando se contesta o direito a um cargo politico, os tribunaes, *a não ser que haja alguma disposição constitucional em contrario*, podem ser *provocados a decidir*. Esta proposição é verdadeira, ainda a respeito do cargo de governador. E' um remedio este, de que se tem abusado, comquanto em raros casos, a bem de interesses de partidos".

Eis o texto no idioma original :

"*When title to a political office is contested, the courts, unless there is some constitutional provision to the contrary, may be appealed to for a decision. This is true even in respect to the office of governor. It is a remedy which has been, though in rare instances, abused for party purposes*". (S. Baldwin : The American Judiciary, pag. 48-9).

O autor cita, em apoio da sua affirmativa, tres arestos, dous da Côrte Suprema dos Estados Unidos e um dos Tribunaes de Connecticut.

Os dous da Suprema Côrte : Boyd v. Thayer (143 U. S. 135-36 L. Ed. 103) — Taylor v. Beckman (178 U. S. 548. 44 L. Ed. 1.187). O primeiro é de 1891. O segundo de 1899.

No caso Taylor v. Bechman (178 U. S. 549. L. Ed. 44, 1178, as duas partes pleiteiam o governo do Estado Kentucky. William Taylor exercia este governo e o seu antagonista, increpando-o de usurpação, pede que a sentença, tirando ao usurpador o que usurpara, entregue ao autor a administração daquelle Estado. A Suprema Côrte não deferiu ao pedido. Mas, os pleiteantes discutiram perante ella o caso eleitoral em todas as suas minuciosidades, e os membros

do Tribunal citaram precedentes, em que elle resolvera pleitos concernentes á legitimidade do título de governador, sentenciando entre partes que o disputaram.

O juiz Brewer, discutindo a questão, diz :

“No caso Boyd — Nebraska *ex rel.* — Thayer (143 U. S. 135 ; 36 L. ed. 193), a Suprema Côrte de Nebraska, em acção adequada, proferira o seu julgado, privando a Boyd do cargo de governador do Estado, e empossando nelle a Thayer. Interposto recurso para este Tribunal (a Suprema Côrte dos Estados Unidos), assumimos nós jurisdição no pleito e reformámos a decisão da Suprema Côrte de Nebraska, restituindo assim Boyd ás funcções de que fôra excluído por sentença desse Tribunal”.

Eis dous tribunaes conhecendo successivamente — um Tribunal do Estado, e depois a Suprema Côrte Americana — de uma questão de governo disputado entre duas partes. Um tribunal para remover o governador que occupava o cargo e collocar o outro pretendente ; outro tribunal para repôr o governador deslocado do lugar de onde havia sido removido pela sentença anterior.

Nesse litigio houve um voto dissidente (adverte Brewer) : o do juiz Field, que disse “Divirjo da sentença que se acaba de proferir. A meu vêr, esta côrte não tem competencia para solver questões debatidas quanto ao direito dos pleiteantes ao governo de um Estado, ainda que taes questões hajam sido julgadas pelas autoridades estaduais”.

Vejam bem os nobres senadores, o Tribunal reconhece a sua competencia. Um dos juizes diverge do Tribunal para lhes negar a competencia por elle reconhecida. Não occulto nenhuma das circumstancias do pleito aos nobres senadores, mas, todas ellas concorrem para mostrar que nos tribunaes americanos, da mais alta categoria, inclusive a Suprema Côrte dos Estados Unidos, essas questões se têm debatido, reconhecendo elles tribunaes, em certas occasiões, a sua competencia para conhecer do assumpto. Entretanto, agora se diz aqui que é um dogma.

Resumindo os precedentes o juiz Brewer, na continuação do seu voto, assim se exprime :

“Desta arte, em quatro causas, occorrentes successivamente em épocas diversas, no curso de 25 annos, temos tido ante nós a questão da validade juridica de sentenças dos mais altos tribunaes de varios Estados, nas quaes se tiravam cargos a certas pessoas, e se davam a outras. Em tres desses julgados, não hesitamos em sustentar a nossa jurisdição, para tomar conhecimento das decisões recorridas, duas das quaes confirmámos, com

o fundamento de que as deliberações dos tribunaes *a quo* observaram as garantias constitucionaes do processo, não infringindo, pois, os direitos dos concorrentes. Sobre o terceiro, opinamos que não se podia manter o julgado, e o reformamos, excluindo um individuo do alto posto de governador de um Estado, dando-o a outro”.

Notem bem os nobres senadores. Não se está passando isso em um Tribunal de Estado, está se passando na Côrte Suprema.

“No quarto negamos provimento ao recurso, mas, não porque o pleito não envolvesse questão de propriedade sobre o titulo reclamado, e sim porque os fundamentos onde se estribava a pretensão de reforma de sentença, eram tão frivolos, que não mereciam consideração. (178, U. S. 689. L. Ed. : 44 ; 1.202).

Em seguida, o juiz Harlam, pronunciando tambem o seu voto divergente, recorda, no correr delle, os mesmos precedentes, dizendo :

“O Poder Judiciario não póde, como o legislativo poderia, abster-se de certa e determinada medida, porque ella se acerque das raias da Constituição. Não nos é lícito deixar de julgar, porque o assumpto seja duvidoso. Sejam quaes forem as duvidas, ou as difficuldades, o caso que se nos submetteu ha de ser decidido. Tão pouco direito nos assiste a declinar da jurisdicção que nos cabe, quanto a usurpar a que nos não cabe. Seria em um como no outro caso, trahir a Constituição. Questões ha a que de bom grado nos esquivariamos, mas a que nos não podemos esquivar.

.....  
No caso *Boyd v. Nebraska ex rel. Thayer*. (143, U. S. 135 ; 36 L. ed. 103), que se nos submetteu mediante recurso, para examinarmos a sentença final da Suprema Côrte de Nebraska, que priva do cargo de governador a Boyd, e collocava a Thayer nesse posto, todos os juizes, excepto o juiz Field, concorriam em sustentar que esta Côrte (a Suprema Corte dos Estados Unidos), tinha jurisdicção sobre o pleito.

.....  
Em quatro litigios emergentes até aqui, esta Côrte se tem atido ao fundamento de que, em se privando em alguns delles, sem o devido processo legal, de um cargo creado sob as leis de um Estado, se estabelecia uma situação regida pela decima quarta emenda á Constituição Americana, situação de nos cumprir tomar conhecimento,

para investigar se foram, ou não, guardadas essas garantias legais.

.....

As proibições dessa emenda, como temos dito muitas vezes, estendem-se a todos os órgãos do Estado, ás suas autoridades, legislativas, executivas ou judicias, sendo hoje, pois, doutrina assente na jurisprudencia constitucional deste paiz, que quem quer que mediante a sua situação publica no governo de um Estado priva outrem da sua propriedade, vida ou liberdade, violando as garantias legais... attenta contra essa inibição constitucional". (178 U. S. 593-599. 44 L. ed. 1.206-1.208).

Para demonstrar que taes hypotheses offendem, pelo menos, a um desses tres direitos, não menos garantidos na Constituição brasileira do que na Americana, contra os attentados occorrentes nos governos estadoaes, o juiz Harlam, na continuação do seu voto, entre outras considerações, mostra que o direito de um individuo aos cargos que occupa, constitue uma das manifestações juridicas, senão da sua propriedade, certamente da sua liberdade.

Eis algumas das suas reflexões neste sentido :

"O juiz Cooley, sentenciando pela Suprema Côrte do Michigan, no caso *People ex Le Roy v. Hurlbut*, disse : o juiz Story demonstrou cabalmente que a liberdade constitucional significa alguma cousa mais do que o que debaixo deste nome se costuma autorizar : ella abrange todos os direitos civis e politicos absolutamente garantidos, assegurados e reservados, as franquias de cada um, como homem e cidadão, o seu direito de voto, o seu direito de exercer cargos (*his right to hold office*), o seu direito de adorar a Deus, segundo os dictames da sua consciencia, a sua igualdade com todos os seus concidadãos..."

"A doutrina de que a liberdade significa alguma cousa mais do que a immuniidade a todo o constrangimento phisico", prosegue o juiz Harlam, essa doutrina "se acha bem esclarecida no caso *Mirror v. Happersett*".

"Haverá nada que mais directamente envolva a nossa liberdade do que o direito de affirmar o exercicio de um cargo, para o qual fomos legalmente eleitos pelos nossos concidadãos... Será possivel que o direito de exercer uma profissão licita se considere como elemento da nossa liberdade, assegurado pela decima quarta emenda constitucional, contra qualquer privação illegitima e que, entretanto, o direito de exercer um cargo, para o qual o

indivíduo foi eleito, e em que foi legalmente investido, lhe possa vir a ser extorquido por deliberação de um corpo legislativo, sob uma Constituição, onde se declare que nesta Republica não se admitte um poder arbitrario em parte nenhuma? Póde lá ser que o direito de voto, uma vez conferido, se tenha por inauferivel, a não ser pelos meios legaes, e que todavia, o direito da pessoa votada a occupar e exercer as funcções do cargo, para o qual foi eleita, se lhe possa tirar, sem transgressão desta emenda constitucional, a não ser pelos meios legaes?" (177 U. S. 603-604. 44 L. ed. 1.210).

"O raciocinio não podia ser mais claro. A liberdade assegurada pela Constituição Federal abrange o direito do individuo eleito a occupar o cargo para que o elegeram, seja para um cargo federal, seja um cargo estadual, e de qualquer ordem que fôr este cargo. Ora, em todas as questões, nas quaes se pleitear essa liberdade, a competencia da Suprema Côrte dos Estados Unidos é, igualmente, irrecusavel. Logo irrecusavel é a competencia desse Tribunal, nos casos em que se discutir entre dous pleiteantes o titulo de um cargo, embora seja o de governador de Estado, assumido por um cidadão e disputado por outro".

Eis a lição do juiz Harlan no caso Taylor v. Beckham, como no caso Boyd v. State of Nebraska, os dous invocados na obra de Baldwin.

Já vêdes, srs. senadores, que não deixa de haver, na jurisprudencia dos Estados Unidos, não só opiniões, mas julgados, em que a Suprema Côrte resolveu questões de legitimidade em pleitos concernentes a cargos de governadores de Estados.

Agora ss. exs. me hão de permittir a leitura, não das palavias de um dos grandes juizes americanos, mas das palavras de um dos mais doutos juizes brasileiros, o dr. Amaro Cavalcanti, no voto que deu ha mais de tres annos, no 1.º de abril de 1911, sobre a mensagem do presidente, declarando porque não cumpria as decisões do Supremo Tribunal, concernentes ao Conselho Municipal desta cidade.

Estas palavras merecem de ser consideradas e meditadas pelos nobres senadores, como as de um dos cultores do direito americano, que melhor o conhecem, e têm interpretado entre nós com mais isenção de espirito, sem ter incorrido até hoje na seducção das tendencias de partido, na prolação de suas sentenças.

Agora, dizia o dr. Amaro Cavalcanti :

"Agora, para ser completo neste ponto, cumpre não omitir que á vista da jurisprudencia americana, a unica verificação de poderes, cuja revisão ou exame deve escappar, como regra, ao judiciario, por considerar-se questão



essencialmente política, é a referente ás eleições para o Legislativo Federal ou Estadual, porquanto as proprias eleições para o executivo estadual têm sido objecto de investigação e decisão judicial. Em numerosos casos, Cooley, na sua obra classica *Constitutional Limitation*, se exprime sobre o assumpto nos seguintes termos: "Como os funcionarios incumbidos da eleição exercem em geral apenas funcções ministeriaes, as suas apurações (*returns*) e certificados de eleições (diplomas), expedidos em vista daquellas não são conclusivos (definitivos), em favor dos individuos que parecem ter sido eleitos. A decisão final pertence aos tribunaes judiciais. Esta é a regra geral, e as excepções são só daquelles casos em que a lei, que regula o processo da eleição, declara a decisão conclusiva (sem mais recursos), ou em que ha uma junta especial com poderes de decisão final". (Autor citado, pag. 785 e notas).

"Isto que informa Cooley é igualmente asseverado por Baldwin, na sua recente obra *The American Judiciary*.

"Não se desconhece que, tratando-se porventura da eleição de governadores, se tenha ás vezes contestado a intervenção judicial, por dever caber a respectiva decisão aos outros poderes igualmente independentes: o proprio Cooley cita um julgamento da Suprema Côrte de Wisconsin, neste sentido, e Plack cita um outro da Côrte da Florida sobre a materia da elegibilidade.

"Mas, como se vê, são em todo o caso decisões judiciaes, e não actos declaratorios do executivo, decisões aliás fundadas na "igual independencia dos poderes", e não na simples razão doutrinaria de tratar-se de questão politica.

"Até no caso de duplicata de assembléas estadoaes, o judiciario tem intervindo para decidir qual seja a legitima, allegando-se, no caso a que nos referimos, em abono da decisão judiciaria, ter sido ella proferida precisamente em favor da corporação que já havia sido reconhecida pelo respectivo governador Prince P. Skillni, apud Cooley, ob. cit. 787, n. 4 a."

Mas, srs. senadores, para terminar, ler-vos-ei ainda duas paginas de um dos mestres classicos do Direito Americano, o douto e autorizado Cooley, na obra citada pelo sr. Amaro Cavalcanti, a respeito precisamente desta questão.

Diz elle, depois de varias considerações sobre o assumpto:

"Mas, quando a questão é de saber quem é o verdadeiro poder executivo do Estado, os juizes têm funcções

a desempenhar, as quaes são, pelo menos, tão importantes quanto as de qualquer outro cidadão. E o facto de serem juizes nunca póde ser motivo para que elles se submettam a uma usurpação. Usurpações bem succedidas das funcções executivas só podem ser consummadas com acquiescencia de outros ramos de governo e os juizes, dos factos em uma controversia de importancia tão momentosa, a investigação das circumstancias é justificavel e quando feita só em circumstancias extraordinarias. No caso referido, o usurpador, comquanto candidato de um partido que reunia em si metade dos votos de um Estado, achou-se privado do poder pela força de uma sentença ; a opinião publica abandonou-o e elle perdeu o exito da usurpação, tornada inutil pela sentença, que assim evitou o Estado da violencia e da anarchia”.

Essas palavras são de Cooley, na sua grande obra sobre as limitações constitucionaes.

Com esses casos, com essas autoridades, com essas opiniões e essas sentenças, me parece haver demonstrado, senhores, que, nos Estados Unidos, essa separação absoluta, esse vallo insuperavel, limitam a autoridade judiciaria nas questões da ordem daquella que agora se agita perante o Senado Brasileiro.

Em casos diferentes, occorridos em épocas diversas e citados ainda hoje como arestos, os tribunaes, já dos Estados, já da União, têm reconhecido a sua competencia, firmado a sua autoridade e intervindo com decisões terminantes no julgamento desses assumptos. Tudo isso vem mostrar, srs. senadores, quão delicado é o exame da objecção do caso politico, nas materias em que essa objecção tem sido empregada, entre nós, utilizada, como a querem os interesses dos partidos, para eliminar completamente essa autoridade juridica, creada com a intenção especial de levantar no Poder Judiciario um obstaculo efficaz aos excessos politicos dos dous outros órgãos da soberania nacional.

Sendo, como é, a instituição creada com poderes especiaes para conhecer da constitucionalidade dos actos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, ao Poder Judiciario vão esbarrar, a cada momento, questões politicas ; as questões politicas penetram, a cada momento, nos tribunaes do Poder Judiciario e, não havendo outro criterio para precisar onde cessa a autoridade judiciaria, diante da autoridade politica, senão o que se estabeleceu nos Estados Unidos — que só não são susceptiveis de ser submettidos ao conhecimento de tribunaes federaes nas questões de inconstitucionalidade, os assumptos em que não se ache o direito, definido em lei, de alguém, seja um individuo ou uma collectividade, seja o direito de um individuo nacional ou estrangeiro, ou seja o direito de entidade politica e até semi-soberana,

como são os Estados da União, a competencia da Suprema Côrte tem sido constantemente reconhecida e, absolutamente, indiscutível.

Desde que entre nós se começou a exercer o regimen americano, esta maldita objecção, dos casos politicos surgiu, embaraçando as primeiras tentativas em favor das liberdades individuaes nas mais simples manifestações.

Foi esta objecção que encontrei diante de mim, quando em 1892, solicitei, pela primeira vez, neste paiz, uma ordem de habeas-corpus, apoiado na autoridade da justiça federal, contra os abusos do estado de sitio decretado em abril daquelle anno.

Deste então me insurgi e me tenho insurgido constantemente em todos os meus trabalhos, em todos os meus discursos, em todos os meus escriptos sobre assumptos constitucionaes, contra este abuso dos exploradores politicos, interessados, não em esclarecerem a questão constitucional, mas, em favor dos seus interesses, baralhando-a sempre, creando uma situação accommodaticia, e isto, senhores, em um paiz sem principios, sem educação, em tradições e sem liberdade, como é o nosso. (*Apoiado*).

Srs. senadores, não me permite o tempo, não me permite a canceira dos srs. senadores, menos ainda os limites necessariamente estreitos do debate parlamentar, trazer á vossa presença os documentos desta longa successão de esforços, coherentes sempre, insistentes em torno desses principios, cuja defesa me querem agora embargar com as miseraveis nugas de um triste argumento *ad homine*, sem fundamento algum na justiça e na realidade dos factos.

Não posso, srs. senadores, não posso fatigar-vos como se estivesse diante de um tribunal de justiça fallando oito ou dez horas, porque a paciencia parlamentar é curta e o estomago politico ordinariamente fraco.

O SR. ADOLPHO GORDO — Nós estamos ouvindo v. ex. com a maior attenção.

Sr. RUY BARBOSA — Agradeço muito aos honrados senadores ; mas, sou eu o que se sente sempre sob a pressão do receio de estar incorrendo na taxa de impertinente, pelo excessivo tempo com que ponho em contribuição a cortezia dos meus honrados collegas.

O SR. ADOLPHO GORDO — V. exa. está discutindo o assumpto com a maior erudição.

O SR. RUY BARBOSA — Mas, senhores, perlustrando rapidamente esses trabalhos, só para vos rememorar em um rapido quadro a realidade juridica da doutrina americana, eu vou apontar-vos em diminuto numero de paginas, aliás umas após outras, alguns dos grandes exemplos, nos quaes a Suprema Côrte dos Estados Unidos tem resolvido sempre as questões mais essencialmente, mais profundamente, mais exclusivamente politicas do governo daquelle paiz, actuando sobre a sua administração, sobre as suas finanças, sobre legislação politica, sem que alli nunca se desconhecesse a sua autoridade e houvesse um Governo ou um Congresso, em épocas normaes, capaz de conceber o pensamento de desobedecer.

Senhores, não é na época da guerra civil americana que havemos de ir recorrer para buscar as tradições de jurisprudencia constitucional. Durante esse periodo, bem o sabeis vós todos, e annos ainda após esse periodo...

O SR. ALFREDO ELLIS — Na época da reconstrucção.

O SR. RUY BARBOSA — ...na época da reconstrucção, acharam-se os Estados Unidos debaixo de um governo verdadeiramente militar, em toda a extensão da palavra.

Nos cinco annos de guerra, porque era a guerra que lavrava em toda a parte, guerra que absorveu um milhão de victimas e thesouros incalculaveis, nesse periodo de guerra, que alastrava em toda a parte, o paiz inteiro se achou debaixo da occupação militar, periodo posterior, da reconstrucção, os Estados que se haviam rebellado contra a União, ficaram, no correr desse longo tempo, sujeitos igualmente ao regimen militar, á administração do governo militar, de generaes...

O SR. ALFREDO ELLIS — De verdadeira lei marcial.

O SR. RUY BARBOSA — ...e, portanto, como bem diz o meu honrado amigo, senador por S. Paulo, submettidos a todos as consequencias da lei marcial. Ahi, não eram as armas que cediam á toga, era a toga que cedia ás armas. Reinava a guerra, a força, e um espirito como o de Lincoln, educado aliás nas melhores tradições juridicas, mas esmagado pela responsabilidade atroz, phantastica, subhumana, de uma tarefa incomportavel, tivera de se collocar fóra de todas as leis normaes, para acudir exclusivamente aos ditames da necessidade, com intuito de salvação do Estado, em uma crise em que esta phrase não era uma invocação dos interesses politicos, mas a imposição da realidade mais estrondosa, mais pavorosa, mais anormal que se póde conceber no governo daquelle pais.

Mas fóra dahi, senhores, e mesmo nessa época, são extraordinarios os exemplos do exercicio do grande poder da justiça americana resolvendo as questões politicas do Estado.

Muitos pleitos, cada qual mais grave, dizia eu em um dos meus trabalhos, referindo-me a essa época, deram logar a reiteradas manifestações da Côrte Suprema acerca do regimen discrecionario adoptado pelo Congresso na reconstrucção do paiz após a luta separatista. Ahi mesmo, senhores, deu-se a intervenção, ahi mesmo, nesse terreno melindrosissimo da politica, deu-se a intervenção frequente da autoridade judiciaria da Suprema Côrte. As decisões proferidas nesses litigios de 1866 a 1883, encerravam toda uma theoria constitucional nova, creada pela jurisprudencia daquelle tribunal sob os mais formidaveis problemas politicos que a insurreição, o desmembramento e a restauração da ordem podiam acceitar em uma Republica federativa lacerada pela discordia.

Foi nessa época, durante ella e após ella que se suscitaram nos Estados Unidos as celebres questões conhecidas pelo nome dos *Legal tender case*; isto é, as questões relativas ao curso forçado, circulação obrigatoria do papel-moeda. Nessas questões, senhores, se

achavam empenhados os mais altos interesses políticos do governo americano. Foi o papel-moeda nesse periodo uma medida imposta pelas exigencias mais imperiosas da guerra, uma medida absoluta de salvação publica. E não obstante o conhecimento da legalidade constitucional dessa medida, interveiu a Suprema Côrte para desconhecer a sua constitucionalidade, e em uma alternativa de decisões, ora em um sentido, ora no outro, por muitos annos se conservou vacillante, nos Estados Unidos, a jurisprudencia sobre a autoridade constitucional do Congresso Legislativo para emissão de papel-moeda, com curso forçado. Que questão mais soberanamente politica do que esta?

O SR. ALFREDO ELLIS — Apoiado.

O SR. RUY BARBOSA — E não obstante, quatro ou cinco vezes em sentido divergente, a resolveu a Suprema Côrte, sendo as suas decisões sempre religiosamente conservadas e acatadas pelo governo e pelo Congresso Nacional Americano.

Ninguém ali se lembrou jámais de processar juizes pelo crime de interpretarem a Constituição e as leis. Ninguém concebeu essa monstruosidade estulta, inconcebivel e ignobil.

Nenhuma das legislações do mundo até o admittiu. A responsabilidade existe em toda a parte para os juizes, em todos os graos das hierarchias judicarias, desde os mais altos até os mais baixos, mas ninguem se lembrou de a estabelecer neste terreno, ninguem ainda concebeu a possibilidade legal de se sentar no banco dos réos a consciencia de um juiz, para lhe tomar contas de haver interpretado as leis, a Constituição de sua terra, no sentido desagradavel aos interesses politicos do momento. Quando a politica chega a esse gráo de vesania pavorosa, deve ser internada em uma casa de Orates...

Precisa de uma camisola de força, não é mais a politica habilitada a governar um paiz de homens racionaes, mas uma familia de instinctos desenfreados, não tendo outro sentimento para os guiar senão o de seu interesse, da sua ambição e da sua cubiça.

O SR. ALFREDO ELLIS — Apoiado.

O SR. RUY BARBOSA — A par desta questão, como causa tão notavel quanto ella, sobresaie a questão de imposto sobre as rendas, do *income tax*, estabelecido em 1894 e resolvido em 1895 pela Suprema Côrte americana.

Achava-me eu em Inglaterra, nessa época, e tomei essa causa como objecto de um dos meus estudos, naquelle tempo endereçados ao *Jornal do Commercio* e que se acham reunidos em um livro.

Tratava-se, senhores, de um imposto reclamado pela necessidade urgente de cobrir-se um *deficit* de cerca de sete milhões de dollars.

Para remover-se este formidavel peso na receita do paiz, o Congresso, de mãos dadas com o governo, entendeu de votar aquella medida, do *income tax*.

Mas os interesses feridos pela decretação deste imposto, representados por alguns grandes estabelecimentos bancarios, se reuniram afim de pleitear a sua inconstitucionalidade. Tomaram por advogado a Mr. Choate, que tive depois a felicidade e a honra de encontrar em Haya como embaixador dos Estados Unidos, e com elle me encontrei frequentemente em divergencias accentuadas na grande questão que separou os pequeninos dos grandes Estados, naquelle Congresso Internacional.

Era um dos maiores advogados americanos pelo seu saber, pessoa cujas qualidades individuaes tive occasião de admirar e que ainda hoje felizmente, é um dos velhos daquelle Congresso, cuja vida a morte ainda tem respeitado.

Pleiteou-se a inconstitucionalidade do imposto sobre as rendas, não obstante o seu character evidentemente politico, o governo americano por sua vez envidou todos os esforços afim de impedir a victoria dos litigantes. Fez-se vibrar aos ouvidos do Tribunal a ameaça das grandes perturbações sociaes que se anteviam na revogação dessa medida, contra a qual os interesses socialistas, receava-se conjugassem as suas forças. A nenhuma dessas considerações attendeu a integra consciencia dos juizes americanos e a decisão foi proferida, como se se tratasse de um pleito ordinario, de uma questão de direito privado.

No Brasil, podemos imaginar a que tempestades não daria logar essa decisão.

"Quereis ver, porém, como se passaram as cousas nos Estados Unidos? No dia immediato, o correspondente do *Times* em Philadelphia, telegraphava para aqui: "Acredita-se geralmente, que a lei, emasculada assim, terá de ser em breve revogada pelo Congresso. A administração reputa conveniente a abrogação total da lei. O *Attorney General* declara que aceita a decisão do Tribunal, e não pedirá reconsideração do feito".

"A submissão do Congresso póde se considerar, pois, como previamente consumada na submissão instantanea do governo e no respeito com que o assenso do geral do paiz acolheu a decisão do Tribunal. Ninguém cogitou em resistir. Ninguém teve uma palavra de despeito. "E' corrente", annuncia editorialmente o *Times*, que no sr. Cleveland e no seu gabinete está deliberada a revogação completa da lei".

Submetteu-se, pois, immediatamente o governo americano, e dezenas de milhões de dollars, que já haviam sido arrecadados, foram immediatamente restituídos aos reclamantes, não só aos que haviam pleiteado e vencido no tribunal, mas a muitos outros que não haviam tomado parte na demanda.

Depois destes, vieram ainda os celebres casos insulares, casos que resolveram as questões politicas mais novas, mais extraordinarias e mais difficultosas que o Direito Constitucional poderia suscitar em uma nação como os Estados Unidos. A Constituição Americana não havia cogitado de aquisições territoriaes no estrangeiro. En-

trando na política imperialista, viu-se, pois, o governo americano, diante de um problema absolutamente imprevisto no seu Direito Constitucional.

Qual seria a condição das populações dessas colônias, dependências, posses, porém, anexadas ao território dos Estados Unidos? Estender-se-ia a essas populações o benefício da Constituição Americana, ou seriam essas populações regidas por um direito diverso? Qual esse direito? Qual o estado civil político desses povos aggregados á massa dos cidadãos dos Estados Unidos?

Foi tudo isto que uma série de decisões judiciais resolveu nos "casos insulares", cujos actos representam, no ultimo volume da *Jurisprudência Americana*, uma das feições mais extraordinarias, mais solennes do poder incommensuravel, absolutamente politico, desta autoridade, na solução dessas grandes questões.

Seria agradavel acompanhar o curso destes acontecimentos, mas o tempo m'o não permite.

Resumindo, porém, srs. senadores, as substancias de todas estas decisões, Willoughby, na sua obra recentissima, que todos os nobres senadores naturalmente conhecem, assim define o alcance incomparavelmente politico desta situação para o grande órgão da justiça federal :

"O mais poderoso dos freios no preservar, não só as relações entre o poder federal e o poder dos Estados, mas ainda entre os proprios ramos do poder federal, tem consistido, indubitavelmente, na Côrte Suprema. Ella tem sido a roda mestra (*the balance wheel*) no mecanismo da Republica.

A Constituição, no exercicio de sua supremacia e respeito de todos esses poderes, a todos lhes poz limites e o instrumento para dar realidade a esta limitação tem sido a Côrte Suprema, como interprete do Direito Constitucional".

Mas, sr. presidente, para vos resumir, em um só lance, os meus trabalhos sobre o assumpto, procurando definir do modo mais claro e mais preciso, ao meu alcance, a verdadeira doutrina constitucional sobre a extensão dos casos politicos e a competencia do poder judiciario nesses casos, ler-vos-ei as minhas palavras em um discurso proferido no Instituto dos Advogados, não ultimamente, ao assumir a sua presidencia, mas em maio de 1911, quando tive a honra de ser empossado no lugar de membro daquela casa.

Havia o Instituto dos Advogados se manifestado, pouco antes, contra o desrespeito ao Supremo Tribunal Federal pelo governo do marechal Hermes, e alludindo a esse facto, disse eu, ha quasi tres annos, aos meus collegas :



“O outro cataclysmo foi o que varreu moralmente das nossas instituições o poder judiciário”.

O primeiro cataclysmo a que eu me referia era o da celebre reforma do ensino, eliminando a seriedade da instrução e substituindo-a pela charlataneria insupportavel.

(Lê) “O outro cataclysmo foi o que varreu moralmente das nossas instituições o poder judiciário. Tanto importa, manifestamente, o acto do governo, que, em termos categoricos, negou execução a uma sentença judicial da nossa mais alta magistratura, no caso do Conselho Municipal. Não obstante a abundancia do arrazoadado, em que essa sedição do poder contra a justiça arrasta a cauda roçagante da sua usurpação, o certo é que ella redonda na mais afoita revogação do nosso mechanismo constitucional. Não seria esta a occasião de o demonstrar. Mas, si algum credito ainda me remanesce, da primazia que me coube na obra da Constituição actual e si não imaginam ahi haver eu esquecido as mais simples noções do systema que nella encarnei, em nome da sua verdade elementar direi que, ministro do presidente da Republica, eu entenderia havel-o trahido, referendando-lhe essa medida.

Acertou elle de vir a lume pelo *Diario Official*, no anniversario da Constituição vigente. Fortuita ou intencional, a coincidencia resabe á mais amarga ironia. Ironia ou malicia de quem a engendrou ou de um dos mais singulares caprichos do acaso. Porque, si ao presidente da Republica assiste o direito de se insurgir contra um julgado, a titulo de que o Supremo Tribunal “exorbitou das attribuições que a Constituição e as leis lhe assignalam”, como se diz abertamente na Mensagem de 22 de fevereiro, então o regimen americano está invertido no Brasil e substituido neste pobre paiz pela dictadura do poder executivo. Este, ainda mesmo nas Republicas europeas e nas monarchias constitucionaes daquelle continente, onde a justiça conhece da constitucionalidade das leis, não póde reagir contra as sentenças que averbarem de inconstitucionaes ou illegaes os actos da administração. Até ahi já se estendia a competencia judicial sob a monarchia. Os cidadãos podiam arguir de illegalidade ou inconstitucionalidade, nos tribunaes, os actos do governo do imperador; e, si os tribunaes os reconheciam incursos em uma ou outra, a decisão mantinha o direito offendido, autorizando a desobediencia ás medidas arbitrarías da Corôa. O que, sob a Consti-



tução de 1891, lucrou em poder a justiça, não foi a attribuição de verificar a constitucionalidade nos actos do poder executivo : foi a de pronunciar a inconstitucionalidade nos actos do Congresso Nacional.

“Não era nenhum destes que estava em jogo. Apenas se tratava de uma resolução do governo. A autoridade contra quem este se rebella é, portanto, a que os ministros de sua majestade não poderiam contestar á magistratura imperial.

Nenhum chefe de Estado, presentemente, nos Estados Unidos, se animaria a esta temeridade. A ella foi arrastado Lincoln, ha meio seculo, mas durante o grande eclipse da Constituição americana, quando, abalada a nação até os fundamentos pela maior guerra civil da historia, o presidente da Republica teve que assumir os poderes do dictador romano, para salvar a União quasi perdida.

Jackson constitue a outra das duas excepções á jurisprudencia desse systema na Republica onde elle teve o berço e onde lhe estão os mestres. Mas a theoria jacksoniana, que conta 80 annos de idade, não subordinava a interpretação presidencial á do Congresso ; proclamava a sua independencia, a um tempo, do Congresso e da judicatura.

O general americano era logico. O marechal brasileiro não o é. Si as decisões constitucionaes da justiça, em ultimo grão, não obrigam aos outros dous poderes, entre estes dous poderes é que fica a autoridade suprema na interpretação constitucional. Ora, dada entre elles dous uma collisão de hermeneuticas oppostas, a intelligencia da Constituição terá de ser a conveniente ao mais forte. Mas este, no regimen onde o corpo legislativo não actúa sobre os ministros, em um paiz onde a Nação, de facto, não elege o corpo legislativo, será, necessariamente, o governo. De modo que não ha meio termo : ou o arbitro supremo do nosso direito constitucional é o Supremo Tribunal da União, ou essa posição oracular, disputada entre os dous poderes politicos, acabará por se immergir de todo em todo no Executivo. Transpostos assim os termos do regimen, senhores, a Constituição da Republica é o seu presidente.

Para dar a essa espuria theoria um geito de sciencia e umas tinturas de origem americana, foram buscar, sem criterio, entre os constitucionalistas da America do Norte, a famosa excepção dos casos politicos, aqui explorada toda a vez que se planeja desarmar a justiça contra os interesses das facções e os excessos dos governos. Certo, dos casos *meramente* politicos não julgam os tribunaes. Mas o caso cessa de ser *meramente* politico desde que nelle se envolvem direitos legaes de uma pessoa, de caracter privado ou *publico*, judicialmente articulados contra outra. Porque *meramente* politico é só o caso em que um dos poderes do Estado exerce uma função de todo o ponto discricionaria ; e não se póde ter como discricionaria uma função que encontra limites expressos em um direito legalmente definido.

Demais, senhores, toda essa algaravia pretenciosa e ôca, se desmancha ao contacto de uma noção posta pelo senso commum, ao alcance dos menos argutos e ingenuos. Realmente os casos politicos excluem a acção da justiça. *Mas quem define os casos politicos?*

Sim ; quem define os casos politicos ? Esta é que é a questão maxima. Esta é que é a questão essencial.

"Precisamente a justiça mesma e ninguem mais do que ella. E' uma evidencia esta que resulta necessariamente da sua competencia, inconcussa no regimen, para negar execução ás leis, onde leis reconheceram vicio de inconstitucionalidade. Impôr á justiça o dever de annullar os actos inconstitucionaes da legislatura e, ao mesmo tempo, admittir á legislatura o direito de conculcar sob o pretexto de politicas, estas decisões da justiça, era burlar-lhe, pela mais grosseira das contradicções, a autoridade, que tão solememente se proclama como a melhor invenção e a salvação unica do regimen, entregue, sem essa garantia, ao mais irresponsavel dos absolutismos.

E' o em que paramos hoje, no Brasil e o em que ficaremos, si a nossa apathia nacional deixar amadurecer, nas suas terriveis consequencias, esta revolução do poder contra a nossa lei constitucional".

Eis, pois, srs. senadores, a questão reduzida agora, a questão formulada agora, no seu ponto culminante. Sim, nos casos absolutamente politicos, nos casos exclusivamente politicos, nos casos indiscutivelmente politicos, é incompetente a autoridade judicial. Mas qual a autoridade que decidirá os casos politicos ? Ou essa autoridade é do proprio poder judiciario, sendo elle então um poder investido no direito de limitar a competencia aos outros dois, ou essa autoridade reside nos outros dous, e então a competencia dada ao poder judiciario, para conhecer da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos actos dos outros poderes, se acha inteiramente burlada.

Toda vez que em uma questão de interesse especial para o poder executivo ou para o poder legislativo a sentença da justiça suprema fôr contraria ás correntes dominantes no seio do poder executivo e do Congresso Nacional, o Congresso Nacional e o poder executivo classificam de — politica — a questão resolvida, e, si a autoridade se acha inteiramente morta, teremos chegado a essa irrisão inclassificavel de uma Constituição que teria investido o poder judiciario no arbitrio de declarar inconstitucionaes as leis, e ao mesmo tempo, o poder legislativo no direito de desobedecer a sentenças em que o poder judiciario se manifesta a respeito da inconstitucionalidade dos actos legislativos. Quer dizer : é fazer da parte juiz no pleito julgado, é dizer que *A* é autoridade competente para sentenciar sobre os actos de *B*, e dar a *B* a autoridade para julgar da competencia em que *A* decidiu sobre os seus actos.

A este respeito, srs. senadores, é constante, invariavel, unanime, unisona, absoluta, a doutrina entre as autoridades americanas. Até hoje allí se acha absolutamente estabelecido, como principios cons-

titucionaes, esta verdade suprema de que a justiça federal, na pessoa do seu supremo órgão, é o juiz ultimo o irrecorrivel da extensão da sua propria esphera constitucional.

E' isso, senhores, o que eu me proponho a vos mostrar na ultima phase do meu discurso, e nesta parte não posso abrir mão dos documentos com que me muni para autorizar as minhas affirmativas, porque esta é a questão dominante, é a questão que resolve todas as outras questões, a questão de saber onde está a autoridade que, por modo definitivo e inappellavel, determinará os limites da competencia entre os tres differentes poderes da União.

Isto é elementar nos Estados Unidos. Na Camara dos Representantes em Washington, no Senado Americano, ninguém ousaria discutir a materia, hoje, por cinco minutos; no Senado Brasileiro, perante o nosso Congresso, se torna isto hoje indispensavel, porque temos diante de nós um projecto cuja base consiste exactamente em attribuir ao poder legislativo a supremacia na determinação dos limites de sua propria autoridade.

A questão podia ser resolvida com a simples leitura do texto da nossa Carta Constitucional, no seu art. 59 e no art. 6.º, paragrapho 4.º.

O SR. ALFREDO ELLIS — Nos Estados Unidos nem haveria questão.

O SR. RUY BARBOSA — Mas aqui é preciso documentar o alphabeto. E' necessario mostrar que o *b* deve vir depois do *a* e não o *a* depois do *b*.

O SR. ALFREDO ELLIS — Mas si o estado maior prussiano resolver o contrario, a maioria do Senado vota de accordo.

O SR. RUY BARBOSA — Mas nós, é força e lastima dizel-o, nós que não temos meios de reduzir a maioria do Senado, estamos cumprindo o nosso dever de fallar á opinião nacional.

O SR. ALFREDO ELLIS — Apoiado.

O SR. RUY BARBOSA — Já em 1892, srs. senadores, dirigindo-me ao Supremo Tribunal Federal, isto é, ha 22 annos, para que se não possa dizer que venho hoje defender aqui opiniões de occasião, ha 22 annos, dizia eu ao Supremo Tribunal Federal :

*"Incomparavel é a situação dos tribunaes e, sobretudo, a do Supremo Tribunal, no organismo das nossas instituições actuaes; pois, ao passo que os transvios dos outros dois poderes têm, na acção do judiciario, o mais efficaz dos correctivos, a justiça da Republica funciona como uma entidade oracular na declaração do direito constitucional, tendo por unicas seguranças da sua fidelidade do seu papel a independencia da sua magistratura, a indole organica das suas correlações leaes, a inexpugnabilidade do seu posto através das agitações politicas, a vigilancia da opinião nacional. "Interprete final da Constituição, o*

*Supremo Tribunal Federal é, pois, "o ultimo juiz da sua propria autoridade".*

"Em face das autoridades com que se abona esta caracterização da vossa dignidade constitucional, srs. juizes, ninguém arguirá o impetrante de exaggeral-a. Só um limite formal se oppõe ao exercicio della; a regra de que não podeis sentenciar sinão em especie. Não sois uma corporação consultiva. Não constituis, como inconsideradamente se tem figurado, uma especie de instancia superior a esses poderes. Não. Mas qualquer individuo, lesado por uma exorbitancia do Congresso, ou do presidente da Republica, tem sempre, nos remedios judiciaes, o meio de preservação de seu direito, provocando, na qualidade de autor, ou na de réo, a sentença reparadora e *irrecorrivel* do Supremo Tribunal Federal".

Eis, senhores, as minhas palavras em 1892, em um discurso dirigido em abril daquelle anno ao Supremo Tribunal Federal.

Tres annos depois, no caso da amnistia inversa, em um trabalho que com este nome ahi corre impresso, dizia, eu, invocando as grandes autoridades americanas :

"Para quem se dirigirá o ultimo appello ?

A propria Constituição o fixou, declarando que "o poder judiciario se estenderá a todos os pleitos que se suscitarem com referencia á Constituição e ás leis dos Estados Unidos".

Estas duas provisões cobrem toda a área do problema. Ellas são realmente a pedra angular da arca santa. Em cumprimento dessas disposições claras e expressas, o Congresso, na sua primeira sessão, proveu, na lei judiciaria, a que todas as questões de constitucionalidade no exercicio do poder tenham a sua ultima solução na Suprema Côrte Federal.

Ainda mais explicitamente do que a Constituição dos Estados Unidos, a nossa (art. 59, paragrapho 1.º, a e 60 a) aliás nella inspirada, firmou essa competencia capital da justiça.

Está reconhecido, portanto, expressamente na lei fundamental da Republica, esse direito de interpretação irrecorrivel, e, segundo os mais antigos commentadores americanos, assiste ao poder judiciario na applicação da lei. E suas sentenças, a esse respeito, só por elle mesmo poderão ser revogadas.

Um dos expositores mais recentes esplana a importancia dessa função em palavras, que não me parecem ociosas, ainda após o vasto concurso de autoridades, cada qual mais egregia, invocadas no meu primeiro trabalho forense.

“Ha um poder”, diz elle, “ante o qual se põe á prova a legalidade dos actos dos outros. Esse poder, retrahido, silencioso e invisivel, enquanto se lhe não solicita regularmente a intervenção, é o judicial. Elle empunha a balança da justiça, não só entre cada cidadão nas suas pendencias particulares, mas tambem entre cada cidadão e cada autoridade, de onde possa emanar para elle um acto imperativo. *Todas as leis* estão sujeitas a passar, quanto á sua validade, pela interpretação desse poder. Todos os actos officiaes podem ser impugnados no seu fôro, ao passo que a condemnação por elle proferida contra qualquer lei, decreto, regulamento ou acto administrativo, lhe imprime o sello de nullidade, as suas decisões não soffrem revisão, a não ser por elle mesmo, no seu mais elevado tribunal de recurso. Considera-se justamente o poder judicial como o baluarte das nossas liberdades civis, o guarda da Constituição, o arbitrador dos limites da acção administrativa, o defensor da moralidade publica e o protector supremo da nossa vida, propriedade, honra, dignidade e igualdade perante a lei”.

Não me demoraria em retrilhar idéas tão rudimentares si as não tivesse ouvido desconfessar, com violencia e ultrages á magistratura, do alto de uma tribuna, de onde só deviam fallar a justiça e o saber. Em eminencia tamanha, só neste paiz, tão mal aparelhado ainda para as delicadas instituições que adoptou, haveria bastante ignorancia e arrojo para advogar com esse aprumo erroneas de tal jaez. Nos Estados Unidos qualquer leigo se pejaria de não saber que “a função mais importante do Supremo Tribunal consiste em interpretar imperativa e terminantemente (authoritatively and finally) a Constituição”.

Mercê dessa autoridade são as decisões judiciais que, em ultima analyse, fixam praticamente os limites e efficiencia constitucional dos poderes da União: “The powers of the Government are, in the end, practically settled by the judiciary”. Ellas limitam a acção do governo e do Congresso, que não podem insistir utilmente em actos averbados de injuridicidade pela magistratura. E’ ponto de doutrina firmado, por exemplo, que a legislatura não poderia ordenar a arrecadação de um imposto já declarado illegal pelos tribunaes; assim como tem sido reiteradamente estabelecido que não exercem força obrigatoria interpretações legislativas em sentido contrario ás já firmadas pela justiça.

Ante a sentença nullificativa o acto legislativo, immediatamente, perde a sua sanção moral e expira em virtude da lei anterior com que collidia. E si o julgamento foi pronunciado pelo mais alto tribunal de recurso, “a todos os cidadãos se estende, imperativo e sem appello, no tocante aos principios constitucionaes sobre que versa”. Nem a legislação “tentará contrariar-o porquanto a regra *stare decisis* exige que todos os tribunaes dahi em deante o respeitem como *res judicata*; e, enquanto a Constituição não soffrer reforma, que lhe altere os fundamentos, nenhuma autoridade judicial a infringe”.

O papel dessa autoridade é de suprema vantagem para a ordem constitucional, impossível, neste regimen, desde que um poder extranho aos interesses políticos e ás suas influencias dissolventes não constitua o laço de mediação e harmonia juridica entre as forças que se defrontam no systema, amparando, ao mesmo tempo, com a sua soberania moral o direito, no individuo, na União e nos Estados, em seus frequentes conflictos.

Que ruinosas e destruidoras consequencias não resultariam para logo, se ficasse praticamente entendido que os varios poderes julgam e decidem cada qual independentemente a extensão da competencia que a Constituição lhes attribue ! Tão amiudadas seriam as collisões entre a administração e a legislatura, quanto entre ambas e a justiça. Exemplifiquemos : o Congresso adopta um projecto de lei, que o presidente veta, por consderal-a inconstitucional. Não obstante as suas objecções, porém, as camaras persistem, e o projecto vem a ser lei. Ao presidente incumbe executal-a ; mas, si continuando a tel-a por infrigente da Constituição, elle se recusasse a observal-a, apezar dos tribunaes a declararem valida e reconhecerem direitos nella estribados, a lei degeneraria em letra morta. Quantas vezes seria mister que se reproduzissem circumstancias dessas, para que o governo se convertesse em objecto de desprezo ? Outro caso. Chega o Congresso a uma deliberação, que o executivo sanciona. Certos individuos, porém, por ella prejudicados, submettem a materia ao exame da Suprema Côrte e esta dá por irritó o acto legislativo. Reconhecem todos os expositores que a decisão impera entre os contedores na lide, exonerando-os de obedecerem á lei inquinada. Mas, si a sentença não obrigar igualmente ao governo, teremos a famosa anomalia de insistirem o Congresso e o presidente na subsistencia de uma lei, que só terá vigor para as pessoas a ella acquiescentes ; pois os que lhe negarem assentimento e levarem o assumpto ao mesmo tribunal serão por elle isentos de respeito-a. Por outra : essa lei perderá de todo a sensação ; tornar-se-á mera solicitação, e nada mais ; não imporá obediencia ; ninguém lhe reconhecerá autoridade, sinão voluntariamente ; e dest'arte desapparecerá de todo o ponto o elemento distinctivo e essencial, que caracteriza as leis. Não podia ser o animo da Constituição. Nossos paes não nos apparelham a esta zombaria do governo. Só um theorista visionario ou um doutrinario obstinado entenderia assim a nossa lei organica. O calmo bom senso do povo inspirou-lhe a verdadeira doutrina em que elle descansa, e, em que devem persistir os que o governam. Força é, portanto, que exista um julgador, um arbitro exclusivo, a cujas declarações estejam sujeitos governos e cidadãos. Ora, a propria natureza da Constituição, outorga escripta de poderes limitados, junta a certas provisões claras desse instrumento, nos mostram que tal arbitro só pode ser o poder judicial.

“Essa função da justiça, ha 63 annos que Story a declarava fóra do litigio. Definida por Marshall no

feito *Marbury v. Madison* e depois na causa *Cohens v. Virginia*, o raciocínio do grande magistrado "terminou a questão para sempre". "Só um terramoto politico lograria abalal-a". "Só um espirito privado de sizo poderia contestal-a". Tal espectáculo seria semelhante ao "de um alumno de primeiras letras, impugnando uma proposição de Euclides, ou os principios de Newton".

Eis senhores, como se pronunciam as grandes autoridades constitucionaes americanas sobre este ponto, com tanta energia, vivacidade e enthusiasmo, como nos affirmados em sentido contrario da tribuna desta Casa pelo *leader* da maioria do Senado.

Porque, para assegurar, como assegurou outro dia o nobre senador pelo Rio Grande do Sul, que a sentença do Supremo Tribunal viola a Constituição, é necessario não reconhecer ao Supremo Tribunal Federal essa autoridade suprema e irrecorrivel, que as autoridades americanas consideram materia tão indispensavel como uma proposição de Euclides, ou um dos principios de Newton.

Vamos adiante, srs. senadores. Ainda não ha muito Baldwin, na sua obra citada, dizia a esse respeito :

"A sujeição da legislatura a regras escriptas, mantidas pelos tribunaes, é uma feição peculiar ao Direito Americano. Aos que primeiro colonizaram as margens do Connecticut cabe a honra, creio eu, de haverem formulado a primeira constituição escripta, digna de tal nome ; mas não é senão um seculo mais tarde que vimos a encontrar a justiça acclamada como guarda da Constituição e, neste character, como superior á legislatura".

O SR. ALFREDO ELLIS — Aqui, para a maioria do Senado, nem Baldwin, nem Cooley valem cousa nenhuma. Uma ordem do chefe do partido vale muito mais do que todos os constitucionalistas americanos.

O SR. RUY BARBOSA — Dicey precisou com energia esta situação de uma judicatura, cujas decisões não soffrem appello ; e, como lhe cabe a ella, com a faculdade, o *munus* de estabelecer os limites, assim á autoridade do governo, como á da legislatura, definiu vigorosamente esse poder em termos, que nelle encarnam o imperio e a sorte da Constituição, dizendo que a magistratura suprema, nos Estados Unidos, "*is the master of the Constitution*" — o arbitro da Constituição.

Ha, sem duvida, freios a esta supremacia arbitral, que, decerto, não confere á Côrte Suprema os fóros de soberana da Constituição. Mas esses freios, dos quaes o unico praticamente real tem sido o respeito da opinião publica, não tolhem que a Constituição Americana ora em vigor seja, em grande parte, obra pretoriana da magistratura federal, especialmente da Côrte Suprema.



"A Constituição, tal qual presentemente existe", dizia, ainda ha pouco, o professor Ailen Smith, é, em larga escala, obra da Suprema Côrte. Este Tribunal é quem a tem moldado e desenvolvido, imprimindo-lhe, mediante a interpretação que lhe dá, o seu espirito e character actuaes".

Já o professor Tiedemann, da Universidade do Missouri, escrevia ha 18 annos: "Razão tinha Jefferson em dizer que John Marshall e a Suprema Côrte andavam labutando na tarefa de elaborar a Constituição do nosso governo (*in making a Constitution for the government*). De então á esta parte continuou a Côrte Suprema a crear o nosso direito constitucional (*has continued to make constitutional law*). Verdade é que aos jurisperitos lhes convém admittir, na praxe, a ficção de que o magistrado não faz lei, simplesmente declara a lei preexistente; mas quem quer que com critica estude a sciencia politica, ha de rejeitar essa noção, reconhecendo o facto inquestionavel de que os tribunaes elaboram regras nunca dantes enunciadas, as quaes muitas vezes contendem irreconciliavelmente com os principios fundamentaes de outr'ora, *principles never before nunciated which in many cases conflict hopelessly with the fundamental principles of the past*".

"Nesta evolução juridica do direito constitucional, graças a cuja autoridade, continuamente creadora, a obra organica dos patriarchas de 1787 se tem adaptado até hoje á maravilhosa expansão dos Estados Unidos, reside a origem principal dessa a que chamamos *constituição consuetudinaria*, a constituição não escripta *the unwritten constitution* (na locução já consagrada), cuja importancia, crescente sempre, attrae cada vez mais a attenção dos pensadores politicos americanos.

"Flexível, como é, diz um publicista inglez, examinando este assumpto, "a Constituição não escripta dos Estados Unidos promete vir a ser maior que a escripta, cujo destino parece tender a reservar-lhe, afinal, para com o direito constitucional no seu todo, situação analogá á das partes escriptas da Constituição britannica, taes como a Magna Carta, a Petição de Direitos, o Acto de Habeas-Corpus, o Bill dos Direitos e o Act of Settlement. A America é, por excellencia, um paiz regido pela magistratura (*a judge-governed country*). Não ha nenhum outro no mundo onde seja comparavel ao dos juizes americanos o poder dos tribunaes de justiça. A expressão corrente de "predominio judicial (*judicial ruling*) tem alli um significado mui literal".

Entre os juristas americanos corre como paremia que a lei é o que a faz a interpretação judicial. "*A statute is what it is judicially interpreted to be*", dizia Webster em 1883, no seu famoso discurso de resposta a Calhoun.



Alli, ao passo que á legislatura cabe unicamente determinar qual ha de ser a lei, á competencia *privativa* dos tribunaes pertence decidir qual a lei *é* ou tem *sido*. Donde resulta que os julgados da Côrte Suprema constituem verdadeiramente "a suprema lei do paiz".

São palavras de Ordonnau, no livro "Constitutional Legislation in the United States" (Philadelph. 1891) pag. 417.

"Willoughby :

The Constitutional Law of the U. States (1910)  
D. T. n. 1 :

"O principio fundamental do direito constitucional americano é que, quem impera, são as leis, e não os homens. Quer isto dizer que, em se impugnando qualquer poder, exercido por um funcionario ou por um órgão do governo, para justificar um acto, necessario será mostrar a lei, de onde lhe derive a autoridade, e que nenhuma se póde ter como válida, si como tal não for reconhecida pelos tribunaes".

Ahi nenhum acto do Congresso Nacional se póde dar como válido sinão quando, como tal, fôr reconhecido pelo Tribunal. Entre nós, porém, é ao Congresso que cabe dizer ao Tribunal onde está a lei. Lá é o contrario : quando se quer saber o que é a lei, vae-se perguntar ao Tribunal. Aqui pergunta-se ao Congresso, e nós sabemos a severidade e imparcialidade com que as leis são por nós executadas. Aqui, quando se quer um executor de leis, péga-se ou agarra-se num legislador. (*Riso*).

O Congresso Nacional, na sua longa existencia de quasi um quarto de seculo neste regimen, tem approvedo, sancionado e consagrado todas as violações de todos os grandes artigos da nossa Lei fundamental (*apoiados*), absolvendo as grandes dictaduras, os attentados mais estrondosos contra as garantias mais sacrosantas do nosso regimen.

O SR. ADOLPHO GORDO — Entretanto recusa-se a regulamentar o art. 6.º.

O SR. RUY BARBOSA — Recusa-se regulamentar o art. 6.º para se poder abusar do art. 6.º (*apoiados*), explorando-se a sua indecisão em momento e circunstancias como o actual, com o fim de poder inverter o sentido expresso deste artigo, para o revogar directamente, como agora se trata de fazer com o projecto da honrada commissão, cujo relator lamento não ver presente neste momento.

Nem, senhores, ha meio termo : escusa estar repetindo a noção, porque ha de haver sempre em todos os systemas politicos um poder predominante. A questão está em escolhê-lo, em ver onde convém ir buscar esse poder predominante.

Nas Monarchias, esse poder predominante está nos parlamentos : nas Republicas modeladas nos antigos systemas monarchicos, o mesmo principio subsiste ; é o principio da Republica Franceza actual ; é o principio geral de governos parlamentares. Os parlamentos exercem uma omnipotencia mais ou menos illimitada ; a Constituição lhes está nas mãos, porque são elles que a fazem. Esta é a verdade : nos paizes de regimen parlamentar, os parlamentos representam uma especie de poder constituinte em permanencia, constante. E' o que se dá na Europa. Na Inglaterra, este é o mesmo direito constitucional. Ahi a omnipotencia parlamentar é um dos principios fundamentaes da Constituição ; a Camara dos Communs pôde mudar completamente a fórma do governo, abolir a religião e até a corôa, e mesmo a Camara dos Lords.

Nas outras monarchias impera o mesmo principio, principio que resulta da necessidade de haver um poder preponderante.

O resultado desta situação, é que os parlamentos são os arbitros dos direitos individuaes, e que a liberdade fica á mercê das maiorias politicas nas assembléas parlamentares. Nesses casos, a chamada declaração de direitos que a França, desde 1789, não tem admittido a significação pratica, porque os direitos de declaração podem ser ludibriados pelo acto do governo do Parlamento, sem que contra tal attentado exista recurso de especie alguma.

Ora, o regimen republicano, por nós adoptado, teve o intuito exactamente de substituir essa omnipotencia das maiorias parlamentares pelo systema do poder limitado, que a Constituição lhes traçou e que a Constituição entregou á vigilancia do Poder Judicial, conferindo expressamente no art. 59, em termos absolutos, ao Supremo Tribunal Federal, o direito de decidir quaes as leis que são validas ou invalidas, por serem conformes ou contrarias á Constituição.

Willoughby resume assim, a este respeito, a doutrina firmada pelos tres grandes luminaries da interpretação constitucional, na sua grande phrase :

“O orgam ou corpo supremo, a quem toca o *poder final* de interpretar a Constituição, tem necessariamente o poder de imprimir á Constituição o sentido que houver por bom. Sob este aspecto, pois, elle se torna superior aos outros órgãos do governo”.

As sentenças oraculares de Marshall são conhecidas, e não menos conhecidas as venerandas lições de Kent. Mas, os discursos de Webster não o são tanto. Não será, portanto, ocioso rememorar como o grande orador, o grande jurisconsulto, o grande estadista se exprimia sobre o assumpto, em um dos seus mais memoraveis discursos : o que elle proferiu, em 26 de janeiro de 1830, no Senado Americano. (\*)

(\*) Vêde *Watson*, p. 1.190.

E, senhores, as palavras de Webster, proferidas naquella Senado, podem merecer a attenção paciente dos membros deste. (Lê.)

“O povo avisadamente estabeleceu, na propria Constituição, um systema e um tribunal adequados, para liquidar as questões de direito constitucional. Ha, na Constituição, outorgas de poderes ao Congresso e restricções a estas outorgas. Tambem ali ha disposições prohibitorias em relação aos Estados. Alguma autoridade, portanto, necessariamente, havia de existir, que tivesse *em ultima alçada* a jurisdição (*having the ultimate jurisdiction to fix and certain*), para apurar e fixar a intelligencia exacta destas outorgas, destas restricções, destas prohibições. A Constituição mesmo indicou, ordenou e instituiu esta autoridade”.

“Como é, porém, que ella veio a realizar esta grande aspiração, esta necessidade essencial? Declarando que “a Constituição e as leis dos Estados Unidos promulgadas em execução della serão a suprema lei do paiz, não obstante qualquer disposição contraria nas constituições ou nas leis dos Estados. Este foi o primeiro passo. Mediante elle se declara a supremacia da Constituição e das leis dos Estados Unidos. Assim o quer o povo. . . Mas, para onde o ultimo appello? E’ o que a Constituição tambem resolve, declarando que “o Poder Judiciario se estenderá a todos os casos suspeitos á Constituição e ás leis dos Estados Unidos”. Estas duas disposições cobrem todo o terreno do assumpto. Ellas constituem, realmente, a *pedra fundamental da Arca* (*They are in truth the keystone of the Arch*). Com ellas é um governo. Sem ellas seria uma confederação. Em observancia destas disposições claras e formaes, o Congresso, na sua primeira sessão, votou, com a lei judiciaria, os meios para as executar inteiramente, trazendo todas as questões sobre a extensão dos poderes constitucionaes á *decisão final da Corte Suprema* (*for bringing all questions of constitutional power to the final decision of the Supreme Court*). Webster: Works, vol. III, p. 334-5”.

Mas, senhores, aqui devo chamar a vossa attenção para um ponto relevante, que a leitura dessas palavras me suggere.

Nos Estados Unidos, essa grande autoridade, essa autoridade soberana, essa autoridade arbitral pela qual a Suprema Côrte decide em ultima instancia, como tribunal irrecorrivel, os limites entre os differentes poderes da União, essa attribuição alli não foi declarada no texto da Constituição dos Estados Unidos. Nasceu por uma simples inferencia dos seus interpretores. Tão essencial se considera esse principio á natureza organica do regimen americano, que até este principio, ao qual tudo mais ficou sujeito no systema, este principio surgiu mediante uma simples illação interpretativa. . .

O SR. ALFREDO ELLIS — Não estava na Constituição.

O SR. RUY BARBOSA — ...sem que esteja escripto absolutamente na Constituição americana. Na Constituição brasileira, justamente porque nós beneficiavamos do producto desse exemplo, dessa experiencia, consagramos em texto expresso, no artigo 59, que o Supremo Tribunal Federal decidiria em ultima instancia as questões relativas á validade constitucional dos actos do governo, do Poder Legislativo, isto é, a Constituição brasileira lhe dá formal, declarada, litteralmente, a autoridade irreccorivel de declarar quando os nossos actos são ou não constitucionaes, e nós é que vamos agora dizer ao Poder Judiciario quando é que são constitucionaes esses actos! Famosa loucura, incrível obliteração de senso politico, pasmosa inversão de todas as idéas juridicas, sacrificio inaudito da verdade legal, exemplo funesto dado aos futuros legisladores de violação de compromisso para com as mais sagradas, expressas e solennes disposições do direito fundamental de um paiz republicano!

Lá, basta uma inferencia para estabelecer a suprema autoridade do tribunal; aqui a letra expressa da Constituição não vale nada!

Muito antes, já o tino politico de Jefferson, aliás um dos temperamentos menos juridicos entre os estadistas americanos, pensa que o Supremo Tribunal se viria a constituir, por obra das suas decisões, em *juiz definitivo da sua propria autoridade*”.

Haines, recordando esse facto, no seu recente livro *Do Conflict sobre as funções Judiciarias* (1909), nota, pouco adiante, que,

“ao encetar-se o seculo dezenove, o Supremo Tribunal, conduzido por uma Constituição que lhe definia um tanto vagamente os encargos, *se tornara o interprete final da sua propria autoridade, assim como da dos outros ramos do governo* (*the final interpreter of its own authority as well as the authority of the other departments*)”.

Robinson: “Nature of the federal States”.

Acha-se publicado esse estudo nos *Annaes of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 3.º (1893).

E, como se exprime essa autoridade:

“O poder judiciario americano é o mas independente e poderoso do mundo. A Côrte Suprema, em particular, constitucional de sua origem, é o *juiz da sua propria competencia* (*is the judge of its own competence*). A ella está confiada a Arca da Constituição, e as suas sentenças declaram a nullidade de todas as leis que contravêm á lei suprema (*Its decisions announce the nullity of all laws which contravene the Supreme Law*). Póde acontecer que grandes resistencias embaracem a execução das suas decisões, quando não apoiadas no poder executivo. Mas, como ella constitue a *pedra fundamental de todo o nosso systema* (*as it forms the keystone of our whole system*), mais cedo ou mais tarde, o povo acaba por obrigar os ramos politicos do governo. A Suprema Côrte Americana vem a ser, portanto, uma criação *sem precedentes na historia*, (*whithout precedent in history*) (Loc. cit. pag. 806).

Comparando com o regimen dos Estados Unidos, o da Allemanha, o da Suissa e do Canadá, escreve esse eminente constitucionalista americano :

“Os Estados de que trato, por conseguinte, differem não quanto á extensão deste poder, mas, quanto á autoridade, em que reside”. (Refere-se o autor ao poder supremo, na interpretação do direito constitucional).

“Na Allemanha”, continúa elle, esse poder se acha commettido aos governos reunidos no Estado collectivo, campeões naturaes do particularismo ; na Suissa, á legislatura central, campeã natural do centralismo; no Canadá, principalmente, e nos Estados Unidos, *inteiramente (enterely)* á Côrte Suprema, campeã natural da lei e da Constituição. Nos dous primeiros paizes, além desse, se confia á assembléas politicas, sobre as quaes dominam os partidos, uma sagrada funcção judiciaria, e se destroe essa condição *sine qua non* do federalismo, a independencia absoluta entre o governo e os Estados. O plano americano, pelo contrario, mantém o principio federal, não attribuindo supremacia nem aos Estados. (Obra citada, *The conflict of judicial power.*)

Era doutrina consagrada pelas decisões gloriosas de Marshall, e ligada á sua immortalidade : a doutrina que fazia do Supremo Tribunal Federal “*the final interpreter of its own authority*”. (Ib. pags. 62 a 65).

Até o fim do seculo XIX, a jurisprudencia não variara dos Estados Unidos. Um dos escriptores da Colombia College, que publicou em 1896 um livro especial, *A Separação dos Poderes (The Separation of Governmental Powers)*, á pag. 62, nota 4<sup>a</sup>, enuncia-se deste modo :

“Ao tribunal, quando provocado a julgar, incumbe *decidir em definitivo (finally determine)*, si o caso interessa primeiramente direitos privados, ou si, pelo contrario, é primeiramente uma questão politica (*is primarie a political question*). O tribunal, pois, é que determinará em ultima alçada si pode rever os actos dos outros ramos do governo. (*The court finally determines wether it may review the action of the other departments*).

Agora, senhores, sempre nessa tarefa ingrata de lêr autoridades, ingrata, mas necessaria, me permittiria...

O SR. ALFREDO ELLIS — Necessaria, devido ao analphabetismo da nossa competencia.

O SR. RUY BARBOSA — ...que invoque o testemunho de outro constitucionalista americano, isto é, Robinson, no seu estudo sobre a natureza do estado federal.

Acha-se publicado esse estudo no volume III, de 1893 ; eis como se exprime essa autoridade :

“nem ao governo central. Porque a Côrte Suprema, o *summo interpreter da Constituição* (*the highest interpreter of the Constitution*), nem faz parte do governo, nem dos Estados : *sobranceia igualmente a aquelle e a estes*. (*It towers equally above both*) um grande tribunal, consagrado pela sua cultura ao direito, desapaixonado pelos seus habitos, collocado fóra do alcance das tormentas politicas, esse a quem se incumbe a missão de *confinar o governo e os Estados nas suas respectivas espheras legaes* (*to confine government and States within their legal spheres*), de interpretar a lei, de guardar a Constituição, de fazer justiça. Taes funcções, não as desempenhando um corpo judiciario, redundarão em burla ou zombaria. Portanto (*ceteris paribus*), a perfeição, num Estado federativo, está em que o poder judiciario nelle seja supremo. (*A federal state is perfect in proportion as the judiciary is supreme*). A criação mais nobre e mais característica dos Estados Unidos é a sua Côrte Suprema. (Id. pag. 507-808).

Emfim, resumindo as funcções essenciaes do systema a este respeito, diz o publicista americano :

“Tanto o governo (*government*) como os Estados *hão de estar sob a jurisdição de um poder mais alto* (*must be amenable to a higher power*); esse é o meio de assegurar a sujeição do primeiro e dos segundos ao regimen dos Estados, mediante a sua Constituição. Releva, pois, que o Estado nomeie um *arbitro supremo para decidir em seu nome todos os conflictos de competencia* (*a supreme arbitrator to decide in its name all conflicting claims of competence*), e, para conter assim os Estados como o governo dentro dos seus limites constitucionaes (*and to confine both States and government in their constitutional limits*), em summa, para *interpretar e manter a Constituição*. Tal a função da Côrte Suprema. Confiar semelhante attribuição aos Estados ou ao governo, seria arvorar-os em juizes na sua propria causa. (*To entrust this power to government or States is to make them judges in their own case* (Ib. pagina 809)).

Lawrence Lowell, de quem ha pouco vos fallava, na pag. 123, diz, no mesmo sentido :

“O ramo judiciario do governo é o *arbitro final e a ultima autoridade* (*the final arbiter and ultimate authority*), sobre todas as materias, que dizem respeito aos limites dos poderes outorgados pela Constituição. Não tem iniciativa directa. Mas, é o *juiz exclusivo e definitivo dos seus proprios direitos* (*it is the sole and final judge of its own rights*), assim como dos direitos do Poder Executivo e do Legislativo (*as well as of those of the executive and legislative*), é, neste sentido, inferior em força, mas superior em autoridade aos outros dous ramos do governo (*it is superior in authority to the other two branches of government*).

O juiz Brewer no caso *Fairbank V. United States* (181 United States, 286 ; 45 L. er. 864), julgado em 1900 ;

“O dever judicial de sustentar as disposições da Constituição contra todos e quaesquer actos legislativos, que com elle collidam, acabou por se tornar um facto acceito na vida judiciaria da nação. *The judicial duties of upholding the provisions of the Constitution as*

*against any legislation conflicting therewith has become now an accepted fact in the judicial life of the nation.*

Perdoem-me, si vos continuo a massar. (*Não apoiados*).

Outra autoridade, das mais recentes — Watson — no seu livro *The Constitution of the United States*, publicado ha dous annos, volume 2.º, pag. 1.192 :

*“Das numerosas decisões em que a Suprema Côrte mantém a sua autoridade, para resolver sobre a constitucionalidade das leis federaes, não ha appellação, não ha recurso”.*

O SR. RUY BARBOSA — Os srs. senadores hão de me perdoar ; não ha pedantismo da minha parte em estar fazendo citações em inglez. Preciso autenticar minhas citações com os textos originaes.

*“From the numerous decisons of the Supreme Court sustaining their power to pass upon the constitutionality of federal legislation there is no appeal”.*

Não ha appellação.

*“Em um paiz como a Republica Americana seria extremamente arriscado (it would be extremely hazardous), não haver uma corporação que decidisse quando as leis nacionaes transcendem os limites postos na Constituição Nacional”.*

Comquanto esse instrumento não confira expressamente esse poder aos tribunaes, o certo é que implicitamente o fez ; e o exercicio dessa autoridade, pelo ramo judicial do governo, é escolhido com a approvação da grande generalidade do povo americano (*...and the exercise of such power by the judicial department of government meets the approval of the great body of the American people*).

Simeon Baldwin, no seu livro *American Judiciary*, pag. 102, diz :

*“A doutrina assentada por Marshall veio a tornar-se, de 1845, a esta parte, universalmente acceita”.*

Quitleau : *Government and Politics in the United States* (1911), paginas, 337 :

*“Desde 1803, ficou assegurada a posição da Suprema Côrte como o interprete imperativo e definitivo da Constituição (as the final and authoritative interpreter of the Constitution).*

Garfield, professor de historia e sciencia politica em Trinity College, diz na sua obra *Introduction to Political Science*, estampada ha pouco tempo :



“Desde a guerra civil se tem estendido rapidamente a revisão judiciaria das leis federaes, sendo que, entre os pleitos, nos quaes se tem impugnado a competencia do Congresso, sobresaem, como os mais importantes, *Legal Tander Case*, em 1870, o *Civil Rights Case*, de 1883 a 1884, o *Income Tax Case*, em 1894, e os *Insular Cases*, em 1901. Esse principio da revisão judiciaria das leis, exercido pelos tribunaes federaes, foi sendo gradualmente adoptado nos nossos varios Estados, a respeito das suas “leis, e constitue hoje um elemento assentado em nossa jurisprudencia. (*And is now an accepted fact of our jurisprudence*). Elle promove solido respeito ás constituições, atalhando as reformas radicaes na legislação, e, ao mesmo tempo, com a difficuldade posta ás atensões constitucionaes, estabelece um systema de elasticidade, mediante o qual se vão desenvolvendo as constituições, para se accommodarem ás novas condições do tempo. E’ o que se dá especialmente no governo federal dos Estados Unidos, onde as decisões da Côrte Suprema têm vindo a ser um meio ordinario de ir modificando a Constituição. “*This is speciality true in the federal government of the United States where decisions of the Supreme Court have become the usual form of constitutional amendment*”. (Pags. 282 a 283).

Ouçamos agora outra elevada autoridade. Compulsemos a obra do professor James Carnenr, cathedratico na Universidade de Illinois, na sua *Introducion á Sciencia Política*, recempublicada. Como se manifesta elle sobre esta norma do constitucionalismo americano, que faz do Supremo Tribunal Federal o diviseiro, o arbitro dos limites, o traçador exclusivo e irrecorriavel das extremas entre os tres poderes da União, bem como entre a União e os Estados?

Aqui estão as suas palavras :

“A excellencia dessa regra se acha, presentemente, admittida entre quasi todos os juristas e escriptores politicos americanos, entre muitos em Inglaterra e entre alguns no continente europeu. Essa regra dá ao Poder Judiciario, no systema politico do paiz, uma importancia de que esse poder não goza em nenhum outro paiz do mundo. Graças a ella, o systema de governo dos Estados Unidos é o que um distincto escriptor chamou “uma aristocracia de toga”. Não ha paiz nenhum onde a autoridade limitadora e coercitiva do Poder Judiciario se invoque tantas vezes, nenhum onde as decisões se vejam acatadas com tamanho respeito entre o povo.



(*In no other country is the restraining and compelling power of the judiciary so often invoked, and nowhere else are its decisions held in such great respect by the people*). A funcção, peculiar a ella, de não executar os actos legislativos, investe o Poder Judiciario de uma influencia politica immensa e de um immenso poder judicial. Neste facto insistia Tocqueville, que enxergava nesta praxe maior somma de bens que de males. Estou inclinado a crêr, dizia elle, que é mais favoravel assim á liberdade *como á ordem publica*, e fórma uma das mais poderosas barreiras, jámais ideadas *contra a tyrannia das assembléas politicas*, "*against the tyranny of political assemblies*" (Introduction to Political Science, pags. 605 a 606).

Na Encyclopedia americana e ingleza de direito, vasto repositório em 37 grandes volumes, das instituições juridicas dos Estados Unidos e da Gran-Bretanha, a autoridade a quem se incumbiu a monographia sobre o direito constitucional, discorrendo sobre o assumpto, que ora nos occupa, define o poder supremo e exclusivo da justiça, nas questões de competencia entre os tres poderes, com estas palavras breves, mas categoricas :

"Canon assentado é hoje do direito americano, que a attribuição de determinar se uma lei está ou não de harmonia com a Constituição *reside no judiciario exclusivamente* (*resides in the judiciary alongs*), e que a esse poder é que compete declarar invalidas as leis infringentes da Constituição".

Na *Cyclopaedia of law and procedure*, o immenso repertório do direito americano em 40 volumes, o ultimo dos quaes sahiu dos prélos apenas ha dous annos, coube a George Toker escrever o tratado sobre direito constitucional; e ahi, no capitulo consagrado ao Poder Judiciario, o autor, estudando os effeitos da declaração judicial da inconstitucionalidade das leis pela justiça, diz, a pags. 804, do vol. VIII :

"A interpretação dada a uma lei ou a uma disposição constitucional, por um tribunal de ultima instancia, obriga a todos os ramos do governo, *incluido o legislativo*".

"Qualquer decisão proferida por um tribunal dessa esphera, onde se declare que uma lei é inconstitucional, tem o effeito de *tornar essa lei absolutamente nulla e vã*, não só desde a data em que foi judicialmente declarada inconstitucional, mas da data da sua promulgação. *The interpretation given to a statute or constitutional provision by a court of last resort is bringing upon all departments of the government, including the legislature, and a*

*decision by such a court that a statute is unconstitutional has the effect of rendering such statute absolutely null and void, from the date of its enactment, and not from that on which it is judicially declared unconstitutional".*

Agora, senhores, uma autoridade que os nobres senadores na sua maioria conhecem pessoalmente. Vamos ouvir a palavra do sr. Elihu Root, um grande estadista americano, que já nos deu a honra de ser recebido nesta Casa, com eloquentes palavras, na lingua do seu proprio paiz, pelo nosso honrado collega, senador por S. Paulo, sr. dr. Alfredo Ellis.

E' Elihu, que por uma evocação feliz, elle, cuja presença nesta Casa nos trouxe um dia de tanta honra e de tanta festa, vem, como uma intervenção mediadora, apparecendo no meio desta agitação politica, dizer aos honrados membros desta augusta Camara, como, lá, na mãe-patria desta instituição por nós adoptada, se entendem os nossos deveres constitucionaes em presença das decisões do Judiciario.

Nos ultimos dias de junho e nos primeiros de julho de 1909 (pouco mais faz de cinco annos), debatia o Senado americano uma questão da maior relevancia para as relações do Congresso Nacional com a Côrte Suprema. Poderá o Congresso (era a duvida que se suscitava), poderá o Congresso votar um projecto de lei que geralmente se saiba, se presuma, ou se tenha, por certo ser contrario ás sentenças daquelle tribunal?

Suscitou-se esta controversia alli quando se teve conhecimento do forte apoio que nas camaras ia encontrar o proprio Cummins-Bailey sobre a tributação da renda. O imposto sobre a renda, adoptado em 1894, para acudir a precisões gravissimas do Thesouro Americano, cahira fulminado, em 1895, na Côrte Suprema, pela declaração da unconstitutionalidade, e as medidas alvitradas em 1909, eram, nos pontos essenciaes, identicas ás que a justiça, quatorze annos antes, condemnara por contrarias á Constituição, vendo-se o governo obrigado a suspender a cobrança e restituir o cobrado.

Nesse debate, um dos autores do projecto, o senador Cummins do Yowa, lhe propugnava a acceitabilidade, mostrando que, em uma série de julgados anteriores a 1894, a Suprema Côrte admittira a *income tax* e podia, volvendo a essa jurisprudencia de uma duração allegadamente secular, tornar a reconhecer agora a constitucionalidade que por tanto tempo não reconhecera.

Mas, o senador Heyburn, do Idaho, sustentou que o mais recente aresto judiciario obstava á acção legislativa em sentido oposto, e o senador Root, de Nova York, firmou a sua opposição em que a passagem dessa medida, a adopção de um novo imposto sobre a renda, contra a decisão de 1895, derrogaria ao prestigio da Côrte Suprema, á sua autoridade e violaria os principios da politica americana.

Vamos ouvir como fallava a este proposito o senador Elihu Root, o nosso antigo hospede nesta Casa :

“Que é, sr. presidente”, perguntava o senador Elihu Root no seu discurso de primeiro de julho, “que é que nos propomos fazer com a Suprema Côrte? Será o caso do litigante que pleiteia uma revisão do julgado? Não; não nos deixemos illudir com tal idéa. O que se vae dar é que o Congresso dos Estados Unidos votará deliberadamente, o presidente dos Estados Unidos sancionará, e o Poder Legislativo com o Executivo conjunctamente virá a inserir, como lei, na collecção das nossas leis, uma medida que a Côrte Suprema averbou de inconstitucional e nulla. E a que é, sr. presidente, que, deste modo, vamos dar ensejo? A uma campanha oratoria nos comicios, de editoriaes na imprensa, de arguições e invectivas, para compellir aquelle grande tribunal a ceder a força da opinião do Poder Executivo e do Legislativo. Si elle ceder, que succederá? Onde iria parar então a confiança do nosso povo na justiça do seu julgamento? Mas, si recusar ceder? Uma ruptura entre as duas partes do nosso governo, com o clamor popular envolvendo o ramo popular do poder publico, com esses elementos insurgidos contra a independencia e a dignidade, a veneração e a santidade *desse grande tribunal, cujas funcções, no nosso systema de governo, têm feito de nós uma república differente de quantas até hoje tem havido no mundo, cujo papel no nosso systema de governo é a maior contribuição com que para a sciencia politica tem concorrido a nação americana.* Nesta proposta, sr. presidente, não descubro eu resultado nenhum, a não ser a mais séria offensa a esse poder, que, sendo no nosso systema, o mais fraco, o que não domina o Thescuro, nem dispõe de soldados, é, entretanto, aquelle em cuja preservação assenta a perpetuidade das nossas instituições e a distincção entre a republica ameaçada e essas republicas de outr’ora, dilaceradas pelas guerras, que por tão longo tempo foram objecto de commiserção e piedade”. (*Congressional Record*, vol. 44, pags. 4.022 e 4.023).

O SR. ALFREDO ELLIS — Aqui destina-se ao Supremo uma carga de páo.

O SR. RUY BARBOSA — Ali preferiu-se uma catastrophe para as instituições nacionaes, e os homens do Estado preferiram fazer o sacrificio das suas proprias convicções, transigir com os principios, as medidas na sua opinião necessarias á administração actual da Republica, para defender um conflicto, um encontro entre o Poder Politico e o Poder Judiciario, na questão que suscitou as eloquentes palavras do senador Elihu Root.

Tratava-se, entretanto, de uma medida condemnada pela Suprema Côrte americana, 14 annos antes. Sobre ella haviam perpassado cerca de tres lustros, podia-se admittir que a acção do tempo houvesse obliterado a memoria daquella sentença, mas a sua santidade a conservara tão viva aos olhos dos legisladores americanos, que um dos homens mais cultos da representação dos Estados Unidos julgou preferivel sacrificar todos os interesses suscitados em

redor, a preferir uma medida que corresse o risco de suscitar um novo conflicto entre o Poder Judiciario e o Poder Legislativo.

Aqui, trata-se de uma sentença proferida hontem e executada hoje e agora agravada por um projecto legislativo, que é a sua supressão, a sua annullação. Trata-se, portanto, de um conflicto aberto e solennemente, declaradamente, intencionalmente aggravado por uma lei do Congresso Nacional, e não querem que eu qualifique de anarchica uma politica cujos feitos se apresentam com esta expressão de antagonismo flagrante ás condições elementares dos governos livres do nosso tempo. (*Muito bem ; muito bem*).

Pondo de lado outros testemunhos e documentos, sr. presidente, eu encerrarei a série dos que até agora venho lendo com as palavras de um dos autores que se têm occupado, ultimamente, com a definição da Supremacia do Poder Judiciario nos Estados Unidos. (*Lê*).

Ainda ha pouco mais de um anno, em uma copiosa monographia publicada nos prélos da Universidade de Colombia, por um lente de sciencia politica, na Universidade de George Washington, sobre a *Côrte Suprema e a legislação inconstitucional*, o autor, Blaine Frère Moore, abria o primeiro capitulo da obra com estas palavras :

“A doutrina de que aos tribunaes cabe declarar qual é, ou não é, a lei, a que os outros órgãos parallelos do governo estão sujeitos, definindo-a ao julgar os pleitos, que se lhes offerecem no exercicio da sua jurisdicção ordinaria ; a doutrina de que os tribunaes podem limitar a acção ao ramo legislativo do governo quando, a juizo delles, a verdade do legislativo está em conflicto com a lei fundamental escripta — toda essa doutrina tão bem consolidada tem sido neste paiz que, até recentemente e, talvez, ainda agora, se tem considerado quasi como um sacrilegio o questionar essa attribuição, ou pôr-lhe em duvida a legitimidade da origem : “*The doctrine that the courts can declare what is or is not law for the other coordinate the parlments of the government in cases coming before them in the exercice of their ordinary jurisdiction ; that the courts can check activities of the legislative branch of the government in instances whem that will is determined by them to conflict with the fundamental written law—all this has been so well settled in this country that until recently, perhaps even now—questioning that power or doubting the legitimacy of its origin is regarded almost sacrilegous. (The Supreme Court and Inconstitucional Legislation. 1.113, pag. 14)*”.

Creio, sr. presidente, haver demonstrado até á saciedade, até o aborrecimento... até mais do que á evidencia, a inexpugnabilidade absoluta do principio em que nós firmámos as nossas conclusões.

No systema de governo americano, ha um poder que vela pela observancia das divisas constitucionaes entre os tres poderes politicos do Estado — é o Poder Judiciario. As sentenças deste poder, quando proferidas regularmente, pelo seu órgão supremo, constituem a suprema aspiração do direito constitucional, e formam a verdadeira lei, a lei indubitavel, a lei irrecorrivel do paiz.

A nossa Constituição, tomando aos Estados Unidos esta instituição, incomparavelmente bemfazeja, lhe deu, nos nossos textos constitucionaes, uma consagração explicita e categorica, convertendo em texto de lei aquillo que nos Estados Unidos era a expressão da jurisprudencia estabelecida pelos tribunaes. Ficou desde então estabelecida, por um modo absolutamente dogmatico, a impossibilidade de se alterar, por parte do Executivo, ou do Legislativo, uma decisão final do orgam Supremo do nosso Poder Judiciario.

Logo, srs. senadores, ainda quando não tivesse razão o Supremo Tribunal em decidir, o que eu nego, o que já demonstrei não ser verdade — ainda quando não tivesse andado com acerto o Supremo Tribunal em proferir no caso Nilo, no caso do Rio de Janeiro, as decisões que proferiu, ainda quando essas decisões sejam theoricamente erradas, essas decisões são perfeitamente definitivas, (*apoiados, muito bem*), impõem o respeito absoluto do Executivo, essas decisões se impõem ao nosso absoluto respeito.

O projecto formulado pela Commissão de Constituição e Diplomacia é, portanto, um conselho criminoso, um alvitre reprovado, uma opinião falsa, damninha e funesta, que dos nossos trabalhos deve desaparecer, eliminada, para nunca mais encontrar, de futuro, quem lhe ouse seguir as tristes pegadas neste triste caminho.

O SR. PRESIDENTE — Lembro a v. ex. que a hora está terminada.

O SR. RUY BARBOSA — Vou terminar, sr. presidente, e eu sou mais interessado a fazel-o, embora reconheça os direitos dos nobres senadores, como victimas do meu longuissimo discurso.

VOZES — Não apoiado.

O SR. RUY BARBOSA — Vou terminar, sr. presidente, vou terminar, assegurando o facto de que nas palavras de s. ex. está estabelecida a dilatação nitida com que felizmente se vão separando, neste momento, as responsabilidades, porque é necessario, sr. presidente, que estas responsabilidades se definam, se precisem e se destaquem umas das outras.

A Nação brasileira, as nossas instituições, o estado das nossas finanças, a situação economica, social e moral do nosso povo, não comportam a continuação do regimen do governo marechalicio, não comportam a perpetuação da politica que o sustentou, não toleram a manutenção do poder que o manteve, proseguindo no mesmo rumo, ladeira abaixo, arrastando os destinos deste paiz, como um carroção despedaçado pela encosta de uma ribanceira.

Ainda bem que as responsabilidades se estão definindo, porque, ou o Poder Executivo mudará de rumo, ou nós caminharemos pelo rumo da legalidade pelo rumo da constitucionalidade, pelo rumo do verdadeiro republicanismo legal, que até hoje nos governa; ou por esse caminho seguiremos, ou o paiz estará perdido fatalmente, irremediavelmente perdido nos seus interesses exteriores, porque, uma instituição que perde o seu credito externo, está miseravelmente con-

demnada á sorte de uma presa offerecida ás ambições estrangeiras de olhos accessos sobre a extensão dos seu territorio, da sua riqueza, da sua immensidade, da sua belleza, das suas paisagens, da formosura do seu céu, da excellencia dos seus climas.

Os SRS. ALFREDO ELLIS, RIBEIRO GONÇALVES E RIBEIRO DE BRITO — Muito bem.

O SR. RUY BARBOSA — E teremos, portanto, que esses bons indícios de novos tempos se confirmem, que essas pintas de tempestade no céu se vão dissipando, que nos tornemos a uma situação de tranquillidade, que a conciliação se estabeleça nos espiritos, que volvamos ao regimen da paz e da ordem. Mas tudo isto está subordinado a uma grande condição, a uma condição essencial, da qual tudo isto depende, a condição de que acabemos rendendo a homenagem do nosso respeito á justiça brasileira (*muito bem*), porque essa é o eixo do paiz, é o eixo da concordia, é o eixo da nossa rehabilitação, é a condição essencial do restabelecimento do nosso credito, da nossa honra, do nosso conceito entre todas as nações do mundo, conceito que se perdeu, sobretudo, porque, em toda a parte se firmou o credito de que o Brasil é um paiz sem justiça, e para esse descredito acabou de concorrer mais que ninguem, com o seu discurso de outro dia, o nobre senador pelo Rio Grande do Sul, quando, do alto de sua cadeira, fez aqui solemnemente a affirmação de que elle, vice-presidente do Senado, se levantava para vingar a Constituição, ultrajada pelo Supremo Tribunal Federal!

Que dirão a isso esses americanos, esses inglezes, esses francezes, esses allemães, enfim, todos esses paizes cultos, todas essas familias civilizadas, onde se guarda a semente da intelligencia humana, a semente da ordem, a semente da liberdade?! Que dirão de uma terra, no seio de cuja Assembléa uma das maiores autoridades parlamentares se ergue para dizer que a Suprema Côrte de Justiça, nesse paiz, violou materialmente a Constituição Nacional?!

O SR. ALFREDO ELLIS — Dirão que elles não sabem ler...

O SR. RUY BARBOSA — Que nós somos um povo perdido, um povo aviltado, uma familia de cafres indignos das altas instituições que adoptamos.

## COMPETENCIA DO SUPREMO TRIBUNAL

### DIREITO PRIVADO E DIREITOS INDIVIDUAES

Estamos em frente da declaração de que ao “poder judiciario tão sómente cabe a execução das leis *de direito privado*, em ordem a assegurar os *direitos individuaes* das pessoas naturaes ou juridicas”.

Se á justiça federal “cabe tão sómente a execução das leis de direito privado”, como a poderemos considerar instituida “em ordem a assegurar os direitos individuaes” Se a sua esphera se estende á missão de “assegurar os direitos individuaes”, quaesquer que sejam, de todas as pessoas, physicas ou moraes, como reduzil-a ao papel de “executar as leis de direito privado”?

Para se conciliarem as duas proposições, fôra mister que o dominio do *direito privado*, coincidissem estrictamente com o dos *direitos individuaes*, que esta locução e aquella exprimissem uma só idéa. Mas, na phraseologia adoptada, não abrangem conteúdo identico as duas noções. A de *direitos individuaes* alcança muito mais do que a de *direito privado*.

Como se define o direito privado? Na lição de SAVIGNY elle “abraça as relações de direito existentes entre os particulares” (1). Na de RATKOWSKI, “é o direito patrimonial e o de familia” (2). Na de CAPITANT, esse direito é “o que rege os actos dos homens, nas suas relações mutuas, em satisfação das suas necessidades e dos seus interesses pessoaes”. (3). Na de BRIDEL, “compreheende elle o conjuncto das regras tocantes ás relações juridicas entre os particulares no concernente á familia, á propriedade e aos contractos” (4).

Os direitos *individuaes*, porém, não envolvem unicamente as relações de familia, propriedade e contracto entre pessoa e pessoa. A essas, de character meramente privado, accresce a extensão, tão vasta e importante na sociedade moderna, dos direitos de ordem publica. Umas originam os direitos civis, outras os direitos politicos, estes e aquelles objecto das garantias constitucionaes, cuja suprema defesa está na justiça federal. De sorte que ou a competencia da

(1) *Traité de dr. rom.* Trad. Guenoux, v. I, § 9.º, pag. 22.

(2) *Introduz. encicloped. al stud. delle scienze del dir. e del Stato.* Trad. Grassi. 1899, pag. 127.

(3) *Introd. a l'ét. du dr. civ.*, 1904, pag. 19.

(4) *Encyclopédie Juridique.* Lausanne, 1907, pag. 94.



justiça federal abraça totalmente o dominio dos *direitos individuaes*, e então não se circumscreve aos casos de *direito privado*; ou se limita ás questões de direito privado, e então não comprehende senão em parte o dominio dos direitos individuaes.

Para medir quanto dista da verdade a theoria, de que ao poder judiciario apenas cabe "a execução das leis de direito privado", basta a leitura do texto constitucional, onde se taxa a competencia dos tribunaes federaes. Referimo-nos aos arts. 59 e 60 da Constituição em vigor.

Pelo art. 60, entre outras, compete aos juizes ou tribunaes federaes a attribuição de processar e julgar :

*todas as causas propostas contra o governo da União quer tenham fundamento em contractos, quer em leis ou regulamentos seus, quer em disposições constitucionaes (art. 60, b);*

*os pleitos entre Estados estrangeiros e cidadãos brasileiros (art. 60, c);*

*as acções de estrangeiros, fundadas já em contractos, já em tratados ou convenções da União com outras nações (art. 60, f);*

*as questões de direito criminal internacional (artigo 60, h);*

*os crimes politicos (art. 60, i).*

Pelo art. 59, n. I, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originaria e privativamente :

*a) o presidente da republica nos crimes communs e os ministros de Estado nos casos do art. 52;*

*b) os ministros diplomaticos nos crimes communs e nos de responsabilidade;*

*c) as causas e conflictos entre a União e os Estados ou entre estes uns com os outros;*

*d) os litigios e reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados.*

Por esse mesmo art., § 1.º, haverá recurso, para o Supremo Tribunal Federal, das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia :

*a) quando se questionar sobre a validade ou applicação de tratados ou leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado fôr contra ella;*

*b) quando se contestar a validade de leis ou actos de governos de Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar validos os actos ou leis impugnados.*



Falla por si esta enumeração. Quando não fosse mais que pela sua alçada criminal, já seria evidente que a orbita desses tribunaes excede as raias do direito privado. O direito publico é só o direito do Estado, *Staatsrecht*, o direito publico geral, direito constitucional e direito administrativo, mas ainda todo esse "*öffentliches Recht*" da phraseologia juridica allemã, conglobado entre nós sob aquella designação commum, e um de cujos ramos consiste no direito penal.

Nem as justiçaes que o applicam, são apenas instrumentos creados "para assegurar os direitos individuaes", senão tambem meios de protecção da ordem social. Este ultimo aspecto da sua funcção avulta com as attribuições, que incumbem a essa magistratura o julgamento, quer dos crimes politicos, quer dos de responsabilidade, estes quando commettidos por ministros diplomaticos ou por secretarios de Estado.

Por outro lado, os tribunaes federaes conhecem, ora em grau de recurso (art. 59, n. II e § 1.º), ora em primeira instancia (art. 60, d), dos litigios de particulares, não só contra Estados da Republica, mas até contra o governo da União. (Art. 60, b). Certo é que assim os Estados, como a União, em taes feitos, comparecem no caracter de pessoas juridicas, e que, havidos, como taes, por individualidades juridicas, na accepção mais lata da palavra, é sempre entre individuos e individuos que se contende nesses pleitos. Mas, de uma parte, não é menos verdade que esses litigios versarão muitas vezes, não sobre direitos de character privado, mas sobre direitos politicos violados pelo poder, executivo ou legislativo; e, de outra, não se póde escurecer que, ainda quando se refiram a casos de direito privado, evidentemente exorbita das normas deste a jurisdicção exercida sobre governos, como os dos Estados e o da União, cujo consentimento se não requer, para serem julgados e sentenceados nesses tribunaes.

A prova está na lição, que a este respeito nos offerece a diversidade entre o nosso direito publico e o americano (5), onde, a este aspecto, a autoridade judiciaria soffre, em confronto do estabelecido entre nós, uma diminuição capital.

Ali, com effeito, embora a sua Constituição estenda o poder judiciario "aos pleitos, em que forem parte os Estados Unidos" (6), nunca se entendeu que a União possa vir a ser demandada sem o seu prévio assentimento. Lá ficou subsistindo, assim, a norma britannica de que "o governo não póde ser chamado a juizo sem o seu prazme" (7). Porque? Por se considerar que, "em consequencia da sua soberania, os Estados Unidos, se acham isentos de processo"

(5) Como o inglês, donde procede. Ver em especial a obra de HARRISON MOORE, *Act of State in English Law*, London, 1906.

(6) "The judicial power shall extend... to controversies in which the United States shall be a Party". Const., art. III, secç. 2.

(7) COOLEY'S *Blackstone*, 3rd. ed. 1884. V. L., pag. 242, n. 3.

(8). Inherente é á natureza da soberania, diz STORY (9), "o não poder ser demandavel, sem a sua acquiescencia, por acção de um particular" (10). Por mais de sessenta annos após a Constituição se manteve intacta essa immunidadade, até que em 1855, se instituiu a *Court of Claims*, para conhecer de certos litigios civis contra a fazenda nacional. As suas decisões, entretanto, revestiam apenas a forma de projectos, submettidos á approvação do Congresso. Só mais tarde se lhe deu a esse tribunal a investidura judiciaria, passando as suas deliberações a ter força de sentenças executaveis contra o secretario do Thesouro. Mas, ainda assim, o ambito desse juizo continuou reduzido aos pleitos de origem contractual (11).

A respeito dos governos estaduaes o privilegio se mantem na sua rigidez primitiva desde 1798, quando, pela undecima emenda á constituição federal se prohibiu instaurar-se, nos tribunaes da União, todo e qualquer litigio contra um Estado por cidadãos seus, de outro Estado, ou de paiz estrangeiro (12).

A constituição brasileira não reconhece tal isenção á soberania, na União ou nos Estados. Aqui o pretorio da justiça federal se abre livremente á acção particular contra os Estados e a União. Contra estas entidades, em cuja situação legal reside a soberania delegada pela nação, qualquer cidadão, nacional ou estrangeiro, póde reivindicar os seus direitos. Não importa sejam de ordem politica, uma vez que a Constituição ou a lei lhós assegurem. Ainda em 1903 vimos o Supremo Tribunal Federal considerar-se competente, para conceder um *habeas-corpus*, requerido pelos membros do congresso de um Estado contra o seu governo, afim de se manterem no exercicio das suas funcções como deputados e senadores estaduaes. Se este uso da garantia constitucional houvesse logrado o effeito, que se levava em mira no animo dos impetrantes, o acto do Supremo Tribunal teria mudado a situação politica num dos nossos Estados.

Não obstante, é no Brasil, onde se contam precedentes destes, que um organ da União nesse tribunal lhe quer limitar a esphera á simples applicação do direito privado.

(8) HARE: *American Constit. Law*, v. II, pag. 1024.

(9) *Commentaries*, 5.<sup>a</sup> ed., de 1891, V. II, § § 1674-75, pages. 478-9.

(10) TUCKER: *The constit. of the Unit. States*. Chicago, 1899, Vol. II, § 373, pag. 782-3. — WHARTON: *Commentaries on law*. Philad., 1884, § 528, pag. 617. — HART: *Actual government as applied under american conditions*, 1903, pag. 311. — McCLAIN: *Constit. law in the Unit. Stat.* 1905, pag. 234.

(11) GOODNOW: *Comparative administrative law*. N. York, 1893, V. II, pag. 156-7. — *Id.*: *The principles of the administrat. law of the Unit. States*, N. York, 1905, pag. 386-90.

(12) TUCKER, *loc. cit.* — GOODNOW: *Principles*, pag. 390-91. — BOUTWELL: *The constitution of the Unit. Stat. at the end of the first century*. Boston, 1895, pag. 381-82. — Mc CLAIN: *Op. cit.*, pag. 235. — ASHLEY: *The American Federal State*. N. York, 1906. pag. 120, n. 145. — HINDSALE: *American Government*. 4.<sup>a</sup> ed., pag. 300.

## A AMPLITUDE DAS FUNÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL TRANSCENDE A ESFERA JUDICIARIA

Esta função excelsa de chamar á observancia dos direitos constitucionaes as soberanias demandadas, e applicar justiça entre soberanias pleiteantes, exerce-a o Supremo Tribunal Federal magnificada ainda com a prerogativa de negar execução ás leis, quando as haja por inconstitucionaes. Este poder incomparavel, desconhecido nos outros regimens, vedado mesmo no suisso (13), latente apenas na constituição americana (14), donde se não desentranhou senão dezeseis annos depois de adoptado, pela famosa interpretação de MARSHALL no caso *Marbury v. Madison* (15), mas expresso na constituição brasileira (16), transcende essencialmente a esphera judiciaria, para assegurar a essa magistratura uma interferencia manifesta na propria elaboração legislativa.

E' o que, atravez das ficções technicas, a analyse da realidade, hoje, vae pondo a descoberto entre os escriptores que mais recentemente aprofundaram o assumpto. Que é, de feito, o que succede, quando um julgado supremo averba de inconstitucionalidade uma lei? Essa lei deixou virtualmente de existir. "Uma lei que a Suprema Côrte declarou inconstitucional, pôde ser desobedecida ou affrontada impunemente no paiz todo, visto como nenhum tribunal mais ousaria firmar sobre ella qualquer condemnação". (17) São palavras de uma das mais eminentes autoridades constitucionaes americanas. E com muitas outras as poderíamos corroborar. Ferido o acto legislativo por uma sentença destas, nem o chefe da nação, nem a legislatura se aventurariam a sustental-o. (18) Ora a lei

(13) HART: *Actual government*, pag. 318.

(14) "There is no provision in the Constitution of the United States... which clothes the judiciary with the power to declare an act of the legislature generally null and void on account of its conceived repugnance to the Constitution or in any other account". BURGESS: *Politic. science and comparat. constitution. law*, v. II, pag. 364.

(15) Em 1803. A constituição americana é de 1787. *Marbury v. Madison*, 1. Cranch. 137. Lawyers' ed. 2. 60.

Aliás, em 1796, litigando como advogado perante a Suprema Côrte Federal, sustentara MARSHALL que "a autoridade judiciaria não pôde ter o direito de contestar a validade das leis, senão quando tal poder lhe fôr *expressamente* conferido na Constituição. "The judicial authority can have no right to question the validity of a law, unless such a jurisdiction is *expressly* given in the Constitution". *Ware v. Hylton*. 3 Dallas, 199. Lawyers' ed. 7.573.

(16) Art. 59, § 1.º.

(17) ALEX. JOHNSTON: *American Political History. Ed. and supplement.* by J. ALB. WOODBURN, v. I (N. York, 1895), pag. 281.

(18) JUDSON S. LANDON: *The constit. hist. and governm. of the Unit. States*. 1900. Pag. 277.

"When the court of last resort decides a case, the executive government accepts the decision on that case *as final*. G. BANCROFT: *A plea for the Constitution of the United*, part. V. Ed. de 1886, pag. 76. Ver ainda: S. E. BALDWIN: *The American Judiciary*, pag. 165.

abandonada pelos poderes políticos do Estado e entregue ao desrespeito geral pela certeza de que não encontrará senão repudio nos tribunales do paiz, é uma lei definitivamente morta. E, se ella expirou; simplesmente em consequencia do aresto judicial, que a taxa de inconstitucionalidade, claro está que a declaração de inconstitucionalidade, embora tecnicamente circumscripta á especie, embora adstricta ás fórmulas processuaes, praticamente actúa, pelos seus effeitos, como um acto de cassação da lide, como um verdadeiro veto. Dahi o nome, com que o tem qualificado alguns autores americanos, de *veto judicial* (19).

Nas apreciações mais estrictamente formaes do regimen americano a tendencia predominante foge á intuição desta profunda verdade, porque, bem o nota um eminente publicista daquelle paiz, os legistas não costumam penetrar além dos textos legislativos (20). A' luz da hermeneutica legal não se descobre na constituição da Grã Bretanha, senão a coroa, o conselho privado e o parlamento, entretanto que nenhuma dessas instituições tem, realmente, no governo inglês, o valor do gabinete, corpo absolutamente desconhecido ás leis da Inglaterra (21). Do mesmo modo, nos Estados Unidos, em torno da letra constitucional, como envoltorio vivo da ossatura de um organismo, se desenvolve toda uma constituição não escripta, eahi é que se encontra "o grande corpo do direito constitucional americano", obra, não só da evolução legislativa, mas, e principalmente, dos *arestos judiciaes* (22).

Estes exercem, de um lado, uma influencia depuradora, de ordem substancialmente legislativa, sobre os actos da legislatura, escoimando-os das leis inconstitucionaes, e, do outro, operam uma evolução constituinte, sobretecendo uma constituição viva á constituição escripta.

São os proprios constitucionalistas americanos que o attestam, como vamos ver.

## O SUPREMO TRIBUNAL E O PODER LEGISLATIVO

O caracter de collaboração legislativa envolvido na attribuição de verificar a constitucionalidade das leis acaba de ser posto em evidencia, com irresistivel logica, no livro de SMITH (23) sobre o espirito

(19) "Judicial veto". ALLEN SMITH: *The spirit of American government*. (N. York, 1907), pag. 95.

(20) GOODNOW: *Politics and administration* (N. York, 1900), pag. 1.

(21) *Ib.*, pag. 2, 155-6. LAWRENCE LOWELL: *The govern. of Engl.*, 1908, v. I, pag. 53.

(22) "No, the great body of American constitutional law *cannot be found in the written instruments, which we call our constitutions; it is unwritten, in the constitutional and legal acceptance of the term, and is to be found in the decision of the courts, and the acts of the National and State legislatures*". TIEDMANN: *The unwritten constitution of the Unit. States* (N. York, 1890), pag. 45).

(23) Lente de sciencia politica na universidade de Washington.

da constituição americana (24) "Assumindo o direito exclusivo de dar á Constituição o seu verdadeiro sentido", observa esse escriptor, "a justiça federal assumiu um poder, que nem se reputava judiciario, quando se adoptou a Constituição, nem ainda hoje se considera tal em outro qualquer paiz de importancia no mundo. Declarando irritó e nullo um acto legislativo, exerce ella um poder attribuido a todos os corpos legislativos soberanos : o poder de obstar a qualquer medida legislativa projectada, negando-lhe o seu assentimento" (25).

A occasião, a expressão, o modo, no exercer-se essa autoridade por parte da justiça, não são os mesmos que quando a exercem os corpos, a quem toca a incumbencia de legislar. A acção judicial não se manifesta senão provocada, e, legalmente, se circumscreve a um caso individual. Mas, uma vez que o julgado baixa do interprete supremo, impõe-se á obediencia de todos os tribunaes, e estabelece para todos os casos analogos a certeza da mesma solução, os seus effeitos, geraes, permanentes, inevitaveis, importam no anniquilamento da lei exautorada pela sentença. Que differença vem a ficar então, em derradeira analyse, entre o acto de uma das camaras, que abortasse a lei em projecto, o do chefe do Estado, que lhe recusasse a sancção e o do Supremo Tribunal, que a torna inexecuivel?

Posto que, no sentir dos juristas, escreve outro constitucionalista americano, os tribunaes, quando taxam de inconstitucional um acto legislativo, apenas o expõem e interpretam, esta faculdade promove a elaboração de leis por obra judiciaria, assegurando á justiça uma especie de ascendente sobre a legislatura. Haja vista a decisão da Suprema Côrte de Illinois, em 1895, declarando inconstitucional, por opposta á liberdade natural dos contractos, a lei que limitou a oito horas o dia de trabalho, o julgado, mais recente, da justiça de Nova York no mesmo sentido e a sentença da Suprema Côrte do Ohio, fulminando com a nota de inconstitucionalidade o imposto progressivo sobre as successões, como contrario á regra de proporção exigida pela Constituição do Estado nos tributos sobre a propriedade individual.

Esse ascendente, porém, os constitucionalistas americanos o reconhecem e preconizam como necessidade e beneficio do regimen. E' o que se vê na obra de BALDWIN, uma das melhores que nestes dois annos se têm escripto sobre as instituições americanas. "A sujeição da legislatura a regras escriptas, mantidas pelos tribunaes", diz o illustre presidente da *American Social Science Association* "é uma feição peculiar ao direito americano. Aos que primeiro colonizaram as margens do Connecticut cabe a honra, creio eu, de terem formulado a primeira constituição escripta, digna de tal nome ; mas não é senão um seculo mais tarde que vimos a encontrar a jus-

(24) Já citado : *The Spirit of American Government*. (N. York, 1907).

(25) *Ib.*, pag. 108.

tiça acclamada como guarda da Constituição, e, neste character, como superior á legislatura". (26)

Mas, da mesma sorte como no da lei, a acção creadora da justiça federal se desenvolve amplamente no terreno da Constituição. A que hoje impera nos Estados Unidos, é, em boa parte, de emanação judiciaria. "A Constituição, tal qual hoje em dia existe", diz um professor americano, "é, em grande parte, feitura da Suprema Côrte. A interpretação que esta lhe impõe, tem-lhe, em largas proporções, o seu espirito e character" (27).

Em termos não menos positivos se exprimira, ha muito, outro organ do ensino juridico naquelle paiz: "Razão tinha JEFFERSON, ao dizer que JOHN MARSHALL e a Suprema Côrte lidavam em dotar o governo com uma Constituição. Desde então continúa a Côrte Suprema a crear o direito constitucional. Ao uso patrio do jurista convem acceitar a ficção de que o juiz não elabora o direito, de que apenas declara o direito preexistente; mas o investigador critico da sciencia politica repudia esta noção, ao ver formularem-se pelos tribunaes regras nunca d'antes enunciadas, e muitas das quaes entram irreconciliavelmente em conflicto com as outr'ora havidas por fundamentaes" (28).

Já se vae deixando, aqui, a perder de vista a humilde theoria, que não vê no Supremo Tribunal Federal senão o modesto papel de applicador da lei aos casos de direito privado. Entremos, porém, aos factos, aos episodios característicos da justiça americana, e verificaremos como a evidencia aqui reduz a nada essa mesquinha imagem da funcção da magistratura suprema neste regimen. Embora nos não seja dado senão tocar de leve e a correr os pontos culminantes desta alta exemplificação, a luz que dahi baixa, sobrá, para expor o erro em todo o seu relevo.

## A LIÇÃO AMERICANA. O CASO MARBURY V. MADISON

O caso *Marbury v. Madison* nos offerece o primeiro cimo nessa cadeia de revelações do novo direito constitucional, que o mundo mo-

(26) SIMEON L. BALDWIN: *Modern Political Institutions*. (Boston, 1898), pa. 258.

Noutro logar, ainda se exprime assim: "The problem was to make the legislative power, wether exercised by popular or parliamentary vote, subject to some superior authority, and still leave it free to represent the public will. The American solution is through the judiciary". *Ib.*, pag. 30.

(27) ALLEN SMITH: *Op. cit.*, pag. 102.

(28) CHRISTOPH. G. TIEDEMAN: *The unwritten constitution of the United States* (N. York, 1890), pag. 44.

TIEDEMAN era lente de direito na universidade do Missouri.

BRUCE accentua com a mesma clareza a acção constituinte da jurisprudencia dos tribunaes nos Estados Unidos, quando escreve ser a Constituição daquelle paiz "não meramente obra da Convenção que a fez, mas tambem dos juizes, especialmente, entre todos, o grande *Chief-Justice* MARSHALL". *The American Commonwealth*. 1.<sup>a</sup> ed. (1888). V. I., pag. 339.

dermo deve á grande criação política dos Estados Unidos. Foi na decisão desse pleito que a Côrte Suprema affirmou pela primeira vez a autoridade, sem par nos annaes da justiça, de não cumprir as leis inconstitucionaes.

Em que tribunal se ousara nunca uma affirmação tamanha do poder da justiça? Assentaria ella, ao menos, em algum texto constitucional? Não. Essa reivindicação gigantesca estribava apenas em inferencias de interpretação. As condições da occasião eram as mais melindrosas. MARSHALL mesmo, o prolator da celebre sentença, não desconhecia o aspecto, que ella se arriscava a revestir, de uma invasão nas prerogativas do governo (29). Veja-se agora como se pronuncia sobre o seu acto o juriconsulto, a quem se confiou a tarefa de escrever a ultima e, até hoje, a melhor edição das sentenças do insigne juiz.

"Essa decisão instaura o systema do direito constitucional americano. Nella avocava MARSHALL á Côrte Suprema o direito de rever a constitucionalidade dos actos da legislatura nacional e dos do poder executivo, ramos parallelos do governo. Desse poder se fallara em certas decisões nos tribunaes dos Estados, e algumas, em litigios não consideraveis, nelle se estribaram, *mas nunca nos tribunaes federaes*. Affeitos a esta concepção, hoje tão trivial, dessa autoridade nos nossos tribunaes, difficilmente avaliamos a sua espantosa gravidade áquelle tempo. Nenhum tribunal tinha na Inglaterra poder tal; *delle nos não deparava outorga expressa a letra da nossa Constituição*; sua existencia *era negada pelos outros ramos do governo e pela maioria dominante no paiz*. Nem, de mais a mais, o haviam previsto claramente os autores da Constituição, *ou sequer era illação necessaria do plano de governo por elles estabelecido*" (30).

Acerca desse aresto a melhor apreciação que se conhece, é a de THAYER (31). Apologista do acto de MARSHALL, o preclaro lente de direito na universidade de Harvard reconhece, todavia, que a teoria nelle consagrada, isto é, a funcção, por elle attribuida á justiça, de aquilatar, nas leis, a sua constitucionalidade, e não as executar, quando inconstitucionaes, *não estava na Constituição*. Esta, commettendo-lhe expressamente essa attribuição no tocante ás leis

(29) "... to which claims it is the duty of the court to attend, should at first view be considered by some as an attempt to intrude into the cabinet, and to intermeddle with the prerogatives of the executive". *Marbury v. Madison*, I. Cranch. 169. L. Ed. 2. 71.

(30) JOSEPH P. COTTON: *The Constitution. Decisions of John Marshall* (N. York, 1905), v. I, introd., pag. XII-XIII.

"The aspect of Marshall's doctrine *i. e.*, that it was in no sense a necessary implication from the constitution, has, in the course of time, as Marshall's theory has become accepted, been generally overlooked". *Ib.*, n. 1.

(31) "The best consideration of it, and of the position of the case in our system of constitutional law, is found in the work of the late Professor Thayer". COTTON: *The Constit. Decis. of John Marshall*, v. I, pag. XIII, n. 1.



dos Estados, não a consignava quanto ás leis federaes (32). Estadistas, magistrados e jurisconsultos de nota a impugnavam (33). O primeiro juiz da Pennsilvania, o *Chief Justice* GIBSON, ainda em 1825, num voto solidamente argumentado, a repellia. Attitude egual tinham para com ella membros dos mais conspícuos da convenção constituinte, como CHARLES PINCKNEY, da Carolina do Sul, que, em 1799, qualificou essa doutrina de perigosa e antagonica á Constituição (34). Por entre o silencio desta sobre o poder que MARSHALL reivindicava e as denegações formaes, que o contradizem, "bem podemos concluir", opina THAYER, que "de proposito se absteve de tocar nesta questão" o legislador constituinte, "é de presumir que no intuito de não grangear inimigos ao pacto constitucional (35), deixando-lhe a solução á muda influencia do tempo, ou á obra de futuros debates" (36).

A jurisprudencia dos Estados Unidos acabou por firmar a regra de que uma lei não póde ser declarada inconstitucional, senão quando a sua inconstitucionalidade fôr tão clara, que não consinta dúvida razoavel (37). Entretanto, o aresto que armou a justiça com a attribuição de pronunciar a inconstitucionalidade das leis assenta apenas em uma illação tão dubitavel, comquanto, a nosso ver, exacta, que foi por longo tempo controversa, naquelle paiz, entre espiritos dos mais sensatos e competentes. Fosse, pois, alli, o Supremo Tribunal Federal o custodio timorato do direito privado, que aqui se pretende, e a doutrina em torno da qual gira, ha mais de um seculo, todo o systema do direito politico americano, estaria por nascer.

### MARSHALL E O MAIOR DOS SEUS JULGADOS

Ao caso *Marbury v. Madison* succede, na série das grandes sentenças de MARSHALL sobre assumptos que entendem com a acção dos outros, poderes politicos, a causa *Mac Culloch v. Maryland* (38). E', na estimativa de muitos, o maior dos julgados de MARSHALL (39).

(32) J. B. THAYER: *John Marshall* (Boston, 1904), pag. 64.

(33) *Ib.*, pag. 63.

(34) *Robbin's Case*. WHARTON: *State Trials of the United States* (Philadelphia, 1849), pag. 412.

(35) No mesmo sentido, ALLEN SMITH, *op. cit.*, pag. 91-2.

(36) THAYER: *John Marshall*, pag. 65-6. Mais desenvolvido se encontrará o assumpto nos outros escriptos desse constitucionalista, a que allude o nosso texto. Vêm a ser: THAYER: *Cases on constitutional law*, I (Cambridge, 1894), pag. 149-166; *Ib.*: *The origin and scope of the american doctrine of constitution, law*, na *Harvard Law Review*, nov. 1893, pag. 129-56. Este ultimo estudo foi reproduzido ultimamente, após a morte do autor, no volume: THAYER, *Legal Essays* (Boston, 1908), pag. 141.

(37) THAYER: *Legal Essays*, pag. 27, not. COOLEY: *Principal*, 2.<sup>a</sup> ed., pag. 57.

(38) Em 1819. — 4. Wheaton, 316. Lawyers' Ed. 4. 579-609.

(39) COTTON: *Op. cit.*, I, pag. 302-304.



Foi dahi que “se começou a sentir o peso das doutrinas da Côrte Suprema como poder imperativo no governo” (40). Nenhum dá a sentir melhor a “grandeza do poder concentrado” alli nos tribunaes (41). Nenhum deixa ver mais solemnemente a acção politica da justiça federal.

Eram lastimosas as circumstancias do paiz, dessangrado pela guerra, coberto de centenas de estabelecimentos emissores, arruinado pela depreciação do papel moeda, quando em 1816 se incorporou o Banco dos Estados Unidos, afim de restabelecer os pagamentos em especie. Não obstante esta medida, porém, difficil lhe era convalecer da extenuação economica, em que a republica se debatia. O descontentamento geral começou a responsabilizar a nova instituição pela dureza dos tempos, ao mesmo passo que a situação, ao sul e no oeste dos Estados Unidos, orçava quasi pela bancarrôta universal. Abriu-se uma campanha contra o novo estabelecimento, cujos beneficios a exacerbação do soffrimento publico desconhecia, tentando-se revogar a carta do grande banco nacional, e, na Carolina do Norte, no Ohio, no Tennessee, no Kentucky, no Maryland, as legislaturas dos Estados votaram, contra as caixas filiaes daquela instituição, onerosos impostos, com o declarado intento de a esmagarem. No Maryland a exigencia fiscal revestia a forma de um sello, imposto ás notas bancarias para circularem. Resistindo os directores a esta medida, foi demandado o caixa, Mc Culloch, pela fazenda estadual. Dahi o litigio, que chegou á Côrte Suprema.

Duas eram, em summa, as questões suscitadas: tem o Congresso constitucionalmente, autoridade, para incorporar um banco? têm os Estados faculdade constitucional, para o tributar? A ultima das duas offerencia á justiça um atalho, por onde evitar a gravidade politica da primeira. A solução assentaria, até, melhor, technicamente, neste ponto, apoiando-se a condemnação da taxa no fundamento da sua illegitimidade como imposto dos Estados sobre um serviço federal (42).

Preferiu MARSHALL, porém, arrostar a responsabilidade formidavel da outra questão, embora nesta hypothese, do mesmo modo que no caso *Marbury v. Madison*, não houvesse texto expresso da Constituição, onde firmar a doutrina esposada. Da mesma sorte que no pleito de 1893, aqui tambem, renunciava a Côrte Suprema á evasiva, que a technica processual lhe facilitava, para se não envolver em altos problemas de politica constitucional. Na causa *Marbury v. Madison*, com effeito, o tribunal concluiu, declarando-se incompetente. Razão era que, antes de mais nada, ventilasse este ponto, e, desde que se não reconhecia com jurisdicção na causa, della não conhecesse. Mas, estabelecendo um precedente, que “os seus mais

(40) “The doctrines of the Supreme Court began to be feit as a cogent governmental power”. COTTON: *Loc. cit.*, pag. x x.

(41) R. L. ASHLEY: *The American Federal State*, pag. 339.

(42) COTTON, *ib.*, pag. 304.

fervorosos admiradores confessavam desusado" (43), o grande juiz entrou voluntariamente no mérito da causa, para declarar que "a Côte não reputava legalmente autorizado" o acto do governo.

Similhanteramente no caso *Mc. Culloch v. Maryland*, comquanto reconhecendo que "nenhum tribunal se podia acercar a uma questão daquella ordem sem profundo sentimento da responsabilidade envolvida na sua decisão", a Côte Suprema a encarou demoradamente, para construir sobre um raciocinio interpretativo a teoria dos poderes implicitos do Congresso, e sustentar, sobre esta base, a acção do governo, quando creara o banco nacional. A sentença levantou, no paiz, tempestades. Insurgiram-se as legislaturas estaduaes. Emprehendeu-se largo movimento de reacção contra o aresto. A doutrina revolucionaria dos *direitos dos Estados* ergueu a voz no congresso do Ohio. A situação financeira continuou a cair, impondo a volta ao curso forçado. De modo que esse julgado previdente, acolhido pela posteridade como a salvação do regimen, quasi não encontrou na opinião do seu tempo senão desconfiança, repulsão e hostilidade.

Sob a toga do juiz era o genio do estadista que fallava, prophetico na magnificencia luminosa do seu descortino, lançando os alicerces constitucionaes da nação (44). Seria uma applicação do direito privado? Não. As fórmulas lhe deram, processualmente, este aspecto. Era um caso litigado, e o seu objecto immediato consistia em liquidar um direito entre as partes litigantes. Mas sob este accidente forense, debaixo desta exterioridade technica, o que se debatia, era a causa dos grandes poderes do governo nacional contra o particularismo dissolvente da doutrina da soberania dos Estados. Por traz do caixa *Mc. Culloch* o verdadeiro pleiteante era a União. PINCKNEY, sustentando o pleito pelo autor, exclamara: "Da solução desta causa vae o sabermos se a Constituição, sob que vivemos, não passa de um phantasma politico de poder, uma burla, uma zombaria" (45). A questão envolvia "a propria vida, a existencia do governo federal" (46). Resolvida no sentido em que foi, salvou-se com esse julgado a ordem do regimen. Resolvida em contrario, tel-o-ia sacrificado ou exposto, dizem-n'o as autoridades, á mais completa subversão.

(43) HENRY ADAMS: *History of the United Stat. during the first administration of Thom. Jefferson.* v. II (N. York, 1899), pag. 146.

(44) In that moment, almost at the low tide of the Republic, MARSHALL was still looking forward, nation-building, with an almost prophetic confidence and foresight". COTTON: *Op. cit.*, v. I, pag. 306.

(45) *Marbury v. Madison*, *Lawyers' edit.* I. 594 e segs.

(46) *John Marshall, Life, character and judicial services.* ED. BY J. F. DILLON (Chicago, 1903). "It presented questions underlying the very existence of the government of the Union". Discurso de J. F. DILLON. *Ib.*, v. I, pag. 370. "The question involved the life of the federal government. Discurso de JOHN H. ROGERS, *Ib.*, v. III, pag. 37.

# UM CASO EM QUE A RESPEITO DUM NEGRO FUGIDO, A CORTE SUPREMA INTERFERE NA QUESTÃO DA ESCRAVIDÃO.

Foi o que, dahi a perto de quarenta annos, veio a succeder com o *Dred Scott Case* (47). Era apenas um negro captivo a pugnar pela sua liberdade. Tendo residido, por acto do senhor, em territorio estreme de propriedade servil, reivindicava o escravo, a esse titulo, o fôro de livre. Eis como se formulava, na questão, o direito privado. Resolvendo, porém, contra o opprimido, a Côte Suprema teve que encarar o grande problema nacional da escravidão nos Estados Unidos, qualificar de nullo o acto legislativo de 1850, o celebre compromisso de Missouri, que lhe traçara a ella por extrema septentrional o paralelo 36° 30', e desconhecer ao congresso federal o direito de impor clausulas restrictivas ao captiveiro. Firmava esta decisão, com outros cinco membros do tribunal, TANEY, o grande *Chief Justice*, digno successor de MARSHALL, só a este inferior na capacidade e na veneração do paiz.

Era um direito privado o que se julgava? Mas a nação sentiu que o que se acabava de julgar, vinha a ser a mais politica de todas as questões: a da limitação territorial do elemento servil. A funesta decisão, "uma das que ali têm actuado na politica de um modo mais tremendo" (48), "poz em conflagração o paiz todo" (49), e "precipitou a guerra civil" (50), sinistra instancia para a qual a opinião publica appellou da sentença final dos seus juizes. Prova solem-nissima, nos seus resultados pavorosos, de que o tribunal estabelecido para julgar, em ultimo grau, entre a Constituição e a lei, embora se envolva nas fórmulas do direito e do processo privado, toca inevitavelmente, por todos os lados, nas mais graves questões da politica nacional. O erro de TANEY e seus companheiros não foi acceitar a questão, mas resolver-a pelo captiveiro, em vez de lhe darem por

---

Ver ainda, sobre a importancia deste caso: KENT, *Commentaries*, 12.<sup>a</sup> ed., v. I, pag. 428. LONDON: *Op. cit.* pag. 316. ASHLEY: *Op. cit.*, pags. 139, 339. *Marshall's life, character and jud. services*, ind., v. III, pag. 481. CURTIS: *Constitutional Hist. of the Un. Stat.*, v. II (N. York, 1902), pag. 183. COTTON: *Op. cit.*, v. I, pag. 302-6.

Quanto aos pleitos que resultaram da resistencia a essa decisão (*Osborn v. Bank of the United States*, 9. Wheaton, 738, Lawyers' Edit. 6.204; *Weston v. Charleston*, 2. Pers. 449. L. Edit. 7.481), todos julgados igualmente por MARSHALL, confirmando a doutrina da sentença primitiva, ver COTTON, *op. cit.*, v. I, pag. XXI, v. II, pag. 84-6, e DILLON, *Marshall's Life*, ind., v. III, pag. 499-519.

(47) Em 1856. *Dred Scott v. Sandford*, 19. Howard. 393-633. Lawyers' ed. 15, 691-795.

(48) BRYCE: *American Commonwealth*, 1.<sup>a</sup> ed., v. I, pag. 350. — WALT. GEORGE SMITH *Roger Brooke Taney. The American Law Register*, abril, 1899. pag. 229.

(49) SMITH, *ib.*, pag. 227, 230.

(50) BRYCE: *loc. cit.*, pag. 351. — CURTIS: *Life of B. R. Curtis*, pag. 197, 198.

solução a liberdade. Num caso e no outro a existencia de uma lei e, com esta, a vida politica do paiz, a ordem constitucional ou a guerra civil, pendiam, em grande parte, do seu julgado (51).

## OUTRAS QUESTÕES DE JURISDICÇÃO DA CORTE SUPREMA

Nos *Prize Cases* (*Casos de prêzas*) definiu a Côrte Suprema os direitos do governo da União, em materia de governo, durante a guerra civil, contra os Estados insurgentes (52). Aos espiritos zelosos da tradição juridica o arbitrio, assumido pelo presidente da república, de pôr em bloqueio esses Estados se antolhava uma usurpação do direito, reservado pela Constituição ao Congresso, de declarar a guerra. Mas o acto do executivo prevaleceu, graças á sanção judiciaria que lhe deram as sentenças da Côrte Suprema nessas questões, relativas a prêzas feitas pela esquadra legal nas aguas dos Estados rebeldes (53).

Outros pleitos, cada qual mais grave (54) deram logar a reiteradas manifestações da Côrte Suprema acerca do regimen discricionario adoptado pelo Congresso na reconstrucção do paiz após a luta separatista. (55). As decisões proferidas nesses litigios, de 1866 a 1883, encerram toda uma theoria constitucional nova, creada pela jurisprudencia daquelle tribunal, sobre os mais formidaveis problemas politicos que a insurreição, o desmembramento e a restauração da ordem podem suscitar numa republica federativa lacerada pela discordia civil: poderes do governo legal, situação do territorio rebelado, direitos individuaes dos insurgentes e dos vencidos, limites da lei positiva ante a lei da necessidade. Era, por assim, dizer, a constituição do estado de guerra intestina, elaborada na ordem judiciaria pelo organ supremo do direito constitucional.

(51) CURTIS: *Constitut. History*, v. II, pag. 272-8. — ASHLEY: *Op. cit.*, pag. 163-4. — HART: *Op. cit.*, pag. 333. — WOODBURN: *The Americ. Republ.*, pag. 333. — WOODROW WILSON: *Division and Reunion* (N. York, 1896), pages. 197-9. — W. G. SMITH: *Loc. cit.*, pages. 223-30. — FRANCIS FESSENDEN: *Life of Will. Pitt Fessenden* (N. York, 1907), v. I, pag. 88.

(52) Em 1862 2. Black. 635. Lawyers' Edit. 17, 459-87.

(53) WILL. ARCHIB. DUNNING: *Essays on Civil War and Reconstruction*, pag. 17, 25, 71.

(54) *Texas v. White*, 7 Wallace 730. (L. Ed., 19, 227). *Mississippi v. Johnson*, 4. Wallace. 475. (L. Ed. 81 437). *Georgia v. Stanton*, 6 Wallace, 51. (L. Ed. 18, 721). *Lamar v. Browne*. 92 Un. S. 187. (Lawyers' Ed. 23, 650). *Page v. United States*. 11 Wallace, 268. (L. Ed., 20, 135). *White v. Cannon*. 20 Howard, 235. (L. Ed., 18, 923). *Dweing v. Perdicarius*, 96 Un. States 193. (L. Ed. 24, 654). *Stevens v. Griffith*, 111 Un. Stat. 48. (L. Ed., 28, 348).

(55) Sobre o aspecto constitucional da situação juridica estabelecida por esses actos legislativos, ver especialmente DUNNING, *op. cit.*, pages. 15-16, 17, 25, 71, 63-252, e CURTIS, *Constit. History*, v. II, pag. 365-7, 387-8.

## MILLIGAN CASE

Entre esses julgados avulta o do *Milligan Case* (56), onde, entre tantas concessões reconhecidas á fatalidade da guerra e ao supremo interesse da salvação nacional, a Côrte Suprema reivindicava, contra as sentenças arbitrárias das commissões militares instituídas pelo governo, a soberania da ordem civil e da justiça constitucional, nos Estados leaes, durante a revolução. A decisão neste feito, diz BURGESS (57), “parece attribuir aos juizes da União o poder constitucional de determinar onde e quando, nos Estados Unidos, a situação pôde exigir o regimen da lei marcial”.

## LEGAL TENDER CASES

Outra immensa questão política se levantou por esses tempos ante a Côrte Suprema: a do curso forçado. Não ha, nos annaes daquelle magistratura, capitulo mais grave do que o dos *Legal Tender Cases*.

Autorizada por uma serie de actos legislativos, desde 1862, no tumultuar da guerra civil, como necessidade por ella imposta, a emissão de papel moeda havia derramado pelos Estados Unidos quatrocentos milhões de dollars em notas do Thesouro nacional, quando surdiu o caso *Hepburn v. Griswold* (58), onde se arguia de inconstitucionalidade a legislação, em que se estribara o emprego desse instrumento financeiro. Corria o anno de 1869, presidindo então na Côrte Suprema o Chief-Justice CHASE, secretario do Thesouro sete annos antes, quando se adoptara aquella medida, cuja responsabilidade lhe cabia. Não obstante, foi elle mesmo quem, á frente daquelle tribunal, veio depois a qualificar de illegitimo o curso forçado, condemnando por inconstitucionaes os actos que o decretaram. Não tardou, porém, a reacção, que esse golpe judiciario naturalmente havia de provocar. O Congresso elevou de oito a nove os membros da Côrte Suprema, onde, resignando, por esse tempo, um dos seus juizes, poudo o governo dar entrada a dois adeptos do papel moeda. Em consequencia, invertida a maioria, proferiu a Côrte Suprema, em 1871, decisão opposta (59). Terceiro caso, dahi a doze annos, dava ensejo ao tribunal de reiterar e ampliar os termos do julgado anterior (60). Este, em 1871, justificara o

(56) *Ex parte Milligan*, 4. Wallace, 2. (L. Ed., 18, 281-303). Em 1866. Ver: DUDLEY FIELD, *Speeches, arguments and miscellan. papers.* (V. I, N. York, 1884), pag. 3-88. LANDON: *Op. cita.* pag. 326. BALDWIN: *Modern polit. instit.*, pag. 92, 253. BURGESS: *Political Science Quarterly*, v. XIV (1899), pag. 16 e v. XV (1900), pags. 386-8.

(57) *Ibid.*

(58) 8 Wallace, 603. L. Ed. 19, 513.

(59) *The Legal Tender Cases*: 12 Wallace, 457.

(60) *Juilliard v. Greenman*, 110 U. S. 421. (Ll Ed. 28, 204). Em 1883.

arbitrio do curso forçado como um dos meios implícitos na attribuição reservada ao Congresso, *de declarar a guerra*. Mas o papel que se havia emittido sob as exigencias destas, viera a se resgatar, emitindo-se de novo, muito depois da guerra, em 1878. Seria igualmente constitucional esta providencia financeira? A sentença adoptada no pleito *Juilliard v. Greenman* resolveu affirmativamente. Agora, em 1883, argumentando juntamente com o poder de cunhar moeda e o de contrahir empréstimos sobre o credito da União, a Côrte Suprema declara autorizada a legislatura a optar discricionariamente entre a circulação metallica e o papel moeda, na guerra, *ou na paz*.

Assumpto mais eminentemente politico, não n'ó podia haver. Tratava-se do credito nacional, do meio circulante, das finanças do paiz. A opinião, os partidos, o governo pendiam anciosamente da decisão judicial. Ou ella se pronunciava pela incompetencia dos tribunaes : era o meio de evitar o contacto politico ; ou pela competencia da justiça : e seria constituil-a arbitra no conflicto ardente, que inflammava o paiz. A consciencia dos juizes americanos não vacillou. O Congresso, exautorado no primeiro aresto, recebeu dos dois outros a consagração definitiva da sua autoridade (61).

### IMPOSTO SOBRE A RENDA

Outra questão, que se tornara em campo de batalha para os partidos, foi a do *income tax*, o imposto federal sobre a renda. Ella agitava o espirito publico "em um grau apenas inferior ao da excitação provocada vinte e sete annos antes pelo caso *Dred Scott*" (62). Não se tratava, entretanto, de um problema desconhecido á jurisprudencia, quando a Côrte Suprema foi chamada a consideral-o definitivamente em 1895, o que não hesitou em fazer, embora elle resolvesse violentamente a politica nacional (63). O imposto sobre a renda entrara em 1862 na legislação financeira dos Estados Unidos, onde se manteve por dez annos, rendendo ao Thesouro cerca de 347 milhões de dollars (64). Repetidas sentenças da Côrte Suprema sustentaram, contra as arguições de inconstitucionalidade, o uso

(61) BRYCE : *Americ. Comm.*, v. I, pag. 359-60. — TIEDEMAN : *Op. cit.*, pag. 134-6. — LANDON : *Op. cit.*, pag. 254-5. — ASHLEY : *Op. cit.*, pag. 175, 281, 401-2. — WOODBURN : *Op. cit.*, pag. 334-5. — BANCROFT : *A plen for the Constit. of the U. S. of America*. — ALLEN SMITH : *Op. cit.*, pag. 113-14. — THORPE : *The Constitut. History of the United States*, v. III (Chicago, 1901), pag. 530-36. — *The Cambridge Modern History*, v. VII (Cambridge, 1905), pag. 634. — CARSON : *The Supreme Court of the United States* (Philadelph., 1892), pag. 442-57. — THAYER : *Legal Essays*, pag. 60-90. — DICEY : *Lectures introduct. to the law of the Constit.* (Lond., 1885), pag. 161-2. — BECKLES WILSON : *The New America* (Lond., 1903), pag. 56.

(62) THORPE : *Const. Hist.*, v. III, pag. 540.

(63) Deste caso nos occupámos largamente, quando elle occorreu. RUY BARBOSA : *Cartas de Inglaterra*, pag. 353-85.

(64) J. W. MOORE : *The American Congress*. Lond., 1895, pag. 390.

federal desse tributo ; de sorte que, em 1896, os democratas o diziam apoiado em "quasi cem annos de uma jurisprudencia uniforme" (65), e, ás vespéras da celebre decisão de 1895, os precedentes judiciais levavam a suppôr que a nova legislação da *income tax* não seria condemnada pelo tribunal (66).

Os factos vieram desmentir essa esperança. Restaurado por uma lei de 27 de agosto de 1894, como providencia capital para supprir o *deficit*, que montava, no orçamento, a 69 milhões de dollars, o imposto sobre a renda promettia, nos calculos do Thesouro, uma receita annual de quarenta milhões. Levantada, porém, na Côrte Suprema, a questão da sua constitucionalidade, contra esta se pronunciou a justiça em dois pleitos successivos (67). Era fundo o golpe na administração federal. Mas os elementos politicos do Estado não resistiram. O *Attorney General* declarou que não pediria reconsideração do julgado. Para logo se annunciou que o governo recommendaria ao Congresso a revogação total da lei. A porção do imposto arrecadada, já no valor de alguns milhões, restituiu-se aos contribuintes, independentemente de acção especial a cada caso. E, dest'arte, a *income tax* americana "acabou ás mãos dessa autoridade judiciaria, á qual, nos Estados Unidos, tudo se inclina" (68).

Com ser uma instituição essencialmente politica (69), por motivos politicos advogada, combatida com fundamentos politicos, e por considerações politicas abertamente impugnada e defendida no proprio seio da Côrte Suprema, caiu á voz de uma sentença judicial.

Não faltaram diligencias, da parte do governo, para impressionar o tribunal, representando-lhe a questão, que se debatia, como abso-

(65) THORPE : *Op. cit.*, pag. 548.

(66) Prof. E. R. A. SELIGMAN : *The income tax*. Na *Political Science Quarterly*, v. IX (1895), pag. 635.

(67) *Pollock v. Farmer's Loan and Trust Company*, 157 U. St. 429. L. Ed., 39, 759 e 1108. *Hyde v. Continental Trust Co.*, 157 U. S., 654. L. Ed., 39, 821, 845.

(68) *Journal des Débats*. Apud RUY BARBOSA : *Cartas de Inglaterra*, pag. 383.

(69) "Nenhum caso exemplifica tão solemnemente como o actual a auctoridade dos tribunaes em negar execução a actos legislativos de *caracter politico*, logo que attentem contra direitos individuaes, assegurados na constituição.

"A *income tax* de 1894, era uma instituição essencialmente politica, pela natureza das forças que a produziram, das theorias que a inspiraram, dos fins administrativos a que tinha em mira prover. Politica emquanto lei de finanças, politica emquanto obra dos factores socialistas predominantes numa larga secção dos circulos eleitoraes, que o suffragio universal entrega ás influencias da extrema democracia, era a primeira traducção pratica do programma de reorganização da sociedade conforme o radicalismo revolucionario que ameaça a civilização moderna.

"Este imposto sobre a renda, reconhecido pelo governo como imposto sobre os ricos", dizia o advogado CHOATE, na audiencia de 8 do passado, "acaba de ser defendido aqui pelo *Attorney General* dos Estados Unidos com os principios mais socialistas e communistas, que jamais se ouviram em qualquer assembléa politica". RUY BARBOSA : *Cartas de Inglal.*, pag. 375.



lutamente legislativa, administrativa, politica e, neste caracter, vedada aos tribunaes. O *Attorney General*, em nome do governo da União, referindo-se á linguagem dos grandes advogados, que o precederam na tribuna, agitou eloquentemente, aos olhos dos juizes, o espantallo da invasão da alçada constitucional do Congresso pela magistratura federal. "Toda essa laboriosa, erudita e formidavel demonstração", dizia elle, terminando, "não surtirá effeito. Na sua essencia, outra coisa não é, em ultima analyse, mais que uma exortação ao ramo judiciario do governo, para que supplante o ramo politico na sua autoridade tributaria, substituindo pela acção discricionista da justiça a do Congresso em materia de impostos. Esse esforço, dado que ponderosamente sustentado, sou obrigado a crer não alcançará vantagem. Tem de se frustrar necessariamente, a não ser que este tribunal, pela primeira vez na sua historia, despreze e transponha as extremas, que separam o poder judiciario do legislativo, extremas cuja escrupulosa observancia tantas vezes tem declarado essencial á integridade constitucional do nosso systema de governo" (70).

O que se baldou, porém, foi o argumento *ad terrorem* do governo. A despeito da sua origem politica, do seu caracter politico, das suas consequencias politicas, o imposto foi aniquilado pela Côrte Suprema. Duas existencias teve alli, pois, a *income tax*. Na primeira subsistiu largamente graças á acquiescencia da justiça federal. Na segunda expirou, ao nascer, fulminada pela condemnação dessa autoridade soberana (71).

### OS CASOS INSULARES.

Chegamos, enfim, aos *Casos Insulares, os Insulares Cases*, decididos, na Côrte Suprema, em 1901 e 1902 (72). Dos novos pleitos, que formam este grupo, um diz respeito ás taxas de importação cobradas sobre os productos das colonias, durante a sua occupação

(70) *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.* Lawyers' Edit., 39, 793.

(71) EDWIN SELIGMAN: *The income tax. Political Science Quartely*, v. IX (1895), pag. 610-648. — *Id.*: *Is the income tax constitutional?* Do Forum, março 1895, pags. 48-56. — JAMES M. GRAY: *Limitations of the taxing power*. (San Francisco, 1906), pag. 346, n. 9. — COOLEY: *A treatise on taxation*, 3.<sup>a</sup> ed. (Chicago, 1903), v. I, pag. 11. — THORPE: *Constit. History*, v. III, pags. 539-49. — LONDON: *Op. cit.*, pag. 358. — ALLEN SMITH: *Op. cit.*, pag. 114. — WOODBURN. *The American Republ.*, pag. 334-5. — BECKLES WILSON: *Op. cit.*, pags. 52, 53, 57.

(72) São nove esses pleitos: *Dooley Smith & Co. v. United States*, 180 U. S., 126 (L. Ed., 45, 457). *De Lima v. Bidwell*, 182 U. S., 1. (L. Ed., 45, 1041). — *Goetze v. U. Stat.*, 182 U. S., 221. (L. E., 45, 1065). — *Armstrong v. U. Stat.*, 182 U. S., 45, 1086. (L. E., 45., 1074). — *Dooley v. U. St.*, 183 U. S. 151. (L. E., 46, 128). — *Huns v. N. York & P. R. S. S.* (The Porto Rico Pilotage Case), 182 U. S., 392 (L. E., 45, 1146). — *Fourteen Diamond Eings v. U. St.*, 183 U. S. 176. (L. E., 46, 138). — *Crosman v. I. Stat.*, 182 U. S. stat., 221 (L. E., 45, 1065). — *Downes v. Bidwell*, 182 U. S., 244. (L. E., 45, 1088).



militar; dois, ás que se arrecadaram depois de votada pelo Congresso a tarifa especial; os demais, ás que se perceberam, antes de adoptada esta, mas já depois de firmada nas possessões americanas a soberania dos Estados Unidos. Nas duas primeiras situações os direitos aduaneiros foram julgados regulares; na terceira, inconstitucionaes.

Para chegar a estas decisões, teve o tribunal que levantar e resolver as maiores questões constitucionaes, que nunca em seu seio se ventilaram. "Abaixo do da escravidão era aquelle o mais monstruoso problema, que jámais alli se offerecera". (73) Pertencia á familia dos grandes problemas politicos, em cuja solução a natureza do regimen americano tem obrigado o supremo tribunal federal a uma interferencia decisiva. "A controversia legal travada, ante a Côrte Suprema, nos casos insulares", diz o professor ROWE, "constitue um capitulo nessa luta de proporções mais amplas, cujas phases successivas se assignalam por questões do genero a que pertencem a compra da Luisiana e da Florida, o direito de estabelecer um banco nacional, o de instituir tarifas proteccionistas, o de governar territorios e o de emitir papel moeda" (74).

A magistratura suprema da União, que, em todos estes assumptos, dissera a ultima palavra, ia fazel-o, desta vez, numa esphera ainda mais vasta, cujo diametro abrangia, ao mesmo tempo, a politica interna e a politica internacional dos Estados Unidos: as relações da nação com os territorios annexados, o estado legal das populações absorvidas, a expansão americana.

A este respeito, com uma flexibilidade onde se revê o genio politico da instituição, a Côrte Suprema, variara radicalmente da jurisprudencia consagrada menos de cincoenta annos antes. Em 1856 desconhecia ella ao governo dos Estados Unidos o poder constitucional de adquirir e manter colonias (75). "Ter sob a sua su-

(73) "The most momentous, next to that of domestic slavery, in our history". BURGESS: *The decisions of the Supreme Court in the Insular Cases. Political Science Quartely*, v. XVI, (1901), pag. 486.

(74) L. S. ROWE: *The Supreme Court and the insular cases. Annals of the American Academy of Social and Political Science*, (Philadelphia) setembro 1901, pag. 55.

(75) A despeito, entretanto, de todas as theorias, a politica de annexação nos Estados Unidos nunca hesitou, em lhes fallando alto neste sentido os interesses nacionaes, interpretados pelas aspirações da nação e pelo genio dos seus estadistas. Ver: SIMEON E. BALDWIN, *Historic. Policy of the United States as to Annexation*, na *Yale Review*, agosto 1893, pags. 133-158) especialmente a pags. 156; EDMUND J. CARPENTER, *The American Advance, a Study on Territorial Expansion* (Lond. and N. York, 1903), particularmente de pags., 288 a 330; FRANKL. HENRY GIDDINGS, *Democracy and Empire* (N. York, 1901), pags. 267-90; ALB. BUSHNELL HART: *The Foundations of American Foreign Policy* (N. York, 1905), pags. 128-133, 162-239; JOHN BASSETT MOORE, *American Diplomacy* (N. York, 1905), pags. 223-47.

Autoridades constitucionaes das mais eminentes, comtudo, alli sustentam não caber no plano do governo traçado pela constituição do paiz a organização de um systema colonial. Entre outras, sobresaie a do juiz COOLEY, no *Forum* de junho, 1893, vol. XV, pag. 393.

jeição territorios, para os quaes houvesse de legislar discricionariamente, seria inconstitucional e incompativel" declarava então o *Chief Justice*, "com a nossa fórmula republicana de governo" (76). Em 1891, nos *Insular Cases*, ia prevalecer, oppostamente, a doutrina, affirmada por LORD NORTH, em 1764, contra as colonias inglezas neste continente, da soberania absoluta da metropole sobre as possessões colonias sem representação no parlamento. "LORD NORTH", diz, com singular desembaraço, um americano, o professor MAC-MASTER, "LORD NORTH estava em erro no seculo XVIII, como a revolução americana demonstrou ; mas a sua theoria é legitima no começo do seculo XX, como a Côrte Suprema acaba de estatuir" (77).

Travada no terreno economico, escreve uma autoridade europeia, revistando os *Casos Insulares*, "a luta entre o imperialismo, que impelle os Estados Unidos a transporem a America, e o americanismo, que alli os retém, prosegue com ardor no terreno do direito constitucional. Será licito aos Estados Unidos possuir colonias? Poder-se-á dilatar a outras terras o governo dos Estados Unidos, sem que a constituição americana lá o acompanhe? A suppôr que lhe seja dado sair da America, será concebivel que o seu poder se exerça, alheando-se das fórmulas e garantias constitucionaes? Taes garantias, seria admissivel outorgal-as, sem perigo, a raças inferiores?" (78).

Para se medir o alcance politico destas interrogações, ouça-se o que, em relação a ellas, escreveu o professor BURGESS, considerando na applicação da nova jurisprudencia ás Philippinas :

"A questão pratica vem a ser : pôde o governo dos Estados Unidos senhorear esse territorio ao seu talante, independentemente da constituição dos Estados Unidos, ou ha de submeter-se a esta, para o governar? Se responderem que elle tem o arbitrio de o reger sem as limitações e exigencias da constituição federal, ter-nos-emos então mettido por um caminho não trilhado ainda, e, postergadas todas as nossas tradições, vamo-nos encontrar frente a frente, com perigos e difficuldades, que acarretarão, em nossa historia politica, uma grande crise. Não chego a dizer que nos destruam ; nem mesmo pretenderei que nos levem á decadencia nacional ; mas acredito que provavelmente, subverteriam a nossa Constituição, e nos arrasariam ao absolutismo no governo" (79).

(76) BECKLES WILSON : *Op. cit.*, pag. 57.

(77) *Apud* BECKLES WILSON, *ibid.*, pag. 58. Ver, outrosim, o mesmo autor, pags. 41-7.

(78) G. DE LAPRADELLE : *Chronique Internationale*. Na *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, v. XIII (1900), pag. 68. Leia-se o seu estudo, ahi, sobre o assumpto, de pags. 65-92.

(79) BURGESS : *How may the United States govern its extra-continental territory?* Na *Political Science Quarterly*, v. XIV (1899), pag. 3.

Ver no mesmo sentido, entre outros escriptos aqui citados, o artigo de CARMAN F. RANDOLPH, *The Insular Cases*, na *Columbia Law Review*, 1901, v. I, pags. 436-70, e especialmente de pags. 446-49, bem assim o seu livro *The Law and policy of annexation* (Lond., 1901), *passim*.

Naturalmente, nesses litígios, o que abria a porta á discussão judiciaria, era o interesse de um litigante, e o que a alimentava, o texto de uma disposição constitucional. A Constituição americana, art. I, secç. 8, confiando ao Congresso, a faculdade tributaria para a satisfação dos encargos nacionaes, prescreveu que "os direitos, impostos e sizas", por elle creados, seriam uniformes em todo o paiz (80). Este principio da uniformidade dos tributos por toda a extensão dos Estados Unidos é a característica essencial do poder de taxação conferido ao Governo federal", e nelle consiste "uma das fortes garantias da egualdade dos Estados da União" (81); pelo que a Côrte Suprema "velou sempre com particular cuidado na estricta observancia desta regra constitucional, inquirindo, a cada caso occorrente, posto se inculcasse como imposto directo, se não seria, na realidade, uma taxa indirecta, adstricta á clausula da uniformidade" (82).

Ora é a este principio, "consagrado por uma jurisprudencia tão firme quanto continua", que a decisão dos *Casos Insulares* trouxe "derogação notavel", decidindo "que o preceito da tributação uniforme não havia logar no que respeita a toda uma parte do territorio da União: as suas possessões extracontinentaes. Foi um dos episodios de mais relevo na luta, que, no terreno dos principios constitucionaes, se peleja entre os adversarios e os adeptos da politica imperialista" (83).

Annexadas as ilhas de Hawai e adquiridas, pelo tratado de — Paris, as antigas colonias hespanholas das Philippinas e de Porto Rico, tudo em 1898, veio a declarar o presidente MAC KINLEY, em 1899, na sua mensagem ao Congresso, que era dever manifesto dos Estados Unidos abolir de todo a tarifa aduaneira entre elles e a ultima dessas ilhas, assegurando livre entrada aos productos insulares. A reacção, porém, das industrias nacionaes, ameaçadas por essa concorrência, fez que se retirasse da commissão de orçamento na camara dos representantes o projecto, que acompanhara a mensagem presidencial, substituindo-se por outro, onde se carregava um direito de 25 % *ad valorem* na importação das ilhas, direito reduzido, por fim, no *Foraker Act* de 1900, a 15 %, sobre todo o commercio, de entrada e saída, entre ellas e os Estados Unidos.

Dahi a acção de certos importadores, que poz, ante a justiça federal, a questão de quaes as relações aduaneiras constitucionalmente admissiveis entre o paiz e as suas possessões ultramarinas. Era a constitucionalidade da lei de 12 de abril de 1900 (o *Foraker Act*) o que se questionava; e, para a verificar, tinha a Côrte Suprema

(80) "... but all duties, imposts and excises shall be uniform throughout the United States".

(81) J. LAFERRIERE: *Les cas insulaires*. (*Extr. de la Revue de Science et de législation financières*), Paris, 1907, pag. 4.

(82) *Ib.*, pag. 5.

(83) *Ibid.*

de estabelecer, juridicamente, a natureza do vinculo existente entre a metropole e as suas dependencias colonias.

Esta questão exigia a solução de varias outras, qual a qual mais delicada, complexa e grave. Decidida a da compatibilidade entre o regimen constitucional do paiz e a sua expansão colonial (84), as outras se impunham, successivas e peremptorias. As novas possessões da União deviam, ou não, considerar-se abrangidas "na extensão dos Estados Unidos?" (85) Como se definem, politicamente, esses *Estados Unidos*, a que se refere a Constituição? São elles, unicamente, os treze Estados primitivos, com as adjacencias territoriaes que successivamente vêm adquirindo o titulo de Estados? (86) Ou no seu aggregado se incluem todos os territorios, contiguos ou não, proximos ou remotos, americanos ou extracontinentaes, onde se estabeleça a soberania do paiz, e fluctue a bandeira da nação? Levará esta comsigo, aonde quer que se implante, a Constituição americana, com o seu systema de liberdade e garantias? No caso contrario, quaes as restricções, que resultam da sua transplantação colonial? (87) E de que maneira se estende a Constituição americana aos territorios adquiridos? *Ex proprio vigore*, pelo simples facto da aquisição, como seu resultado immediato? Ou tão sómente por acto do Congresso, quando este deliberar a incorporação? Entre as duas soluções ha um abysmo; porquanto a ultima deixa ao arbitrio da legislatura estabelecer, onde lhe convenha, nas possessões americanas, um governo sem Constituição, isto é, o governo absoluto (88).

Nas decisões que adoptou a Côrte Suprema ficaram estabelecidos, com relação a taes assumptos, "os principios de governo ou as normas politicas" (é um constitucionalista americano quem falla) "para guia, ali, dos homens de Estado" (89). Essa "politica" (90), definida nas sentenças federaes se resume em certas conclusões de alcance incommensuravel para as finanças, o governo, a Constituição e as relações exteriores dos Estados Unidos. O povo das ilhas adquiridas fica á soberana discricção do Congresso. Este, no exercicio de tal soberania, não soffre outras limitações além das estipuladas no tratado de cessão. A população dos territorios annexados nenhum direito legal têm ao disposto na Constituição dos Estados

(84) LANDON: *Op. cit.*, pag. 359.

(85) BURGESS: *Government of distant territories. Politic. Na Political Science Quarterly*, v. XIV, pag. 10.

(86) BURGESS: *Ibid.* — LAFERRIERE: *Op. cit.*, pags. 16-17.

(87) BURGESS: *Op. cit.*, pag. 12.

(88) BURGESS: *The relation of the constitution of the United States to newly acquired territory. Na Polit. Science Quart.*, v. XV (1900), pag. 382).

(89) "The governmental principles or the politics for the guidance of statesmen that have been deduced from this decision may be summarised as follows..." WOODBURN: *The Amer. Rep.*, pag. 386.

(90) *Ibid.* E' o proprio WOODBURN quem sublinha a palavra *politics*.

Unidos, que a elles se não estende *ex proprio vigore*, mas tão sómente por deliberação da legislatura nacional. De modo que os habitantes dessas possessões, incorporadas pela conquista no dominio do paiz, são meros subditos, não cidadãos americanos, e o sólo, que comsigo trazem, não entra na communhão das garantias constitucionaes, senão por acto discricionario do congresso federal (91).

Aqui está como a Côrte Suprema, na metrópole das republicas americanas, precisou o estado juridico dessas aquisições territoriaes. E' todo um codigo *politico* especial, alheio á Constituição de 1787, instituido fóra desta, a titulo justamente de que ella não se pactuou senão para "o povo dos Estados Unidos" (92), cabendo ao Congresso o poder absoluto de outorgar ou recusar ás regiões annexadas o beneficio do regimen constitucional, e submettel-as a um systema particular de impostos (93). "Concordemos, ou não, com estas noções", diz o professor ROWE, "o certo é que ellas firmam a norma definida e clara, por onde se hão de reger *os orgams politicos do governo* quanto á sua attitúde para com os territorios recém-adquiridos" (94).

#### MUNSTERBERG

O professor allemão MUNSTERBERG, da universidade americana de Harvard, num livro recente, cheio de experiencia e profundo espirito de observação, acerca dos Estados Unidos, illustra com a lição do caso da *Income Tax* em 1894 e a dos *Insular Cases* (95) em 1909 e 1901 a situação da Côrte Suprema e a sua alçada constitucional.

Vale a pena de lhe transcrever essas paginas, vivamente elucidativas da these que desenvolvemos :

(91) WOODBURN : *Ib.*, pags. 386-7. — CH. E. MAGOON : *Report on the legal status of the territory and inhabitants of the islands acquired by the United States during the war with Spain, considered with reference to the territorial boundaries, the Constitutions and laws of the United States. Submitted to Hon. ELIHU ROOT, secretary of war.* Washington, 1900.

(92) WOODBURN : *Op. cit.*, pag. 386.

(93) WOODBURN : *Op. cit.*, pag. 387. — HART : *Actual Government*, pags. 372-3. — LANDSON : *Op. cit.*, pags. 360-61. — ROWE : *Supreme Court and Insular Cases. Ann. of the Amer. Acad.*, set. 1901, pags. 60-61. — BEECKER : *Law and practice of the United States in the acquisition and government of dependent territories. Ann. of the Amer. Academy*, nov. 1900, pag. 76.

(94) *The Supreme Court and the Insular Cases*, pags. 60-61.

(95) Sobre as varias questões de politica constitucional resolvidas particularmente, em cada um dos *Casos Insulares*, pela Côrte Suprema, ver : J. LAFERRIÈRE : *Les Cas Insulaires*, pags. 11, 14-15, 16-17, 20-25. ROWE : *Op. cit.*, pag. 43-5, 47. BURGESS : *The decision of the Supr. Court in the Insul. Cases. Political Science Quartely*, v. XVI (1901), pags. 488, 492-4 e segs. WOODBURN : *Op. cit.*, pags. 87, 88, 385-7. EDWARD B. WHITNEY : *Another Philippine constitutional question*, na *Columbia Law Review*, v. I, 1901, pags. 33-49. PAUL FULLER : *Some constitutional questions suggested by recent acquisitions*, *ibid.*, pags. 108-119. C. F. RANDOLPH : *The Insular Cases, ibid.*, pags. 436-70. EDW. B. WHITNEY : *The Insular Decisions of November, 1901*, na *Columbia Law Review*, v. II, 1902, pags. 79-91.

“Muito mais importantes”, diz elle, “do que os pleitos onde a Côrte Suprema é a jurisdição de instancia final para os litigios federaes, são esses outros, nos quaes lhe cabe julgar em primeira e derradeira instancia, a saber, os que a Constituição assigna originaria e privativamente á Côrte Suprema. Taes vêm a ser, principalmente, as causas, em que é parte um Estado, ou a mesma União ; pois só á magistratura suprema compete liquidar as pendencias entre Estados, e sentenciar se as leis, estaduaes ou federaes, encontram a Constituição.

“Neste sentido a Côrte Suprema se acha acima (*is higher*), quer do Presidente, quer do do Congresso. Em decidindo ella que um tratado, concluido pelo poder executivo, ou uma lei, adoptada na legislatura, infringe a Constituição, annullado (*annulled*) está, para logo, o acto do Congresso, ou do Presidente. *Só um meio ha de contravir a uma decisão da Côrte Suprema* : oppor-lhe o voto de tres quartos do numero total dos Estados, isto é, *emendar a Constituição*. Disto alguns exemplos se nos deparam na historia dos Estados Unidos ; porém, virtualmente, as sentenças dos nove juizes da Côrte Suprema constituem a *mais alta lei do paiz* (*the highest law of the land*).

“A Côrte Suprema tem annullado (*annulled*) vinte e uma vezes deliberações do Congresso e leis estaduaes mais de duzentas vezes, por implicarem umas e outras com a Constituição. Muitas dessas têm sido questões *do mais alto alcance politico* (*of the highest political importance*), renhida e amargamente debatidas nas assembléas legislativas, em meio á excitação publica. Frequentemente succede que a nação inteira se divida no apreciar dessas controversias judiciais, e por vezes o julgado não vinga entre os nove juizes senão mediante ligeira maioria. Não obstante, muito ha que o paiz se submete sempre (*every time*) ao oraculo (*to the oracle*) da Côrte Suprema, tendo por definitivamente encerradas as contendias, sobre que ella se pronunciou.

“Não vão suppor que a Côrte Suprema se abalance a proferir veredictos judiciais de natureza abstracta, contrapondo o seu veto, quando o Congresso nacional ou as legislaturas estaduaes transgrirem a Constituição. De tal não se cogita, uma vez que, *theoricamente* (*theoretically*), a Côrte Suprema, parallela em situação ao Congresso, não lhe é superior, e, sobre tudo, no seu character de tribunal, não legisla. Não lhe cae na alçada a questão juridica, emquanto se lhe não offereça um caso concreto por decidir ; e a Côrte Suprema sempre se tem negado a firmar interpretações theoricas, não se antecipando nunca ao reclamo actual de uma demanda em juizo. Já no seculo dezoito o proprio WASHINGTON lhe não obteve resposta a uma questão de ordem geral. E, ainda em se suscitando effectivamente o pleito, a Côrte Suprema não estatue que certa e determinada lei é irrita e nenhuma : cifra-se a deslindar o caso occorrente, indicando os fundamentos juridicos, onde estriba a decisão. A se verificar então divergencia entre duas leis, o julgado, apoiando-se numa contra a outra, accentúa, applicadamente, os motivos da selecção.

Verdade seja que, desta sorte, nunca se sentenciava mais que um litigio ; mas desde então, graças ás normas do *common law* (96), a decisão proferida estabelece jurisprudencia, que leva ulteriormente, assim as justiças inferiores, como a propria Côrte Suprema, a conformar com o aresto os seus julgados. Exautorada assim (*superseded*), a lei da legislatura (*the legislative law*) vem a ficar praticamente *annullada* (*practically annulled*), tornando-se como *não existente* (*non existent*).

“Baste apontar duas decisões, de datas recentes, que interessaram a nação toda. Votara o Congresso, em 1894, uma lei orçamentaria, numa de cujas clausulas se gravavam todos os redditos de certa importancia em deante. Era a tributação especial dos ricos. Emquanto recaia sobre o rendimento do trabalho actual, não havia duvida que fosse válido o imposto. Duvidavam-lhe, porém, da constitucionalidade os legistas de Nova York, no tocante á contribuição que ia onerar os juro de titulos ou rendas constituidas, por determinar em termos expressos a Constituição que os impostos directos, estabelecidos a beneficio do paiz, se repartam pelos Estados, attendendo-se a que a somma total, incumbente a cada um, se proporcione entre todos segundo a população. No sentir dos juriscultos ouvidos pelos argentarios de Nova York, a hypothese caia sob esta clausula constitucional. A differença contra os ricos seria mui pesada nos Estados de população densa. Se a taxa se houvesse de graduar á população, os Estados pobres carregariam tambem com o seu contingente. Mas, distribuida por cabeças, a maxima parte do onus sobrecarregaria os millionarios, que se agrupam, em alguns Estados. Nada tinha que entender a Côrte Suprema no debate, emquanto se agitava theoreticamente. Veio, porém, afinal, um caso á prova, quando, estudado o assumpto pelos legisladores, certo cidadão recusou pagar o imposto sobre a renda, entregando a controversia á discrição da justiça.

“Sobre a materia dissidiam os primeiros advogados do paiz, e a propria Côrte Suprema estava dividida. Mas a maioria pendeu para o cidadão, que recusara o imposto, visto ser elle (97), a juizo

(96) “A feição mais caracteristica do *common law*, dominante em Inglaterra e nos Estados Unidos, consiste na estabilidade dos precedentes judiciaes, a saber, na autoridade attribuida aos casos julgados como regras de solução para os pleitos analogos, de emergencia ulterior. Não ha outro systema de jurisprudencia, onde se dê tal força aos arestos judicarios”. J. F. DILLON : *The law and jurisprudence of England and America* (Boston, 1895), pag. 173.

Ver *ibid.*, pags. 132, 229-32, 258, 285, 291 n. No mesmo sentido : HPOLAND : *The elements of Jurisprudence* (Oxford, 1906), pag. 64, n. 3 ; W. C. ROBINSON, *Elements of American Jurisprudence* (Boston, 1900), §§ 284-8 ; J. W. SALMOND : *Jurisprudence* (Lond., 1907), pags. 160-79 ; FR. POLLOCK and FR. MAITLAND, *The History of English Law*, v. I (Cambridge, 1898, pag. 183) ; BROOM : *Legal Maxims* (Philadelph., 1882), pags. 147-9.

(97) COOLEY : *A Treatise on the Law of Taxation*, Chicago, 1903, v. I, pag. 11.



desses magistrados, um imposto directo, e se lhe applicar, portanto, a previsão constitucional relativa a esse genero de tributos. Ante este julgado, *o governo abriu mão da taxa*, restituindo a importancia já arrecadada, *em vez de aguardar, de dez mil demandas semelhantes*, cujo resultado estava previsto, á reproducção da mesma sentença. Era, na essencia, o triumpho, sobre o Presidente e o Congresso, de um eminente advogado, hoje embaixador americano em Londres (98).

“Julgamento de mais porte ainda, *porque envolvia todo o futuro politico dos Estados Unidos (because it involved the whole political future of the United States)* foi o concernente ás possessões insulares. Por via do tratado com a Espanha caíra a ilha de Porto Rico na posse dos Estados Unidos, ficando sujeita, assim, ás leis deste paiz. Succedeu então que o Congresso creasse uma tarifa sobre certas mercadorias dalli importadas. Dois aspectos offerencia a situação. De um lado, preceito é da Constituição não se poderem instituir direitos aduaneiros de especie alguma entre os Estados componentes da União; pelo que, entrando Porto Rico a fazer parte desta, não seria licito aos outros membros della submeterem a uma tarifa de alfandega as importações daquella ilha. Por outro lado, assistindo ao Congresso, pela Constituição, o poder discricionario de estabelecer o regimen dos territorios pertencentes aos Estados Unidos, emquanto não investidos em direitos eguaes aos dos Estados, a essa ilha não se devia applicar immediatamente aquell’outra disposição constitucional. Nunca se suscitara semelhante questão, por isso que os territorios de aborígenes, as annexações mexicanas e bem assim a de Alaska não haviam sido tratados como o era agora Porto Rico. Até então dera o Congresso por coisa corrente que a Constituição se estendia a esses territorios. Ultimamente, porém, as tendencias imperialistas da politica americana creavam uma emergencia nova, cuja difficuldade cumpria desatar.

“Ainda aqui, bem está de ver, não se propoz a Côrte Suprema liquidar em theoria a questão, que abalara todo o paiz. O que a esta a chamou, foi a acção de *Downes vs. Bidwell*, simples litigio em que era autora uma casa commercial de Nova York e ré a alfandega desta capital. Caso as normas da Constituição vigorassem para todo o territorio, dominado pelos Estados Unidos, unconstitutional seria a tarifa legislada pelo Congresso. Mas, se ella rege tão sómente os Estados, cabendo ao Congresso plena soberania no resto do territorio americano, então a tarifa era constitucional. A Côrte Suprema decidiu por esta intelligencia, mediante cinco votos contra quatro, e a firma commercial houve de pagar a taxa. Mas, de envolta com o ponto de occasião, *ficou por uma vez assentado o princi-*

(98) Mr. JOSEPH CHOATE, depois embaixador americano, em 1907, na Segunda Conferencia da Paz, com quem alli nos achámos em antagonismo. Nas nossas *Cartas de Inglaterra* (pags. 357, 363-5), em 1895, tivemos occasião de fazer ampla justiça aos talentos desse grande orador forense e á sua victoria constitucional.



pio (*therewith the principle was decided for all time*), e, se amanhã os Estados Unidos senhoreassem terras asiaticas ou sul-americanas (99), *de antemão sabido estava que esses novos dominios não lograriam o beneficio da Constituição*, mas obedeceriam á autoridade do Congresso ; isto meramente *por haver Downes perdido a demanda contra o inspector d'alfandega Bidwell e sido obrigado a pagar seiscentos dollars de direitos sobre as suas laranjas*" (100).

### OS IMMENSOES PODERES LATENTES NA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS E NA SUA CORTE SUPREMA.

Um facto mais, e remataremos, nesta parte, a nossa documentação. Irá exposto, qual o relatava, em columna editorial, ha tres annos, o mais autorizado orgam da imprensa européa.

"Muitas sentenças de grande monta", dizia elle, "tem pronunciado, nos Estados Unidos, a Côte Suprema : poucas, porém, de mais vulto e consequencias mais amplas que a proferida recentemente no pleito *Lockner v. The State of New York*, declarando inconstitucional e nullo o acto da legislatura desse Estado, que limitava, nas padarias, o dia de trabalho a dez horas e o trabalho semanal a sessenta. Não invalida esse julgado a lei de Nova York por considerações a ella peculiares. Os fundamentos onde a maioria da Côte Suprema o assenta, alluem pela base toda e qualquer tentativa ulterior de restringir legislativamente o tempo de trabalho dos adultos... Verdade é que o accórdam foi adoptado por maio-

(99) "If the United States may govern Cuba, Porto Rico, and the Philip-pines as dependent colonies, denying to them any hope of admission as new States into the Union, then if it should by conquest or otherwise acquire the *South American* or other foreign States it could govern them in the same way". LONDON : *Op. cit.*, pag. 360.

(100) HUGO MUNSTERBERG : *The Americans*. Translated by. ED. B. HOLT. London, 1905, pags. 110-113.

Aos autores já citados sobre a questão levantada pelos *Casos Insulares* accrescente-se, ainda : WILLOUGHBY, *The American Constitutional System* (N. York, 1904), pag. 205 e segs., 239. Leiam-se, outrosim : LONDON, *op. cit.*, pags. 359-61 ; LOWDES : *The law of annexed territory as declared by the Supreme Court of the United States*, na *Politic. Science Quartely*, v. XI (1896), pags. 672-93 ; ERNEST FREUND *The control of dependencies through protectorates*, na *Pol. Sc. Quart.*, v. XIV, pags. 19-38, mas especialmente, os tres artigos de BURGESS, nessa mesma revista, v. XIV, pags. 1-18, v. XV, pags. 381-98, e v. XVI, pags. 486-504.

Ia-nos esquecendo o estudo, tambem interessante, de WALTER WHEELER COOK, egualmente na *Polit. Science Quartely*, v. XVI (1901), pags. 68-78, sob o titulo : *How may the Un. Statt. govern. the Philippine Islands?*

Quem não dispuzer da collecção official dos *United States Supreme Court Reports*, ou da *Lawyers' Edition*, para consultar na integra os debates e julgados sobre esses casos, encontrar-lhes-á os elementos capitaes no appendice á obra de CH. H. BUTLER, *The Treaty-Making Power of the Un. States* (N. York, 1902), v. I, pags. 461-585.

ria apenas de um voto, e que ha exemplos de reconsiderar 'o tribunal praticamente a doutrina dos seus julgados, buscando escogitar distincções entre os novos casos e os anteriormente decididos. Ha de ser difficil, porém, nesta especie evitar o aresto firmado pela maioria.

“Mas, para avaliar em toda a sua plenitude a importancia de uma decisão tal, releva considerar que não existe, praticamente, hypothese de uma reforma constitucional com o intuito de tornar válida a legislação naquelle sentido. Ha mais de trinta annos que a Constituição não passa por emenda. Outros tantos poderão correr ainda, sem que soffra mudança. Era uma lei de Estado a que o tribunal julgou ; mas o raciocinio do juiz prolator do julgamento em nome da maioria frisa igualmente qualquer lei analoga do Congresso. Em presença desta decisão se avaliam, tanto quando ainda não houve talvez outra occasião de se avaliarem, *os immensos poderes latentes na Constituição dos Estados Unidos e no tribunal a quem incumbe pol-os em acção*” (101).

A que immensa distancia do “direito privado” não se alongam essas decisões, que ora balizam as faculdades tributarias da legislatura, golpeando a politica orçamentaria do governo, ora traçam as raias e normas á expansão colonial do paiz, ora atalham e desengnam as mais caras e generalizadas reivindicações das maiorias operarias e dos partidos socialistas?

#### O PAPEL DA CORTE SUPREMA ENTRE A UNIÃO E OS ESTADOS ENTRE SI

Para sentir a immensidade do erro, que apouca os poderes do Supremo Tribunal, reduzindo-o ao “direito privado”, basta notar, por outra parte, que a sua autoridade constitucional, definida, como se acha, pela jurisprudencia americana, se estende ainda, segundo articulámos na réplica (102), a

“manter a paz no seio da federação e a sua integridade, confiando-se a um organ não politico do regimen o resolver as questões entre a União, e os Estados, ou entre elles uns com os outros, proteger assim estes contra aquella, bem como aquella contra estes, definir-lhes, em summa, as competencias respectivas, no caracter e com os poderes de verdadeiro arbitro constitucional, que a jurisprudencia das instituições americanas tornou indisputaveis”.

(101) “... In presence of this decision we realise, as perhaps never before was realized, *the immense latent powers of the Constitution of the United States and of the Court which can call them into operation*”. *The Times, weekly edition*, 12 maio 1905, pag. 298.

(102) Art. 70. Pags. 136-7 do impresso.

Em arrimo desta proposição poderíamos trazer para aqui todos os constitucionalistas americanos, bem assim os europeus acolhidos entre aquelles por mestres. Todos elles nos ensinam que a Côrte Suprema, "o mais nobre producto dos que elaboram a constituição federal", é quem

*"mantem todo o seu mecanismo em boa ordem, protegendo a União contra os Estados e cada uma das partes do governo federal contra qualquer attentado das outras"* (103).

A linguagem categorica, porém, de alguns dos mais autorizados bastará, para dar a ver o sentir de todos os demais sobre "as altas funcções dessa magistratura como *arbitro entre o governo federal e os dos Estados*, bem assim *entre os diferentes ramos do governo nacional*" (104).

Sendo a combinação do regimen americano, diz LANDON, "um aggregado de governos, coextensivos e, comtudo, independentes nas suas funcções, cada um dos seus elementos, dado que theoreticamente limitado e definido, poderia, não sendo habilmente dirigido, entrar em collisão com os outros. O bom exito, pois, do plano requeria a existencia de um tribunal supremo, para verificar e declarar o direito em vigor, nas lides controversas entre pleiteantes, visto ser provavel *que cada um desses governos, ao estatuir as suas leis, usurpasse a jurisdição dos mais*, violando os preceitos fundamentaes da Constituição. Donde a organização, que a justiça recebeu nos Estados Unidos" (105).

Note-se como alli se avalia o alcance incomparavelmente politico desta situação para o grande orgam da justiça federal :

*"O mais poderoso dos freios no preservar, não só as relações regulares entre o poder federal e os poderes dos Estados, mas ainda entre os proprios ramos do poder federal, tem consistido, indubitavelmente, na Côrte Suprema. Ella tem sido a roda mestra (the balance wheel) no mecanismo da republica. A Constituição, no exercicio da sua supremacia a respeito de todos esses poderes, a todos lhes poz limites, e o instrumento para dar realidade a esta limitação tem sido a Côrte Suprema, como interprete do direito constitucional"* (106).

(103) "The Federal Supreme Court is the noblest product of the wisdom of those who framed the Federal Constitution. It keeps the whole machine in working order, protecting the Union against the States and each part of the Federal Government against the aggressions of the others". JAMES BRYCE: *Studies in history and jurisprudence* (Oxford. 1901), v. I, pag. 399.

(104) "Its high functions as arbitrator between the Federal and State governments and between the branches of the national government". WILLOUGHBY: *The Supreme Courts of the United States* (Baltimore, 1890), pag. 83.

(105) JUDSON LANDON: *Op. cit.*, pag. 297.

(106) WILLOUGHBY: *Op. cit.*, pag. 33.

Esta missão de fiel da balança constitucional entre os varios governos, de que se tece a União, se exerce, ora protegendo os Estados uns contra os outros, ora defendendo os Estados contra a União, ora, enfim, resguardando a União contra os Estados.

Consideremos nas tres hypotheses cada uma de per si.

Quando a Constituição dos Estados Unidos consagrou, no seu art. III, secç. 2.<sup>a</sup>, claus. 1.<sup>a</sup> (107), o principio, reproduzido na do Brasil, art. 50, I, c (108), de que a competencia da justiça federal abrange as questões entre Estados, "o grande intuito, com que se incluiu na competencia da justiça esta especie de processos", observa um dos expositores americanos, que se têm occupado especialmente com a jurisdição e a praxe das justiças federaes naquella paiz, "*foi guardar a paz e a integridade da União, assegurando o julgamento pelos tribunaes nacionaes de toda e qualquer questão, entre os Estados, susceptivel de se traduzir em pleito judicial*" (109).

Nem sempre essas questões giram no circulo dos pleitos essencialmente civis, como quando se trata pura e simplesmente de interesses patrimoniaes, execução de contractos, manutenção do territorio ou defesa da propriedade. As mais das vezes são conflictos economicos, financeiros, ou politicos entre os governos ou os congressos estaduaes, actos administrativos dos governadores, ou medidas legislativas dos parlamentos, adoptados em contravenção de leis essenciaes á coexistencia equilibrada e pacifica dos Estados no seio da União. Em se infringindo, por excessos de um delles, essas garantias tutelares da egualdade e harmonia entre todos os Estados, chamada a intervir pela emergencia de um pleito, que suscite judicialmente o problema constitucional, a Côrte Suprema assume sem vacillação o seu papel, e restabelece entre os membros da federação a ordem normal do systema.

Numa das sentenças assinaladas com o cunho da sua alta superioridade, o grande juiz TANEY poz em relevo esta attribuição, reconhecida á justiça federal, de manter entre os Estados e a União o mesmo equilibrio constitucional que de uns para com os outros Estados. "O poder judiciario", diz elle nesse aresto, "*foi havido, com razão, por indispensavel, não sómente para assegurar a supremacia das leis dos Estados Unidos, mas tambem para abrigar os Estados de qualquer invasão nos seus direitos pelo governo geral*" (110).

Por isto os constitucionalistas americanos enumeram sempre dois fins supremos á vocação constitucional dessa magistratura,

(107) "The judicial power shall extend... to controversies between two or more States".

(108) "Ao Supremo Tribunal Federal compete :

"Processar e julgar originaria e privativamente :

"As causas e conflictos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros".

(109) CURTIS : *Jurisdiction, practice and peculiar jurisprudence of the courts of the United States*, § 60, pag. 60.

(110) *Ableman v. Booth*, 21 Howard 506. (Lawyers' Ed., 16, 175).

que se tem a seu cargo "a protecção do governo geral contra as usurpações das legislaturas dos Estados", não está menos obrigada a defender contra a União "os Estados nos direitos *dos seus governos*" (111).

Advirta-se que é das *prerogativas dos governos* dos Estados que se trata, e que são estas prerogativas politicas as que encontram guarida nos actos da Côrte Suprema contra as incursões do poder federal. Neste sentido, entre muitos outros, poderíamos indicar o julgamento dos *Slaughter House Cases*, onde aquelle tribunal "cuidadosamente protegeu os direitos dos Estados contra attentados do Congresso" (112).

Mas é sobre tudo na sua tenaz resistencia pelo espirito de nacionalidade contra o movimento dispersivo das tendencias autonomistas, isto é, na consolidação do poder federal contra as reivindicações exorbitantes dos Estados, que se destaca admiravelmente a grandeza e influencia providencial da Côrte Suprema.

Para lhe calcular de longe as proporções verdadeiramente gigantescas, aqui nos bastará o resumo da sua obra durante os annos da carreira judiciaria de MARSHALL, traçada por um mestre no assumpto :

"Elle com os seus collegas haviam aquilatado muitas das mais importantes attribuições do Congresso ; haviam assentado e sustentado a supremacia da União, o seu direito á prioridade nos concursos de credores, o seu jus a incorporar e manter bancos nacionaes, a decretar o embargo geral e indefinido (113) ; as suas faculdades em materia de impostos ; a de exercer a preempção com respeito ás terras de indios ; a de dispor da milicia dos Estados ; a de promover melhoramentos internos ; a de regular o commercio com o estrangeiro e entre os Estados ; a de estabelecer normas uniformes de naturalização e leis uniformes sobre fallencia. Havião dilucidado uma vasta somma de poderes implicitos, filiando-os nos poderes expressos do Congresso, posto em effeito as restricções constitucionaes aos poderes

(111) "The double purpose to be subserved by the erection of a federal judiciary wa to be, the preservation of the States *in their rights of government*, as well as the protection of the general government against legislative encroachments on the part of the State legislatures". WILLOUGHBY : *The Supreme Court*, pag 44.

(112) ASHLEY : *The American Federal State*, pag. 173, n. 213.

(113) Medida de guerra, em 1897, prohibindo a saida, indefinidamente, a qualquer navio dos portos dos Estados Unidos. CURTIS : *Constit. Hist. of the Un. States*, v. II, pag. 7. — VON HOLST : *Constitution Hirst, of the Unit. States, translated by LALOR and MASON*, vol. I (Chicago, 1892), pags. 201-224. Essa providencia foi combatida pelos adversarios do governo, sustentando estes que "um embargo illimitado era o aniquilamento do commercio, coisa não prevista pela Constituição, quando commetteu ao Congresso a attribuição de o regular". *Ib.*, pag. 204. STORY via no embargo um recurso, "que toca o extremo limite dos poderes estabelecidos por interpretação constitucional". *Life and letters of J. STORY*, I, pags. 185, 186. Apud VON HOLST, I, pag. 204, n. 1. — THORPE : *Constit. History*, II, 356, 357. — STORY : *Commentaries*, II, § § 1289-1294.

Essa medida se repetiu em 1812 e 1813. VON HOLST, I, pags. 231, 234, 253-A.

dos Estados, varrido pretensões destes a emittir moeda fiduciaria, a votar medidas retroactivas, a legislar contra direitos adquiridos por contractos, a dominar ou empecer o exercicio dos poderes federaes, a tributar serviços nacionaes, a exercer autoridade sobre territorios cedidos, a embaraçar o commercio, a desobedecer a decisões dos tribunaes federaes. Haviam affrontado o sobrecenho de JEFFERSON e JACKSON, vencendo-os pelo vigor de uma logica irresistivel. Haviam submettido os funcionarios do poder executivo á acção do poder judiciario, e feito em pó as tentativas do Congresso de supplantar a Constituição. Haviam definido a jurisdição dos tribunaes federaes, sustentando contra a mais tésta resistencia de Estados soberanos o direito da Côte Suprema a rever as sentenças dos tribunaes estaduais, quando contrarias a direitos afiançados na Constituição. Haviam entendido em todas as altas questões de direito internacional, que surgiram da guerra de 1862. Haviam alargado a jurisdição aos tribunaes federaes de districto nas questões maritimas e de almirantado, bem como nas de prezas, e estendido a applicação dos principios de direito commercial" (114).

Com o advento de MARSHALL á presidencia da Côte Suprema "estavam contadas as horas do *provincialismo*" (115), isto é, do movimento centrifugo na vida constitucional dos Estados Unidos. "Sob as decisões do grande *Chief Justice*" ia assentar-se "a gloria e a força da nação" (116). Mas foi na metade terminal da sua carreira, de 1816 a 1835, que "se pelejou e venceu a batalha decisiva pela soberania nacional" (117).

Na phase anterior a MARSHALL, porém, na primeira época da Côte Suprema, entre 1790 e 1815, já sobresaia em traços capitaes a acção incomparavel e decisiva, que a sua posição constitucional lhe reservava na formação do caracter do governo americano, no desenvolvimento da sua cohesão, na eliminação progressiva das tendencias dissolventes, que o particularismo estadual alimentava (118). "A importancia real da Côte Suprema", diz o juiz COOLEY, "nunca se mostrou maior do que no seu começo. Os magistrados, que a compuzeram antes de MARSHALL, têm direito a se lhes reconhecer que o seu trabalho foi de um valor incalculavel para as instituições representativas no mundo inteiro. Elles reivindicaram o caracter nacional da Constituição, affirmaram e mantiveram o principio da autoridade nacional, descobriram aos estadistas e juristas vindoiros o verdadeiro caminho da interpretação constitucional, ao mesmo passo que, no concernente ás questões meramente estaduais, asseguraram aos Estados, para as resolverem definitivamente, direito

(114) HAMPTON L. CARSON: *The Supreme Court of the United States: its history* (Philad., 1892), v. I, pages. 284-5.

(115) *Ib.*, pag. 195.

(116) *Ibid.*

(117) *Ib.*, pag. 242.

(118) *Ib.*, pag. 194.

egual ao pretendido para a União a respeito das questões nacionaes" (119).

A ascensão do espirito nacionalista culminou, entretanto, no tribunal sob a magistratura de MARSHALL. Em 1838 quasi todos os Estados da União haviam passado successivamente pelo auditorio do grande tribunal, e os democratas enumeravam então, qualificando-as de raios politicos (*political fulminations*), cerca de quarenta dessas decisões, inspiradas no pensamento dominante da soberania da nacionalidade sobre os Estados (120). Em contraste com o principio jeffersoniano, que durante mais de meio seculo prevaleceu na esphera da administração e da legislatura (121), "não se póde exaggerar a influencia da acção da Côrte Suprema no desenvolvimento dos poderes do governo nacional" (122). "O resultado geral desses julgados nas relações dos Estados com a nação, e bem assim na extensão das prerogativas do Congresso, foi quasi inestimavel" (123).

De 1837 até á declaração da luta separatista em 1861 a Côrte Suprema obrou "antes empecendo que animando a expansão do espirito de nacionalidade". (124) Mas, aberta a guerra fratricida, o mesmo tribunal, que, á vespera della, tanto contribuiu para o seu rompimento com a infeliz decisão do caso *Dred Scott*, "sustentou, sem hesitar, os poderes do governo nacional contra a revolução" (125). Esse movimento proseguiu no periodo subsequente, de 1870 a 1890, quando a Suprema Côrte inteirou um seculo de existencia, periodo assignalado, na jurisprudencia daquella magistratura, "por uma enorme expansão da autoridade nacional" (126). A expressão naquelle tempo alli dada ao direito constitucional do paiz "alargou a competencia da União além dos limites concebidos por muitos dos antigos estadistas americanos ainda na escola da interpretação ampla" (127).

Os proprios constitucionalistas americanos fallam por vezes com espanto da extensão, a que dest'arte se tem dilatado a alçada soberana daquelle tribunal. Com orgulho notam que "os poderes da Côrte Suprema não encontram paralelo, ou sequer termo de comparação que se lhe approxime, na historia de nenhum outro corpo

(119) THOMAS M. COOLEY: *The Federal Supreme Court: its place in the American Constitutional System*. No vol. *Constitutional History of the United States as seen in the development of american law* (N. York, 1899), pag. 52.

(120) Ver as palavras da *Democratic Review*, em janeiro de 1838, apud JOHNSTON, *op. cit.*, v. I, pags. 277-8.

(121) LANDON: *Op. cit.*, pags. 166-7.

(122) ASHLEY: *The American Federal State*, pags. 138-9.

(123) Pags. 175, 338-9.

(124) JOHNSTON: *Op. cit.*, pag. 278.

(125) *Ibidem*.

(126) "... an epoch full of interesting developments of power, the most important political and moral achievements, marked by an enormous expansion of National authority. CARSON: *Op. cit.*, II, pag. 440.

(127) THORPE: *The Const. Hist.* vol. III, pag. 530.

judiciario até hoje existente. A imaginação de um jurista de outros tempos mal se poderia dar á idéa de uma justiça com bastante poder para apagar de um traço actos legislativos, não só de grandes Estados como o de Nova York, igual em população e opulencia, quando menos, a um reino de segunda ordem, senão até da que é presentemente a mais poderosa republica, e bem cedo ha de vir a ser a nação mais poderosa do mundo" (128).

O litigio minaz suscitado no começo do seculo dezenove por JEFFERSON e pela escola virginiana, entre a soberania da União e a dos Estados, depois de haver posto em risco durante mais de um lustro, na pavorosa guerra civil, a integridade e a existencia nacional, acabou expirando para sempre, "graças ao haver-se elevado a Côrte Suprema á posição de arbitro acceito e equanime na causa constitucional, outr'óra pendente, sobre as extremas entre os poderes dos Estados e os da Nação" (129).

A este respeito "grandes controversias se tem suscitado sobre taes assumptos, e em condições taes, que aos autores da constituição era impossível prever. Como se teriam elles pronunciado, no caso de lhes perguntarem se uma lei estadual sobre a transmissão ou a tributação de telegrammas entre o Kansas e o Nevada era inconstitucional como invasiva da attribuição, conferida ao Congresso, de regular o commercio entre os Estados?" (130).

Por evidente alli se tem que, "se o poder federal não chega a ser de todo em todo irresponsavel, é porque lhe serve de contrapezo a justiça federal, balancim de todo o systema. Os juizes federaes teem nas suas mãos o destino dos poderes dos Estados. Só a sua autoridade pode empunhar com firmeza as rédeas, que devem cohibir o Congresso" (131).

Tanto quanto nas questões de uns com outros Estados, ou entre estes e a União, em todas as outras e, portanto, nas que se debaterem, entre os proprios poderes federaes, sobre as reciprocas extremas, quando taes questões se suscitem de modo regular, sob a fórma de pleitos judiciaes, a linha divisoria entre esses poderes, entre os differentes Estados, ou entre elles e a Federação, que a fixa em derradeira instancia, é a Côrte Suprema.

Toda a jurisprudencia americana lhe reconhece, nesses litigios supremos, a condição de arbitro: "its high functions as arbitrator between the Federal and State governments and between the branches of the national government" (132).

(128) JOHNSTON: *Op. cit.*, pag. 280.

(129) JAM. ALB. WOODBURN: *The American Republic and its government* (1903), pag. 327.

(130) LANDON: *Op. cit.*, pag. 273.

(131) WOODROW WILSON: *Congressional Government* (Boston, 1885), pag. 34. Na trad. franc. (Paris, 1900), pag. 40.

(132) THAYER: *The American Doctrine of Constitut. Law. Harvard Law Review*, v. VII (1893), pag. 184.



Segundo a concepção americana, que é a nossa, á “função judiciaria cabe demarcar a legitima fronteira da acção legislativa, a linha além da qual o poder tributario, o de desapropriação (*eminent domain*), o poder legislativo não podem ir, sem quebrantar as disposições prohibitivas das Constituições, ou transpor as raiaes do que ella autoriza” (133).

Ora, esta função realmente “augusta”, assim lhe chamam escriptores americanos (134), como a que, em ultima analyse, mais intimamente toca á soberania, e desta na essencia, mais realmente participa, visto ser a que envolve a protecção do direito constitucional contra os proprios representantes do povo (135), e constitue o baluarte deste contra as demasias da sua propria vontade (136), tem o seu orgam de expressão terminal nos nove juizes de Washington. Na sua dignidade incomparavel de “voz viva da Constituição”, qual o acclama alli a linguagem do seus expositores, a autoridade arbitral delle não tem recurso (137).

DICEY precisou com energia esta situação de uma judicatura, “cujas decisões não soffrem appello”; e, como lhe cabe a ella, “com a faculdade, o munus de estabelecer os limites, assim á autoridade do governo, como a de legislatura”, definiu vigorosamente esse poder em termos que nelle encarnam o imperio e a sorte da Constituição, dizendo que a magistratura suprema, nos Estados Unidos, “IS THE MASTER OF THE CONSTITUTION” (138).

Ha, sem duvida, freios a esta supremacia arbitral, que, de certo, não confere á Côrte Suprema os foros de SOBERANA DA CONSTITUI-

(133) WILLOUGHBY: *The Supr. Court*, pag. 83.

(134) “This august right”. HANNIS TAYLOR: *Jurisdiction and procedure of the Supreme Court of the United States* (Rochester, 1905), pref., pag. x.

(135) “It was reserved for the American Constitution to extend the judicial protection of personal right, not only against the rulers of the people, but against the representatives of the people”. ED. J. PHELPS: *The Supreme Court and the Sovereignty of the People*, Apud CARSON, *op. cit.*, v. II, pag. 691.

(136) “Having its origin in the sovereignty of the people, it is the bulwark of the people against their own unadvised actions, their own unrestricted will”. *Ib.*, pag. 694. — FREDERICK POLLOCK: *The Supreme Court of the United States*. *The Law Quarterly Review*, v. VIII, 1892 (London), pag. 163-4.

(137) “The ultimate arbiter”. THAYER: *Op. cit.*, pag. 152. “It has been often decided that the Supreme Court is the final arbiter of the meaning of the Constitution”. SAM. FREEM. MILLER: *Lectures on the Constitution* (N. York, 1891), pag. 98, n. CABOT LODGE: *George Washington*, v. II, pag. 971.

(138). “The Bench, therefore, can and must determine the limits to the authority both of the government and of the legislature; their decision is without appeal; the consequence follows that the Bench of judges is not only the guardian BUT ALSO THE MASTER OF THE CONSTITUTION”. A. V. DICEY: *Lectures introductory to the law of the Constitution* (Lond., 1885), pag. 161.

Na edição francesa, completada pelo autor, o texto reza: “Il en résulte que les juges sont non seulement les gardiens mais LES MAITRES DE LA CONSTITUTION”, *Introduction a l'étude du droit constitutionnal* (Paris, 1902), pag. 1505.

ção" (139). Mas esses freios, dos quaes o unico praticamente real tem sido o respeito da opinião publica, não tolhem que a constituição americana, ora em vigor, seja, em grande parte, obra pretoriana da magistratura federal, especialmente da Côrte Suprema. "A Constituição, tal qual presentemente existe", dizia, ainda ha pouco, o professor ALLEN SMITH, "é, em larga escala, obra da Suprema Côrte. Este tribunal é quem a tem moldado e desenvolvido, imprimindo-lhe, mediante a interpretação que lhe dá, o seu espirito e character actuaes" (140).

### A CORTE SUPREMA E' A ELABORADORA DA CONSTITUIÇÃO

Já o professor TIEDEMANN, da universidade do Missouri, escrevia, ha dezoito annos: "Razão tinha JEFFERSON em dizer que JOHN MARSHALL e a Suprema Côrte andavam labutando na tarefa de elaborar a constituição do nosso governo (*in making a constitution of the government*). De então a esta parte continuou a Côrte Suprema a crear o nosso direito constitucional (*has continued to make constitutional law*). Verdade é que aos jurisperitos lhes convem admittir, na praxe, a ficção de que o magistrado não faz a lei, simplesmente declara a lei preexistente; mas quem quer que com critica estude a sciencia politica, ha-de rejeitar essa noção, reconhecendo o facto inquestionavel de que os tribunaes elaboram regras nunca dantes enunciadas, as quaes muitas vezes contendem irreconciliavelmente com os principios fundamentaes de outr'ora (*principles never before enunciated, and which in many cases conflict hopelessly with the fundamental principles of the past*)" (141).

(139) Consistem elles no receio da opinião publica, no risco da accusação parlamentar (*impeachment*) e no arbitrio, reconhecido ao Congresso, de alterar o numero dos membros da Côrte Suprema, freios estes dos quaes o ultimo não existe entre nós, onde a constituição do paiz, art. 56, fixou em quinze membros a composição do Supremo Tribunal Federal. Leia-se a tal respeito a nota de DICEY á traducção franceza deste seu livro, pags. 155-56.

Mas o primeiro desses freios opera até no seio dos governos absolutos, e dos outros dois nunca se utilizou o governo americano, para demover a Côrte Suprema do seu voto em questões perante ella debatidas.

(140) "... The Constitution as it exists to-day is largely the work of the Supreme Court..." *The Spirit of American Government*, pag. 102.

(141) CHRISTOPH. G. TIEDEMAN: *The unwritten constitution of the United States*, pag. 44.

Na evolução dessa autoridade, exercida aliás pelo grande tribunal americano como guarda supremo da Constituição, mais de uma vez lhe tem acontecido a elle sair dos principios expressos desta, para annullar actos legislativos, a titulo de contrarios simplesmente "á natureza do governo livre e republicano". STORY, advertindo que a questão a tal respeito era muito discutida, consigna que, "segundo a opinião geral, corroborada por uma forte corrente de arestos judiciais", certos direitos individuaes se reputavam abrigados do arbitrio legislativo e commettidos á vigilancia da justiça, embora não reconhecidos no texto constitucional. *Commentaries*, II, § 1399.

Nesta evolução judiciaria do direito constitucional, graças a cuja autoridade, continuamente creadora, a obra organica dos patriarchas de 1787 se tem adaptado até hoje á maravilhosa expansão dos Estados Unidos, reside a origem principal dessa a que chamamos *constituição consuetudinaria*, a *constituição não escripta*, "*the unwritten constitution*" (na locução já consagrada), cuja importancia, crescente sempre, attrae cada vez mais a attenção dos pensadores politicos americanos.

"Flexivel, como é", diz um publicista inglez, examinando este assumpto, "a constituição não escripta dos Estados Unidos promete vir a ser maior que a escripta, cujo destino parece tender a reservá-lhe, afinal, para com o direito constitucional no seu todo, situação analogá á das partes escriptas da constituição britannica, taes como a Magna Carta, a Petição de Direitos, o Acto do Habeas Corpus, o Bill dos Direitos e o *Act of Settlement*. A America é, por excellencia, um paiz regido pela magistratura (*a judge-governed country*). Não ha nenhum outro, no mundo, onde seja comparavel ao dos juizes americanos o poder dos tribunaes de justiça. A expressão corrente de "predominio judiciario" (*judicial ruling*) tem allí um significado mui literal" (142).

Entre os juristas americanos corre como paremia que *a lei é o que a faz a interpretação judicial*. "*A statute is what it is judicially interpreted to be*", dizia WEBSTER, em 1883, no seu famoso discurso de resposta a CALHOUN (143). Allí, "ao passo que á legislatura cabe unicamente determinar qual *ha-de ser* a lei, á competencia privativa dos tribunaes pertence decidir qual a lei *é*, ou *tem sido*" (144). Donde resulta que os julgados da Côrte Suprema constituem verdadeiramente "a suprema lei do PAIZ" (145).

---

A esses factos se refere o professor ALLEN SMITH, dizendo: "The courts not only claim to be the final arbiters of all constitutional questions, but have gone much farther than this and asserted their right to annul legislative acts not in conflict with any constitutional provision..." *The Spirit of American Government*, pags. 105-6. Outrosim, a pags. 321-5.

O mesmo processo de *expansão judiciaria* se observa em algumas decisões, como a de 1871 sobre o curso forçado (*Legal Tender Cases*), que "professam assentar certos poderes legislativos na soberania inherente ao governo nacional". A questão de saber a extensão da idéa de soberania envolve a sciencia politica pelo menos no mesmo gráo que as noções de legalidade, sendo susceptivel, pois, de se espraiar em campo inteiramente alheio ao da lei. E' BRYCE quem, a este proposito, o observa. *American Commonwealth*, ed. de 1888, v. I, pag. 505.

(142) BECKLES WILSON: *The New America* (1903), pag. 55. Acrescenta este escriptor: "Chief Justice MARSHALL, in 1803, declared that the written constitution was supreme... But since MARSHALL's time the written constitution has been steadily losing force. It has been repeatedly amended by decisions of the Supreme Court, which have often overruled previous judgements". *Ibidem*.

(143) *The Works of Daniel Webster*, v. III (Boston, 1851), pag. 483.

(144) ORDONNAUX: *Constitutional legislation in the United States* (Philadelphia, 1891), pag. 417.

(145) "These decisions, being the supreme law of the land, carry with them the emphasis of a command to be applied to all analogical cases wherever possible". *Ib.*, pag. 416.

Ora acontece que, em materias juridica e politicamente da mais alta gravidade, a jurisprudencia de taes decisões tem variado, talvez a brevissimo trecho, entre extremos oppostos. Assim a respeito do curso forçado (*Legal Tender Cases*). Assim com relação ao imposto sobre a renda (*Income Tax Cases*). Assim no tocante á applicação do direito constitucional ás possessões americanas. (*Insular Cases*) (146).

Quanto ao curso forçado, uma decisão de 1869 (147) declarou inconstitucional a lei, que, em 1762, o estabelecera como providencia de guerra ; outra decisão de 1871, reformando a anterior, legitimou, como recurso de guerra, essa medida, qualificando-a, nesses limites, de constitucional (148) ; terceira decisão, enfim, em 1883, lhe ampliou a constitucionalidade, como exercicio incontestavel das attribuições do Congresso ainda em tempo de paz (149). Na segunda questão a primeira sentença, de 1895, sustentava a constitucionalidade da *income tax*, estabelecida em 1894 (150), entretanto que a segunda, proferida ainda em 1895, declarou inconstitucional o novo tributo (151). Sobre o terceiro ponto, enfim, a theoria da Côte Suprema, em 1856, negava ao governo dos Estados Unidos, como "inconstitucional e incompativel com a fórma do seu systema republicano", o direito de possuir colonias (152). Mas as decisões de 1901, nos *casos insulares*, firmaram doutrina radicalmente diversa, dando a mais ampla confirmação judiciaria á expansão colonial encetada pelo governo americano (153).

Esse interprete, pois, a cuja palavra se ha-de manter ou cair toda a legislação (154), póde, nos seus oraculos mais graves, oscillar

(146) BECKLES WILSON : *Op. cit.*, pags. 55-9.

(147) *Hepburn v. Griswold*, 75 Un. Stat., 8 Wall. 603. *Lawyers' Ed.* 19, 513.

(148) *Knox v. Lee*. 79 U. S., 12 Wall. 457. *Law. Ed.* 20. 287.

(149) *Juilliard v. Greenman*. 110 U. S. 421. *Law. Ed.* 28 : 204, THORPE : *Op. cit.*, III, pags. 530-34. — CARSON : *Op. Cit.*, II, pags. 443, 451, 502. — BRYCE : *American Commonwealth*, I, pags. 359-60.

(150) *Pollock v. Farmer's Loan & T. Co.* 158. U. S. 601. *L. ed.* 39:759, 1. 180.

(151) *Hyde v. Continental Trust Co.* 158. U. S. 601 *Law ed.*, 39: 821, 845 — THORPE : *Op. cit.*, III, pags. 545-9.

(152) Ver o texto do julgamento, exarado no livro de BECKLES WILSON, pag. 57. Não indica o pleito, em que se pronunciou ; de modo que o não podemos verificar.

(153) Dos *Insular Cases* já mais de espaço nos occupamos. V. *supra*, n. 18.

(154) "By the word of the Supreme Court must *all legislation stand or fall, so long as law is respected*". WOODROW WILSON : *Congressional Government*, pag. 34.

"At the present time, *it can hardly be even the subject of discussion, that, no matter what individual news or consciencitons scruples any officer of the Government, administrative or judicial, may have, he must subordinate them, in the performance of his duties, to the decisions of the judicial department of the Government, and he can only fulfill the obligation of his oath to support the Cons-*

de polo a polo. Mas, embora envolvam, como nas especies que acabamos de perulstrar, as attribuições cardeaes do governo, são sempre elles os que estabelecem a expressão authentica da lei, e a elles se têm de inclinar os orgams politicos da Constituição, nos casos resolvidos pelo ultimo tribunal do paiz (155). Porque, no regimen, esse tribunal, emquanto guarda e expositor da Constituição, tem precedencia á propria legislatura. Os juristas americanos citam, a este proposito, com admiração da sua sagacidade (156), as palavras do bispo HOADLEY ha dois seculos, adoptadas agora pelo juiz HOLMES e pelo professor THAYER: "Aquelle, que tem a autoridade absoluta de interpretar a lei, esse é, verdadeiramente, o legislador" (157).

---

titution of the United States, by doing so in accordance with the lines which have been established by the Federal Courts of last resort". BUTLER: *The treatymaking power of the United States*, § 321, v. II, pags. 4-5.

Ver, outrosim, MILLER, *op. cit.*, pags. 99, 140.

(155) "The problem was to make the legislative power, wether exercised by popular or parliamentary vote, subject to some superior authority, and still leave it free to represent the public will. The American solution is through the judiciary..." BALDWIN: *Modern polit. instit.*, pag. 30.

But it is not till another century that we find the judiciary recognised as the guardians of the Constitution, and, as such, the superior of the legislature". *Ib.*, pag. 258.

Ver, entretanto, o *Federalist*, n. 78 (Hamilton), ed. Cabot Lodge, pag. 486, ed. FORD, pag. 521-2, e LANDON, *op. cit.*, pag. 297.

Theoricamente, em verdade, não existe superioridade tal do poder judiciario ao legislativo. A attribuição, conferida áquelle, de negar validade aos actos institucionaes da legislatura não presuppõe senão "que o poder do povo é superior a esses dois". (*Federalist, ibid.*) Mas, na realidade, se os tribunaes é que devem "conter a legislatura nos limites assignados á sua autoridade" (*ibid.*), se estes limites se verificam pela Constituição, se o interprete profissional da Constituição é o judiciario, se das suas decisões a este respeito não ha remissão para outra alçada, e se, occorrendo, na intelligencia da lei constitucional, "divergencia inconciliavel" entre elle e o corpo legislativo, ao acto deste ha de prevalecer o daquelle, não se pode negar, sob este aspecto, a preponderancia do primeiro ao segundo.

(156) Como amostra de quanto "certos ecclesiasticos tem penetrado ás vezes mais a fundo que muitos legistas as noções capitais do direito: as showing that gentlemen of the short robe have, sometimes, grasped fundamental legal principles better than many lawyers". Palavras do juiz HOLMES, na *Harward Law Review*, v. VI, pag. 35, transcriptas na mesma revista, v. VII, pag. 152, n. 1, pelo professor THAYER, que as reputa justas.

As expressões *gentlemen of the short robe*, allusivas ao trajo do clero, se usam aqui em contraposição ás de *gentlemen of the long robe*, gente togada, relativas á magistratura.

(157) "Whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the lawgiver, to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them". *Apud* THAYER, *Harward Law Review*, v. VII, pag. 152.

## ALÇADA DA CORTE SUPREMA

Tomemos agora o inventario dos assumptos liquidados por esse verificador soberano do direito constitucional. "*Poderes implicitos do Congresso, restricções constitucionaes aos Estados, relações destes com a União, attribuições do executivo a respeito do legislativo, faculdades deste em relação áquelle, direitos excepcionaes em tempo de guerra ou de perigo publico, tutela das liberdades individuaes, inviolabilidade dos contractos, tudo, na Constituição, todos os seus artigos, todas as suas phrases têm passado por ante a Côrte Suprema, recebendo, alli, uns após outros, fôrma e expressão em sentenças memorandas. De 1790 a 1835, isto é, da instituição della até o passamento de MARSHALL, se pronunciaram bem setenta e cinco dessas sentenças, illustrando os topicos mais arduos e por vezes mais melindrosos do organismo politico. Em seguida se vieram a proferir outros muitos julgamentos de genero semelhante, principalmente no tormentoso periodo que entende com a guerra civil*" (158)

Assim falla um dos mestres contemporaneos. Outro, ainda mais eminente, resume em termos analogos a obra secular da justiça americana, enumerando as questões "da mais alta consequencia", que ella tem sellado com o seu veredictum final. Se a legislatura se acha, hoje em dia, na posse tranquilla de certas faculdades vitæ para o governo, como, entre tantas outras, a de incorporar bancos, a de lançar e perceber impostos, guardado o preceito da uniformidade, a de recorrer á milicia, a de emittir moeda fiduciaria, é que a jurisprudencia dos grandes arestos constitucionaes, estabelecida muitas vezes atravez de tempestuosas agitações politicas, removeu duvidas, encerrou debates, e firmou, com uma autoridade quasi religiosamente acatada, os dogmas legaes do systema. Tudo isso é obra dessa justiça americana, cujos actos, com a mesma efficacia com que "têm regulado completamente os poderes dos Estados, têm definido tambem rigorosamente a autoridade da União" (159).

Essa magistratura, que, "em certo sentido, chega a ditar leis ao proprio legislador" (160), "tem logrado constantemente desatar as mais altas questões constitucionaes e politicas, sem se desmandar jámais da sua alçada.

Desde as leis essenciaes, que fixam a natureza, a fôrma e as baelis do governo, pautam as attribuições legislativas, executivas e judicarias, bem como as relações dos varios Estados, já uns com os

(158) RACIOPPI: *Nuovi limiti e freni nelle istituzioni politiche americane* (Milano, 1894), pag. 339.

(159) DICEY: *Op. cit.*, pag. 149. Edic. frac., pag. 143-4.

(160) "In un certo senso detta legge allo stesso legislatore". RACIOPPI: *Op. cit.*, pag. 341.

"... To all this is added, in America, the indisputed right to declare constitutional law, and thus, in certain cases, to override the express will of the legislature". SEDGWICK: *On the rules which govern the interpretation and construction of statutory and constitutional law*. POMEROY's edit. (N. York, 1874), pag. 184.

outros, já com a União, ou entendem com as convenções diplomaticas internacionaes, até á legislação especial relativa á punição da blasphemia, ao descanso nos domingos, ou á propriedade literaria, todas se têm submettido ao toque dos tribunaes, sendo por elles ora confirmadas, ora declaradas nullas, depois de passarem por uma especie de acareação com o pacto fundamental". (161)

Nem se creia que esse trabalho de evolução da lei constitucional pela jurisprudencia dos tribunaes se opere de longe em longe, por actos raros e excepçionaes. Ao contrario, a sua autoridade é continua, omnimoda e indefessa. Se tomarmos certas clausulas da Constituição, observa BRYCE, como a do art. I, § 8.º, concernente *aos poderes do Congresso*, a do mesmo artigo, § 10, relativa ás *faculdades negadas aos Estados*, a do art. III, § 2.º, tocante á *extensão do poder judiciario*, tres pontos substanciaes no organismo politico do regimen, daremos, em cada um delles, com "uma verdadeira selva de interpretações judiciais (*a perfect forest of judicial constructions*), desentranhando o sentido e applicação das poucas e apparentemente singelas palavras do texto em um sem conto de imprevistos resultados". Accrescenta o grande constitucionalista que "o mesmo tem acontecido a quasi todas as disposições da Constituição e suas quinze emendas", sendo assim que "esse processo não dá signaes de ter fim, nem o póde ter; porque o variar das condições economicas e politicas dia a dia vae propondo á solução novos problemas" (162).

Do modo como se effectua esse trabalho incessante de expansão constitucional com o concurso preponderante da justiça americana, é o mesmo autor quem nos debuxa, breve mas expressivamente, a mais vivida pintura. "De dois modos", nos diz elle, "se tem expandido interpretativamente (*by construction*) (163) a Constituição dos Estados Unidos. Exercem-se certos poderes, ás vezes, pelo presidente, as mais dellas pela legislatura, suscitando-se então debate sobre se foram legitimamente exercidos, a saber, se realmente se continham na lei constitucional. Em se resolvendo affirmativamente a questão pelo tribunal, fica dahi em deante reconhecida como elemento da Constituição a faculdade, que se exerceu, comquanto, já se vê, possa, ulteriormente, vir a ser negada, mediante reconsideração do aresto que a estabeleceu. Este é um dos modos. O outro vem a dar-se, quando, arguindo-se de contraria á Constituição uma lei estadual, a sentença lhe reconhece a inconstitucionalidade, taxando-a assim de irrita e nenhuma. O julgado, em tal caso, estreitando os limites á competencia do Estado, tende a ampliar a autoridade

(161) DE NOAILLES: *Cent ans de république aux E'tats Unis*, II, pags. 185-6.

(162) BRYCE: *American Commonwealth*, I; pag. 507.

(163) Sobre o sentido preciso do vocabulo *construction* e sua discriminação de *interpretation*, bem que os dois se tomem frequentemente por synonymos, ver, entre outros autores: LIEBER, *Hermeneutics*, pags. 44, 49 e segs.; CAMPBELL BLACK, *On the construction and interpretation of the laws* (St. Paul, 1896), pags. 1-7; BLACK'S *Law Dictionary* (St. Paul, 1891), pag. 260.



prohibitiva da Constituição, legitimando-a num sentido até então duvidoso" (164).

Nesse movimento, em que se resume e caracteriza, por assim dizer, a vida constitucional do paiz nos seus orgams centraes, predomina uma tendencia, uma corrente, uma força, que assignala a historia da nação, ha mais de cem annos : a acção centripeta, a redução da autonomia dos Estados, a ampliação dos poderes federaes. Ora um dos agentes maiores, entre os mais decisivos, nessa obra de consolidação da nacionalidade, obra intensamente *política* na mais precisa accepção da palavra, tem sido a acção dos tribunaes, especialmente da Côrte Suprema, essa "interpretação extensiva, pela justiça, dos poderes de que a Constituição investiu o governo nacional" (165).

Eis ahi a lição de BRYCE. Trata-se da *extensão do poder judiciario*? E' a mesma justiça quem a define. Dos *direitos dos Estados*? E' ella que os determina. Das *atribuições do Congresso*? Ella é quem as precisa. Tenta o governo poderes novos, não experimentados ainda, ou ainda contestados? Esses poderes vingarão, se ella os reconhecer, cairão, se os negar. Pretende-se cortar pelas reivindicações estaduaes, ampliar o ambito ás federaes? Della pende essencialmente um e outro resultado. Ao cabo, emfim, se os poderes centraes augmentam em grandeza e vigor, sem que os locais soffressem diminuição na sua necessaria autoridade, é que, na imprecisão de certas zonas de fronteira entre poder e poder, entre competencia e competencia, na amplitude das grandes fórmulas constitucionaes, na complexidade politica e juridica das questões supremas, um instinto de raça (166), gerado pelo espirito de legalidade e pelo espirito de governo em uma nação de homens de Estado e legistas, leva os seus magistrados supremos a traçarem com segurança o rumo da organização nacional, e faz das suas sentenças primores de alta sciencia, maravilhoso bom senso e soberana justiça.

Obra de tal natureza claro está que não podia caber nos limites do direito privado. Se MARSHALL mereceu dizer-se dos seus julgados que elles acabaram de fazer a Constituição, ou chamarem-lhe a elle o segundo autor desta (167), não foi tão sómente pelos remedios judiciarios, com que a sua jurisprudencia antemurou a liberdade individual contra o arbitrio administrativo ou legislativo, mas ainda

(164) BRYCE: *American Commonwealth*, I, pag. 497.

Temol-o citado sempre da primeira edição.

(165) BRYCE: *Op. cit.*, I; pag. 532-3.

(166) "Pour qu'il put naître (ce systema), ne fallait-il pas que la magistrature, ainsi acceptée comme arbitre suprême, possédât une bien haute et bien ancienne autorité? Ne fallait-il pas même une race d'hommes, qui fut habituée depuis des siècles à voir dans ses magistrats les gardiens du droit et des libertés publiques?" ESMEIN: *E'lem, de dr. constit.* (ed. de 1903), pag. 434, n. 1.

(167) "It is scarcely an exaggeration to call him, as an eminent American jurist has done, a *second maker of the Constitution*". J. BRYCE: *The Americ. Commonwealth*, I, pag. 507.



pela solidez que logrou imprimir aos sustentáculos da federação, "dando incalculável força ao governo nacional" (168).

Se a competência judicial, no regimen americano, se restringisse, como pretende a Ré, "á applicação ou execução das leis de *direito privado*", não se diria, como se diz, que a cabeça, o caracter específico e o elemento mais poderoso deste systema de governo está na Côrte Suprema, criação "sem prototypo na historia das nações" (169), nem a introdução desse organ nas constituições europeas grangearia as adhesões, que tem grangeado no outro continente (170).

Porque, se a tutela juridica dos tribunaes, neste systema, só ás materias de *direito privado*, se reduzisse, então, a este respeito, a concepção da justiça americana, tão admirada, e com fundamento, como ideal immensamente superior á das constituições europeas, nas quaes o juiz, fiscal da legalidade dos actos do governo, o não é da constitucionalidade das leis, se teria deixado ficar aquem de algumas dellas, onde a protecção judicial abrange não menos os direitos *políticos* do que os privados.

Poremos exemplo nas instituições italianas, entre as quaes a lei de 20 de março de 1865, ainda em vigor, depois de abolir, no art. 1.º, o contencioso administrativo, prescreve no art. 2.º :

(168) "... he not only established the claim of the court to a position by the side of the other departments, but gave incalculable strength to the national government". ASHLEY : *The Americ. Federal State*, pag. 120.

(169) "The most potent and unique element in the system is its head. The Supreme Court of the United States has no prototype in history". HANNIS TAYLOR : *The origins and growth of the English Constitution*, v. I (Boston, 1889), pag. 73.

"The Supreme Court of the United States... is not only a most interesting but a virtually unique creation of the founders of the constitution". SUMMER MAINE : *Popular Government* (Lond., 1886), pag. 217.

(170) LOUIS BLANC, em 11 de março de 1873, na Assembléa nacional (*Journ. Offic.*, 12 março 1873). DEVIN : *Bullet. de la Soc. de Législ. Comp.*, v. XXIX (1900), pags. 74-76. LÉVY-ALVARES, *Ib.*, v. XXXI, pag. 246. NAQUETA *La Républ. Radicale*, c. XI, pag. 145. CH. BENOIST : *Rev. des Deux Mondes*, jan. 1902. L. PROAL : *Le rôle du pouvoir judic. dans les républiques*, na *Rev. Polit. et Parlement.*, 10 jun. 1908, pags. 558-68.

Contra : UGO : *Sulle leggi incostituzionali* (Macerata, 1887), pags. 9-126, 207-223. No *Bullet. de la Soc. de Législ. Compar.* v. XXXI (1902), as opiniões de LARNAUDE, pags. 215-29, 255-7, SALEILLES, pag. 240, THALLER, pag. 249, JALABERT, pag. 252, FARDIS, pag. 254, DE LAGARRIGUE : *La résistance à l'oppression* (Paris, 1906), pags. 121-3, ESMEIN : *Elém. de dr. const. franc. et compar.* (3.º ed., 1903), pag. 435, V. EMMANUELE ORLANDO : *Contenzioso amministrativo*, ns. 10-25. No *Digesto Italiano*, v. VIII, part. I, pags. 853-61.

Um facto que tem escapado á attenção, é o de existir na Europa um paiz, a Noruega, onde a justiça exerce função analogá á do systema americano quanto ás leis inconstitucionaes. *Bullet. de la Soc. de Lég. Compar.* 192, pags. 176 e 197. ASCHELONG : *Das Staatsrecht der vereinigten Königreiche Sweden und Norweges* (Freiburgm 1886), § 154, pags. 191-194. No *Marquardsen's Handbuch des Oeffentlichen Rechts*, v. IV, II parte, secção II.

“Sono devolute *alla giurisdizione ordinaria* tutte le cause per contravvenzioni e *tutte le materie* nelle quali si faccia questione di un diritto civile o *politico*, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo e della autorità amministrativa”.

Devolve, pois, este acto legislativo á jurisdicção ordinaria todas as materias, nas quaes se questionar sobre direitos *civis* ou *políticos*, embora interessem á administração publica, e entendam com actos do governo.

Qual o significado, aqui, dos qualificativos “*civis*” e “*políticos*” adjectivando a idéa de direitos? Responda um dos mais modernos commentadores do texto :

“No significado mais ordinario”, diz o escriptor, com que nos buscamos esclarecer, “abraçaria o direito *civil* todo o complexo dos direitos que respeitam ao individuo no intuito da sua utilidade como particular (*privato*) ; e dest’arte, na accepção objectiva, direito *civil* se viria a confundir com *direito privado*. Tanto assim que o código do direito privado por excellencia se chama código civil, e direito civil a sciencia que o estuda ; isto por antonomasia, havendo outras leis de direito privado, especialmente as commerciaes. Direito *politico*, ao revez, comprehenderia esse conjunto de direitos, que supõe no individuo a qualidade de *cidadão*, isto é, de membro da comunidade politica, direitos mediante os quaes se lhe assegura participação na *vida constitucional e politica do Estado* (direito de associação, de imprensa, *direito eleitoral, elegibilidade*). De sorte que, por outros termos, o direito civil, no sentido subjectivo, derivaria do *direito privado*, em sentido objectivo, e o *direito politico do direito publico*. E, se nesta famosa distincção entre o *jus publicum* e o *jus privatum* se encerra todo o direito objectivo, havemos de concluir que as expressões “direito civil e *politico*” do art. 2.º, incluem *tudo e qualquer direito subjectivo*” (171).

Por outra : na alçada ordinaria da justiça, a autoridade legal desta não cessa, quando sejam *políticos*, em vez de *civis*, os direitos de que se contende. Essa alçada, pois, se estende tanto ao direito *privado*, como ao direito *publico*, ordinario ou constitucional.

E’ o que nos confirmam explicitamente os tópicos de MATTIROLO (172), FILOMUSI GUELF<sup>o</sup> (173) e MORTARA (174) adduzidos em a nossa réplica, art. 69 (175).

(171) VITTOR. EMMAN. ORLANDO : *Contenzioso amministrativo*. No *Digesto Italiano*, v. VIII, part II (1898), pags. 884, n. 84.

(172) *Tratt. di diritto giudiz. civ. ital.*, v. I (1892), pag. 31.

(173) *Enciclop. Giuridica* (ed. de 1904), § 149, pag. 029.

(174) *Comment. del cod. e delle leggi di proced. civi.* (3.ª ed., 1905), pags. 445.

(175) Pag. 133 da nossa brochura impressa.

## A JURISDICÇÃO DA CORTE SUPREMA ALCANÇA TANTO DIREITOS DE CARACTER CIVIL COMO DE CARACTER POLITICO.

Longe, porém, de incorrer nessa incongruência, dilatando, por uma parte, a competência da justiça até ao restabelecimento do direito contra as leis inconstitucionaes, e circumscrevendo-a, por outra parte, ás violações do direito privado, o systema americano, tal qual o interpreta a sua jurisprudencia e a lição dos seus expositores, abriga, juntamente, os direitos de caracter *privado* ou *civil* e os de ordem *publica*, ou *politica*, sob a garantia dos tribunaes.

Nos pleitos *United States v. Reese* (176) e *United States v. Harris* (177), negou a Côrte Suprema obediencia a leis estabelecidas pelo Congresso no tocante á materia politica da eleição (178). No caso *Williams v. Mississippi* (179) e *United States v. Cruikshanks* (180) firmou a competencia politica do Congresso em proteger contra discriminações eleitoraes por motivo de côr o direito politico reconhecido aos cidadãos americanos pela 15.<sup>a</sup> emenda á Constituição, bem como as relações entre a autoridade legislativa da União e a dos Estados em assumptos eleitoraes. Na causa *Mc. Pherson v. Blacker* (181) attribuiu exclusivamente ás legislaturas estaduais e o poder constitucional de regular a escolha dos eleitores presidenciaes, entregando-a directamente a ellas mesmas, ou confiando-a ao escrutínio popular.

Em summa : a competencia da justiça no regimen americano, segundo a definição de um dos membros da Côrte Suprema, o juiz MILLER, se verifica

*“toda a vez que (whenever) se conteste um direito constitucional, seja elle de propriedade, liberdade, voto (right to vote), ou qualquer outro direito que estribe na Constituição (or any other right which can be traced to this constitution). Em se infringindo, negando, ou ameaçando algum desses direitos, cabe, pelo disposto na Constituição, trazer o caso a juízo”* (182).

Não ha, portanto, direito de especie alguma, desde os de propriedade e liberdade, isto é, os de ordem civil, até os da natureza do voto eleitoral, isto é, os de caracter *politico*, que, uma vez consagrado na Constituição, não esteja escudado por uma acção judicial.

(176) 92 U. S. 214. L. ed. 23-563.

(177) 106 U. S. 629. L. ed. 27:290.

(178) ORDONNAUX : *Op. cit.*, pags. 431-2.

(179) 170 U. S. 213. L. ed. 42:1012. COOLEY : *General Principles of Const. Law* (ed. de 1898), pag. 294.

(180) 92 U. S. 542. L. ed. 23:588. COOLEY, *ibid.*

(181) 146 U. S. 1. LANDON : *Op. cit.* pag. 355.

(182) MULLER : *Lectures on the Constitution*, pag. 320.

Diversifica, a este respeito, a Constituição brasileira? Não pode ser. E basta um relance d'olhos por ella, para o sentirmos.

Supponhamos a emergencia de leis, que contraviessem ao disposto no art. 26 da Constituição, negando elegibilidade aos cidadãos adoptivos com mais de quatro annos de naturalizados; que se oppuzessem ao estatuido na Constituição, art. 30, declarando inelegiveis para o senado os cidadãos menores de quarenta annos; que revoegassem a norma da Constituição no art. 70, tirando o voto activo aos brasileiros nacionaes de vinte e um annos; que modificassem a regra da Constituição no art. 71, instituindo novos casos de perda ou suspensão dos direitos politicos; que annullassem a garantia da Constituição no art. 72, n. 28, privando a concidadãos nossos de algum direito politico, por ella assegurado, em razão de crenças ou funções religiosas.

Em cada uma dessas hypotheses haveria uma disposição do pacto federal offendida, conculcada, nullificada. Cada uma dellas, pois, cairia, directamente, inevitavelmente, sob o estatuido pela Constituição brasileira, art. 60, *a*, na linguagem formal de cujo texto "competê aos juizes ou tribunaes federaes processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, *em disposição da constituição federal*", e pela mesma Constituição, art. 59, n. II, em cujos termos "competê ao Supremo Tribunal Federal julgar em grau de recurso as questões resolvidas pelos juizes e tribunaes federacs".

Ahi temos, logo, toda uma série, uma classe inteira de direitos, innegavel e essencialmente *politicos*, de cuja mantença está constituida em guarda pela nossa lei das leis a justiça federal. Como, pois, querer que á sua custodia só fossem confiados pela Constituição da republica os direitos *privados*?

#### DONDE PROVEM A AMPLITUDE DE JURISDICÇÃO DA CORTE SUPREMA

O dilatar-se a jurisdição do Supremo Tribunal Federal além do circuito das materias de direito privado não se liga sómente, ou sequer principalmente, á ordem historica, mais ou menos accidental, dos factos ou opiniões, que, neste ou naquella paiz, nos Estados Unidos, no Mexico, na Argentina, ou no Brasil, deram a essa instituição esta amplitude.

No seu paiz de origem, os Estados Unidos, a theoria corrente deduz da *natureza das constituições escriptas* a attribuição, conferida á justiça, de guardar contra os abusos das leis ordinarias a lei constitucional. Era a doutrina de HAMILTON no *Federalista* (183), de MARSHALL no celebre pleito *Marbury v. Madison* (184), e, por effeito

(183) *The Federalist*, n. 78, Ed. LODGE, pags. 484-7.

(184) Creanch 137-180. L. ed. 260.

deste grande aresto, incomparavel nos seus resultados (185), a que prevaleceu na exposição do systema americano entre a generalidade dos escriptores que delle discorrem.

Para nos convencermos, entretanto, de que essa interpretação não se autoriza com os factos, basta advertir em que, das constituições européas, só uma, a da Grã Bretanha, não é escripta, e, comtudo, nenhuma dellas (186), inclusive a da Suissa (187), reconhece o principio americano da verificação da constitucionalidade das leis pelos tribunaes de justiça. E' o que as melhores autoridades comecem a ver com clareza. "De todo em todo insufficientes são as bases desse notavel poder" (é THAYER quem o diz), "se se as buscarmos no mero facto de ser escripta a Constituição, ou de estarem os juizes obrigados por juramento a sustental-a. Nem a fôrma escripta da Constituição, nem o juramento dos magistrados" autorizam decisivamente, no sentir desse venerando mestre, a solução americana; porquanto nem este compromisso nem aquella fôrma "implicam necessariamente", para os tribunaes, semelhante faculdade (188).

(185) Referindo-se a ella, diz o ultimo editor das decisões de MARSHALL, autoridade especial no assumpto: "If the opinion be *overlauded*" (sobrexaltada, louvada em demasia), "*and it seems it is, if it lays down too barely and didactically, with too small a basis of argument and history, the American doctrine of constitutional law...*" J. P. COTTON: *The Constitut. Decisions of John Marshall* v. I, pag. 6.

Da mesma opinião, THAYER: "... the judgement of MARSHALL in *Marburg v. Madison*, which, as I venture to think, has been *overpraised*." *Legal Essays*, pag. 2, n. 2.

Ver a critica da sentença de MARSHALL em quatro publicações do professor THAYER, o constitucionalista americano que melhor escreveu deste assumpto (COTTON, *op. cit.*, *introduc.*, pag. x i i): *The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law*. (*Harvard Law Rev.*, v. VII, 1893), pag. 129 e segs.; *Cases on Constitutional Law*, v. I (Cambridge, 1894), pag. 149 e segs.; *John Marshall* (Boston, 1904), na *Riverside Biographical Series* n. 9, pag. 63 e segs.; *Legal Essays* (Boston, 1908), pag. 2 e segs., especialmente pags. 15-16, n.

(186) Desta unanimidade se exceptua a Noruega, a que já nos referimos, onde os tribunaes admitem a regra americana, tendo negado execução, por vezes, a leis que encontravam certos principios consignados na Constituição, como o de indemnização dos bens desapropriados.

(187) "Dans tous les cas prémentionnés le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette Assemblée qui ont une portée générale". Constituc. de 1874, art. 113. "C'est donc l'impossibilité de juger la constitutionnalité des lois fédérales, comme cela se peut pour la Cour Suprême des E'tats Unis". RENÉ RAULINE: *E'tude sur le Tribunal Fédéral Suisse* (Par., 1904), pags. 124, 198-9. ESMEIN: *Op. cit.*, pags. 431-432. ADAMS AND CUNNINGHAM: *The Swiss Confederation* (Lond., 1889), pags. 267-8. BRYCE: *Amer. Commonw.*, I, 335, n. 347.

(188) "So far as the grounds for this remarkable power are found in the mere fact of a constitution being in writing, or in judges being sworn to support it, they are quite inadequate. Neither the written form nor the oath of the judges necessarily involves the right of reversing, displacing or disregarding any action of the legislature, or the executive, which these departments are constitutionally authorized to take, or the determination of those departments that they are so authorised". THAYER: *Harv. Law. Rev.* v. VII, pag. 130; *Cases on Const. Law* v. I, pag. 149; *Legal Essays*, pag. 2.

Examinando, noutro opusculo, o raciocinio de MARSHALL, dizia o eminente professor de Harward: "Figura elle como lineamento essencial a toda a constituição escripta um traço, que não existe em nenhuma das constituições escriptas européas. Depois, não adverte-na grave differença entre a funcção, reconhecida á justiça federal, de negar execução a actos de outro poder, da mesma esphera, e a competencia, que essa justiça exerce, de tratar desse modo a leis estaduaes; distincção observada sob as constituições escriptas da Europa, onde, admittindo-se a ultima dessas faculdades, se não tolera a outra" (189).

Quando, poucos annos ha, se discutia, por iniciativa de LARNAUDE, este ponto na Sociedade de Legislação Comparada, summidades scientificas da maior altura, como SALEILLES e THALLER, abandonavam a velha interpretação de MARSHALL, antagonica á generalidade do exemplo europeu, indo encontrar em causas mais profundas, na essencia mesma do systema federal, a deducção logica da doutrina americana sobre o papel da justiça em relação ás leis inconstitucionaes, explicada, aliás historicamente, nos Estados Unidos, por uma jurisprudencia que embebe as suas raizes nas origens britannicas e no passado colonial.

"Tenho por fonte primordial dessa instituição nos Estados Unidos", dizia SALEILLES, "a fôrma federal do Estado e o character, inherente á Constituição, do pacto federal. Num Estado federativo forçosamente ha de haver uma partilha de competencia entre o parlamento federal e os parlamentos locaes; é o que succede na Suissa, nos Estados Unidos e, até certo ponto, na Allemanha. Certos assumptos se reservam ás legislaturas dos vários Estados. De toda a necessidade será, portanto, organizar um meio pratico de fazer respeitar mutuamente essas competencias, e obstar ás invasões do poder de umas pelas outras legislaturas. Ora o mais simples dos meios consistia em commetter ás justiças a tarefa de apreciar a constitucionalidade da lei com relação á competencia da legislatura que a votou. Toda a lei adoptada por um parlamento federal com o intuito de applicação ao paiz inteiro, quando se tratasse de negocios reservados ás legislaturas de Estados, viria a ser uma lei inconstitucional, que aos tribunaes não seria licito executar; e, ao inverso, toda a lei dos parlamentos locaes, que entrasse pelo dominio aquinhoado em competencia ao poder legislativo da União, incorreria em nullidade radical. Ahi temos, logo, para a excepção de inconstitucionalidade, um dominio de applicação positiva, nitidamente delimitado, onde se não resvala para esse vago das applicações admittidas relativamente a principios de pura theoria, como os resultantes de uma declaração de direitos individuaes" (190).

(189) THAYER: *John Marshall*, pags. 97-8, *Legal Essays*, pag. 15, n.

(190) *Bullet. de la Soc. de Législ. Compar.*, v. XXXI (1902), pags. 243-4. As palavras de THALLER se encontram *ibid.*, pag. 249.

Portanto, a verificação da constitucionalidade das leis pelos tribunaes de justiça não é da substancia das constituições *escriptas*. Provam-no, com uma excepção apenas, e esta assaz limitada (191), todas as constituições do outro continente, desde a França até ao Japão, e algumas do nosso. Mas é da essencia das constituições *federativas* que, neste regimen, alheia á zona da acção politica, a imparcialidade judiciaria fiscalize a linha constitucional de respeito entre a soberania da União e a autonomia dos Estados.

Isto supposto, vejamos-lhe o corollario immediato, com referencia ao debate, entre nós e a Ré, sobre se a defesa da constituição nacional pelos tribunaes federaes tem por divisas as que extremam o campo *do direito privado*.

Ninguém dirá que sejam direitos privados os que de parte a parte se contestam ou limitam, se mantêm ou reivindicam entre os Estados e a União. Nada mais absolutamente politico do que todo esse terreno constitucional. E' nelle que assentam as bases fundamentaes do systema. Se um Estado usurpa á União o dominio legislativo a ella reservado pelo art. 7.º da Constituição, estabelecendo impostos federaes, alfandegas, ou bancos emissores; se a União subtrae aos Estados a competencia legislativa a elles adjudicada pela Constituição no art. 9.º, apropriando-se de fontes de receita estaduais; se a União ou os Estados invadem o territorio defeso pelos arts. 10º e 11º aos poderes estaduais e federaes — nas acções que dahi nascerem contra o governo da republica ou o governo local, o direito privado concorre apenas como occasião, como accidente, como requisito formal, para dar molde judiciario ao caso. Mas o que realmente se apura, é a vida organica da federação, as condições elementares de que lhe depende a ordem, a solidez, a duração, a legitimidade. Eis, ahi, pois, o direito *publico*, o direito *politico*, na sua expressão mais directa, mais franca, mais grave, mais cabal: a divisão de prerogativas, a partilha da autoridade entre o Estado federal e os Estados federados.

Quer-se ainda mais clareza? E' considerar na variante, que, a este respeito, nos deparam a Suissa e o imperio allemão. São dois Estados federaes, e não duas confederações de Estados (192). Porque a soberania alli é uma, e reside toda no poder central (193). Porque, em virtude della, a este assiste "a competencia da competencia" (194), na expressão allemã, isto é, a attribuição de balisar

(191) No caso da Noruega as interferencias da justiça em materia de leis inconstitucionaes se têm cingido a pontos de direito civil.

(192) ATTILIO BRUNIALTI: *Unioni e combinazioni fra gli Stati* (Torino, 1891), pag. CXVI, CCVII. LE FUR: *E'tat Fédéral et Confédération d'E'tats* (Par. 1896), pags. 130, 498, 565, 621, 679, 702, 775, 780, 785-6.

(193) LÉON LE FUR: *Op. cit.*, pag. 479 e segs., 488-91. LABAND: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, v. I (4.ª ed., Tubing., 1901), § 7, II, pags. 53-4; § 9, III, pag. 89.

(194) LE FUR: *Op. cit.*, pags. 374, 465-7, 590, 729-34. ZORN: *Das Reichs-Staatsrecht* (Berlin, 1895), v. II, pag. 79.



livremente a competencia propria, nos limites do direito, fixando assim os da competencia dos poderes locais (195). Porque, em consequencia, no regimen desses dois paizes, as leis geraes revogam *ipso jure* as leis estaduais: *Bundesrecht bricht Landersrecht* (196).

Sendo, porém, esta soberania, como nos outros Estados federaes, definida e regulada pela Constituição, lei rigida e suprema, que assegura aos Estados federados a sua entidade juridica no seio da federação, havia que prover aos conflictos constitucionaes entre o direito della e os dos seus membros componentes. Nos Estados Unidos, como no Brasil, a Constituição confiou o julgamento dessas differenças entre os dois poderes a um tribunal de justiça. Não assim na Suissa, apesar do intimo parentesco da sua com a constituição americana (197), nem ainda na Allemanha. Na Constituição suissa de 1848 os conflictos de competencia tocavam á da assembléa federal (198). Na Constituição ora em vigor parte da autoridade entre nós commettida ao tribunal supremo se reserva ao conselho federal, a quem cabe “velar pela observancia da Constituição” e “pela garantia das constituições cantonaes” (199). Na Allemanha, apesar de existir um tribunal federal, instituido em 1877, não é a este, mas ao *Bundesrath*, o conselho federal, que compete resolver as lides pendentes entre os Estados da confederação, quando excederem a orbita do direito privado (200).

Ora, por que haviam de negar essas duas constituições ao tribunal esta alçada, contra o que se dá nas outras constituições federaes, para attribuil-a a uma instituição de natureza *politica*? (201) Naturalmente porque é de natureza *politica* o terreno, onde semelhante alçada se tinha de exercer.

E não é? Será por ventura ao direito privado que se hão de ir buscar os motivos de resolver, quando se debata a natureza de um tributo, para examinar a competencia da autoridade, que o decretou, ou se controverta, em relação a certas e determinadas

(195) “... daselhe (das Reich) durch einen Majoritatsbeschluss und in der Form eines Gesetzes seine eigene Zuständigkeit erweitern kann”. LABAND: *Op. cit.*, v. I, § 9, 2, pag. 86.

(196) LE FUR: *Op. cit.*, pags. 130, 593, 594, e n. 682. BRUNIALTI: *Op. cit.*, pag. C X C. “Die Reichsgesetze den Landesgesetzen Vorgehen”. LABAND: *Loc. cit.*, pag. 88.

(197) BRUNIALTI: *Op. cit.*, pag. CEVII. Ver o confronto entre os dois regimens na obra classica do professor RUTTIMANN: *Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz*, Zurich, 1867, 1872, 1876, 3 vols. Especialmente sobre a constituição actual (de 1874), ler a já citada obra de ADAMS e CUNNINGHAM, pags. 267-8, e a de RAULINE, pags. 175-200.

(198) LE FUR: *Op. cit.*, pag. 595.

(199) *Constituição* de 1874, art. 102. C. HILTY: *Les constitutions fédérales de la Confédération Suisse* (Neuchatel, 1891), pag. 470.

(200) LE FUR: *Op. cit.*, pags. 130, 153, 595. LABAND: *Op. cit.*, v. I, § 29, III, pag. 246.

(201) BRYCE: *Amer. Commonw.*, I, pag. 347.



classes de impostos, a distribuição constitucional das competencias entre a União e os Estados? quando se questione sobre a tolerabilidade constitucional dos impostos interestaduais? quando, em presença do art. 10 da lei constitucional, se tentem definir os elementos característicos de um “serviço” federal ou estadual, para decidir sobre a legitimidade de uma taxa, estadual ou federal, que o onere? quando, em face dos arts. 7.º, 9.º e 11.º, se argumente sobre o alcance do canon da *uniformidade* em materia de impostos, sobre a caracterização exacta das taxas de *transito*, sobre a delimitação precisa entre a *importação* e o *consumo*? quando, ante o art. 34, por ocasião de actos do Congresso, venha acaso a se erguer, tal qual se erguem nos Estados Unidos, a temerosa controversia do curso forçado, e enxameiem, como alli tem enxameado, os problemas recrescentes em torno á attribuição federal de *regular o commercio entre os Estados*, e se divirja, como já se tem divergido, quanto á discriminação rigorosa da meta entre o direito processual e o direito substantivo?

### O SUPREMO TRIBUNAL JULGA *IN RE'* E A SUA DECISÃO INTERPRETA A DOCTRINA.

Certo que essas questões não se promovem directamente como objecto immediato da acção dos tribunaes. A justiça não examina theses. A justiça não sentença theorias. A justiça não vota principios abstractos. A justiça não revoga leis.

Cada um desses problemas de interpretação constitucional tem de revestir a forma de um litigio, circumscripto a um caso individual; e sobre este é que o julgador se pronuncia. Cada um delles, por outra, ha-de percorrer os tramites de um processo regular, isto é, affirmar-se pelos meios, por que se affirma o *direito privado*.

Dahi a confusão, lamentavel, mas crassa, entre noções absolutamente distinctas.

Fomos nós, em um trabalho submettido, faz já dezeseis annos, ao Supremo Tribunal Federal e por elle coroado com a victoria (202), que primeiro traçamos, neste paiz, as regras estabelecidas no assumpto pela jurisprudencia americana. Alli esboçamos com o maior rigor todos os elementos desse mecanismo, cuja singela delicadeza combina em si os recursos, para elucidar o direito constitucional nas suas mais altas difficuldades mediante o jogo ordinario das acções civis.

Estas se autorizam, em taes casos, com a infracção da lei constitucional. A justiça não aprecia os actos impugnados senão sob um

(202) RUY BARBOSA: *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, 1893, pags. 96-124.

aspecto : a offensa da Constituição (203). Se a interpretação constitucional não está em lide, os actos do Congresso, ou do executivo, não são discutíveis perante os tribunaes. Esta é a preliminar á annullação judiciaria de taes actos. Mas, se uma pessoa, real ou suppostamente lesada pelo desmando legislativo ou administrativo, não mover a instauração da lide, a justiça ignora a inconstitucionalidade. Obvio, é, portanto, que a intervenção judiciaria não se póde estabelecer, onde não houver agravo ao direito de uma pessoa (204). Mas a justiça “emmudece, enquanto a discussão de um feito lhe não abre os labios” (205). A jurisdição dos tribunaes não se exercita senão sobre uma pendencia “trazida á presença dos juizes sob a fórma prescripta na lei” (206). Aguardam elles “que a questão lhes seja submettida judicialmente, em contestação entre individuo e individuo” (207). O notavel poder, de que dispõem, “só é susceptivel de uso indirecto, não se pondo em actividade senão por força de litigios, em que demandem particulares, Estados ou a União” (208). Não ha exemplo de declaração de inconstitucionalidade, que não haja sido provocada “por contenda judicial” (209). Isto posto, “o tribunal não resolve directamente sobre os actos da legislatura : delibera tão sómente para o caso de que se trata” (210), e “determina unicamente os direitos dos pleiteantes” (211).

E’ dest’arte que, “*não resolvendo senão causas a elle propostas, desempenha funcções meramente judiciaes*” (212).

E’ o que teve em mira tambem a nossa constituinte, quando, no art. 60, a cada item da competencia que estabelece para os juizes

(203) “Uma cãusa instaura-se, nasce (*arises*), na accepção constitucional, toda a vez que uma controversia, relativa á Constituição, ás leis, ou aos tractados do paiz, assume fórma, que a ponha ao alcance da auctoridade judiciaria, que a entregue á sua acção. Esta só se torna possivel, quando o assumpto lhe é submettido por alguem, que affirme o seu direito sob as fórmas taxadas na lei. Então está instaurada a causa”. G. TICKNOR CURTIS : *Comment, on the jurisdiction of the Unit. Stat.* (Phil., 1854), v. I, pag. 5, § 7. Ver COOLEY : *General Principles*, pags. 110-11. POMEROY : *An Introduction to the Constit. Law of the Un. Stat.* (10ª ed.), pag. 626, § 748, RUY BARBOSA : *Op. cit.*, pags. 117-119.

(204) COOLEY : *Constitut. Limitations*, ed. de 1880, pag. 177. RUY BARBOSA : *Op. cit.*, pags. 119-20.

(205) MULFORD : *The Nation* (Boston, 1889), pag. 202.

(206) HITCHCOCK : ap. HAMPTON CARSON’s *Supreme Court*, pag. 627.

(207) STUART MILL : *On Representative Government*, c. XVII, pag. 304.

(208) SUMNER MAINE : *Popul. Govern.*, pags. 217-18.

(209) *Ibid.* STORY : *Commentar.*, pag. 3888, § 1571. COOLEY : *Gener. Principl.*, pag. 139. WALKER : *Introduction to American Law* (Boston, 1887), pags. 109, 118. KENT : *Commentarios*, I, pag. BANCROFT : *History of the Constitut. of the United States*, II, apg. 198. CHARLES KENT, na collectanea de ensaios : *Constit. Hist. as seen in the svelopment of Americ. Law*, pags. 203, 204.

(210) LICHER : *On Civil Liberty*, pag. 164. DE NOAILLES : *Op. cit.*, II, pag. 196. CARLIER : *La Républ. Americ.*, v. IV, pag. 127.

(211) HITCHCOCK, *loc. cit.*, pag. 644 : “The Court determines only the rights of the parties thereto”.

(212) DICEY : *Law of the Constitut.*, pag. 150.

ou tribunaes federaes, se refere sempre ás *causas*, aos *litigios*, aos *pleitos*, ás *acções*, conferindo-lhes a elles a missão de *processar e julgar*, expressões todas essas já consagradas no artigo anterior, onde nos definira a do Supremo Tribunal Federal.

Eis aqui onde impera o *direito privado*. Aqui está onde elle entra, domina com as suas condições, e impõe o seu sêllo como clausula impreterivel á competencia da justiça. E' na exigencia da lesão do direito de uma individualidade, na exigencia da provocação do tribunal pela iniciativa do lesado, na exigencia da instauração da lide sob as fórmulas normaes do processo, na exigencia de que o pedido se limite á reparação do damno, ou á restituição do direito.

Satisfeitas essas exigencias, as quaes adaptam a questão ao mecanismo processual, donde depende o remedio judiciario, nada importa que ella confine com a região politica, ou que na essencia a interesse, pela qualidade dos principios invocados, pelo caracter das entidades litigantes, pela importancia dos resultados previstos, ou mesmo pela natureza do direito restituendo, como nas reivindicações da função eleitoral, ou da elegibilidade.

Nada importa, sim ; porquanto, nas palavras de COOLEY, relativas ao texto americano onde se confia aos tribunaes toda a causa que *arises under the constitution* (213),

"se a lide versa, no todo, ou em parte, sobre a *intelligencia ou a applicação de uma clausula constitucional*, a validade ou o intento de uma deliberação legislativa, o vigor ou a extensão de um convenio, a defesa de um acto de funcionario da União estribada na obediencia a autoridades federaes... *em qualquer destas eventualidades, a causa cabe nos termos desta provisão constitucional*, na esphera dos seus motivos e da sua necessidade" (214).

A norma absoluta é que um direito violado não póde ficar sem reparação. O limite desta norma é que a reparação não se póde obter senão mediante processo judicial. O tribunal, diz um dos mestres do direito americano,

"o tribunal liquida as questões concernentes aos limites da autoridade POLITICA, *do mesmo modo que outros quaesquer problemas juridicos*, a saber, *quando ellas surdem no correr de uma lide entre partes*. Por este meio se tem preservado, até onde era possivel, do contacto politico a interpretação da Constituição". (215).

(213) Que "se funde em disposições da constituição federal", traduz a constituição brasileira, art. 60.

(214) COOLEY: *Constitutional Limitations*, ed. de, pag. 197.

(215) LAWRENCE LOWELL: *Essays on government* (Boston, 1889), pag. 103. Eis a sua linguagem no original: "The court settles questions concerning the limits of political power as it does other points of law; that is, it decides them only when they are raised in the course of an actual suit between private parties who appear before it in that character. By this means the interpretation of the Constitution has been taken out of politics, as far as possible".

De modo que o vallo entre o direito privado e o direito publico, entre a necessidade do remedio constitucional e a do respeito ás fronteiras politicas está unicamente na fórmula de litigio civil, imposta á acção dos tribunaes.

Discorrendo a este respeito, diz um celebre lente da universidade de Paris, autoridade hoje das mais preclaras em materia de direito publico constitucional :

“Tudo é, aqui, de ordem exclusivamente judiciaria, e, posto se trate, principalmente, a meu ver, de uma prerogativa *politica*, obrigado sou, afinal, a reconhecer que ella se exerce, pelo menos, em uma fórmula de todo em todo judiciaria. Já tive occasião de insistir sobre o character judicial do direito de appellação para a Côrte Suprema, direito que, substancialmente, é *tambem* de ordem *politica*. Pois bem : aqui reencontramos o mesmo character judiciario... Abre-se um processo, e processo ordinario... Ora de que o que se opera, vem a ser um processo, propriamente dito, decorrem consequencias mui relevantes... A construcção jurisprudencial, que, a tal respeito, se tem erigido, sob a influencia, em boa parte, da Côrte Suprema e alguns dos seus insignes presidentes (*chief justices*), se caracteriza, consequentemente, pela natureza de todo o ponto judiciaria, processual, digamos assim, desta attribuição. Era, evidentemente, a melhor maneira de a fazer admittir e estabelecer-se na pratica, removendo-lhe, ou, antes, *dissimulando-lhe, velando-lhe*, quando menos, *o character politico*” (216).

Desde que haja um direito constitucional offendido, venha donde vier a offensa, e uma pessoa, que della se agrave para a justiça, comtanto que seja guardando a fórmula legal de uma acção, instaurado está o pleito e, com elle, verificada a competencia da justiça ; visto como, na linguagem de CURTIS (217), em referencia justamente aos litigios da categoria do actual, “o grande intuito com que se abrangeu na competencia da justiça esta especie de causas, foi resguardar a paz e integridade da União, assegurando o julgamento, pelos tribunaes federaes, de toda e qualquer questão entre Estados, *em sendo susceptivel de se traduzir numa demanda judicial*”.

Se CURTIS escreveu em 1855, JUDSON LANDON, cuja obra traz a data de 1900, não se exprime directamente :

“A Suprema Côrte dos Estados Unidos é o intérprete final da Constituição em todos os casos *que se possam apresentar sob a fórmula de uma acção legal*” (218).

(216) LARNAUDE : *Étude sur les garant., judiciair., dans cert. pays, au profit des particul. contre les act. du pouv. legisl.* No *Bullet. de la Soc. de Lég. Comp.*, XXXI, pags. 195-9.

(217) G. TICKNOR CURTIS : *Jurisdic., practice and pecul. jurisprud. of the Courts of the Unit. States*, § 60, pag. 60.

(218) “This body (the Supreme Court of the United States) is the final expounder of the Constitution in ALL cases *which can be presented in the form of a suit at law*”. *The Const. Hist. and Govern. of the Un. Stat.*, pag. 273.

## A OBJECÇÃO DO CASO POLITICO

"Most of the writers who have left their impress on American political science have been lawyers, and are there not accustomed to look beyond the provisions of positive law. No method of treatment, however, is more likely to mislead the student..."

J. GOODNOW : *Politics and administration*, p. 1. (219)

### QUE E' REGIÃO POLITICA

Bordão classico de todas as dictaduras e de todos os attentados, eram favas contadas que a excepção *da natureza politica do caso* nos embargasse logo o passo, ao intentar desta acção. Já em 1892, quando, ao primeiro alvorecer da Constituição actual, assumimos a iniciativa de estreiar, com o pleito das victimas da dictadura de abril, a protecção da justiça creada neste regimen contra as usurpações do poder, este foi o subterfugio, com que se tentou matar, á nascença, a melhor instituição do novo systema. Daquella feita não vingou o artificio. Nem por isso, entretanto, o repudiaram. Antes, de então a esta parte, a cada invasão de uma das nossas dictaduras no dominio do direito constitucional, a tentativa da reparação judiciaria o primeiro obstáculo onde tropeça, é infallivelmente a razão politica, invocada pelos interesses do abuso contra o curso do remedio legal (220).

Era natural que se não desmentisse agora a chronicidade do sophisma, tanto mais de se presar, nestas urgencias da força, quanto não tem succedaneo, pela commodidade e energia, na exculpação de taes desmandos. E eil-o ahi, campeante, altiloquo, seguro do triumpho, na argumentação da tréplica, nas columnas anonymas dos jornaes e em pareceres de jurisconsultos lançados com alvoroço á publicidade.

Reincindindo o erro, e hoje amparado a valedores mais fortes, nos constrange a profundar ainda mais de espaço um assumpto já duas vezes bem detidamente por nós explanado neste tribunal.

(219) Usque, pag. 2. Ver ainda, pags. 155-6.

(220) RUY BARBOSA : *Actos inconstitucionaes*, pags. 7, 12-13, 29, 96 e segs. Id. : *Amnistia Inversa*, pag. 109.

Logo á primeira começamos reconhecendo que, “desde MARSHALL, no celebre aresto onde se sagrou, a jurisdição dos tribunaes contra o exercicio inconstitucional das faculdades do governo, ou do Congresso, ficou, ao mesmo tempo, reconhecido existir no dominio desses poderes uma região impenetravel á autoridade da justiça : a região *politica*” (221).

Mas a esta expressão em que termos se ha-de limitar o alcance ? Se o não contivermos em restricções judiciosas, na taxa de *politica* incorrerá toda a decisão da justiça, que, a título de inconstitucionalidade, negar execução a um acto da legislatura, sempre que por elle se empenharem com vivacidade conveniencias de uma situação, de um partido, ou de um governo.

### CENSURAS DE USURPAÇÃO : CASO CHISHOLM V. GEORGIA

A prova, temol-a na historia dos grandes arestos americanos. Já em 1793 a sentença de JAY no caso *Chisholm v. Georgia* revoltou os partidarios da soberania dos Estados, inspirando-lhes, desde ahi, o movimento, que acabou, em 1798, pela adopção da undecima emenda á constituição federal (222). As decisões de MARSHALL, embebidas no pensamento de expansão dos poderes federaes, levantaram entre os adeptos daquella escola as maiores hostilidades. Em varios Estados encontrou energica opposição a attitude da Côrte Suprema nos seus julgados de 1819 a 1824 sobre a questão do Banco dos Estados Unidos. O accordam acerca do caso Dred Scott, em 1857, suscitou contra aquelle tribunal a mais furiosa tempestade, em que jámais alli se agitaram as paixões politicas antes da guerra civil. Esse julgamento entrava em cheio “na maior questão politica então debattida entre os partidos”. Pronunciando-se, nos litigios concernentes ao papel moeda, pelo direito do Congresso Nacional a estabelecer o curso forçado, interveio a magistratura suprema numa das controversias, que, alli, politicamente, mais tem dividido a nação, e incorreu, da parte dos adversarios daquelle expediente financeiro, na increpação de haver obrado com accentuada parcialidade. O imposto sobre a renda era uma aspiração do partido democratico, feita lei, por elle em 1894 ; e, quando, no anno subsequente, esse acto legislativo caiu pela solução da Côrte Suprema em dois pleitos famosos, os democratas arguiram violentamente o tribunal, accusando-o de contradizer “as suas decisões constantes durante cem annos” (223).

---

(221) RUY BARBOSA : *Actos inconstituc.*, pag. 125.

(222) 2 Dall. 419. L. cd., 1 :440. ASHLEY : *The Americ. Feder. State*, pag. 120. — CARSON'S : *Supreme Court*, I, pags. 176-7.

(223) WOODBURN : *The Americ. Republ. and its. government*, pags. 532-5.  
ASHLEY : *The Amer. Feder. State*, pags. 120, 139.

Mais longe e mais fundo ainda echoaram entre os partidos as sentenças proferidas, no começo deste século, sobre os *Casos Insulares*, consagrando judiciariamente a política de expansão colonial, tão seriamente combatida por elementos dos mais respeitáveis no seio da opinião americana.

Mas, se esses arestos actuaram de tal modo sobre a opinião do paiz, levantando entre ella divergencias e agitações tempestuosas, é que todos elles, decidindo sobre os mais altos poderes governativos da União e dos Estados, entendiam, ora intima, ora vitalmente, com a política nacional, e eram, em certo sentido, muito real, *manifestamente politicos*, já pela essencia das questões que dirimiam, já pela natureza das attribuições que discriminavam, já pelo caracter das conveniencias a que attendiam, já pela tendencia das escolas em que se filiavam. Tanto assim que a orientação da jurisprudencia, na Côte Suprema, quanto a esses assumptos capitaes, variou notoriamente com as convicções e relações politicas dos juizes, que o compunham. Tanto assim, ainda, que nalgumas daquellas decisões por vezes transparecem, quando se não enunciam declaradamente, as considerações politicas, em que se embebiam, a sua doutrina.

Na primeira epocha do seu existir, entre 1790 e 1801, se tornou para logo decisiva, nos Estados Unidos, a acção *politica* do tribunal supremo. Os seus actos immediatamente assentaram o principio da indissolubilidade da União (224), "determinaram para sempre o caracter do novo systema de governo, estabeleceram-lhe as feições nacionaes, isentaram-no da interferencia e do ascendente dos Estados" (225). Composto então dos eleito de WASHINGTON, sobre elle pairava o espirito do grande patriarcha, em cujas cartas aos primeiros membros do tribunal o caracterizava o grande americano como "o principal sustentaculo, sobre que se havia de apoiar o governo-nacional (226).

### MARSHALL E A JURISDICÇÃO DA SUPREMA CORTE

Na epocha de MARSHALL, ao qual estava reservada a sorte de grangear áquella instituição "os attributos de uma soberania inacessivel a sceptros e coroas" (227), atravessou a Côte Suprema trinta e cinco annos, durante os quaes os arestos do grande *Chief Justice*, nunca revogados, e invocados até hoje, definiram o caracter da nação, a extensão da soberania, a posição da justiça, a autoridade do Congresso, a supremacia da Constituição, os poderes dos Estados, as raías da competencia federal em materia de tarifas, de bancos,

(224) CARSON'S: *Supreme Court*, I, pags. 177-8.

(225) *Ib.*, pag. 194.

(226) *Ib.*, pag. 139.

(227) *Ib.*, pag. 193.

de impostos, de commercio, de aquisições territoriaes (228), percorrendo, balizando e occupando toda a área *politica* do novo regimen. Composta de federalistas, animada pelo espirito do federalismo, ella salvou a Constituição, organizando a nacionalidade ameaçada pelo jeffersonianismo, pelo particularismo, pelo separatismo, encantoados nas theorias dissolventes da soberania dos Estados. Graves dissensões com o executivo e o Congresso, no curso desse periodo, sob presidentes da estatura de JEFFERSON e JACKSON, estiveram a pique de arrastar a graves conflictos a legislatura e o governo com a justiça, contra a qual se chegaram a vibrar golpes legislativos, e ensaiar reacções violentas.

### TANEY

Com a phase posterior ao reinado judiciario de MARSHALL, "era de esperar uma transformação nas doutrinas constitucionaes do tribunal" (229). Nomeado por JACKSON, cujo ministro fôra, TANEY, o novo *Chief Justice*, assumiu a cadeira suprema, que havia de occupar durante vinte oito annos, quando o poder escravista contendia pelo senhorio da politica americana. Era um democrata inteiro, cujos cincoenta e nove annos de idade incumbavam uma indomita coragem, nunca desmentida em vinte e oito de exercicio na quella soberana judicatura. Durante essa época a maioria do tribunal sympathizava com as idéas escravistas do Sul (230), que inspiraram a desastrada sentença de 1857 no *Dred Scott Case*, a cujo erro a guerra civil respondeu, quatro annos depois, com uma revogação sem appello. Vira-se MARSHALL aggreddido por uma parcialidade politica em razão das suas decisões no caso *Marbury v. Madison* e no processo de AARON BURR. A mesma prova teve de atravessar TANEY, mais duramente, por occasião do caso *Dred Scott* e do *habeas-corpus* Merryman, inflammando a tal ponto os republicanos o primeiro desses julgados, que homens como SUMMER, SEWARD e LINCOLN o accusaram de partidismo, attribuindo-o até, a um conluio do venerando magistrado com o presidente BUCHANAN (231).

Sob a presidencia de TANEY, e em especial durante a sua segunda ametade, ou, mais exactamente, de 1850 a 1861, as doutrinas consagradas pelo tribunal ampliaram a esphera dos poderes estaduaes, "por muitas vezes, em termos que modificavam, se não restringiam"

(228) THORPE: *Constitul. History*, v. II, pags. 410, 475, 467, 469, 490, 491, 501-510, 517; v. III, pags. 520, 523, 533, 537, 542. CARSON: *Supreme Court*, I, pags. 195-287.

(229) CARSON: *Op. cit.*, I, pag. 288.

(230) CH. A. KENT: *The Supreme Court since 1864*. Na *Const. Hist. of the Un. St. as seen in the develop. of Amer. Law.*, pag. 212.

(231) WOODBURN: *Op. cit.*, pag. 333. CARSON: *Supr. Court*, II, pags. 659-60, 668-71.



(232) principios firmados pelo seu grande antecessor. "As theorias constitucionaes professadas por MARSHALL e TANEY", diz o historiador da Suprema Corte, "*foram as dos seus respectivos partidos, e são inconciliaveis*" (233).

## A CORTE SUPREMA E AS NOMEAÇÕES DE LINCOLN

Quando a guerra civil estalou em 1861, ainda TANEY presidia, e havia de presidir por dois annos. Mas a era da sua actividade findara (234). Um dos outros membros do tribunal, o juiz CAMPBELL, resignara, para se alistar na rebellião. Cinco vagas, porém, alli abertas, deram ensejo a LINCOLN de nomear successivamente, de 1861 a 1864, cinco juizes ; e desde os seus dias até os de CLEVELAND tirante as nomeações de FIELD e CLIFFORD, por muitos annos os unicos democratas admittidos naquella magistratura (235), todas as demais, obra de presidentes republicanos, recairam em adeptos da sua parcialidade, a que representava os sentimentos da união nacional em sanguinosa luta com a confederação dos Estados insurgentes. Graças a essa composição da Côrte, a sua jurisprudencia volveu ás tradições de MARSHALL, e, quando a paz se restabeleceu, os ultimos vinte annos do primeiro seculo daquella instituição, de 1870 a 1890, "se assignalaram por uma enorme expansão da autoridade nacional" (236).

Foi sob o dominio dessa corrente que se resolveu a questão da constitucionalidade do papel moeda. O primeiro accordam sobre o assumpto, proferido, em 1869, no caso *Hepburn v. Griswold* (237), taxando esse arbitrio de inconstitucionalidade, desagradou, naturalmente, ao governo e ao congresso, então republicano. Havia no tribunal uma vaga, e se augmentara um logar, elevando-se a nove o numero dos seus membros. Foram providas ambas em dois juizes, cuja opinião, adversa ao papel moeda, se conhecia por sentenças anteriores (238) ; e, quando os pleitos *Knox v. Lee* e *Parker v. Davis* (239) resuscitaram a questão, em 1870, a decisão anterior foi declaradamente reformada, sustentando-se a validade constitucional dos actos legislativos, que haviam lançado mão do papel moeda (240).

No litigio acerca do imposto sobre a renda em 1895, o caso, "como o de Dred Scott em 1857", diz THORPE (241), na sua notavel

(232) CARSON : *Op. cit.*, II, pag. 380.

(233) CARSON : *Ibid.*

(234) *Ib.*, pags. 382 e 388-9.

(235) CHARLES A. KENT : *Op. cit.*, pag. 212.

(236) CARSON : *Op. cit.*, II, pags. 440-70.

(237) Wallace 603, L. ed., 19 :513.

(238) WOODBURN : *Op. cit.*, pag. 334.

(239) 12 Wallace, 457. L. ed., 20 :286.

(240) CARSON : *Op. cit.*, II, pags. 442-56. THORPE : *Constitution. Hist.*, pags. 530-36. W. WILSON : *Congression. Govern.*, pag. 44.

(241) *Op. cit.*, III, pag. 541.

historia constitucional, “envolvia em si *questões políticas*. A medida legislativa cuja inconstitucionalidade o tribunal declarou, não trepidou o juiz FIELD em a qualificar como o primeiro acto de uma guerra dos pobres contra os ricos, do trabalho contra o capital, e, no julgamento, o presidente da Côrte Suprema accentuou que a controversia, della pendente, interessava “o exercicio de um dos grandes poderes do governo”, entrelaçando-se “de modo vital com esse complexo regimen politico, tão sagazmente engendrado para assegurar e perpetuar uma indestructivel União, composta de Estados indestructiveis” (242).

Na decisão dos *Casos Insulares*, emfim, observa uma autoridade que os estudou, “sobresae uma vez mais o duplo aspecto da Côrte Suprema na organização federal, e se põe em relevo o papel *politico, inherente, pela força das coisas, á sua função judicial*” (243). Deliberando sobre um pleito deste genero, diz o professor ROWE, “o tribunal se defronta com a mais vasta das *questões políticas* (*the Court is brought face to face with the broadest of political questions*), a da adaptação de um instrumento de governo a uma serie de problemas inteiramente novos” (244).

Na Europa o autor que aprofundou o exame desses pleitos e sua solução, escrevendo a tal respeito dois solidos e minuciosos estudos, conclue assim o derradeiro :

“Da decisão dos casos insulares se disse que “era talvez a mais importante das proferidas pela Côrte Suprema dêsde a guerra de separação” (245). Não parecerá exaggerada a apreciação, se, de veras, esse julgado envolve todas as consequencias, que delle se têm deduzido, se consagra a existencia juridica do Imperio americano, e attribue ao Congresso o poder de o governar sob uma constituição não escripta. Bem se explicará, então, a critica, em extremo viva, dos que, acima de tudo, se atêm ao respeito das tradições do direito constitucional americano, e o como foram induzidos a ver naquella sentença *uma verdadeira revolução na historia politica dos Estados Unidos*. Mas tambem se comprehende que essa resistencia fosse baldada. Por mais solidas que sejam, as construcções juridicas hão-de cair, em collidindo com interesses consideraveis do paiz. Os legistas andaram sempre no labor de reerigir o edificio dos principios, á maneira que os acontecimentos lhes destruiam o quadro, já estreito, de outros tempos. E, nesta occasião,

(242) *Ibid.*

(243) J. LAFERRIÈRE : *Les Cas Insulaires*, pag. 12.

(244) *The Supreme Court and the Insular Cases. Ann. of the Amer. Acad.*, sept. 1901, pag. 55.

Ver sobre outros exemplos de acção politica da justiça americana : WOODBURN, *Op. cit.*, pag. 336, e SMITH, *The Spirit of Amer. Governm.*, pag. 112.

(245) SHEPARD : *Cronique des E'tats-Unis, Revue Polit. et Parlementaire*, fev. 1902, pag. 323.

a Côrte Suprema, *por um exercicio particularmente notavel da funcção politica*, logrou vestir de roupagem legal, tecida com engenho as exigencias, um pouco brutaes, da politica imperialista" (246).

## A CORTE SUPREMA E A POLITICA

WOODROW WILSON e JAMES BRYCE assignalam essa accommodação successiva da Côrte Suprema ao variar das estações, que se vão alternando na atmosphera politica do paiz. "A Côrte Suprema", escreve o primeiro, "embora sejam integros e irreprehensíveis os seus membros, tem, geralmente, offerecido, e continuará, sem dúvida nenhuma, a offerecer uma coloração politica distincta, conforme á dos tempos em que é escolhida a sua maioria. Os juizes do tribunal em que JOHN MARSHALL presidiu, eram, todo o mundo o sabe, firme e confessadamente federalistas nas suas idéas; mas, nos dez annos subsequentes a 1835, foram rapidamente substituidos por democratas, e nessa conformidade mudou o sentir do tribunal. Póde-se, com effeito, dizer, guardando a verdade, que, a se considerar num descortino amplo (*by and large*) a nossa historia politica, as interpretações constitucionaes têm variado, lenta, mas nem por isso menos seguramente, consoante as mudanças do poder, revezado entre os partidos nacionaes. Aos federalistas apoiou uma justiça, federalista; a quadra da supremacia democratica assistiu ao triumpho das convicções democraticas na magistratura; e o predomínio republicano excluiu do mais alto tribunal do paiz, com excepção de um só, todos os representantes da opinião democratica. Só durante lances de transição, relativamente breves, quando a opinião popular gira de um a outro credo politico, é que as sentenças do judiciario federal se têm opposto distinctamente aos principios da parcialidade politica dominante" (247).

Não é menos clara a pintura, que dessas variações da Suprema Côrte nos faz o escriptor inglez: "De tempos em tempos, segundo o pendor politico dos homens que a compõem, tem trocado a côr, mudando tendencias e temperamento, se bem vá cambiando mui de vagar, porquanto, em um corpo de poucos membros, raro occorrem vagas, de modo que a sua composição muitas vezes exprimirá o predomínio da parcialidade que governou, e não da que está no governo. De 1789 até ao passamento do presidente MARSHALL, em 1835, propendia ella a dilatar os poderes do governo federal e, par a par, a propria jurisdicção, em consequencia de pertencerem ao antigo partido federalista, que aliás caíra desde 1800, e desapareceu em 1814, as individualidades preponderantes naquella magistratura. De

(246) J. LAFERRIÈRE: *Les Colonies Américaines et la Constitution*. Rev. de Dr. Publ. et de la Science Polil., tom. XXVIII (1908), pags. 247-8.

(247) *Congressional Govern.*, pags. 37-8. Ed. franc., pags. 43-4.

1835 á guerra separatista militavam as suas sympathias com as doutrinas do democratas, e então, sem desertar realmente as posições assumidas no periodo precedente, a Côrte, nesses annos em que houve por presidente (248) a TANEY, inclinou a outra parte, oppondo-se de todo em todo a que se ensanchasse a sua jurisdicção ou a esphera do poder federal. Durante e apoz a guerra, á medida que a ascendencia do partido republicano entrou a lhe modificar de novo o pessoal, abriu-se a terceira phase. Readquiriram pujança as idéas centralizadoras, e, ao mesmo passo, os vastos poderes de guerra avocados pelo Congresso eram, as mais das vezes, sustentados pelas decisões judiciais, enquanto os poderes dos Estados, aliás mantidos quando em competencia com individuos ou corporações particulares, foram por algum tempo acolhidos com menos boa sombra, toda a vez que se afigurava collidirem com os do governo federal" (249).

### OS CASOS INSULARES

Agora, se quizermos sentir ao vivo quanto as considerações de alta politica nacional, em questões supremas, actuam nas deliberações daquelle grande tribunal, bastará fitar os olhos por alguns momentos no que alli passou, ha sete annos, com o julgamento dos *Casos Insulares*, a que já nos temos referido. E' a proposito delles que o professor ROWE escrevia, pouco depois dos celebres julgados: "O desejo de não tolher aos orgams politicos do governo a liberdade na escolha dos meios, em presença de grandes problemas, tem levado por vezes a Côrte Suprema a servir-se dos mais adeantados recursos da dialectica, soccorrendo-se, até a *ficções juridicas*" (250).

Dos nove litigios que se agrupam sob a designação commum de *Casos Insulares* sobresaem os tres: *Doodley v. Un. Stat.*, *De Lima v. Bidwell* e *Downes v. Bidwell*, mas ainda mais particularmente os dois primeiros; e nelles vamos encontrar os mais característicos exemplos da intervenção do espirito politico no julgamento de causas desta natureza. Como evitar a razão politica em pleitos, que da politica nasciam, que por todas as faces mergulhavam na politica, e de que a politica, a grande politica, a politica do patriotismo, os interesses da riqueza, do engrandecimento e da honra nacional, dependiam vivazmente? (251).

(248) *Chief-Justice*, nos Estados Unidos, é, bem se sabe, o presidente da Côrte Suprema, que, alli, é nomeado já com esse character, em vez de ser, como entre nós, eleito pelos seus pares.

(249) JAMES BRYCE: *The Americ. Commonw.*, v. I, (1888), pags. 365-6.

(250) *Annals of the American Academy*, v. XVIII (1901), pag. 56.

(251) Em todas essas questões sobresaia o character politico no mais alto relevo: "As disposições da Constituição, que respeitam, não aos direitos politicos, mas aos direitos civis, que seguram as liberdades individuaes contra o arbitrio governativo, estender-se-ão de pleno direito ás colonias? Ou estas só as hão de lograr na medida em que o governo, mediante um acto do seu belprazer,

Na causa *De Lima v. Bidwell* (252), "comparando-se os votos da maioria e da minoria", diz ROWE, "a diferença mais em realce está na importancia relativa que cada uma dellas attribua ao factor da *conveniencia* ou *utilidade*" (253), no exame da questão juridica submettida ao tribunal. "Adoptando certas normas rigidas e singelas de hermeneutica, a opinião da maioria evidentemente se desinclina a reconhecer o minimo peso nos inconvenientes, que de uma tal interpretação possam advir aos orgams politicos do governo. A opinião da maioria, por outra parte, encara com folgada largueza as relações entre os diferentes ramos do governo, dando claramente a sentir o proposito assente de não atar as mãos ao Congresso e ao executivo na maneira de tratar as nossas novas possessões" (254). Aos seus olhos "é tambem uma questão politica de exame amplo, já com respeito ao mudar das circumstancias no desenvolvimento do paiz, já no tocante aos effeitos provaveis da solução adoptada sobre os poderes do Congresso e do executivo, a prevalecerem as regras formuladas pela maioria" (255).

Ahi é principalmente na justificação dos votos vencidos que avulta "a consideração da *utilidade*" (256). Com este elemento, porém, não querem os quatro juizes dissidentes que se tenha a menor contemplação (257). No caso *Downes* já se não guardam as mesmas posições. "São, antes de tudo, considerações praticas, razões de conveniencia politica, as que decidiram a maioria da Côrte Suprema a concluir pela constitucionalidade do Foraker Act" (258). De sorte que no pleito *De Lima a maioria* e, no pleito *Downes*, a *minoría* (259) se oppõe energicamente "a que se dê qualquer valor ao elemento utilidade"; e, "sem embargo, a analyse attenta dos seus votos dá a ver que, comquanto esta consideração não tenha a mesma proeminencia num e noutro, *não logra o tribunal esquivar-se ao exame da*

---

as houver beneficiado, com o seu goso? Ficam as colonias submettidas ao regimen constitucional, ou á autoridade arbitraria do Congresso? Farão ellas parte, em summa, dos Estados Unidos, regidos pela Constituição, ou, ao contrario, a União, assente na livre annuencia dos cidadãos ao governo que os rege, vae ter as suas *Congressional Colonies*, como a Inglaterra tem as suas *Colonias de Coroa*? Taes as questões, que os autores americanos têm debatido com ardor, tomando por ponto de partida as decisões da Côrte Suprema". J. LAFERRIÈRE: *Les colonies américaines et la Constitution* (Paris, 1908), pag. 7.

(252) 182 Unit. St. I. L. ed., 45 :1032.

(253) Esta expressão está accentuada entre aspas no original americano.

(254) ROWE, *loc. cit.*, pag. 41.

(255) LAFERRIÈRE: *Les Cas Insul.*, pag. 12.

(256) "As to the reasoning of the Court in the Insular Cases, it is interesting to note how largely the element of "expediency" enters *into all the opinions*, but especially in the dissenting opinions in the *De Lima* and *Doodley* cases". ROWE, *loc. cit.*, pag. 57.

(257) ROWE *Op. cit.*, pags. 53-4, 58.

(258) LAFERRIÈRE: *Op. cit.*, pags. 16-17.

(259) BURGESS: *The decisions of the Supreme Court in the Insular Cases. Polit. Science Quarlely*, XVI, pag. 503.

*influencia das suas decisões na extensão, dos poderes do Congresso e do Presidente"* (260).

Como quer que fosse, o resultado satisfaz ás exigencias imperiosas de uma politica lisonjeira ao sentimento nacional ; mas, entre os constitucionalistas, como interpretação judiciaria da lei constitucional, não despertou entusiasmo (261). Onde a razão ? Na critica, ou no aresto criticado ? Numa ou noutra hypothese, mostrará elle sempre a que ponto, no desenvolvimento dessa instituição, por nós trasladada exactamente com o regimen que adoptámos, o encargo de acudir ao direito privado se amplia ante a majestade suprema de que a revestem as grandes questões constitucionaes impostas ao seu exame.

Todas essas questões, certamente, o direito privado as conduz ao tribunal sob a fórmula de pleitos entre partes, e sob a fórmula de sentenças entre partes o direito privado lhes molda, no tribunal, a solução. Mas a satisfação dada por esta ao direito privado, que suscitou a lide, e imprimiu á causa um nome individual, muitas vezes, nos grandes litígios que empenham interesses do governo ou da sociedade, na União, ou nos Estados, acaba por se sumir, como um accidente, na importancia dos debates constitucionaes, das questões politicas, em que se envolve o problema geral, posto em controvérsia pelo caso particular e com elle deslindado.

E' uma grande criação legislativa, que caiu fulminada pela declaração de inconstitucionalidade, ou uma reforma de largo alcance, mas contestada, que com a declaração de constitucionalidade se consolidou. E' um vasto campo de acção, reivindicado pelo Congresso, que a intervenção judiciaria lhe vem denegar, ou o territorio immenso dos poderes implicitos, que ella, por obra de uma laboriosa construção juridica, a poder de interpretações successivas, lhe vae franqueando. São competencias de autoridade, relevantes á administração, á legislação, á soberania, entre os Estados e a União, que se resolvem sob o imperio de sentenças, ora, augmentando o dominio dos poderes locais, a favor dos Estados, ora estendendo a órbita federal, em beneficio da União. E', em summa, a politica da União, já no interior, já, por vezes, nas suas relações com o estrangeiro, ou a autonomia dos Estados, assim na sua existencia instestina, como na sua actividade interestadual, que ora se expandem, ora se contraem, acoroçadas ou reprimidas pelos arestos dessa magistratura sem appello.

---

(260) "... the Court is unable to avoid the discussion of the influence of its conclusions on the powers of congress and the President". L. S. ROWE : *Loc. cit.*, pag. 58.

(261) "A decisão no caso Downes outra coisa não é, portanto, que um caprichoso trabalho de mosaico (*an arbitrary bit of patchwork*), engenhado no intento de corresponder a certos reclamos de uma utilidade politica imaginaria na obra da expansão imperialista." BURGESS : *Loc. cit.*, pag. 504.

## A CORTE SUPREMA ESPECIE DE RAMO DE LEGISLATURA FEDERAL

Logo ao raiar da nova Constituição, ainda não approvada, bem antes que a experiencia hoje mais que secular a deixasse resplandecer na plenitude da sua luz, já os seus primeiros collaboradores sentiam brilhar esta evidencia, quando ELLSWORTH, futuro membro desse tribunal, dizia, em 1789, na convenção do Connecticut, preconizando o artigo judiciario do projecto constitucional; "Esta constituição define a extensão dos poderes do governo geral. Se, quando quer que fosse, o governo geral lhe transpuzesse as extremas, o poder judiciario lhe opporia o freio constitucional. Em excedendo os Estados Unidos as suas faculdades, em estabelecendo uma lei, que a Constituição não autorize, nulla será essa lei, e os juizes nationaes a declararão nulla. Por outro lado, se os Estados exorbitarem dos seus limites, se fizerem leis usurpatorias da competencia do governo geral, essas leis serão nenhuma, e uma magistratura integra, independente as declarará taes" (262).

Dêse então, pois, se reconhecia no juizo federal o diviseiro, instituido para traçar doutrinalmente, praticamente, definitivamente os confins entre os poderes politicos da republica, entre os orgams politicos, da soberania, entre os elementos politicos da federação. Classificar, pois, de exclusivamente judiciaria essa autoridade, era desconhecer uma das feições cardeaes da sua natureza, uma das funções essenciaes do seu papel, um dos resultados fataes da sua acção. "Não ha, todavia, difficuldade", nota o professor SMITH, "em rastejar por que os que elaboraram a Constituição, e lhe estabeleceram a intelligencia, despejaram todo o arsenal da logica, no empenho de mostrar que se tratava de um poder meramente judicial. Nisso entrava o seu plano de tornar *praticamente* a Côte Suprema um ramo da legislatura federal, estabelecendo assim, mediante aquella, um freio real á opinião publica. Como um poder tal se não podia conferir expressamente, sem descobrir com demasiada clareza o designio da Convenção, necessario era envolvel-o de sorte que ficasse existindo implicitamente; e o meio de o subentender como implicito estava em demonstrar que esse poder era uma attribuição natural, ordinaria e, nas circumstancias do regimen, adequada á justiça. A se não conseguir provar que era uma função essencialmente judiciaria, e não uma faculdade politica ou legislativa, não havia, para o seu exercicio pela Côte Suprema, defesa constitucional. Eis o que explica as persistentes e indefessas diligencias empregadas no intuito de persuadir ao povo americano que o poder de rejeitar actos do Congresso é puramente judicial; diligencias que, posto estribadas em todo o peso das autoridades americanas, bem longe estão de ser concludentes" (263).

(262) *Apud* LANDON, *op. cit.*, pag. 300.

(263) ALLEN SMITH: *The spirit of Americ. Government.*, pags. 108-9.



Com ser das mais respeitaveis esta opinião, não temos por autorizado nem verosimil o asserto, que suppõe aos organizadores da constituição americana a dissimulação intencional de uma entidade politica, na creação da Côrte Suprema, sob o manto do poder judicial. Dos melhores trabalhos sobre o assumpto nos parece evidenciado que a doutrina americana da rejeição das leis inconstitucionaes pela justiça tem origem nas tradições coloniaes e nas da Confederação dos Estados que o movimento de 1776 emancipara. Sentenças das justiças coloniaes declaravam invalidos os estatutos locais, em excedendo os poderes outorgados pelas cartas ; e, quando a estas succederam, com a Confederação, as constituições estaduaes, do mesmo modo se houveram alguns tribunaes de Estados, em presença de actos legislativos locais a ellas oppostos (264). Esses precedentes judiciarios naturalmente deviam de suggerir aos espiritos conservadores, que preponderaram no feitio da constituição americana, considerações donde podia resultar a interpretação, que fez da Côrte Suprema o oraculo da constitucionalidade das leis. No acanhado embryão desta idéa, que se lhes deparava na praxe daquelles tempos, os rudimentos dessa faculdade, limitada pelas condições da época a controversias de mero direito privado, não deixariam entrever a modificação politica de similhante prerogativa, quando entregue privativamente a um grande tribunal nacional, estabelecido na cupola do systema, e immittido por esta situação, de uma unicidade absoluta, no arbitrio, por uma parte, de reprimir os outros dois poderes federaes cada qual na sua alçada, por outra de conciliar, contendo-os a ambos, as pretensões da União com as dos Estados.

Uma vez firmada esta posição, que o senso juridico do povo e o prestigio das primeiras sentenças de MARSHALL para logo lhe asseguraram, não tardou que se sentisse na politica do paiz o ascendente dessa força, dado que inerme, irresistivel pela natureza dos seus elementos. "Gradual, mas segura e definitivamente, a Côrte Suprema, pelos seus julgados, *separou do seu confuso amalgama os poderes nacionaes e os estaduaes*, dando a cada um nitidos limites e assignação individuada. A's palavras abstractas da Constituição imprimiu sentido efficaz e imperioso. Definiu os instrumentos legaes para o exercicio dos direitos conferidos e a prevenção ou reparação das lesões defesas. Compoz conflictos, aplacou paixões, precisou *os justos limites entre poderes contendentes, e separou jurisdições, que se invadiam, restituindo cada qual á sua esphera*. Levantou a um alto grau de energia e vitalidade uma nação em dissolvencia e moribunda. Infundiu nos Estados consciencia clara e exacta do seu amplo campo de autoridade interior. Instruiu os outros dois

(264) ELLIS STEVENS : *Sources of the Constitution of the United States* (N. York, 1894), pags. 190-92. THAYER : *Legal Essays*, pags. 3-4. BEINTON COXE : *Judic. Power and unconstitution. legislation*, pags. 197 e segs., 219-71.



ramos de governo. Revestiu a nação das suas prerogativas, sem desfalcas das suas aos Estados" (265).

### SOBRE A ACÇÃO POLITICA DO SUPREMO TRIBUNAL

Ora esta synthese historica do papel da Côrte Suprême, traçada por um constitucionalista daquelle paiz, nos está mostrando em que alto relevo sobresaê, aos olhos da opinião americana, o elemento politico, manifesto, de envolta com o elemento judiciario, na individualidade constitucional dessa magistratura, onde, consoante aquillo de BOUTMY, reside esse poder, supremo nas suas decisões, que, segundo as maximas de BLACKSTONE, em cada uma das constituições existentes, superintende aos outros poderes, sem lhe superintender a elle nenhum destes (266).

O constitucionalista francêz carregou, talvez, a nota. Mas os melhores americanos (267), ao presente, já vão pouco e pouco modificando a noção do character absolutamente judiciario da Côrte Suprema, e sentindo a sua coparticipação, indirecta, mas decisiva, na evolução geral e na acção pratica do governo. Nenhuma autoridade haverá, por exemplo, mais insuspeita nisto que a de THAYER (268); e, sem embargo, é elle quem, já ha quinze annos escrevia: "Valha a verdade, o arbitrio de pronunciar a nullidade dos actos dos outros poderes, se bem seja uma simples funcção judicial, implica, pela natureza da materia sobre que se exerce, o tomar parte, ainda que secundariamente, na acção politica do governo" (269).

BALDWIN, autor de não menos peso, nos attesta que a Côrte Suprema "decide renhidas questões sobre a intelligencia da Constituição nos seus aspectos politicos" (270). GOODNOW, lente de direito

(265) JUDSON S. LANDON: *Op. cit.*, pag. 323.

(266) BOUTMY: *Studies in Constitutional Law*. Translated by A. V. DICEY (Lond., 1891), pag. 117.

(267) D'entre os europeus, além dos já citados, lembraremos que, segundo BRUNIALTI, a suprema justiça, na constituição americana, é "*un vero potere politico*, che ha *non solo jurisdictione, ma impero*". *Unioni e Combinazioni fra gli Stati. Gli Stati composti e lo Stato Federale*, pag. CLXXXVIII.

(268) Pela sua severidade no censurar "o pendor", diz elle, "hoje de uma frequencia sobremodo lamentavel, ao uso reiterado e facil dessa grande funcção". THAYER: *John Marshall*, pag. 107.

(269) *Harvard Law Review*, nov. 1893, pag. 152.

(270) SIMEON BALDWIN: *Modern Political Institutions*, pag. 253; "There are other decisions of the Supreme Court which are as often referred to as these, because they set *hard-fought* controversies over the meaning of our Constitution in its political aspects. Those that have been mentioned are of especial note in their bearing on the relation of the law to the individual".

Eis ahí explicitamente separados, entre os arestos da Côrte Suprema, os dois generos: um, cujas sentenças tão sómente interessam "as relações da lei com o individuo"; outro, cujas especies deslindam "porfiadas controversias" acerca do pensamento constitucional "sob os seus aspectos politicos". Casos de direito meramente privado e casos de direito politico manifesto.

administrativo na universidade de Columbia, ensina que os tribunales americanos, "com o poder", que lhes assiste, "de arbitrar quando sejam constitucionaes os actos da legislatura, são orgams da funcção politica do Estado" (271). No exercicio desta, elles tem sentenceado pleitos, diz MUNSTERBERG, "da importancia politica mais ampla" (272).

Mas onde melhor se encontra desvendada, a tal respeito, a realidade, é nas observações do professor ALLEN SMITH :

"A Côrte Suprema tem, é verdade, expressamente rejeitado todo o direito a exercer qualquer poder legislativo ou politico. A título, porém, de ser meramente judicial a competencia de invalidar leis, lança mão de uma autoridade, que necessariamente envolve o exercicio do alvedrio politico (*of political discretion*). Não se póde, logo, tomar mui á letra a declaração de que seja norma assente daquelle tribunal o não se envolver nas attribuições politicas de outros ramos do governo, uma vez que, sob a sua faculdade inconcussa de interpretar a Constituição, lhe cabe meio de nellas se ingerir, como de facto se ingere, ao declarar vão e nullo um acto do Congresso. Erro seria, pois, cuidar que a justiça federal perdesse da sua influencia alguma coisa com renunciar voluntariamente á pretensão do veto nos casos politicos. Esta espontanea restricção da sua autoridade não faz senão proporcionar-lhe o instrumento conveniente, para excluir da sua jurisdicção as medidas, que não haja por bem condemnar, nem approvar. Desde que só a esse tribunal compete decidir quaes as questões que são politicas, quaes as que o não são, nas suas mãos está o ensanchar ou estreitar o sentido ao qualificativo de politicas, segundo lhe parecer. Na realidade, pois, a Côrte Suprema em si retem o poder, de que se figura haver aberto mão voluntariamente". (273).

Nem é só mediante o estygma de inconstitucionalidade, posto aos actos da legislatura, que se exerce visivelmente a ascendencia politica dessa instituição. "Uma classe ha, muito mais numerosa e importante, de casos, em que a Côrte Suprema, não se pretendendo servir de tal poder, tem virtualmente nullificado leis, dando-lhes uma intelligencia, que lhes balda inteiramente os fins. Podem-se offerecer por exemplos os julgados relativos á Commissão do Commercio Interestadual. Esta junta, creada pelo Congresso com o intento de regular o trafico da viação ferrea no paiz, "se tem visto privada, ob-

(271) "The courts thus aid in the expression of the will of the State, and are therefore organs for the discharge of the functions of politics, in the sense in which this word is used in these pages". FRANK J. GOODNOW : *Politics and Administration*, pag. 36.

(272) "The Supreme Court has annulled Congressional measures twenty-in times and State statutes more than two hundred times, because these were at variance with the Constitution. Many of them have been cases of the greatest political importance". HUGO MUNSTERBERG : *The Americans*, pag. 110.

Apezar de allemão, MUNSTERBERG é professor universitario em Harvard.

(273) *Op. cit.*, pags. 109-110.

serva o juiz HARLAN (274), pela hermenêutica judicial, de toda a acção eficaz no seu cargo". Os governos, assim dos Estados, como da União, nos seus esforços por solver esse problema, esbarravam sempre no obstáculo da justiça federal, cujas decisões lhe têm dilatado a ella a alçada, até abarcar em si quasi todos os casos importantes, onde se envolvem interesses de entidades collectivas" (275).

### CASOS DE SUA NATUREZA POLITICOS

No entanto, atravez de todos esses factos, que não parece confirmarem de todo esta norma, sempre sustentou a Côrte Suprema não lhe ser licito "intervir no exercicio *politico* do poder da legislatura, ou do Presidente" (276) e que não podem constituir objecto de litigio perante ella "as questões *politicas de sua natureza*" (277).

Como conciliar, pois, este canon abstracto com os factos apontados? Evidentemente buscando um caracteristico exacto, para definir os casos "*de sua natureza politicos*", achando um criterio, para discernir em que medida o elemento politico, envolvido numa questão, não a incompatibiliza com o papel judiciario da magistratura preposta á defesa da constituição nacional.

Onde esse meio discriminativo ?

Responda a lição dos mestres. Depois commentaremos.

STORY :

"Nas medidas de caracter *exclusivamente politico*, legislativo ou executivo (*in measures exclusively of a political, legislative or executive character*), claro está que, residindo a autoridade suprema a respeito de taes questões no poder executivo e no legislativo, não ha revel-as perante outro". (278)

POMEROY :

"A materia de um pleito é *politica* e alheia, pois, ao dominio da justiça, tão sómente quando interessa a existencia *de jure* de um

(274) Voto dissidente na causa *Inter-State Commerce Commission v. Alabama Midland Railway Co.*, 168 Unit. Stat. 144, L. ed., 42:425.

(275) ALLEN SMITH : *Op. cit.*, pag. 112.

(276) JOHNSTON : *American Political History*, I, pag. 273.

Neste sentido : *Marbury v. Madison*, 1 Ct. 169, ed. 2:60 ; *Foster v. Neilson*, 2 Pet. 307, L. ed. 7:415 ; *Un. Stat. v. Lee*, 106 U. S., 209, L. ed 27:177 ; *Craig v. Missouri*, 4 Pet. 438, L. ed. 7:903 ; *Cherokee Nation v. Georgia*, 5 Pet. 20, L. ed. 8:25.

(277) *Ibid.*, pag. 276. *Marbury v. Madison* : "Questions in their nature political... can never be made in this court".

Já na convenção constituinte era essa a linguagem : "The motion of dr. Johnson was agreed to, *nem. cont.*, it being generally supposed that the jurisdiction given was constructively limited to cases of a *judiciary nature*". ELLIOT'S *Debates*, V (ed. de 1891), pag. 433, pr. COXE : *Op. cit.*, pag. 337.

(278) STORY : *Commentaries on the Constil.*, § 374.

governo, ou envolve a legalidade de medidas *puramente governativas* (*purely governmental*)". (279)

MILLER :

"Para habilitar a parte ao remedio judicial, os direitos em perigo não hão de ser *meramente politicos* (*merely political*), pois estes não cabem na jurisdição dos tribunaes". (280)

COXE :

"Conforme a doutrina da Côrte Suprema no pleito *Georgia v. Stanton* (Wallace 50-78, competente é esse tribunal, para declarar inconstitucional e nullo o acto do Congresso, que se pugna, quando os direitos em perigo não são *meramente politicos*. Nos casos em que esse direitos são *meramente politicos* (*merely political rights*), a Côrte, pela sua propria decisão, não é competente". (281)

E ainda :

"Assentou a Côrte Suprema que o poder judiciario se não estende aos casos, nos quaes os direitos periclitantes são *meramente politicos* (*merely political*). (282)

BRYCE :

"A Côrte Suprema tem firmemente recusado intervir nas questões *puramente politicas* (*in purely political question*)". (283)

E outra vez :

"Pontos ha tambem de interpretação, a cujo respeito os tribunaes observando a praxe estabelecida, se negarão a decidir, por se haverem como de natureza *puramente politica* (*of a purely political nature*)". (284)

THAYER :

"Em casos *puramente politicos* (*purely political*) e de mera acção discricionaria, embora os outros poderes violem a Constituição, o judiciario lhe não poderia acudir". (285)

HITCHCOK :

"As questões *puramente politicas* (*purely political questions*) não cabem na competencia dos tribunaes". (286)

CARSON :

"Na causa *Luther v. Borden* (287), causa proveniente das perturbações reinantes no Estado de Rhode Island ao adoptar-se a

(279) *An Introduction to the Constitutional Law*, § 746, pag. 624 n.

(280) *Lectures on the Constitut.*, pag. 515, n. 1.

(281) BRINTON COXE : *Op. cit.*, pag. 30.

(282) *Ib.*, pag. 118.

(283) JAMES BRYCE : *Americ. Commonw.*, I, pag. 349.

(284) *Ib.*, pag. 495.

(285) JAMES B. THAYER : *Harvard Law Review*, v. VII, pags. 134-5. *Legal Essays*, pag. 8.

(286) HITCHCOK : *Chief-Justice Marshall. Constitution Hist. of the U. S. as seen in the develop. of Amer. Law*, pag. 80.

(287) 17 Howard 1 (1849), L. ed.

nova constituição, para substituir a carta outorgada por Carlos II, a Côrte Suprema, dissentindo unicamente o juiz WOODBURN, se absteve de tomar conhecimento, por ser uma questão *puramente politica* (*of what was purely a political question*). (288)

Mais :

“Numa sentença da Côrte, pronunciada pelo juiz NELSON, se mostrou que a questão envolvida na especie era *puramente politica* (*that the question involved was purely political*), e, assim, não tinha jurisdição o tribunal, invocando-se a decisão de MARSHALL no feito *The Cherokee Nation v. Georgia* como autoridade concludente contra o exercicio dos seus poderes no terreno de questões politicas”. (289)

CHARLES B. ELLIOT :

“Casos ha, em que não estão sujeitos á revisão pelos tribunaes de justiça os actos do Congresso, a cujo respeito se suscitam questões constitucionaes. Taes os concernentes a actos impugnados ante a disposição constitucional que afiança a todos os Estados da União a fórma republicana de governo. As controversias emergentes sob esta rubrica são *puramente politicas* (*purely political*) e, assim, inteiramente alheias á competencia judicial”. (290)

BASSETT MOORE :

“Salvo nos casos *puramente politicos* (*except in cases purely political*), não tem autoridade o Congresso, para deliberar quanto aos direitos constituídos sob um tratado”. (291)

Eis ahi. Não basta que a questão extreme a politica, ou com ella prenda ; que tenha relações politicas, offereça aspectos politicos, ou seja susceptivel de effeitos politicos ; que á politica interesse, ou sobre ella possa actuar por algumas das suas faces, algumas das suas ligações, alguns dos seus resultados. E’ mister que seja *simplesmente, puramente, meramente politica*, isto é que pertença ao dominio politico totalmente, unicamente, privativamente, exclusivamente, absolutamente.

Só então cessa a competencia judicial.

65 — Mas como reconhecer este genero especial de questões ? Quaes as questões *meramente, unicamente, exclusivamente politicas* ? Obvio é que as relativas ao exercicio de poderes *mera, unica e exclusivamente politicos*.

Quaes são, porém, os poderes *exclusiva e meramente politicos* ? Evidentemente os que não são limitados por direitos correlativos, nas pessoas, individuaes ou collectivas, sobre que taes poderes se exercem. Quando á funcção de um poder, governativo ou legislativo, não corresponde, fronteiramente, um direito constitucional da

(288) HAMPTON CARSON : *Op. cit.*, I, pag. 335.

(289) *Ib.*, II, pag. 417.

(290) CH. B. ELLIOT : *Political Science Quarterly*, 1890 (v. V), pag. 253.

(291) BASSETT MOORE : *A Wigest of International Law*, v. V (Washing., 1906), pag. 234.

entidade, natural ou moral, que a acção desse poder interessa e poderá ferir, um tal poder está confiado, pela sua natureza, ao arbitrio da autoridade, em quem reside. E' um poder *discrecionario*, e, como poder discrecionario, seria palpavel contradicção nos termos que soffresse restricção pela interferencia cohibitiva de outro.

De sorte que a noção abstracta de poder *meramente politico* se define praticamente pela noção concreta dos poderes *discrecionarios*.

Autoridades comprobativas desta proposição, temol-as de sobra.

HITCHCOK :

"As questões *puramente politicas*, isto é, as que são commettidas, pela Constituição ou pelas leis, á *discrição*, quer do poder executivo, quer do legislativo, não entram na competencia dos tribunaes". (292)

THAYER :

"No caso de actos *puramente politicos* e do exercicio de uma acção *meramente discrecionaria* (*in the case of purely political acts and of the exercise of mere discretion*), ainda que se ache violada a Constituição por outros poderes, o judiciario não pôde remediar". (293)

MARSHALL :

"Onde os chefes de administrações forem instrumentos politicos e confidenciaes do poder executivo, instituidos apenas para cumprir as vontades do Presidente, ou antes, para servir em assumptos, *nos quaes o executivo, exerça discrição legal, ou constitucional* (*in cases in which the executive possess a constitutional or legal discretion*), perfeitamente obvio é que os seus actos não são examinaveis senão politicamente. Mas onde a lei estatue especificadamente um dever, e *ha direitos individuaes*, dependentes da observancia deste, egualmente manifesto é que qualquer individuo, que se considere aggravado, tem o direito de recorrer, em procura de remedio, ás leis do paiz". (294)

HAMPTON CARSON :

"No caso *Marbury v. Madison* a Côte Suprema definiu com extraordinaria força e lucidez as balisas da autoridade respectivamente distribuida aos tres ramos do governo. Então se demonstrou que todo acto legislativo, repugnante á Constituição, deve ser despresado pelos tribunaes como nullo ; que os funcçionarios administrativos podem ser compellidos pelo poder judiciario a cumprir os deveres, que lhe forem explicitamente impostos, e *não envolverem faculdade discrecionaria* (*and not involving official discretion*) ; porquanto, disse o Tribunal, o governo dos Estados Unidos é um governo de leis, não de arbitrio pessoal (*a government of laws and not*

(292) HITCHCOK : *Op. cit.*, pag. 80 : "It follows that questions *purely political, or which are by the Constitution and laws committed to either the executive or legislative discretion*, are not within the province of the courts".

(293) THAYER : *Harvard Law Rev.*, loc. cit. *Legal Essays*, loc. cit.

(294) *Marbury v. Madison*. JOHN MARSHALL : *Writings upon the Federal Constitution*, pags. 13-24.

*of men*), e a alçada judicial decide sobre direitos individuaes, não lhe competindo liquidar questões de seu natural políticas, intrometendo-se em assumptos encarregados, pela Constituição, ou pelas leis, ao critério (*to the discretion*) de outro poder". (295)

CARLIER :

"Como deixar sem limitação o poder legislativo e o executivo? Deste modo a Constituição mal ficaria com uma autoridade moral, sem sanção legal de especie nenhuma ; pois desses poderes dependeria dobrar-a aos seus caprichos ou interesses. Por outro lado, que meio haveria de conciliar com esse estorvo a liberdade, que a cada um dos orgams do governo se deve deixar, para se desempenharem utilmente da sua missão? Estabeleceram-se, com o intuito de solver estes graves problemas, certas distincções entre os poderes pela Constituição conferidos. Uns são de ordem politica ; a saber, *tem o caracter discricionario*. Os demais (*e é o maior numero*) *interessam á vida civil, e devem ser encarados, abstraindo-se da autoridade que os exerce*". (296)

WOODROW WILSON :

"Ella (a Côrte Suprema) se tem declarado balda de autoridade para embaraçar o poder *politico discricionario* (297), assim do Congresso, como do Presidente". (298)

66 — Averiguada assim a equivalencia constitucional entre as duas noções de *poderes meramente* ou *absolutamente* políticos e *poderes discricionarios*, mercê da qual a primeira se determina e traduz pela segunda, importa agora, para cabal esclarecimento dos termos em que vae assentar a nossa conclusão, illustrar a especie com os exemplos classicos, de que a doutrina e jurisprudencia nos fornecem.

STORY indica nessa categoria, "os poderes de declarar a guerra, lançar impostos, distribuir as verbas de despeza, legislar sobre as relações e o commercio com as nações estranhas". Não vae além. (299)

HARE ahi classifica especificamente as decisões do governo ideal sobre os casos de dualidade no governo dos Estados, ou sobre o character, republicano, ou não, de um governo estadual (300), sobre as relações dos Estados ou da União com territorios occupados por selvagens (301), sobre a decretação de tarifas proteccionistas (302).

(295) HAMPTON CARSON : *Op. cit.*, II, pag. 634.

(296) CARLIER : *La République Américaine*, tom. IV, pag. 124.

(297) "To interfere with the *political discretion*", que a traducção franceza verteu, com acerto, "*intervenir auprès du pouvoir politique discrétionnaire*".

(298) W. WILSON : *Congressional Government*, pags. 34-5. Versão franc., pag. 41.

(299) STORY : *Commentaries*, § 374, 5.<sup>a</sup> ed., de 1891, v. I, pag. 275.

(300) HARE : *American Constitutional Law*, I, pag. 120.

(301) *Ib.*, pags. 129-33.

(302) *Ib.*, pags. 133-5.



Taes questões, diz elle, "sendo *puramente politicas (purely political)*, não pertencem á alçada judicial". (303)

COOLEY, muito mais numerosamente, aponta : as questões de existencia de guerra ou restabelecimento da paz, governo, de facto ou legitimo, de outro paiz, autoridade dos ministros ou embaixadores estrangeiros, admissão de um Estado á União, restauração do regimen constitucional em Estados que contra elle se insurgiram, limites de jurisdicção de uma potencia estrangeira, soberania dos Estados Unidos sobre uma possessão insular, direito de agrupamentos indios ao titulo de tribus (304).

CARLIER inscreve nesta esphera, defêsa á justiça, o poder, conferido ao Congresso, de declarar a guerra, crear tributos, applicalhes o producto aos serviços nacionaes, a autoridade, que toca ao Presidente, de mobilizar as forças militares, negociar a paz, celebrar tratados, nomear funcionarios geraes, o exercicio do veto presidencial, a convocação extraordinaria das camaras federaes. (305). Esta individuação, "não limitativa", observa o autor, deixa por esgotar o rol dos poderes "de ordem *politica e descricionaria*, que não admittem contraste judicial", mas dá a ver, á luz meridiana, pela natureza de cada especie, os traços communs do genero que as reune.

SUTHERLAND cita : as questões de existencia da paz ou da guerra ; as de relações com as tribus indigenas ; as concernentes ao caracter official de um representante estrangeiro ; as relativas á existencia de tratados ; as de reconhecimento da independencia de Estados estranhos ; as de limites entre os Estados Unidos e outra nação ; as de admissão ou exclusão de estrangeiros. (306)

A esses exemplos nada adeanta BLACK na sua enumeração (307) BAKER especifica apenas o poder, dado ao Congresso, de reconhecer governos estaduaes (308). ASHLEY exemplifica unicamente com o direito, peculiar á legislatura, de reconhecer quando se verifica o caso de insurreição (309) ; THORPE, com a faculdade, igualmente legislativa de apreciar a conveniencia de um imposto sobre a renda, ou a da redução dos direitos aduaneiros (310) ; RANDOLPH, com o arbitrio, incontestavel ao Presidente e ao Congresso, de estabelecer em quem, *de jure e de facto*, reside a soberania de uma região (311) ;

(303) *Ib.*, pag. 124.

(304) *The gener. princ. of Constit. Law.* ed. de 1898, pags. 157-8.

(305) AUG. CARLIER : *La Républ. Americ.*, v. IV, pags. 124-7.

(306) WILL. A. SUTHERLAND : *Notes on the Constitution of the United States* (San Francisco), 1904), pag. 502.

(307) CAMPBELL BLACK : *Constitutional Law*, ed. de 1895, n. 52, pag. 83.

(308) BAKER : *Annotated Constitution of the Un. States*, pag. 123, n. 17, c 232, n. 17.

(309) ROSCOE LEWIS ASHLEY : *Op. cit.*, pag. 322.

(310) THORPE : *Op. cit.*, III, pag. 546.

(311) CARMAN F. RANDOLPH : *The law and policy of annexation*, pag. 7.



GOODNOW, com as relações diplomaticas, o ajuste de convenções internacionaes, o commando e disposição das forças militares, a attitude mutua do poder executivo e do legislativo (312); HARRISON, com o reconhecimento da soberania de outra nação e seus limites, bem como o do verdadeiro governo de um Estado (313); CARSON, com o regimen militar, imposto, depois da rebelião separatista, aos Estados insurgentes, para a reconstrucção da ordem nacional (314).

Por nossa vez, discorrendo, ha annos, deste assumpto, diziamos, no intuito de esclarecer a fórmula americana, que defende aos tribunaes a intrusão em casos *meramente politicos* ou *puramente discricionarios* nos actos dos outros poderes :

“Os exemplos elucidam completamente esta definição. Discute-se, *verbi gratia*, se a Constituição de um dos Estados foi, ou não, ratificada pela maioria indispensavel de cidadãos habeis. O *assumpto é estrictamente politico*, de sua natureza. Não têm que ver com elle os tribunaes. Disputam, em um Estado, a *legitimidade de dois governos differentes*. E’ judicial a pendencia? Não; porque os direitos em lide são fundamentalmente politicos (315). Argúe-se de *anti-republicana a constituição* de um Estado. Quem resolverá? Manifestamente o Congresso da União (316); porquanto a materia é, de sua essencia, estranha á indole das funcções judiciais, nas quaes não cabe o conhecimento de generalidades, como as que se envolvem no estudo abstracto do organismo de uma constituição, mas simplesmente a applicação das leis *a casos individuaes*”. (317).

---

(312) GOODNOW : *Comparative Administrative Law* (N. York, 1893), v. I, pag. 34.

(313) BENJAMIN HARRISON : *This Country of ours* (N. York, 1898), pag. 315.

(314) HAMPTON CARSON : *Op. cit.*, v. II, pags. 415-17.

(315) *Luther v. Borden*.

(316) ORDRONNAUX : *Op. cit.*, pag. 329.

(317) RUY BARBOSA : *Amnistia Inversa*, pag. 111.

## ACTOS PRIVATIVOS DO PODER EXECUTIVO E DO CONGRESSO

67 — Estes exemplos bastam. No seu numeroso conjuncto elles abrangem quasi de todo a orbita dos poderes entrgues á discricção da legislatura e do Presidente. Recapitulando-os, e coordenando-os, temos como elementos capitaes da autoridade politica, isto é, da acção discricionaria, no chefe da nação e no Congresso :

- 1 — A declaração de guerra e a celebração da paz.
- 2 — A manutenção e direcção das relações diplomaticas.
- 3 — A verificação dos poderes dos representantes dos governos estrangeiros.
- 4 — A celebração e rescisão de tratados.
- 5 — O reconhecimento da independencia, soberania e governo de outros paizes.
- 6 — A fixação das extremas do paiz com os seus visinhos.
- 7 — O regimen do commercio internacional.
- 8 — O commando e disposição das forças militares.
- 9 — A convocação e mobilização da milicia.
- 10 — O reconhecimento do governo legitimo nos Estados, quando contestado entre duas parcialidades.
- 11 — A apreciação, nos governos, estaduaes, da fórma republicana, exigida pela Constituição.
- 12 — A fixação das relações entre a União ou os Estados e as tribus indigenas.
- 13 — O regimen tributario.
- 14 — A adopção de medidas proteccionistas. (318)
- 15 — A distribuição orçamentaria da despeza.
- 16 — A admissão de um Estado á União.
- 17 — A declaração da existencia do estado de insurreição.
- 18 — O restabelecimento da paz nos Estados insurrectos e a reconstrucção nelles da ordem federal.
- 19 — O provimento dos cargos federaes.
- 20 — O exercicio da sancção e do veto sobre as resoluções do Congresso.
- 21 — A convocação extraordinaria da representação nacional.

(318) "The levying of a protective tarifa and the abuse of the power of taxation are illustrations of political acts which are beyond the power of the courts." CHARLES B. ELLIOT: *The Legislatures and the Courts. Political Science Quarterly*, v. V (1890), pag. 253.

68. — Entre essas attribuições todas, cuja materia, na Constituição brasileira occupa o art. 34, ns. 1, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 17, 18, 20, 21, 25, e art. 48., ns. 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, evidentissimamente sobresaem um traço commum, que delinea a *phisionomia* do genero. Todas ellas têm por objecto a *apreciação de conveniências*, transitorias ou permanentes, mas sempre de natureza geral. São considerações de *interesse* commum, de *utilidade* publica, de *necessidade* ou *vantagem* nacional, requerendo uma autoridade mais ou menos arbitraria, subordinada a competencia dos que a exercem aos freios da opinião popular e da moral social, mas autonoma numa vasta órbita de acção, dentro na qual a discrição do legislador e do administrador se move livremente.

Eis o terreno *meramente politico*, defêso como tal á ingerencia dos tribunaes.

Contraposto a este se estende, com divisas claras e sensiveis, o terreno da justiça, assignalado exactamente, pela característica oposta de que as questões da sua alçada, em vez de obedecerem á *apreciação de conveniências*, mais ou menos geraes, entendem com á *aplicação do direito legal* aos casos particulares, de ordem individual ou collectiva.

Onde quer que surja um problema juridico desta natureza, embora não seja estreme de elementos politicos, *desde que exclusivamente politico não é*, tem de receber a solução legal do poder constituido para dar effeito ás garantias constitucionaes, e com ella valer a toda individualidade, natural ou moral, lesada no seu direito.

E' o que daremos a palpar com o que ocorre em dois frisantissimos exemplos: o dos tratados internacionaes e o da legislação tributaria.

## CONVENÇÕES INTERNACIONAES

69. — Haverá esphera mais eminentemente *politica* do que a das convenções internacionaes? São accordos entre governo e governo. São compromissos, que empenham uma nação para com outra. São actos, em que duas soberanias se encontram no dominio do direito das gentes, e mutuamente se vinculam por laços contraidos sob a fé dos seus orgams supremos. Dir-se-ia, pois, que nas relações juridicas dahi decorrentes não era toleravel, em *hypothesi* nenhuma, a interferencia da justiça, que sobre ellas imperaria sem remissão o arbitrio dos governos.

Bem longe, todavia, está de ser esta a verdade, notoria e correntia.

70. — Antes de mais nada, é de advertir que os tribunaes exercem sobre os tratados o poder melindroso de interpretação. Já os

fundadores da constituição americana lho reconheciam (319), e ninguém lho contesta. "A interpretação dos tratados", diz BASSET MOORE (320), é da competencia privativa do poder judiciario (*is the peculiar province of the judiciary*), e, excepto nos casos *puramente politicos*, nenhuma autoridade constitucional assiste ao Congresso, para decidir sobre direitos pendentes de um tratado, ou modificar os já por força delles adquiridos".

Portanto, com ser essencialmente de ordem *politica* a região donde emanam os tratados, a formação destes, as entidades que os celebram, os vinculos que os estabelecem, desde que, todavia, se pleitear um direito a elles subordinado, nas condições de um caso individual, o caracter originariamente politico desses instrumentos não obsta á competencia da justiça. Antes esta, em taes litigios, é de ordem privativa.

Leis são do paiz os tratados, e, nesta qualidade, tem especialmente por interpretes os tribunaes.

71. — Mas, interpretados pelos tribunaes, como leis, que são, do paiz, serão os tratados, como as demais leis do paiz, annullaveis pelos tribunaes?

Neste particular não temos sómente a jurisprudencia americana, senão também um *ius receptum* quasi universal. "La opinion de los grandes publicistas europeos", escrevia, ha poucos annos, um publicista platino, "se ha contraído en los ultimos tiempos a demostrar que el derecho constitucional, ó la ley interna, debe prevalecer sobre la autoridad de los tratados, ó la de las obligaciones internacionales. Es principalmente la doctrina de los hombres eminentes que aspiram a codificar el derecho internacional". (321)

Esta é, com effeito, a lição de FIORE e BLUNTSCHLI. "Non sarà materia lecita del trattato", são palavras do internacionalista italiano, "quello che implicasse la violazione diretta della legge costituzionale dell'uno o dell'altro degli Stati contraenti". Ao que accrescenta: "La violazione della legge costituzionale *renderebbe nullo* il trattato per difettò de la materia, perché il sovrano di uno Stato non é competente a violare la costituzione, e l'altra parte non

(319) HAMILTON, no *Federalist*, n. XXII: "The treaties of the United States, to have any force at all, must be considered as a part of the law of the land. Their true import, as far as respects individuals, must, like all other laws, be ascertained by judicial determinations. To produce uniformity, in these determinations, they ought to be submitted, in the last resort, to one supreme tribunal".

(320) *A Digest of International Law*, v. V, § 760, pag. 234. E' uma das duas maiores autoridades constitucionaes nesta especialidade. A outra é CHARLES HENRY BUTLER, cujo depoimento attesta a jurisdicção exercida, a tal respeito, pelos tribunaes federaes desde os primeiros dias da Constituição, *The Treaty-Making Power of the Un. States*, I, pag. 420, § 282.

(321) AGUSTIN DE VEDIA: *Soberania y justicia, Derecho Federal y autonomia provincial*. (Buenos-Aires, 1903), pag. 132.

puó e non deve ignorare la legge costituzionale, che é la base del potere sovrano". (322).

O publicista suíço, por sua vez, dado não considere necessariamente nullos os tratados offensivos da constituição de um dos paizes contraentes, sustenta que, se no seio delle se levantar resistencia á execução de um convenio inconstitucional, importa que ella "seja reconhecida e sancionada pelo direito"; visto como, a se attribuir, em tal caso, preferencia ao accordo celebrado, "se poderia deste modo subverter a Constituição e anniquilar as liberdades individuaes". (323)

Entre os latino-americanos não se exprime de outro modo ANDRÉS BELLO: "Importa ademas que los actos de esta soberania no salgan de las facultades que le estan senaladas por la Constitucion, porque todo contrato en que las excediesse, *adoleceria tambien de nullidad*" (324).

Similhantermente, o nosso LAFAYETTE: "A propria Constituição em suas bases fundamentaes fórma por si só um limite insuperavel ao poder de fazer tratados. O poder executivo não póde estipular em tratados clausulas, que importem offensa ou infracção de disposições propriamente constitucionaes (325); taes clausulas *seriam radicalmente nullas*" (326);

Nos Estados Unidos parece que a principio ainda se não dera, na doutrina juridica, este passo. E', ao menos, o que se collige da obra de STORY, onde se ensina, que, "uma vez devidamente ratificados os tratados, nenhum tribunal lhes póde contrariar (*gainsay*) as estipulações" (327), comquanto já naquelle tempo abundassem arestos, muitos dos quaes citados pelo grande commentador, onde se resolviam questões debatidas judicialmente sobre a applicação desses actos de direito das gentes (328). Mas de presente já ninguém alli contesta que a competencia da justiça, para declarar, em relação ás leis, a nullidade por inconstitucionalidade, se estenda, igualmente, aos tratados.

(322) PASQU. FIORE: *Il diritto internazionale codificato* (3.<sup>a</sup> ed., 1900), art. 644, pag. 300.

(323) BLUNTSCHLI: *Le droit international codifié*, 4.<sup>a</sup> ed. franc. (1886), § 413, pags. 248-9.

(324) Parte I, c. I, § 4.<sup>o</sup>.

(325) Com esta restrictiva "propriamente constitucionaes" leva a mira o illustre juriconsulto brasileiro nas constituições, em que só se classificam de constitucionaes alguns dos seus artigos, reservados ao dominio do poder constituinte, não entrando os demais nesta categoria, por caber a sua reforma na competencia da autoridade legislativa, como succedia, entre nós, sob o imperio, cuja Constituição reservava o conceito de *constitucionaes* ás sós disposições relativas á divisão e attribuições dos poderes politicos ou aos direitos, civis e politicos, dos cidadãos brasileiros. No nosso regimen actual, porém, como no dos Estados Unidos, todas as disposições encerradas no texto da Constituição têm, por equal, o caracter de *constitucionaes*.

(326) LAFAYETTE: *Princip. de dir. internac.*, tom. I, § 106, pag. 272.

(327) J. STORY: *Commentaries*, v. I, § 374, pag. 275.

(328) *Ib.*, v. II, § 1838, pag. 606, n. 4.

Já ha mais de meio seculo um dos antigos commentadores daquelle constituição registrava este principio, hoje incontroverso. O poder de tratar com os governos estrangeiros (*the treaty-making power*), escrevia DUER, "deve se ter por subordinado á Constituição ; e, comquanto se possa exercer, regulando, não se poderá exercer, supplantando ou restringindo nenhuma das suas provisões fundamentaes ; nem seria admissivel interpretal-o de feição que viesse a destruir outros poderes, de instituição egualmente constitucional. Um tratado onde se pretendesse mudar a organização do governo, anniquilar-lhe a soberania, everter-lhe a fórma republicana, ou privar-o de alguma das suas attribuições constitucionaes, *seria nullo (would be void)*" (329).

Do mesmo modo, muito antes, se pronunciara JEFFERSON, como depois veio a se pronunciar CALHOUN (330).

Neste sentido se firmou a jurisprudencia americana. "Escusado seria dizer", ponderava o juiz SWAYNE, pronunciando a sentença da Côte Suprema, em 1870, no feito *Cherokee Tobacco v. United States* (331), "escusado seria advertir que um tratado não pôde alterar a Constituição, *nem se reputar por valido, se viola esse instrumento*. Isto resulta da propria natureza e dos principios fundamentaes do nosso governo". Em 1889, na causa *De Georfroy v. Figgs* (332), a sentença da Côte Suprema, proferida pelo juiz FIELD, similhantemente dizia que a attribuição de celebrar tratados tem por limites os que a Constituição põe "á acção do governo", e bem assim os que derivam "da natureza do governo federal ou do dos Estados", "não se podendo pretender amplial-o ao ponto de autorizar o que a Constituição veda". No pleito *Downes v. Bidwell* (333), em 1900, os juizes FULLER, HARLAN, BREWER e PECKHAM, do mesmo tribunal, citando e transcrevendo as declarações da Côte Suprema, que acabamos de reproduzir, nos pleitos *Cherokee Tobacco v. United States* e *De Georfroy v. Riggs*, observaram : "Um tratado, cujas estipulações pretendessem negar o que a Constituição assegurou, ou ampliar a jurisdição federal, seria *simplesmente nullo (simply void)*".

(329) WILLIAM ALEXAND. DUER : *A course of lectures on the constitutional jurisprudence of the Unit. States*. (Boston, 1856), pag. 229.

(330) Apud WHARTON, *Digest*, § 151, a.

(331) 11 Wallace. 620. L. ed. 20 :229.

Em 1869, no caso *People v. Washington*, declarou a Côte Suprema que "os tratados são meramente partes da lei, e, portanto, o que fôr vedado pela Constituição, tão pouco se poderia estatuir por um tratado, quando por um acto do Congresso". Apud BUTLER, *op. cit.*, v. II, § 358, pag. 60.

(332) 133 United Stat. 267. L. ed. 33 :645.

(333) 182 Unit. St. 370. L. ed. 45 :1138. BURGESS : *Political Science Quarterly*; (1901), pag. 501.

O voto dos quatro julgadores citados se exprime assim : "Indeed, a treaty which undertook to take away what the Constitution secured, or to enlarge the Federal jurisdiction, *would be SIMPLY VOID*".

A Côrte Suprema, em summa, tem assentado como noção hoje trivial (*it holds as a matter of course*) que "os tratados estão subordinados á Constituição" (334), e nada podem convencionar, que a contradiga" (335).

Eis o por que, sendo a Côrte Suprema o supremo arbitro dessa conformidade ou desconformidade entre os tratados e a Constituição, poudes escrever, não temerariamente, uma das autoridades mais modernas: "Num sentido a Côrte Suprema se acha acima do Presidente e do Congresso; porque, em decidindo ella que *um tratado, subscripto pelo executivo*, ou uma lei, que o legislativo estabeleceu, transgredem a Constituição, annullado está o acto do Presidente, ou do Congresso (336).

Verdade é que, até hoje, nos Estados Unidos, nenhuma convenção internacional foi peremptoria e totalmente objecto de uma declaração de inconstitucionalidade e nullidade pela Côrte Suprema (337). Mais de um exemplo ha, porem, de clausulas desses actos annulladas por decisão formal da Côrte Suprema, contando-se, até, o de um tratado, que cessou inteiramente de vigorar em consequencia de uma decisão desse tribunal.

No tratado com a Espanha em 1795 existia uma estipulação, adoptada em ordem a proteger, durante a guerra, os navios de commercio, mediante um passaporte, cujo modelo se declarava annexo a essa convenção. Mas, não se havendo realizado esta formalidade, aliás tão facilmente supprível, tanto bastou, para que a Côrte Suprema o dêsse por sem effeito (338).

Outro caso, muito mais notavel, temos no que succedeu com o tratado franco-americano de 1853. Deixal-o-emos narrar por uma

(334) RANDOLPH: *Op. cit.*, pag. 17.

(335) BUTLER: *Op. cit.*, v. II, § 432, pag. 245.

"Treaties cannot provide for anything repugnant to the constitution". BUTLER: *Op. cit.*, v. II, § 432, pag. 245.

Ainda na Grã Bretanha é para duvidar, nota RANDOLPH, "que os tribunaes respeitassem uma clausula de tratado opposta á Constituição". *The law and policy of annexation*, pag. 17.

Ver os arestos americanos, de que ahi, em nota, faz memoria esse autor.

(336) HUGO MUNSTERBERG: *The Americans*, pag. 110.

Ainda o anno passado, resumindo, a proposito dos *Insular Cases*, a jurisprudencia actual da Côrte Suprema nos Estados Unidos com relação aos tratados inconstitucionaes, escrevia uma das maiores autoridades francesas: "D'après la constitution elle même (art. 6, sect. 2), ils (les traités) sont, au même titre que les actes votés par le Congrès, un élément de la loi suprême du pays. A cet égard, le pouvoir qui fait la loi et celui qui fait les traités sont sur un pied de parfaite égalité, quand il s'agit de leur subordination à la constitution. "Un traité qui tenterait d'écarter ce que la Constitution garantit, ou d'élargir la juridiction fédérale, serait simplement nul". J. LAFERRIÈRE: *Les colonies Américaines et la Constitution* (Par., 1908), pags. 17-18. *Rev. de Droit Publ. et de science polit.*, tom. XXVIII (1908), pags. 223-4.

(337) BUTLER: *Op. cit.*, II, pag. 347, § 454. Ver a explicação deste facto segundo ALLEN SMITH, no seu *Spirit of American Government*, pags. 119-23.

(338) JOHN W. FOSTER: *The Practice of Diplomacy* (Boston, 1906), pag. 295.



das autoridades alli mais respeitadas em assumptos concernentes ás relações diplomaticas dos Estados Unidos.

"Quando as disposições de um tratado", diz ella, "vão de encontro ás da Constituição, *prevalece esta, e os tribunaes não executam o tratado*. O de 1853, entre os Estados Unidos e a França, dispunha que os consules não poderiam ser compellidos a depôr como testemunhas em juizo. Mr. DILLON, consul francez em San Francisco, citado a testemunhar num processo pendente de um tribunal federal, escusou-se com a estipulação do tratado. Mas o tribunal declarou que *este não podia ter vigor ou effeito*, por infringir a emenda VI da Constituição dos Estados Unidos, pela qual, "em todos os processos crimes, assiste ao criminoso o direito de ser acareado com as testemunhas da accusação, e obrigar a comparecerem as convenientes á sua defesa. Queixou-se o governo francez de que a decisão judicial violara o tratado. O secretario de Estado, porém, manteve, com pleno successo, que a precitada estipulação *nenhuma força tinha* "visto como a Constituição ha-de prevalecer a qualquer tratado, que com ella collida, não cabendo na competencia nem do Congresso, nem do poder a quem incumbe celebrar esses convenios, modificar, ou cercear, a acção de clausula constitucional alguma". O tratado de 1853 subsistiu ; *mas a estipulação alludida cessou de se observar nos Estados Unidos*" (339).

O derradeiro episodio a que alludiamos, é o de que se occupa BOUTMY no seu ultimo livro sobre o povo americano. O celebre publicista francês, que já noutra obra (340) se referira ao poder, "incumbente á Côrte Suprema, de nullificar uma convenção diplomatica, recusando-lhe a sanção judicial", aponta agora neste caso a amostra de um "revez juridico" soffrido pelo governo da União em assumptos internacionaes. "Em 1870 e 1876", relata elle, "sancionava o Congresso, mediante leis, o disposto no tratado feito, em 15 de abril de 1869, com a França, no intuito de protecção ás marcas de fabrica. O tratado era válido e correcto a lei, salvo em que não reservava a emergencia de uma infracção entre cidadãos do mesmo Estado, alheios, como taes, á competencia federal. Ora isto bastou, para que a Côrte Suprema não quizesse cooperar na applicação da lei, e, por via de consequencia indirecta, reduziu o tratado a letra morta" (341).

De tal monta era a decisão, que se chegou a cogitar numa reforma da Constituição americana, para conferir expressamente ao Congresso Nacional a autoridade, que a Côrte Suprema lhe desco-

(339) FOSTER : *Ib.*, pags. 290-91. WHARTON : *A Digest of the International Law of the Unit. States*, v. I, (Washington, 1887), § 98, pags. 665-8.

(340) *Studies in Constitutional Law*. Trad. de DICEY, pag. 117.

(341) E. BOUTMY : *Eléments d'une psychologie politique du peuple américain* (Par., 1902), pags. 193-4. LYON-CAEN : *Annuaire de Législation Etrangère*, XI (1882), pags. 776-780. UGO : *Sulle leggi inconstituzionali* (Macerata, 1887), pags. 44-5, n. AGUSTIN DE VEDIA : *Op. cit.*, pags. 125-6.



nhecia, sobre marcas de fabrica. E' o que, proferida a decisão em novembro de 1879 (342), alvitrava, logo em dezembro, um dos dois projectos emergentes na camara dos representantes. O outro se propunha remediar á situação, escoimando a lei da inconstitucionalidade apontada, com eliminar-lhe a disposição, que o tribunal se recusava a executar. Tal o projecto que vingou, modificado por outro da commissão de justiça, donde veio a resultar alli a lei de 3 de março de 1881. (343).

### O SUPREMO TRIBUNAL E A SUA ALÇADA SOBRE TRATADOS

Por demais são, porém, para entre nós, os subsidios, que ahi ficam, da jurisprudencia americana, visto como a Constituição brasileira explicitamente reconhece ao Supremo Tribunal Federal a função de declarar, em derradeira instancia, a nullidade, dos tratados, quando articulada em acção regular.

Lá está, no art. 59, § 1.º, a :

---

Verdade seja, como advertia a Côte Suprema no seu julgado, que elle deixava intacta a questão dos poderes do governo em materia de tratados. "In what we have here said", reza a sentença, "we wish to be understood as leaving the whole question of the treaty-making power of the General Government over trade-marks, and of the duty of Congress to pass any laws necessary to carry such treaties into effect, untouched". *United States v. Steffens*, 25 L. ed., 553-4.

Mas o certo é que o aresto feriu de morte o tratado, negando validade ás leis, que o executavam. De sorte que, indirectamente, por via das leis de execução vinha a se annullar o tratado exequendo. Em consequencia, para o tornar executavel, força foi circumscrever-lhe o campo de applicação, nas medidas legislativas adoptadas, imprimindo-se-lhe assim exigibilidade ante as justiças do paiz.

"Impossivel é definir um estado de coisas essencialmente indefinivel", dizia, em 1879, numa consulta sobre o caso, Mr. EDMOND KELLY, *counsellor-at-law*, na côte suprema de Nova-York ; "mas podemos-o indicar desta maneira : a uma parte, um tratado solemnemente assignado pelo governo francês e pelo americano, que assegura, nos dois paizes respectivamente, aos seus cidadãos a propriedade das marcas de fabrica ; á outra, uma sentença da Côte Suprema dos Estados Unidos, que vem paralyzar o poder de celebrar tratados, negando ao Congresso o direito de adoptar as leis necessarias á sua execução. Pouco importa que a Côte Suprema não considerasse a questão do tratado : o ponto está em que declarou inconstitucionaes as leis relativas as marcas de fabrica, e dest'arte as tornou inexequiveis. . . De facto, declarada nulla e sem valor a legislação indispensavel a boa execução do tratado, este, supposto não abrogado, *se acha reduzido a letra morta*". *Journ. de Dr. Int. privé*, v. VI (1879), pags. 454-5. Append. ao artigo de Ed. CLUNET, *ibí*, pags. 442-53. *De la situat. act. des français aux E't. Un. et des Améric. en France par suite de la déclarat. d'inconstitutionnalité des lois fédérales sur les marques de fabrique*.

(342) *United. States v. Steffens. United States v. Willemann. Unit. States v. Johnson*. 10 Otto, 82-99, 25 L. ed., 550-54.

(343) LYON-CAEN : *La protect. internation. des marques de fabr. dans les E't. Unis*. CLUNET, ICX, 1882, pags. 380-88.

"Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal :

"quando se questionar sobre a *validade* ou a applicação *de tratados* e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado fôr contra ella".

Como discriminar, agora, em relação aos tratados, os casos *políticos* dos casos *judiciaes*? BASSETT MOORE põe clara a distincção. Ao poder executivo, em cada nação, diz elle, incumbe a execução das convenções internacionaes ; pelo que as reclamações contra a nação, como parte no contracto, se devem endereçar ao poder executivo. "Dêsde que o tratado, porém, actua *como lei do paiz*, e, emquanto tal, interessa aos direitos de partes litigantes em juizo, uma tal convenção, neste character, rege esses direitos, e, nestes limites, ha-de ser considerada pelo tribunal como qualquer acto do Congresso" (344).

Por outra : os casos políticos, resultantes dos tratados internacionaes, são os que dizem respeito ás obrigações directas das nações contraentes, isto é, aos actos que cada uma dellas se comprometteu a praticar no seu character soberano para com a outra. Nesses casos ao poder politico é que compete a execução dos tratados. Mas os tratados são leis da nação, e os tribunaes os não podem encarar senão como actos legislativos (345). "Emquanto obrigam directamente a nação, o cumprimento delles está a cargo do poder politico. Emquanto revestem o character de leis nacionaes, sujeitos estão, como as demais leis, á interpretação e applicação das autoridades judiciaes em cada paiz" (346).

De modo que á acção judiciaria só escapam esses actos juridicos de direito das gentes, quando não regem senão relações de governo a governo. Mas os que, dispondo sobre essas relações de soberania a soberania, relações meramente internacionaes, se destinam, por outro lado, a operar, no seio de cada uma das nações pactuantes, como lei nacional, bem assim os que não têm senão este ultimo character, jazem todos, á semilhança de quaesquer outras leis nacionaes, sob a dependencia da applicação e interpretação judicial, subsistindo com a a feição que lhes ella imprime, e expirando, quando ella os annulla. (347).

Ora basta nomear os tratados de commercio, para dar a ver que, embora exclusivamente circumscripto a relações de direito privado, um accordo internacional póde interessar do modo mais sério a poli-

(344) BASSETT MOORE : *Digest*, v. V, pag. 233, § 760.

(345) AGUSTIN DE VEDIA : *Op. cit.*, pag. 123.

(346) *Ibid.*

(347) "Os tribunaes federaes", observa Mr. CHOATE (o ex-embaixador americano na segunda conferencia da paz), definindo-lhes o papel na Constituição americana, "tão sómente conhecem dos direitos das partes, quando perante elles se litigam. Mas, se o direito reivindicado ou rebatido envolve disposições da Constituição, de uma lei federal, ou de um tratado, os tribunaes, para verificar o direi-

tica dos Estados contraentes. São, portanto, actos visceralmente *políticos*, e, isto não obstante, se acham sob o poder arbitral e annulatório da justiça.

### O SUPREMO TRIBUNAL E OS IMPOSTOS

Consideremos agora no que respeita á legislação de impostos. O poder tributario, evidentemente, não é judicial, mas legislativo. A' descrição do legislador está o eleger a materia tributavel, o decidir entre as considerações de conveniencia, necessidade e equidade na selecção, incidencia e gravidade dos tributos (348). Contra a sua inconveniencia, a sua iniquidade, o seu excesso, não existe remedio judicial (349). Até ahí a indole essencialmente politica dessa autoridade não permite recurso dos seus abusos para os tribunaes.

Mas para que os seus actos se abriguem sob essa isenção, necessario será que obedeçam estritamente ás condições naturaes das leis de impostos, que, na fórmula e na substancia, guardem os preceitos, observem os limites, e respeitem os direitos constitucionaes. Aliás nullos seriam, como outros quaesquer actos legislativos, que se ressentirem de analogos defeitos (350). Haja vista a decisão da Côrte Suprema acerca do imposto sobre a renda em 1905, exemplo eloquentissimo para evidenciar a que ponto as mais insignemente politicas de todas as leis de impostos se acham á discrição dessa magistratura, cujo poder o juiz HARLAN, nos debates daquelle tribunal sobre o caso *Downes v. Bidwell*, qualificava de "tremendo" (351).

Acabemos, pois, de uma vez com o equívoco, definindo a verdadeira doutrina americana, que é a nossa. Uma questão póde ser distinctamente politica, altamente politica, segundo alguns, até puramente politica fóra dos dominios da justiça, e, comtudo, em revestindo a fórmula de um pleito, estar na competencia dos tribunaes, desde que o acto, executivo, ou legislativo, contra o qual se demande, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nella consagrado.

Um dos mestres mais eminentes do direito anglo-saxonio nos nossos tempos, sir FREDERICK POLLOCK, referindo-se ás variações da jurisprudencia no grande tribunal americano, accentúa que

---

to, que se pleiteia, decidem *do tratado*, da lei, ou da Constituição. *They simply pass upon the rights of parties as they come before them, and, if a provision of the Constitution, or of a Federal Statute, or a treaty is involved for or against a right claimed or denied, they interpret the constitution, the law, or the treaty, and determine the right*". JOSEPH H. CHOATE: *The Supreme Court of the Un. Stat. Journal of the Society of Comparative Legislation. New series.* 1903, n. 1, pag. 53.

(348) THOMAS COOLEY: *A treatise on the law of taxation* (3.<sup>a</sup> ed., 1903), pags. 46-7.

(349) *Ib.*, v. I, pags. 10, 49, 50.

(350) *Ib.*, v. I, pags. 9, 10, 50, 181-4, 191, 206; v. II, pags. 1208-1210, 1377 e segs.

(351) "*This Court with its tremendous power...*" *Downes v. Bidwell*, 182 Un. Stat. 370. L. ed. 45 :1144.

"a Suprema Côrte dos Estados Unidos é frequentemente chamada a resolver grandes questões políticas, submettidas ao seu conhecimento sob fórmulas judiciais" (352).

E' o criterio discriminativo, que se encontra com summa precisão na obra de RANDOLPH, a proposito dos *Casos Insulares*.

"A' objecção de que a maneira de tratar as nossas novas possessões constitue um desses assumptos puramente politicos (*one of those purely political matters*), nos quaes o poder judiciario se ha-de submeter aos outros poderes coextensivos, e abster-se da pretensão de os cohibir, respondo eu que ao poder judiciario nada importa a immensidade das questões, quando se lhe offerece determinar se, de facto, existe uma lei nacional applicavel á lide pendente. Tem a parte que pagar certo imposto? Deve um individuo soffrer privação da liberdade? MOMENTOSAS QUESTÕES POLITICAS PODEM SER ESSAS, FÓRMA DO RECINTO DO TRIBUNAL: DENTRO NELLE SÃO QUESTÕES JUDICIAES" (353).

Analogamente, discorrendo tambem dos *Insulares Cases*, dizia, ha pouco, outra autoridade, o professor ROWE :

"Estes julgados serviram de realçar com grande clareza a posição unica, occupada pela Côrte Suprema. Diversamente de outro qualquer tribunal, lhe cabe ás vezes resolver questões, que, SUPPOSTO JURIDICAS NA FORMA, SÃO POLITICAS NA SUBSTANCIA, E ACTUAM PROFUNDAMENTE SOBRE A ESTRUCTURA DAS NOSSAS INSTITUIÇÕES" (354).

Por este systema, observa ainda outro notavel expositor das instituições americanas,

---

(352) "It seems clear that a tribunal which, like the Supreme Court of the United States, is not unfrequently called upon to decide great political questions under judicial forms..." FREDERICK POLLOCK: *A First Book of Jurisprudence*, London, 1904, pag. 335.

(353) "...Shall the suitor pay a tax? Shall one be deprived of liberty? These may be momentous political questions, without the precincts of the Court; within, they are judicial questions" I CARMAN F. RANDOLPH: *Op. cit.*, pag. 105.

(354) "The decisions served to bring out with great clearness the peculiar position occupied by the Supreme Court. Unlike any other tribunal, it is at times called upon to pass on questions which, WHILE LEGAL IN FORM, ARE POLITICAL IN SUBSTANCE, PROFOUNDLY AFFECTING THE FÁBRIC OF OUR INSTITUTION". L. S. ROWE: *The supreme Court and the Insular Cases. Ann. of the Americ. Acade. of Polit. and Soc. Science*, v. XVII (setemb. 1901), pages. 38-9.

"a questão política, em se levantando entre as suscitadas numa demanda particular, *decidir-se-á como qualquer outro ponto controverso incidentalmente ao pleito*" (355).

Por este meio "se dificultou o risco de pressão do governo sobre os juizes ou os individuos ; porque,

se o tribunal resolver questões concernentes aos limites do *poder político*, é nas mesmas condições em que outros pontos de legalidade, não os decidindo senão quando se debatem no curso de uma acção entre pessoas particulares, ou entre outras que vão a juizo em caracter semelhante. Dest'arte a interpretação constitucional se afastou da política TANTO QUANTO POSSIVEL" (356).

Este "*tanto quanto possível*", rematando e restringindo as considerações anteriores, bem está mostrando não se poderem evitar de todo as questões políticas, antes serem, muitas vezes, de necessidade absoluta, na competencia de um tribunal creado para constituir "o juiz unico e definitivo, assim dos seus proprios direitos, como dos do poder legislativo e do executivo" (357).

Por mais que se apurem subtilezas, requintando ficções e convenções, nunca se poderá conceber que não tope frequentemente em questões políticas de alta gravidade o definidor exclusivo e supremo dos limites entre os tres orgams da soberania nacional na distribuição constitucional dos poderes.

Materia de questões meramente políticas será o exercicio destes, emquanto encarados na esphera discricionaria do Estado, nessa região de conveniencias opinativas e apreciações arbitrarías, onde a autoridade não se encontra com direitos fixados na lei fundamental.

(355) "The modern plan of making the political question dependent on the issues of some private litigation, to be decided like any other contested matter incidental to the suit..." SIMEON E. BALDWIN: *Modern Political Institutions*, pag. 31.

BALDWIN, autor de varias obras juridicas e importantes trabalhos de legislação, professa o direito constitucional na Escola de Direito de Yale, de que é membro desde 1869.

(356) "... because the Court settles questions concerning the limits of *planical power* as it does other ponts of law; that is, it decides them only when they are raised in the course of an actual suit between private persons, or between parties who appear before it in that character. By this means, the interpretation of the Constitution has been taken out of *politics* AS FAR AS POSSIBLE". A. LAWRENCE LOWELL: *Essays on Government* (Boston, 1889), pag. 103.

LOWELL é, desde 1900, lente da cadeira de *sciencia do governo* na universidade de Harward.

(357) "The judicial branch of the government... is the sole and final judge of its own rights, as well as of those of the executive and legislative". LAWRENCE LOWELL: *Op. cit.*, pag. 123.

Embora, porém, até certa altura politico o terreno onde elle penetre, judicarias serão as questões, que levantar, desde que viole direitos articulados na Constituição, ou use de attribuições, que esta manifestamente lhe não reconheça.

E' o que já ha dezeseis annos sustentavamos neste pretorio supremo, num caso em que as medidas por nós contestadas pretextavam altamente o character de todo em todo politico e discricionario do poder exercido, acastellando-se, a titulo de excepção constitucional, nessa categoria singular do estado de sitio, reservada apenas ao governo e ao congresso.

O Supremo Tribunal Federal então houve por bem acolher a boa doutrina, que synthetizavamos assim :

"Actos politicos do Congresso, ou do executivo, na accepção em que esse qualificativo traduz excepção á competencia da justiça, consideram-se aquelles, a respeito dos quaes a lei confiou a materia á discreção prudencial do poder, e o exercicio della não lesa direitos constitucionaes do individuo.

"Em prejuizo destes o direito constitucional não permite arbitrio a nenhum dos poderes.

"Se o acto não é daquelles, que a Constituição deixou á discreção da autoridade, ou si, ainda que o seja, contravém ás garantias individuaes, o character politico da funcção não esbulha do recurso reparador as pessoas aggravadas.

"Necessario é, em terceiro lugar, que o facto, contra que se reclama, caiba realmente na funcção, sob cuja autoridade se acoberta; porque esta póde ser apenas um sophisma, para dissimular o uso de poderes differentes e prohibidos.

"Numa palavra :

"A violação de garantias constitucionaes, perpetrada á sombra de junções politicas, não é immune á acção dos tribunaes.

"A estes compete sempre verificar si a attribuição politica, invocada pelo excepcionante, abrange nos seus limites a faculdade exercida" (358).

### III

#### OS PLEITOS DE LIMITES ENTRE OS ESTADOS, NOS ESTADOS UNIDOS

"Numerosa cópia de sentenças da suprema côrte federal têm firmado, ha muitos annos, a jurisdicção da justiça federal nas questões de limites entre os Estados".

VON HOLST: *Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika*, p. 118, § 66 (360).

(358) RUY BARBOSA : *Actos Inconstitucionaes*, pag. 144. Ver, outrosim : RUY BARBOSA : *Cartas de Inglaterra*, pags. 374-5.

(359) "Ihre zuständigkeit in Grenzfragen ist seit vielen Jahren durch eine ganze Anzahl von Entscheidungen des Oberbundesgerichtes festgestellt".

(360) CARSON : *Hist. of the Supr. Court*, v. I, pags. 67-72.

Unânicos sã, nos Estados Unidos, arestos e autores em reconhecer a competncia da justiça federal nas questões de território e fronteiras entre Estados.

Primeiro que consultemos os autores, perlustraremos os arestos, dado que brevemente.

Jã antes da constituição federal, adoptada em 1777 pelos Estados Unidos, se reconhecia, no Congresso Continental, orgam da Confederação, em cujo regimen viviam entã as colonias inglezas emancipadas, a necessidade absoluta de confiar a um tribunal eleito em *commum* pelos Estados contendentes o julgamento dos conflitos entre elles suscitados acerca das suas reciprocas extremas. Foi o que se deu com o pleito *Connecticut v. Pensylvannia*, travado entre os dois Estados destes nomes. Em 1782 concordaram as duas partes na escolha de juizes, que o decidissem. Abrangia o território disputado um grau de latitude sobre tres de longitude, contendo mais de cinco milhões de geiras de terra e incalculaveis riquezas. Apõs quarenta e dois dias de sessão, quinze dos quaes absorvidos pelos debates, sentenceou o tribunal unanimemente em favor de *Pensylvannia* (361).

Nã tocamos neste caso *preconstitucional*, senã por accentuar que, sob todas as fõrmas da união dos Estados, na America do Norte, as questões de limites entre elles se resolveram *judiciariamente*. De balde estipulavam para o Congresso os Artigos de Confederação, por elle adoptados, em 1777, a funcção de solver as pendencias acerca de limites interestaduaes. A letra do pacto constitucional teve de ceder á necessidade essencial das coisas, entregando-se ao criterio judicial de magistrados acceitos pelas partes a decisã de taes lides.

---

(361) *Ib.*, pags. 67-8.

## A CESSÃO DA CLIENTELA

Se a clientela fosse parte inseparavel do *fonds de commerce*, claro está que da cessão da casa de commercio resultaria, necessariamente, a da clientela. Esta seria, então, clausula inherente e subentendida nesses contractos.

Por outro lado, sendo, nesse caso, a clientela elemento integrante e substancial do estabelecimento vendido e, portanto, implicitamente compreendido na venda, tudo o que attentasse contra a posse da clientela e o seu goso pelo adquirente da casa de commercio, attentaria contra a integridade organica da coisa vendida. Logo, na obrigação de garantia, inherente á venda, quando esta recaisse em estabelecimentos mercantis, estaria essencialmente incluída, para o seu vendedor, a de considerar transferida ao comprador a clientela do negocio cedido, sob pena de lesar o adquirente no senhorio da coisa adquirida, e ter de ser condemnado a restituir-lha, respondendo pela culpa contractual.

Só a estar a clientela nessa relação de inseparabilidade para com o estabelecimento commercial, é que das obrigações geraes do vendedor no contracto de compra e venda se poderia deduzir, nas alienações de casas commerciaes, a implicita alienação da clientela.

Acontece, porém, que a clientela *não* constitue parte inseparavel da exploração commercial.

“La clientèle ne fait pas nécessairement partie de la cession d'un fonds de commerce, en ce sens qu'elle en est un élément séparable, et peut être réservée”.

(*Pand. Belges*, v. XIX, col. 977, n. 22).

Casos ha, em que pode, separadamente, como bem incorpóreo, formar objecto de contractos: ser legada, vendida, cedida, contemplada em partilha. (*Ib.*, col. 976, n. 17).

Na jurisprudencia ingleza e americana, similhantemente, como na belga e na franceza, a clientela de um negocio pode ter o valor de uma propriedade, e ser objecto, no todo, ou em parte, de contractos, como o de venda.

“The good will of a business may have a property value and form the subject matter in whole or in part of a contract of sale”.

(*The American and Engl. Encyclopaed. of Law*, v. XIV, v. *Good will*, p. 1088, n. 3).



Nem sempre aquelle que cede a outros uma casa de commercio cede, com ella, a firma, ou cedendo a firma e a casa, transfere ao mesmo cessionario a clientela. (*Revista di Diritto Commec.*, vol. V, part. I, p. 404).

BOUTAUD e CHABROL registam um aresto, no qual, "por interpretação do convenio das partes, se decidiu não estar a clientela incluída na cessão de um café, com todos os seus objectos componentes, quando, por um lado, todos esses objectos são cuidadosamente inventariados, com indicação do preço de cada um, e, de outro, não se averba preço nenhum á clientela". (*Traité Génér. des Fonds de Comm.*, 1905, p. 107, not. 1.).

"E' a vontade dos contraentes o que determina o conteúdo á *azienda*", ao *fonds de commerce*, á entidade juridica do estabelecimento commercial. Dil-o VIVANTE, cuja autoridade se invoca, no venerado accórdam embargado, como oracular. (*Tratt. di Dir. Commec.*, 3.<sup>a</sup> ed., v. III, p. 14, n. 854). E GUILLOUARD, cuja interferencia não pode ser suspeita aos nossos antagonistas, reconhece que, neste assumpto, "só ha uma questão: a questão da intenção das partes contraentes, mera questão de vontade presumptiva" (*De la vente*, tom. I, ed. de 1890, n. 336, p. 354).

Ora, se a questão é, unicamente, a da vontade presumivel dos contraentes, e a essa vontade assegura a lei campo livre, podendo elles convencionar livremente a reserva ou a cessão da clientela, que motivo haveria, para se estabelecer a presumpção legal da cessão, e não a da reserva?

Sempre, bem ao contrario, se teve por axioma, nesta materia, que, não se conhecendo ao certo a intenção das partes, se entendesse o contracto como favoravel á liberdade do commercio; e é esta a que se restringe ao alienante, suppondo haver alienado, com a casa commercial, o direito de voltar ao mesmo negocio num estabelecimento similhante.

*"En cas de doute sur l'intention des parties, il y a lieu de décider en faveur de la liberté de l'industrie"*.

(Bordeaux 20 jun. 71. S. 74. 1. 197. D. 76 1. 70. SIREY: 3.<sup>o</sup> *Table Décennale* (1871-1880), p. 385, v. *Fonds de comm.*, n. 13).

*"Une règle générale s'impose: c'est que, dans le doute et à défaut de précision dans l'interdiction, il y a lieu de décider en faveur de la liberté de l'industrie"*.

(RUBEN DE COUDER: *Dictionn.*, v. IV, p. 365, n.<sup>o</sup> 55. — *Supplément*, tom. II, p. 177, n.<sup>o</sup> 30).

Logo, se, em caso de dúvida, nas questões relativas á cessão de estabelecimentos commerciaes, se ha de buscar a solução, que mais favoreça a liberdade no cedente; se este criterio "se impõe como regra geral", grave incongruencia perpetra a doutrina dos que, não ousando negar o imperio desta norma, querem, no silencio do con-

tracto, dar como subentendida a renuncia, pelo alienante, do direito de voltar ao commercio, que deixou.

Em direito evidente e boa razão, em boa logica e sã justiça, o que, pelo contrario, se deve presumir, é a retenção da clientela, a não renuncia a uma parte da sua liberdade, sobre cuja alienação emudeceu.

Não tem nada que ver, aqui, a obrigação de garantia, o dever, imposto ao alienante, de respeitar, no comprador, a posse da coisa comprada.

Labora este argumento numa petição de principio grosseira, dando por demonstrado o objecto da questão ; pois o que, realmente, se discute, é se na coisa vendida se abrange, ou não, a clientela, se do estabelecimento alienado faz, ou não, parte necessaria a liberdade commercial do negociante, que o alienou. Fará? Parte necessaria, não. Podia fazer, ou não, consoante á vontade mútua dos contraentes, as circumstancias do contracto, a natureza do estabelecimento, a condição do vendedor e o preço da venda.

Se, pois, na descripção do objecto vendido, o contracto não menciona a clientela, é que a clientela não entrou na estipulação da venda, e o vendedor, que a não vendeu, estabelecendo-se de novo, não contravem á obrigação de garantir ao comprador a integridade na posse da coisa vendida.

Objectar-nos-ão que, de ordinario, uma clausula formal impõe ao vendedor a interdicção de se reestabelecer, (LYON-CAEN e RENAUULT : *Précis de Dr. Comm.*, ed. de 1885, tom. I, p. 369, n.º 686. — LEBRE : *Op. cit.*, p. 102. — RUBEN DE COUDER : *Supplém.*, vol. II, p. 176, n. 26 — VALLOTON : *Op. cit.*, p. 172).

Mas, se a maior parte dos que vendem e comprem casas commerciaes ou industriaes, não se esquecem de convencionar explicitamente, nos seus contractos, a transferencia da clientela, ou a interdicção, ao cedente, de se reestabelecer, essa mesma precaução em não omittir esta clausula, mostrando a sua habitualidade, lhe mostra, ao mesmo tempo, não a superfluidade, mas, ao contrario, a necessidade, reconhecida geralmente, de a não omittir, de a especificar, de a expressar no instrumento do contracto. E, se o uso assim dá como tão relevante essa cautela, o que devemos concluir, onde a não encontramos empregada, é que os contraentes a não acceitaram, ou della não cogitaram.

Logo, se a theoria que do silencio do contracto induz a cessão da clientela, não tem outro objecto, senão assegurar o respeito á intenção provavel das partes, mediante uma presumpção razoavel, é em sentido opposto que se ha de firmar essa presumpção juridica, se, com effeito, este for o interesse que se pense em consultar.

O principio commum a todas as vendas é, não ha dúvida nenhuma, que a acção *ex empto* compete ao comprador, ainda que o vendedor se não compromettesse especialmente á evicção : *Non dubitatur, etsi specialiter venditor eversionem non promiserit, re evicta, ex empto competere actionem.*

Mas isto porque o comprador tem direito, na totalidade, á coisa vendida, e, por este motivo, *sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emptor in venditorem*. (D. 21. 2. 1.).

Desde que, porém, a clientela *não constitue parte necessaria do estabelecimento commercial*, antes, ora acompanha a marca, tambem della destacavel, ora a pessoa do negociante, as suas qualidades profissionais, a sua reputação individual — a garantia contra a evicção, a tal respeito, não se pode estender á clientela, *senão quando constar que esta se houve, entre os contractantes, como elemento integrante da coisa vendida*.

Estabelecendo, pois, na ausencia de clausula especial sobre o assumpto, a presumpção de que não houve compromisso entre as duas partes sobre a clientela, a interpretação contractual a ambas assegura um regimen de protecção egual aos dois lados. *Caveat emptor*.

Acautele-se o comprador, se lhe não convem adquirir o estabelecimento commercial ou industrial sem essa vantagem. A omissão da clausula encarecida, na doutrina dos autores, como usual ser-lhe-á, naturalmente, recebida como signal de que esse accessorio não foi tido entre os contraentes como parte da coisa vendida.

Eis o que nos dicta o bom senso. Vejamos agora como a jurisprudencia o abraça, autorizando, com larga série de arestos, a regra de que não ha transferencia da clientela, *senão quando o contracto a estipula*.

*Primeiro aresto* : Cartier c. Pettmann. Cass. 5 fev. 1855.

O cabeçalho desta decisão, em DALLOZ, a resume assim :

“O vendedor de um estabelecimento industrial conserva o direito de fundar e explorar, em seu proprio nome, um estabelecimento rival, *na ausencia total de clausula, que revele a intenção de lhe tolher esse direito*.

“*Em vão se objectaria que a prohibição de exercer tal direito resulta virtualmente da obrigação de garantia, imposta ao vendedor para com o comprador*”.

(D. 56. I. 417).

Mas, como este caso diz respeito a uma alienação de fábrica, reserva-lo-emos para outra secção, onde com este assumpto especialmente nos vamos occupar.

*Segundo aresto* : Labat c. Mestural. Bordeaux 13 jul. 1859.

Nesta especie, já explanada nestas razões (n.º 91), o accórdam, condemnando o réu a perdas e danos, bem como a fechar o armazem de novidades, pannos e tecidos, que abrija na vizinhança do outro, egual a esse, por elle cedido, estriba na circumstancia de que a venda incluira *explicitamente* a cessão da clientela, e, incluindo-a *declaradamente*, dahi resultava, para o cedente, a impossibilidade juridica de oppor ao cessionario a concorrência de uma casa rival.

“Attendu que... Labat a réellement vendu a Mes-tural ses droits sur la chose commune, *et spécialement sur la clientèle et l'achalandage*, qui en composaient tout l'émolument, puisque autrement la société n'offrait qu'une déficit de 3.120 fr.”.

(D. 59. 2. 49).

Acontecia, de facto, que, ao dissolver-se entre as duas partes a sociedade mercantil, cujo objecto consistia na exploração desse negocio, o passivo da casa apresentava, contra o seu activo, a diferença dessa quantia, e, recebendo o cessionario o segundo com o encargo de saldar o primeiro, a sua aquisição estava absolutamente circumscripta ao goso do predio *e da clientela*; pelo que *formalmente* se ajustou entre os dois que um e outra ficassem pertencendo ao adquirente: “*qu'il dut avoir aussi la jouissance de la maison louée à la société ET TOUTE LA CLIENTÈLE ET L'ACHALANDAGE*”.

O vendedor, pois, dirigindo-se, “imediatamente após a dissolução da sociedade”, aos seus correspondentes, com o convite de “liberalizarem a Mestural a mesma confiança, com que haviam favorecido a antiga sociedade”, rasgara o contracto,

“attendu que Labat doit naturellement garantir á Mes-tural la paisible jouissance *des avantages qu'il lui a cédés* moyennant le prix convenu, et qu'il a contrevenu manifestement à cette obligation, en fondant, *dans le voisinage* de celui sur lequel il a vendu ses droits, un établissement de même nature, et en détournant ainsi *la clientèle et l'achalandage auxquels il a renoncé*, et dont il a reçu le prix”.

(S. 59. 2. 49).

A convenção, “pela qual os dois socios ajustaram as condições de sua separação”, diz, ainda, a sentença, “não encerra clausula, que prohiba ao que saisse da casa *abrir outro armazem da mesma natureza*”.

Isso não estipulava expressamente a convenção. Mas estipulava, e *expressamente*, a *cessão da clientela*.

Quando, pois, se diz, como ahi o faz DALLOZ, anotando o acórdam, que “a questão de saber se a cessão de um estabelecimento commercial envolve, para o vendedor renuncia ao arbitrio de exercer, no mesmo lugar, o mesmo genero de commercio, comquanto o contracto cate silencio a esse respeito, é controversa”, e que este aresto lhe responde affirmativamente (D. 59. 2 49. not.), o silencio a que assim allude, não se refere á *cessão da clientela*, mas á *interdição de se reestabelecer o vendedor*.

Da *clausula explicita em que se cede a clientela*, se infere, como *implicita*, a *interdição de voltar o vendedor ao mesmo commercio num estabelecimento visinho*.

A cessão da clientela importa, virtualmente, interdicção, a quem a cedeu, de exercer, na vizinhança, uma industria semelhante. Essa decisão, pois, outra coisa não faz senão corroborar

*"la jurisprudence généralement admise, selon laquelle la cession de la clientèle et de l'achalandage d'un fonds de commerce emporte virtuellement interdiction, pour le vendeur, d'exercer une industrie semblable dans le voisinage"*.

(D. 56. 5. 367).

*Terceiro aresto* : Farges c. Pers. Agen 20 jun. 60.

Sobre esta decisão, já examinada por nós (n.º 92-3), bastará citar aqui a nota, que lhe põe a redacção do *Dalloz Périodique*, observando :

*"Com razão julga aqui, em principio, a côrte de cassação que aquelle, que vende um estabelecimento commercial, com isto, na ausencia de clausula prohibitiva, não se priva do direito de exercer a mesma industria, na mesma localidade"*.

(D. 60. 2. 177, not. 3). (1)

*Quarto aresto* : Pery c. Patural. Cass. 2 maio 60.

A substancia do julgado está neste resumo, que o antecede na collecção de SIREY, e nos exime ao trabalho inutil de o desenvolver :

*"L'abandon, qu'un associé, pour arriver á la liquidation de la société, consent á forfait, au profit de son coassocié, de tout ce qui peut appartenir á la société, ne saurait, dut-il même être considéré comme cession d'un fonds de commerce, emporter par lui seul, et en l'absence de toute stipulation contraire, l'interdiction absolue, pour le cédant, d'exercer, soit sous son propre nom, soit avec le concours d'un nouvel associé, une industrie semblable á celle qui était object de la société dissoute"*.

(S. 60 1. 309).

Era o caso de uma sociedade, que se dissolvera, por mútuo accordo, estipulando-se que um dos socios, mediante retribuição ao outro, ficaria senhor de todos os seus direitos no fundo social. Por força desse contracto pretendia o adquirente haver adquirido, com as mercadorias, modelos e utensilios da casa, a sua clientela, embora com relação a esta nada alli se convencionasse.

A côrte de cassação, reformando as sentenças recorridas, estabeleceu que esta operação:

(1) *"La cour de cassation juge, avec raison, en principe, que celui qui vend un fonds de commerce, ne s'interdit pas, par cela même, et en l'absence d'une clause prohibitive, le droit d'exercer la même industrie dans la même localité"*.

“ainda considerada como cessão *d'un fonds de commerce*, não podia, de si mesma, na ausência de qualquer ajuste em contrario, ter por consequencia a interdicção absoluta, ao cedente, de exercer, em seu proprio nome, ou com o concurso de um novo associado, uma industria semelhante á que fôra objecto da associação dissolvida”.

(S. 60. 1. 311).

*Quinto aresto* : Bouttier c. Guathier-Bardet. Angers 7 maio 69.

Caso já exposto noutro logar destas allegações. (N.º 117) DALLOZ lhe formula deste modo a decisão :

“O vendedor de um estabelecimento commercial conserva o direito de fundar e explorar outro estabelecimento, da mesma natureza que o cedido, se, na cessão, não assumiu, explicitamente ou implicitamente, compromisso contrario” (2).

(D. 69. 2. 158 S. 70. 2. 7.).

Annotando este julgado, observam os arestistas do repertorio de SIREY que a questão, comquanto controversa, era “*geralmente resolvida neste sentido*”; e accrescentam :

“No systema prevalecente, o vendedor de um estabelecimento commercial (*d'un fonds de commerce*) só perderia o direito a exercer commercio semelhante *em virtude de uma convenção especial*”.

(D. 69. 2. 168, not. 3).

*Sexto aresto* : Martin c. Blanchet. Lyon 25 maio 72.

Resumindo este aresto, aqui já perlustrado (n.º 94), SIREY lhe formula assim a doutrina :

“Le vendeur d'un fonds de commerce *n'est pas réputé, par le seul fait de la vente, avoir renoncé au droit de fonder et d'exploiter un établissement semblable*.

“Il a même le droit d'ouvrir le nouvel établissement *immédiatement après la vente*.

“Mais il ne peut fonder cet établissement *dans le voisinage de l'établissement vendu*”.

(S. 73. 2. 180).

Mais uma decisão categorica sentenceando que do contracto de venda, onde não houver clausula, que o estipule, não se origina,

(2) O accordam reduz-se a estas breves linhas :

“Attendu que la liberté commerciale est de droit public ; — Qu'il ne peut y être apporté d'autre restriction que celle résultant de la loi ou des conventions ; — Qu'en cédant á son fils son fonds de commerce, en 1852, Gauthier-Bardet père ne s'est interdit ni implicitement ni explicitement la possibilité d'exercer loyalement le même commerce”. (D. 69. 2. 108).

De sorte que, se o vendedor, na concorrência que abriu, não incorre *em abusos*, que envolvam deslealdade, e tragam damno verificado ao cessionário, estará no direito, que a liberdade legal lhe assegura, de commerciar, na mesma especialidade, uma vez que, no acto de cessão, não renunciou, em termos indubitaveis, a esse direito.

Tal, segundo LACOUR, a verdade, firmada, allega elle, em “*numerosos accórdams*” do tribunal instituido, em França, para exercer, na orientação e fixação da jurisprudencia, a suprema autoridade.

Não são, com effeito, poucos os que temos trazido a este debate, com toda a sua autenticidade official e todo o apparatus critico dos annotadores, cuja sciencia illustra os grandes repertorios consagrados á jurisprudencia franceza.

Todavia, além da vasta somma de autoridades até aqui já reunidas, ainda muito haveria que rebuscar nesses reservatorios imensos.

Na táboa decennal de 1881 a 90, por exemplo, se acha consignado, entre os arestos de SIREY, que

“*la vente ou la licitation d'un fonds de commerce n'entraîne pas nécessairement, en l'absence de conventions spéciales, l'interdiction, pour le vendeur, de fonder, à l'avenir, un établissement similaire*”.

(4.º *Table Décennale*, v.º *Fonds de commerce*, p. 636, n. 8.).

Em commentario ao aresto de 7 de janeiro de 1890, o juriscônsulto que o annotou, no anno seguinte attesta que

“*a jurisprudencia tende a admittir que a cessão de uma casa de commercio, na ausencia de convenção precisa, não traz necessariamente ao vendedor a prohibição de fundar outro estabelecimento similhante*”.

(S. 91. 2 .21).

FUZIER-HERMAN e DARRAS, reproduzindo o mesmo principio, enumeram, em seu apoio, não menos de seis arestos: Cass. 19 ag. 1884 (S. 85. 1. 56) — Agen. 20 jun. 1860 (S. 74. 1. 197, *ad notam*). — Paris, 5 junho 1867. (S. *ibid* .D. 67, 2. 217). — Angers, 7 maio 1869. (S. 70. 2. 7. D. 69. 2. 168). — Bordeaux, 20 junho 1871. Cass. 21 jul. 73. (S. 74. 1. 197). — Lyon, 25 maio 1872. (S. 73. 2. 180). (3).

Nas *Pandectas Francesas* o commentario ao aresto de 18 de junho de 1897 contém esta lição precisa e terminante :

(3) *Code Civil*, tom. IV, p. 85, n. 107.

"En principe, la vente d'un fonds de commerce n'emporte pas, dans le silence du contrat, pour celui qui l'aliène, l'interdiction de créer et exploiter un fonds semblable".

(Pand. Fr. 98. 1 335 ad notam).

Tão sómente admitte a jurisprudencia essa interdicção, como consequencia da obrigação de garantia, *quando o vendedor a assumiu, inserindo na venda um compromisso relativo á clientela e frequentia* :

"La jurisprudence ne fait-elle pas difficulté pour déduire de l'obligation de garantie, assumée par le vendeur, relativement à l'achalandage et à la clientèle compris dans le fonds de commerce, l'impossibilité, pour le vendeur, de créer à bref délai, un établissement analogue".  
(Ibid.) (4).

Acima de tudo, porém, o aresto supremo de 1908 e a nota de LACOUR em 1909, um e outra ha pouco transcriptos, imprimem a essa jurisprudencia o cunho da mais viva actualidade, dando-nos a ver, nessa decisão e nessa autorizadissima glosa, o ultimo estado, o estado hodierno da jurisprudencia e da doutrina, em França, acerca deste assumpto.

Não se sabe de nenhum aresto posterior ; e esse, quasi de hontem, assegura ao cedente, nas cessões de estabelecimentos commerciaes, o direito de se reestabelecer no mesmo genero de actividade mercantil, quando não houver estipulado, em convenção formal, a clausula de interdicção, ou, quando menos, a de cessão da clientela.

Os repositórios belgas registam, quanto ao seu paiz, a mesma orientação nos tribunaes :

"En principe, la cession d'un fonds de commerce, AVEC LA CLIENTÈLE, emporte l'obligation, pour le vendeur, de ne pas exercer un commerce similaire, tout au moins dans le rayon commercial de l'établissement cédé".

(Pandect. Belges, vol. XIX, col. 977, n. 22).

Não era outro, em ultima analyse, o ensino de LAURENT, quando, ha tanto tempo, escrevia que toda a difficuldade, na materia, se reduz a este quesito : "Ha, na especie, uma convenção, que prohiba ao vendedor, fundar estabelecimento analogo ao que vendeu?" (Princ. de Dr. Civ., vol. XXIV, n. 185).

ARESTO BELGA. Spilthoom et consorts c. Minne et consorts. Gand, 6 março 1883.

O réu, tendo cedido ao autor, em 1879, a cervejaria, que explorava em Gand, vendendo-a por 255.000 fr., preço onde entrava, no

(4) Ver, ainda, POUILLET, *Marques de Fabr.*, ed. de 1912 n. 1114, p. 916, n. 1117, p. 919.



valor de 127.540 fr., a clientela, *igualmente vendida*, montou, no anno seguinte, em Mont-Saint-Amand, *logar visinho*, sob o nome de seu genro, outra cervejaria, em concorrência com a cedida.

O tribunal do commercio de Gand, em 26 de agosto de 1882, condemnou o cedente a perdas e danos, considerando :

que a *clientela cedida* foi desviada, ao ponto de cair de 48.000 francos a 22.000 a receita da casa ;

“que, “nos termos do art. 1625, o vendedor deve ao adquirente a posse tranquilla *da coisa vendida* ;

que “dahi se segue não ser licito ao vendedor turbar ou desfalcar essa posse, em proveito, seu, ou de outrem” ;

que “estes principios se applicam á cessão DA CLIENTELA” ;

que, “se esta cessão não impõe aos clientes cedidos a obrigação de se fornecerem na casa do cessionario, importa na mais estricta obrigação, para o cedente, de não praticar acto, que possa desviar a *clientela vendida*” ;

que a cervejaria estabelecida, em 1880, na chaussée d’Anvers, *attenta a proximidade*, em que está, de Gand, faz concorrência á cervejaria cedida.

O réu appellou para a côrte de appellação, e esta, em 6 de março de 1883, confirmou a sentença appellada, firmando-se

1.º em que, “na especie, não se trata sómente da venda de uma fábrica destinada a cervejaria, *mas tambem da venda do material industrial, do fonds de commerce e DA CLIENTELA*” ;

2.º em que “o juiz da primeira instancia, opinando que, *no caso de VENDA DA CLIENTELA*, a obrigação de garantia comprehende a protecção activa, não infligiu aggravado aos appellantes”.

(*Pasicrisie Belge*, 83. 2. 169-71).

A *Pasicrisia* resume a doutrina do julgado, consignando que

“a venda de um estabelecimento industrial, em comprehendendo a *cessão* do material e do acervo (*fonds de commerce*), COM A CLIENTELA CORRESPONDENTE, impõe ao vendedor a obrigação de se abster de todo e qualquer acto, *que desvie essa clientela*, em vantagem sua ou de terceiro”.

(*Ibid.*, p. 169).

As *Pandectas Belgas* extraem desse aresto o mesmo ensinamento :

“La vente d’un établissement industriel, d’une brasserie notamment, *comprenant* cession du matériel et du fonds de commerce, AVEC LA CLIENTÉLE qui y est atta-

chée, impose au vendeur l'obligation de s'abstenir de tout acte ayant pour effet de détourner cette clientèle à son profit ou au profit d'un tiers. . . Gand. 6 mars 1883. Pas. 1883, p. 169. J. T., 1883, p. 170. — Conf. Comm. Gand, 26 aout 1882, JI T., 1881-2, p. 677".

(*Pand. Belg.*, v. XVII, col. 664, n. 45).

A norma daqui decorrente é que a cessão da *clientela* envolve a obrigação de não subtrair a *clientela cedida*; é que, vendendo a *clientela*, o vendedor assume a obrigação de não retomar o que vendeu; é que, não se abrangendo a *clientela* na cessão, não pode ser invocada contra o cedente, para que respeite a *clientela* do estabelecimento cedido, a obrigação de garantia, cujo imperio se não estende ao que não se vendeu.

Outro elemento, que na doutrina do aresto belga se contém, como na de muitos outros antes deste aqui relatados, temol-o na restrição dos efeitos prohibitivos dessa clausula aos actos do vendedor, cujo resultado *effectivamente* diminua, remova, altere a *clientela* da casa vendida.

Registemos, para ulterior serventia, estas duas noções essenciais.

ARESTOS SUISSOS. — Da jurisprudencia suissa, no mesmo sentido, temos documento poderoso neste aresto, do tribunal de commercio de Genebra:

"Na ausencia de qualquer prohibição ajustada entre as partes, é o principio da liberdade do commercio e industria o que deve servir de regra. (Const. Fed., art. 31. Constit. de Genebra, art. 8.º). Do principio da liberdade do commercio e industria decorre, para o vendedor, o direito de explorar, em seu proprio nome, um estabelecimento rival, se não existir clausula nenhuma, que revele a intenção de se lhe vedar esse direito. Caso a verificação da existencia de intenção tal não chegue a resultado certo, a dúvida se resolverá de modo favoravel ao principio assegurado pela Constituição. Tal é a hypothese vertente, se, ao tempo da entrega do Café, as partes convieram no preço e na coisa vendida, mas não contrataram nenhum compromisso, e o comprador não inseriu artigo nenhum no contracto, que diga respeito á *clientela*, nem esse acto prohibe aos vendedores estabelecerem-se de novo com a sua industria precedente, na mesma rua ou seus arredores. Se elles houvessem querido vender a *clientela* do seu estabelecimento, abstando-se de explorar qualquer estabelecimento semelhante, e o comprador tivesse exigido esse duplo compromisso, este, evidentemente, figuraria no acto de venda".

(Trib. commerc. de Genebra, 13 dez. 1883. Goy c. v.<sup>a</sup> Georget *Sem. Jud.*, 1884.) (5).

*Outro aresto suíço.* Não menos relevante é uma decisão pronunciada, muitos annos mais tarde, pelo tribunal civil de Vaud., resolvendo o pleito Troebert c. Uhlmann.

Ahi se estabelece categoricamente que *da cessão da clientela*, quando esta consta do contracto sem reserva, e não da simples cessão do estabelecimento commercial, é que deriva, para o cedente, a obrigação de não abrir outro em competencia com o cedido.

O julgado exprime-se assim :

“La vente D'UNE CLIENTÈLE, sans réserve aucune, entraîne nécessairement l'obligation de faire jouir l'acquéreur seul de cette clientèle, et oblige le vendeur à ne plus exploiter lui-même, ni directement ni indirectement, la clientèle vendue, et à ne pas s'établir en concurrence avec son successeur. S'il en était autrement, cette vente serait sans objet”.

(Vaud. Cour Civ., : 16 jun. 1892, Troebert c. Uhlmann. *Rev. Judic.*, 1893). (6).

Com esta longa exposição temos demonstrado exuberantemente a verdade substanciada por LYON-CAEN e LOUIS RENAULT em um periodo luminoso do seu parecer acerca do caso vertente, periodo no qual, depois de reconhecerem que as regras *sobre a venda*, quanto a estabelecimentos commerciaes, *fonds de commerce*, têm a mesma applicação quando elles entram como contribuições (*apports*) dos subscriptores na organização de sociedades mercantis, os dois sabios commercialistas assim proseguem :

“Mais il est essentiel de remarquer que cela suppose que la vente ou l'apport comprend le droit à la clientèle, puisqu'il s'agit de garantir la jouissance de ce qui a été vendu. Si la vente ou l'apport a pour objet une usine, un magasin ou tout autre établissement avec ses marchandises, son installation et ses divers accessoires, mais non le droit à la clientèle, la situation change forcément. Il est alors évident que le vendeur ou l'apporteur ne pourrait être tenu de laisser jouir paisiblement l'acheteur ou la société d'un droit qui n'a pas été vendu ou apporté. L'obligation de garantie ne concerne que l'objet même aliéné” (7).

(5) VALLOTON : *Op. cit.*, p. 173-4.

(6) VALLOTON : *Op. cit.*, p. 175.

(7) *Pareceres de adv. e jurisconsultos estrangeiros*, p. 5.

Argumenta-se com algumas decisões, que tomam como de pleno direito, nas cessões de estabelecimentos commerciaes, a interdicção, ao cedente, de se reestabelecer.

Mas PLANIOL, com a sua incomparavel lucidez e a segurança da sua sciencia profunda, liquida esta objecção, mostrando que essa jurisprudencia, na França, obedece apenas ao uso corrente de incluir em taes vendas a clientela. Os arestos reflectem o costume geral, suppondo, em cada caso, a cessão da clientela com a do estabelecimento, porque a prática em voga é incorporar na transferencia do estabelecimento a da clientela. De maneira que, onde for diverso o facto, a solução juridica terá de ser diversa.

*"Si on suppose, comme c'est le cas dans l'espèce, que la clientèle n'a pas été cédée en même temps que l'usine, la conséquence change; le cédant conserve la liberté de s'établir à nouveau, et l'interdiction qu'on voudrait alors lui opposer manque tout à fait de base et de motif.*

*"C'est sur cette idée qu'est fondée, la jurisprudence française. Elle a jugé, dans de nombreuses affaires, que le vendeur d'un fonds de commerce ne pouvait pas en fonder un nouveau, pour faire concurrence à l'ancien; mais il importe de bien comprendre la raison de cette jurisprudence et de ne pas se méprendre sur sa portée.*

*"Tout d'abord, et pendant long-temps, ses décisions portaient sur des ventes, dans lesquelles le vendeur s'était spécialement engagé à ne pas faire concurrence à son acheteur; puis les tribunaux français ont fini par admettre que, même en l'absence de tout engagement de ce genre, le vendeur était tenu de plein droit d'une obligation semblable par le seul fait de la vente. Mais pourquoi? C'est que, dans la pratique française, la clientèle ou achalandage est généralement vendue en même temps que le fonds...*

*"Ainsi, dans un arrêt du 11 mai 1898 (Dalloz, 1902. I. 607) notre Cour de Cassation a défendu à un vendeur "tout acte de nature à diminuer l'achalandage du fonds cédé", parce qu'elle raisonnait sur une hypothèse où la clientèle avait été cédée avec le fonds, comme c'est l'habitude en France; mais il est évident que la solution aurait été différent, et que toute liberté aurait été laissée au vendeur, si la clientèle n'avait pas été cédée. Comment y aurait-il lieu à garantie pour une chose, qui n'a été ni vendue, ni transportée? Cela ne se comprendrait même pas.*

*"Donc, toute l'argumentation qu'on voudrait tirer de notre jurisprudence française en faveur de la "Companhia Nacional de Tecidos de Juta" s'écroule par la base. Notre jurisprudence n'a de valeur que pour une*

hypothèse, qui n'est pas celle du procès actuel. *Quand il n'y a pas eu cession de la clientèle, on ne saurait attacher de plein droit, au seul fait de la vente, l'interdiction au vendeur d'une usine, d'exploiter à nouveau la même industrie.* (8).

Até VIVANTE, emfim, essa autoridade invocada, por um dos egregios prolores do accórdam, como capaz de, por si só, dirimir a questão, subscreve, a mesma lição, dizendo :

"Todos os autores supra-citados (9) e bem assim a jurisprudencia estão, naturalmente, de accordo em estabelecer *como presupposto da obrigação*, imposta ao que vendeu um estabelecimento commercial, *de não fazer concorrência ao adquirente, a cessão da freguezia*, junta aos outros elementos do *fonds de commerce*, e alguns desses autores observam, tambem, expressamente, que a obrigação, posta ao cedente, de se abster da concorrência, *está circumscripta á hypothese de entrar na cessão do fonds de commerce a sua freguezia*" (10).

De todo o exposto havemos, pois, de concluir :

1.º) *A cessão de um estabelecimento commercial não abrange de pleno direito a cessão da clientela.*

2.º) *A cessão da clientela não se opera senão mediante convenção especial, declarada, ou, pelo menos, manifesta nas circumstancias do caso.*

3.º) *A obrigação de não abrir concorrência ao estabelecimento cedido resulta ou de convenção explicita neste sentido, ou da cessão da clientela.*

(8) *Ib.*, p. 28-9.

(9) "VIVANTE : *Trattato di Dir. Comm.*, IV, 3.ª ed. Milano, 1909. N. 1648. — NAVARRINI : *Études sur le fonds de commerce*, Modène, 1901, N. 27. — PIPIA : *Achat-vente commercial*, Turin, 1906, n. 712 e suivants. — TARTUFARI : *Code de commerce commenté*, 3.ª édition. Turin, 1909, vol. II, n. 91. — RAMELLA, *Propriété industrielle*, Rome, 1909, vol. II, n. 687, et en général tous les auteurs".

(10) Pareceres de adv. et juriscons. estrangeiros, p. 39.

## As condecorações na Constituição Brasileira

A meu juízo, anda errada, por aqui, do bom caminho, a interpretação até hoje dada ao art. 72, § 29, "da constituição brasileira, nas palavras terminaes, onde se trata das condecorações estrangeiras.

A noção corrente é que esse texto abrange todas ellas, seja qual fôr o seu character, indole ou predicados. Em acceitando uma dessas distincções, terá *ipso facto* perdido os seus direitos politicos o cidadão brasileiro.

Penso que a linguagem da constituição não autorisa esta doutrina, e, pelo contrario, lhe demonstra, grammaticalmente, o erro.

Examinemos o assumpto a tento e com serenidade, começando por um relance d'olhos á historia desta mal avisada clausula constitucional.

### HISTORIA DO TEXTO

Na commissão nomeada pelo Governo Provisorio para traçar o projecto inicial da nossa constituição havia republicanos historicos dos de mais incontestados fóros, como os srs. Magalhães Castro, e Rangel Pestana. No Governo Provisorio mesmo, que depois avocou a si essa tarefa, antecipando-se com os decretos de 22 de junho e 23 de outubro de 1890, á obra da Constituinte, não fallciam, tambem orthodoxos do mais provado historicismo republicano. Taes os srs. Campos Salles e Quintino Bocayuva.

Ninguém, todavia, nem no seio daquella commissão, nem no desse governo, levou o horror das honras dessa natureza ao extremo de fulminar com a privação dos direitos politicos a quem as acceitasse.

Ambos os projectos, o da commissão e o do Governo Provisorio, autorisavam essas distincções, subordinando, apenas, a sua acceitação ao consentimento do governo brasileiro.

Assim, o projecto da commissão, dizia, no art. 87 :

"Perde os direitos de cidadão brasileiro :

.....  
"2.º — O que, *sem licença do governo*, acceitar emprego, pensão, titulos ou condecoração de qualquer governo estrangeiro".

E o do Governo Provisorio, rezava, no art. 71 :

“§ 2.º — “Perdem-se” (os direitos de cidadão brasileiro) :

“b) — por acceitação de emprego, pensão, condecoração ou titulo estrangeiro, *sem licença do poder executivo federal*”.

Era a mesma norma da constituição do imperio, no art. 7.º, na qual se declarava :

“Perde os direito de cidadão brasileiro :

.....  
“O que *sem licença do Imperador* acceitar emprego, pensão ou condecoração de qualquer governo estrangeiro”.

## LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS

Nenhuma legislação européa, de que eu saiba, vae mais longe. Em França o cidadão, que acceitar e usar ordens estrangeiras *sem autorização do chefe do Estado*, será obrigado a *depol-as immediatamente* (Decr. de 13 de junho, 1858, *Pandect. Franc.*, tom. 23, pg. 285, ns. 487 e segs).

Na Belgica o natural do paiz, “que houver usado, *publicamente*, a condecoração, a fita, ou as insignias de uma ordem estrangeira, *antes de obter autorisação do rei*, será punido com a *multa de duzentos a mil francos*”. (Cod. penal belg., art. 329. *Pandect. Belg.*, tom. 28. col. 646-654).

Na Italia o que prescreve a constituição (art. 80), é que “ninguem pode receber condecorações, titulos e pensões de uma potencia estrangeira *sem permissão do rei*”. Se recebe, a condecoração é illegal, e o seu uso constitue usurpação ; mas a pena se limita á multa de cincoenta a mil liras. (*Digesto Ita.*, vol. 99, part. I, pg. 628, n. 28. — COGLIOLO : *Compl. Trattato di Dirit. Pen.*, vol. ... 2.º, parte II, pg. 1321).

Na Hollanda “os subditos do rei não podem acceitar ordens, titulos ou dignidades estrangeiras *sem especial autorisação delle*”. (Constituiç., art. 65).

Na propria Suissa, com ser a mais democrata de todas as repubblicas actuaes, eis o que dispõe a constituição vigente (a de 1874), no seu art. 12 :

“Os membros das autoridades federaes, os funcionarios civis e militares da Confederação, os representantes ou commissarios federaes, não podem receber de governo estrangeiro, pensões ou vencimentos, nem titulos, presentes ou condecorações.

"Se já estiverem na posse de pensões, títulos ou condecorações, cumpre que renunciem o gozo das pensões ou o uso dos títulos e condecorações, *emquanto durarem os seus cargos*.

"*Aos empregados inferiores*, todavia, póde o Conselho Federal consentir em que recebam as suas pensões.

"No exercito federal não se usará de título conferido por governo estrangeiro.

"E' vedado a qualquer *official, sub-official, ou soldado* acciptar distincções taes". (*Recuell des Constitutions Fédér. et Cantonales*. Bern., 1880, pg. 47).

Como se está vendo, a interdição de condecorações estrangeiras, na Suissa, abrange tão somente os militares e certas classes de funcionarios federaes *durante o tempo das suas funcções*.

Mas aos que ali violarem essa disposição prohibitiva não comina a constituição helvetica, ou qualquer lei daquelle paiz, a privação dos direitos de cidadão suíço. (SALIS: *Le Droit Fédéral Suisse*, 2.<sup>a</sup> ed., de 1902, vol. 2.<sup>o</sup>, pg. 745-8).

Agora, passando ao nosso continente, vamos ver se por cá se nos depara coisa dessa natureza.

## CONSTITUIÇÕES AMERICANAS

Toda a gente sabe de cór e argumentado que a constituição brasileira teve por modelo a dos Estados Unidos. Será por ventura nesta que encontremos o precedente buscado?

Vejamos.

E' no art. 1.<sup>o</sup>, secç. 8.<sup>a</sup> clausula 8.<sup>a</sup>, da constituição americana que ali se acha o assento da materia. Mas aqui está como se enuncia, neste passo, a lei fundamental da grande republica :

"Os Estados Unidos não concederão títulos de nobreza ; e nenhuma pessoa, *que exerça cargo retribuido ou de confiança sob o seu governo, acceitará, de qualquer rei, príncipe ou Estado estrangeiro, presente, subsidio, emprego ou titulo de qualquer genero, sem o consentimento do Congresso*".

Note-se a moderação da regra americana.

Primeiramente, só recae sobre cidadãos norte-americanos, *que exercerem funcções no serviço da União (holding any office)*, e funcções de lucro ou confiança (*of profit or trust*)".

Depois, não exclue em absoluto a hypothese de acceitação dos títulos defesos : apenas a submete ao assentimento do corpo legislativo.



Em terceiro lugar, não priva dos direitos políticos o transgressor, nem sequer lh'os suspende.

Já, portanto, o nosso projecto, quero dizer o do Governo Provisorio, bem como o da commissão que o precedera, análogos ao do exemplar norte-americano em dar por acceitaveis os titulos, quando autorisados por um dos poderes do Estado (ali o do Congresso, aqui o do Executivo), iam muito além desse modelo, quer em estender a todos os cidadãos o que elle restringia a certos funcionarios, quer em castigar com a perda dos direitos políticos as transgressões desse preceito.

Mas esta ampliação já se achava estabelecida no direito politico brasileiro pela constituição imperial, como, pouco ha, vimos, e era natural que a republicana lhe não quizesse ficar atraz no desconfiar dos titulos de nobreza. Além de que algumas das republicas latino-americanas consagravam, nas suas constituições, medida semelhante.

Neste caso estava a do Mexico, em cuja constituição, art. 37, n. 11, se determina que "*perde o character de cidadão, quem servir officialmente ao governo de outro paiz, ou lhe acceitar condecorações, titulos ou empregos, sem licença prévia do congresso federal*".

Da mesma sorte, na constituição do Chile, art. 11, n. 4, se enumera, entre "*as causas, pelas quaes se perde a cidadania* o acceitar empregos, funcções, distincções ou pensões de um governo estrangeiro *sem especial permissão do congresso*."

Semelhantemente, decreta a constituição uruguaia (de 1829), art. 12, n. 4, que "*a cidadania se perde, por acceitar empregos, distincções ou titulos de outro governo, sem especial licença da assembléa*".

Tambem no Perú a constituição (de 1867), no art. 41, n. 4.º, estatue que "*se perde o direito de cidadania, quando se acceita de um governo estranho qualquer emprego, titulo ou condecoração, sem consentimento do congresso*".

E' tudo. Não creio me tenha escapado nenhuma das constituições americanas, onde se cogite deste ponto. Todas ellas ultrapassam em severidade á dos Estados Unidos e á da Suissa, em ambas as quaes nem a norma prohibitiva se generalisa a todos os cidadãos, sinão só a certas categorias de servidores publicos, nem decaem dos direitos politicos os seus violadores.

## O EXAGGERO BRASILEIRO

Mas esse mesmo rigor, já excessivo, das constituições do Mexico, do Perú, do Chile e do Uruguay não encheu as medidas ao zelo republicanisante dos nossos constituintes.

Enxertada por um delles com deploravel inadvertencia e abraçada, tambem sem maior cuidado, pela maioria dos outros, uma emenda ultra-radical accrescentou a esses traços, já sobrecarregados,

o da prohibição absoluta, excluida a idéa de autorisação, *que nas mais exigentes constituições existe.*

Dest'arte a constituição brasileira se viu e está sósinha entre as de todos os regimens, monarchicos ou republicanos.

### CONTRADICÇÃO CAPITAL

A precipitação foi tamanha, neste como em outros episodios do curso da nossa constituinte, que não repararam na incongruência, flagrante e grossa, de não se admittir, no art. 72, § 29, a autorisação do governo para se acceitarem meros titulos e condecorações, quando, no artigo antecedente, no art. 71, § 2.º, se permite que, *com licença do poder executivo federal*, acceitemos "*empregos ou pensões de governos estrangeiros*".

Como se o provimento em cargos, necessariamente remunerados, ou a outórga da pensões não dessem aos governos estrangeiros meios muito mais sérios de exercer influencia, ou praticar o suborno entre brasileiros do que as mercês de mera honorificencia.

Nos paizes mais apurados em democracia, nos mais realmente democraticos dos nossos dias, os Estados Unidos e a Suissa, as constituições toleram aos cidadãos em geral a acceitação de titulos, cargos ou pensões estrangeiras, não a vedando senão aos funcionarios do governo (*any officer of the government*, diz STORY), e, ainda assim, só quando a isso os não autorisar o governo.

Nesses paizes, o que se quiz evitar, é que os governos estrangeiros exerçam "*influencia ou corrupção*" nos negocios do governo nacional. Nada mais. (COOLEY: *Principles*, ed. de 1898, pg. 113. — WATCH: *The Constitution*, v. I, pg. 759. — STORY, vol. II, § 1352). Por isto se limita, ali, a prohibição ás pessoas empregadas no serviço nacional. Mas, ainda ahi, se reconhece poderem occorrer circumstancias, nas quaes não se dê inconveniente em acceitar distincções ou nomeações taes; e, attenta esta consideração óbvia, se deixa ao Congresso faculdade, para as autorisar.

A constituição brasileira, porém, generalizando a todos os nacionaes a prohibição, que nos Estados Unidos e na Suissa, alcança apenas os funcionarios nacionaes, estabelece uma distincção inconcebivel, tolhendo em absoluto aos cidadãos brasileiros a acceitação de "*condecorações ou titulos nobiliarchicos estrangeiros*", isto é, de simples honrarias, concedidas por governos estranhos, ao mesmo passo que destes lhes permite acceitar *o dinheiro*, sob a fórmula de "*empregos ou pensões*", em obtendo licença do poder executivo.

Quanto ás honras, uma rigorosidade, que não as supporta, nem mesmo autorisadas pelo Congresso Nacional. Quanto ás vantagens pecuniarias, uma complacencia, que se contenta com a licença apenas do governo, para as legitimar.

Eis a obra da nossa constituinte.

## FUTILIDADE DA PRECAUÇÃO

Aliás, em quaesquer condições, esta inculcada garantia contra o suborno ou influencia estrangeira é de uma futilidade, cuja evidencia não escapou ao bom senso dos norte-americanos. Já STORY lhe notava a inanidade.

“Que praticamente”, dizia elle, “seja de muito effeito esta precaução, coisa é, de que se tem duvidado. Não será de crer que um patriota se transvie dos seus deveres para com a patria, por amor de títulos ou graças de uma potencia estrangeira. Mas não é com taes restricções constitucionaes que se inibirá de se entregar a machinações criminosas, em serviços de Estados estrangeiros, um funcionario inclinado á corrupção ou á intriga”. (*Commentarios*, ed. de 1891, v. 2.º, pg. 224, § 1.352).

A idéa, pois, de ampliar dos funcionarios federaes a todos os cidadãos a clausula prohibitiva das mercês officiaes estrangeiras não podia achar guarida no espirito daquella nação, no seu claro senso pratico. Debalde se tentou neste sentido uma emenda á constituição. Não logrou vingar. (*Ibidem*).

Entre estas frivolezas e exterioridades vãs, porém, é que se sente no seu elemento o constitucionalismo, dos paizes de constituições de papel. Notavel entre estas, a do Brazil achou neste caso dos títulos e honras boa oportunidade, para brilhar sem competidores no seu zelo da pureza nacional. Reuniu, daqui, dali, de acolá, tudo quanto se lhe offerecia nas outras, e ainda lhe poz mais de seu.

Mas, por uma contradição que lhe descobre a insinceridade e a levandade, cessavam-lhe os rigores onde mais se deviam extremar, consentindo-se a respeito de cargos e pensões estrangeiras o que se não admitte em relação aos títulos e honras.

## A INTERPRETAÇÃO CORRENTE

Como se ainda fosse pouco, entretanto, isso tudo, veio, por cumulo de apuro, a desattenção dos intérpretes aggravar uma situação legal já tão errada. Se o desacerto constitucional já era grande, mais pesado o tornaram, attribuindo ao texto da constituição o que nelle não se acha.

Esse texto se formula nestes termos :

“Os que acceitarem *condecoração e outitulos nobiliarchicos* perderão todos os direitos politicos”.

Desta fórmula, aliás bem clara no seu conteúdo do real, concluem os nossos exegetas, quanto ás condecorações estrangeiras, que todas ellas, sejam quaes forem, caem debaixo dessa interdição constitucional e da sancção penal que a completa.

Será verdade? Não, senhores ; não é. Não são *todas* as condecorações estrangeiras as que a Constituição prohibe mas sómente as definidas nos termos claros do seu texto.

## PRIMEIRO ARGUMENTO

A ser verdadeira a intelligencia corrente do art. 72, § 29, a constituição teria sido mais rigorosa com os *titulos* do que com as *condecorações*.

Das condecorações estrangeiras, *todas* seriam defesas. Mas dos titulos estrangeiros, só os *nobiliarchicos* seriam vedados.

Ora, para uma tal distincção não se descobriria escusa possível.

Não se atina por que terá sido que a redacção da Constituinte alterou para "*nobiliarchicos*" a palavra, que, no texto da emenda, era "*nobiliarios*". *Nobiliario* é que estava certo. "Titulo nobiliario"; a saber: titulo de nobreza. *Nobiliarchico* não afina com o caso; porque *nobiliarchico* vem de *nobiliarchia*, e *nobiliarchia* não é nobreza, mas *genealogia dos nobres*, ou tratado e sciencia dessa genealogia.

Mas não ha remedio, aqui, sinão tomarmos o que se disse pelo que manifestamente se quiz dizer, acceitando a expressão "titulos *nobiliarchicos*" por equivalente á de "titulos *nobiliarios*", isto é, titulos de nobreza.

Ambos os projectos do Governo Provisorio (decretos de 22 de junho e 23 de outubro de 1890) diziam, simplesmente, "titulos estrangeiros", sem outro qualificativo. Foi a Constituinte que, pluralizando, emendou "titulos *nobiliarchicos estrangeiros*", como se vê no texto em vigor, restringindo, assim, a clausula prohibitiva aos titulos estrangeiros, *que forem nobiliarchicos*, isto é, *nobiliarios*, ou de nobreza.

Ora, um titulo é, de ordinario, mais do que uma venera, um habito, uma fita ou medalha. Estes ornam o peito. Aquelle adhire ao nome. Os titulos envolvem, as mais das vezes, dignidades, considerações e predicamentos sociaes ou officiaes, que as simples condecorações não acarretam. Com um titulo, pois, se fala mais certamente á vaidade, ao interesse, á corruptibilidade humana do que com uma commenda.

Mas, ainda admittindo que o titulo não seja tentação maior do que a condecoração, certamente não se dirá que as condecorações exerçam maior seducção do que os titulos.

Logo, não seria concebivel que, vedando *sómente* os titulos estrangeiros de uma categoria, os titulos de nobreza (tambem os ha de sciencia, de bravura, de humanidade e outros, os quaes não se acham ali vedados), a Constituição Brasileira adoptasse quanto ás condecorações, criterio opposto, vedando todas, ainda quando não importem nobreza, ainda quando assignalem apenas o merecimento, o saber, o valor militar, os serviços, as virtudes, sem levar comsigo privilegio ou fidalguia de especie alguma.

Tão crassa inconsequencia não seria admissivel dentro num artigo, dentro numa clausula, dentro numa proposição só de qualquer lei, quanto mais de leis fundamentaes, de uma lei constitucional.

Portanto, si, havendo *titulos* de nobreza e *titulos* não de nobreza, a Constituição Brasileira só não quer que se acceitem do estrangeiro *os de nobreza*, da mesma sorte, havendo *condecorações* de nobreza e *condecorações* não de nobreza, só as de nobreza, e não as outras, poderão incorrer na exclusiva constitucional.

Para admittirmos outra coisa, era mistér suppormos nos autores da Constituição Brasileira um estado cerebral de tamanho esquecimento, que ao passarem, no escrever, de uma a outra palavra successivas, ao graphar da segunda, já lhes não lembrasse a contigualmente anterior. Não é, com effeito, outra coisa o que teríamos, si nos seis vocabulos que se succedem conjunctados uns aos outros no § 29 do art. 72 — “condecorações ou titulos nobiliarchicos estrangeiros” — estivessem contrapostas duas situações constitucionaes diversas, uma para os “titulos”, inaceitaveis unicamente quando nobiliarchicos, outra para “as condecorações”, sempre inaceitaveis, quer tenham character nobiliario, quer o não tenham.

A tal absurdo não resvalou a nossa Constituição. O adjectivo, “nobiliarchicos” desse texto ha de referir-se, pois, conjuntamente, aos dois substantivos anteriores: “titulos” e “condecorações”.

E’ o que vou mostrar, continuando a minha demonstração, na qual passo agora ao

## SEGUNDO ARGUMENTO

Corramos de novo os olhos pela clausula, que se vae analysar, e é esta: “Os que acceitarem condecorações ou titulos nobiliarchicos estrangeiros perderão todos os direitos politicos”.

Decomponha-se o periodo, redigindo-se em ordem inversa, para se accentuar com o relevo conveniente o seu membro capital, em torno de cujo enunciado gira o debate.

Tel-o-emos então disposto assim:

“Perderão todos os direitos politicos” “os” (brasileiros) “que acceitarem” “condecorações ou titulos nobiliarchicos estrangeiros”.

A oração adjectiva desdobra-se em duas.

*Primeira*: Perderão todos os direitos politicos os brasileiros que acceitarem *condecorações*.

*Segunda*: Perdel-o-ão, egualmente, os brasileiros, que acceitarem *titulos*.

Mas que titulos? Todos e quaesquer titulos?

Não: tão somente os “*titulos nobiliarchicos estrangeiros*”.

E que condecorações? Todas, quaesquer que sejam?

Sim: todas as condecorações *estrangeiras*.

E’ o que diz a interpretação vogante.

Mas como se avém com a grammatica essa interpretação, para ligar ao substantivo "condecorações" o adjectivo "estrangeiros", e não ligar ao mesmo substantivo o adjectivo "nobiliarchicos", mais acercado a elle do que o outro, o adjectivo "estrangeiros", posterior a esse?

Vejam bem. No texto constitucional se diz: "aceitarem condecorações ou títulos nobiliarchicos estrangeiros".

Isto posto, vêm agora os hermeneutas e discorrem: "As condecorações, de que aqui se trata, são as condecorações estrangeiras".

Mas por que?

Porque o "estrangeiros", com que topamos no fim da oração, não diz respeito só a "títulos", que lhe está mais perto: diz, tambem, respeito a "condecorações", embora lhe esteja mais longe.

Mas, si ha, na oração, dois adjectivos continuados, "nobiliarchicos" e "estrangeiros"; si a circumstancia de medear, entre elles e o substantivo "condecorações" o substantivo "títulos" e o adjectivo "nobiliarchicos", não obsta a que o ultimo dos dois adjectivos, o adjectivo "estrangeiros" tenha relação com o primeiro dos dois substantivos, o substantivo "condecorações", o que d'elle está mais distanciado, e si, nisto accórdes, os interpretes ligam, entrosam com o primeiro dos dois substantivos o ultimo dos dois adjectivos, o adjectivo "estrangeiros", por que artes excluirão elles dessa conexão o adjectivo "nobiliarchicos", justamente o mais vizinho do substantivo "condecorações"?

Pois, estando o adjectivo "nobiliarchicos" mais perto e o adjectivo "estrangeiros" mais longe de "condecorações", com este se entende o adjectivo "estrangeiros", que lhe está mais distante, e não se entende o adjectivo "nobiliarchicos", que se lhe acha á beira?

O absurdo é palpavel.

De duas uma:

Ou os dois adjectivos continuados "nobiliarchicos estrangeiros" só se referem ambos ao substantivo "títulos", que immediatamente os precede; e, neste caso, o substantivo "condecorações" fica sem qualificativo, que o restrinja ás estrangeiras — o que é inadmissivel.

Ou, si, apesar da interposição do substantivo "títulos", um dos dois adjectivos a elle posteriores, e justamente o mais remoto, o adjectivo "estrangeiros", entende, tambem, com o substantivo "condecorações" — com maioria de razão a este substantivo se prende, igualmente, o adjectivo "nobiliarchicos", que mais propinquo lhe está do que o outro.

Logo, a clausula constitucional supratranscripta se desdobra nest'outra:

"Os que aceitarem condecorações nobiliarchica estrangeiras, ou títulos nobiliarchicos estrangeiros, perderão todos os direitos politicos".

Para se perderem os direitos politicos, não basta, portanto, que as condecorações acceitas sejam *estrangeiras*: é mister, outrosim, que sejam *nobiliarias*, isto é, que importem na aquisição de prediados de nobreza.

E' o que se vae corroborar ainda, e não menos rigorosamente, com a deducção do meu

### TERCEIRO ARGUMENTO

O sabio philologo Epiphanio Dias, na sua *Syntaxe Historica Portugueza* (pgs. 53 a 54), livro admiravel no seu genero, discorrendo sobre a concordancia do predicado com o sujeito, especialmente no que respeita ao adjectivo, diz que "o adjectivo attributo, quando pertence para varios substantivos, si os substantivos são de generos diversos, e do plural, vae para o plural e para o genero do substantivo mais proximo : *Dictos e sentenças furtadas. Leis e costumes patrios*".

E' justamente o que acontece no texto constitucional, de que tratamos : "*Condecorações ou titulos nobiliarchicos estrangeiros*".

Os substantivos ("*condecorações*" e "*titulos*") são cada qual do seu genero e ambos se acham no plural. Os adjectivos attributos ("*nobiliarchicos*" e "*estrangeiros*") haviam, portanto, de estar, como estão, no plural, e de seguir, como seguiram, o genero masculino, por ser este o de "*titulos*", que é o mais proximo substantivo.

Mas, assim como, em "*dictos e sentenças furtadas*", não são *furtadas* sómente as *sentenças*, mas tambem os *dictos*, e, em "*leis e costumes patrios*", não são *patrios* só os costumes, sinão tambem as *leis* — assim, em "*condecorações ou titulos nobiliarchicos estrangeiros*", não se qualificam de *estrangeiros* só os *titulos*, mas, igualmente, as *condecorações*, nem ainda se indigitam só os *titulos* como *nobiliarchicos*, sinão, do mesmo modo, como *nobiliarchicas*, as *condecorações*.

Temos, pois, que do mesmo modo como os *titulos estrangeiros*, cuja acceitação o § 29 do art. 72 prohibe, são unicamente os *nobiliarchicos*, tambem são unicamente as *nobiliarchicas* as *condecorações*, cuja acceitação o texto constitucional, ali veda. O qualificativo de "*nobiliarchicos*", posposto a "*condecorações*" e a "*titulos*", tanto se relaciona com o substantivo "*titulos*", immediatamente anterior áquelle adjectivo, quanto com o substantivo "*condecorações*", precedente ao outro substantivo.

Casos de analoga redacção, com a mesma regencia grammatical e a mesma expressão logica, nos depara a Constituição Brasileira em muitos outros dos seus textos.

Tal, por exemplo, o do art. 23, onde se lê :

"Nenhum membro do Congresso, desde que tenha sido eleito, poderá celebrar contratos com o Poder Executivo, nem delle receber "*commissões ou empregos remunerados*".



Vêde como é rigorosamente exacto o parallelismo entre os dois textos. Aqui, "*commissões ou empregos remunerados*". Ali, "*condecorações ou títulos nobiliarchicos*".

Numa e noutra especie dois substantivos, de generos differentes, ambos no plural, seguidos de um adjectivo no plural e no genero masculino, que é o do ultimo substantivo.

Ora, quando a Constituição, no art. 23, prohibe aos membros do Congresso receber do governo "*commissões ou empregos remunerados*", toda a gente está vendo que, assim como os empregos ali prohibidos são os *remunerados*, assim tambem só as *commissões remuneradas* ali se prohibem.

Semelhantemente, quando, nesse mesmo artigo, § 1.º, n. 2, se fala em "*commissões ou commandos militares*", com o epitheto de "*militares*" não se adjectivam só os *commandos*, mas tambem as *commissões*.

Egualmente, quando, por duas vezes, nos arts. 59 e 60, se trata "*dos juizes ou tribunaes federaes*", o adjectivo "*federaes*" toca, assim aos tribunaes, como aos *juizes*.

Analogamente, quando o art. 60, letra *h*, enumera "*as questões de direito criminal ou civil internacional*", não é só "*internacional*" o direito civil, a que ali se allude, mas tambem o direito criminal.

O mesmo se reproduz no art. 72, § 17, onde se derogam as garantias do direito de propriedade com "*a desapropriação por necessidade ou utilidade publica*". Por força destes termos, assim como não cabe a desapropriação, quando a utilidade não é *publica*, assim tambem deve ser publica a *necessidade*, para caber a desapropriação. Isto é: a qualificação de *publica* se ajusta, por igual, aos dois substantivos anteriores, abrangendo tão inteiramente o mais distante quanto o mais vizinho.

Nesses casos todos, em summa, o adjectivo plural, subsequente a dois substantivos pluraes, ou esteja no genero do mais proximo, quando o genero dos dois substantivos não é o mesmo, ou, quando os dois são do mesmo genero, no genero commum a elles, qualifica identicamente ambos os substantivos, a que succede.

E' *publica* a necessidade, a que se refere o art. 72, § 17, embora entre este substantivo e esse adjectivo se metta o substantivo *utilidade*.

E' *internacional* o "*direito criminal*", de que se fala no art. 60, comquanto entre estas palavras e aquelle qualificativo esteja o direito *civil*.

São *federaes* os *juizes* contemplados nos arts. 95 e 60, a despeito de que entre *juizes* e *federaes* se encontrem os *tribunaes*.

São *militares* as *commissões* alludidas no art. 23, § 1.º, si bem que do substantivo *commissões* esteja separado o adjectivo *militares* pela interposição do substantivo *commandos*.

São *remuneradas* as *commissões* prohibidas, no mesmo art. 23, aos membros do Congresso, não obstante estar no masculino o ad-



jectivo *remunerados*, sendo feminino o substantivo *commissões*, e medear desta palavra áquella o substantivo *empregos*.

Isso tudo porque, segundo a regra vernacula, em todos esses casos, o adjectivo, que se subsegue a dois substantivos continuados, ainda que divirja em genero do primeiro, qualifica tanto o primeiro como o segundo, embora a este seja contiguo, e daquelle se ache separado.

Ora, o art. 72, § 29, repete ponto por ponto a mesma construcção, dizendo: "condecorações ou títulos nobiliarchicos".

Logo, está sujeito ao mesmo criterio de interpretação.

Logo, o adjectivo "nobiliarchicos" pertence ali tanto ao ultimo substantivo, "títulos", quanto ao penultimo "condecorações".

Logo, a oração do verbo "acceitarem" se desenvolve, ali, nestas duas:

— os que acceitarem *condecorações nobiliarchicas*;

— os que acceitarem *títulos nobiliarchicos*.

Por consequencia, não é a *todas* as condecorações que diz respeito a clausula prohibitiva do art. 72, § 29: ella respeita, exclusivamente, ás condecorações de character *nobiliario* ou *nobiliarchico*, segundo o vocabulario da Constituição.

## OBJECÇÃO E RESPOSTA

Dir-me-iam, talvez, que o meu trabalho de hermeneutica incorre em excesso de grammaticalidade, que eu busco a interpretação grammatical, onde havia de buscar a interpretação juridica.

Mas o empecilho vem a dar em mero jogo de phrases. Não ha, em substancia, diversidade entre a interpretação juridica e a grammatical, desde que uma constitue elemento da outra, quando é pela interpretação grammatical que se vae ter á interpretação juridica. As leis se enunciam em palavras e sentenças. Ora, a grammatica é a que nos ensina a descobrir, segundo as accepções das palavras e a construcção das sentenças, o sentido real do pensamento, que, por umas e outras se traduz. Longe, pois, de ser estranha á juridica, ou della differente, a interpretação grammatical é condição necessaria, é a porta de entrada, e, muitas vezes, a norma determinante da interpretação juridica.

Não serão estas as circumstancias da hypothese vertente? A controversia, aqui, se trava sobre a intenção da phrase "os que acceitarem *condecorações ou títulos nobiliarios*". O que se quer saber, é si a qualificação de "nobiliarios" exerce a sua acção caracterisadora unicamente sobre os "*títulos*", que lhe estão parede meia, ou tambem sobre as *condecorações*, entre as quaes e aquelle adjectivo se mette o outro substantivo.

Como, pois, fugir aqui da grammatica? Por que meios saberiamos, sem ella, si, estando no plural, achando-se no masculino, e

contiguando com o substantivo *títulos*, o adjectivo *nobiliarios* só tem connexidade com este ou tambem em conjunto com o substantivo *condecorações*, feminino este? Onde, sinão nas regras de concordancia grammatical, iríamos dar com a chave da questão? E, si não aceitassemos este fio conductor, como orientariamos a solução a respeito dos outros textos constitucionaes, pouco ha citados, nos quaes se reitera exactamente a mesma construcção grammatical, e se poderia, pois, suscitar, juridicamente, o mesmo quesito?

Bem fóra de rejeitar a interpretação grammatical, a hermeneutica juridica a adopta e consagra. Ella presume que o legislador "conhecia as regras da grammatica e o bom uso da linguagem". Ella estabelece que as leis se devem acautelar, da má grammatica: *Mala grammatica vitanda est*. Ella institue como regra fundamental que,

"primariamente, a lei se ha de interpretar consoante a significação ordinaria das suas palavras e o *effeito grammatical proprio da ordem em que se acham dispostas no texto*". C. BLACK: "*Construction and interpretation of the Laws*, pag. 70).

A jurisprudencia norte-americana, como as outras de autoridade reconhecida, nos ensina que,

"no entendimento das leis, a regra primordial consiste em acceitar o *sentido grammatical da linguagem*".

Cessa de vigor esta norma tão sómente

"si o sentido grammatical fôr inconsistente com a intenção expressa ou o declarado proposito da lei, ou quando envolver absurdo, repugnancia ou incongruencia com as outras prescripções della".

Só então é que

"relewa modificar, estender ou restringir a significação grammatical do texto, até onde necessario seja, para obviar a esse inconveniente, mas nunca além dahi". (Ibidem).

Ora, a interpretação grammatical, a que acabo de submeter o § 29 do art. 72, bem longe de originar absurdo, repugnancia ou contradicção a respeito das intenções do legislador constituinte, é, pelo contrario, a que lhe imprime harmonia, conciliando com o disposto acerca dos *títulos* o que prescreve acerca das *condecorações*, materias essas duas, que, sendo, substancialmente, da mesma natureza, não havia motivo para se regularem por criterios divergentes, vedados só os títulos estrangeiros de *character nobiliario* e interdictas todas as condecorações estrangeiras, nobiliarias, ou não.

## CONDECORAÇÕES NOBILIARIAS, OU NÃO

Será, ou não, certo que, assim como ha títulos, que importam nobreza (nobiliarios), e títulos que a não importam, assim ha condecorações, que implicam fóros de nobreza, e condecorações que não implicam ennobrecimento?

Titulos estrangeiros ha, que não se resentem de caracter aristocratico. Tal, por exemplo, o de conselho, com que a corôa portugueza agraciou um distincto patricio nosso. Tambem é titulo estrangeiro o de professor em institutos estrangeiros qual o com que me honrou a Faculdade de Direito e Letras, de Buenos Aires. Mas esses titulos não são *nobiliarios*, e, dest'arte, não caem sob a prohibição constitucional.

O mesmo se dá com as condecorações. Muitas não envolvem fôro de nobreza. Ha condecorações militares, condecorações scientificas, condecorações humanitarias, condecorações agricolas, condecorações industriaes, condecorações commemorativas. Existem ainda condecorações meramente honorificas, sem fôro algum de nobilitação. Tal a Legião de Honra. Tal a ordem belga, com que fui condecorado.

Outras condecorações, porém, segundo a legislação dos Estados a que pertencem, conferem aos agraciados certos privilegios, certas precedencias, certos direitos de nobreza. Não as nomearei, porque são conhecidas, e não desejo se descubra insinuação alguma nas minhas palavras.

Pois bem. Si a Constituição Brasileira exime a clausula prohibitiva do art. 72, § 29, os titulos *não nobiliarios*, por que razão havia de sujeitar as condecorações *não nobiliarias* a essa mesma clausula prohibitiva?

Evidentemente, não pôde ser. Aqui, portanto, a interpretação grammatical concorre com a interpretação logica em nos convencerem que o "nobiliarchicos" daquelle texto abarca assim os *titulos*, como as *condecorações*, isto é, que no caracter de *nobiliarios* ou não nobiliarios, está o criterio discriminativo, por onde se reconhece, tanto a respeito das condecorações, como dos titulos, aquelles ou aquellas, cuja acceitação prohibe, ou não prohibe, o § 29 do art. 72.

## OUTRA CONSIDERAÇÃO

Nenhuma das Constituições exemplares (já o vimos), no continente europeu, ou no nosso, inclusivé as de mais altos quilantes democraticos, como a dos Estados Unidos e a da Suissa, pune com a destituição dos direitos politicos o acceitamento de condecorações ou titulos estrangeiros.

Disto só occorrem, como já tive ensejo de apontar, alguns casos em Constituições da America Latina, cuja exemplaridade não está reconhecida. Ainda ahi, porém, só existe comminação tal con-

tra os cidadãos, que acceitarem títulos ou condecorações estrangeiras sem consentimento, já do Congresso, já do Poder Executivo.

A Constituição Brasileira não encontra nenhuma, que lhe faça companhia na prohibição absoluta associada ao castigo extremo do perdimento dos direitos politicos, em que se carrega ainda a mão, com o universal colectivo "*todos*".

Claro está, portanto, que não será licito entender essa disposição, unica, ao que me parece, no direito constitucional de todo o mundo, ultra-radical, superlativa na sua *nobiliphobia*. sinão com todo o cuidado, para a não severisarmos ainda mais, alargando-a qualquer coisa além do que estrictamente se encerrar nos termos do seu enunciado.

Para isso á consideração da singularidade ou unicidade, que caracteriza esse texto entre os seus congeneres nas outras Constituições, a todas as quaes elle sobreexcede em apuro, accresce a de que é uma disposição punitiva, a de que a sua penalidade anniquila, politicamente, os cidadãos, sobre quem recai, e, emfim, a de que, consistindo na privação total dos direitos de cidadania, está, como todas as leis eliminativas da capacidade constitucional do individuo ou do cidadão, adstricta a se conter no minimo dos effeitos, que a sua norma comportar.

As prescripções legislativas, que cercêam, suspendem ou tiram direitos legalmente reconhecidos ao homem, ou ao membro da comunidade no seu estado politico, hão de ser tomadas no rigor iniludivel da sua expressão verbal, quando ella não seja questionavel, e, sendo susceptiveis de mais de um sentido, só se poderão entender no menos restrictivo, no menos privativo, no menos eliminativo.

Ora, segundo as regras, já vistas, da grammatica, segundo as regras da propriedade na expressão verbal do pensamento, a oração "*que acceitarem condecorações ou titulos nobiliarchicos*", oração adjectiva, relativa e qualificativa, se acha redigida como devia estar, e está construida como havia de ser, para que se considere modificado pelo adjectivo "*nobiliarchicos*", e não independente delle, o substantivo "*condecorações*", da mesma sorte que o substantivo "*titulos*".

Logo, dada a lei de interpretação que acabo de invocar, lei conhecida, trivial, elementar, não se poderá ir buscar outra intelligencia, a titulo de ser tambem accommodavel ao texto, para encarar o qualificativo "*nobiliarchicos*" como adherente só a "*titulos*" e alheio a "*condecorações*".

Não se poderá, digo eu; porque, entre duas interpretações, *igualmente admissiveis*, de um texto prohibitivo e penal, a que deve prevalecer é a de menos severidade, a de penalidade mais benigna, a que mais direitos poupa, e mais liberdades tolera.

Aqui, porém, nem sequer se realisa o supposto de serem igualmente legitimas as duas interpretações, entre as quaes se houvesse de optar: a que sujeita á interdicção constitucional *todas* as con-

decorações estrangeiras, e a que restringe ás condecorações de *caracter nobiliario* a clausula prohibitiva.

Não se verifica este supposto, repito, visto como a primeira dessas interpretações irrogaria ao legislador constituinte a inconsequencia inexplicavel de estabelecer, em materia de honras estrangeiras a cidadãos brasileiros dois pesos ou medidas oppostas, uma, *para os titulos*, de exclusão limitada ás honras de nobreza, outra de exclusiva absoluta *para as condecorações*.

### CONSIDERAÇÃO FINAL

Si o legislador constituinte quizesse, na verdade, firmar essa desigualdade inexplicavel ; si não se arreceasse de arrostar, com ella, a nota de contradictorio, ou dispuzesse de motivos cabaes, para a illidir, o que teria, certamente, feito, seria usar de uma linguagem, de uma contextura de phrase, de uma construcção grammatical inequivoca, unica, de um significado inquestionavel.

Bem facil lhe era haver-se, então, de tal maneira, que ninguem lhe pudesse errar o intento, e não se deixasse aos interpretes aberta, por onde lh'o burlarem. Com os mesmos vocabulos conseguiria esse resultado, mudando-lhes a elles apenas os logares no contexto da oração adjectiva.

Em vez de dizer, como disse :

“os que acceitarem condecorações ou titulos nobiliarchicos estrangeiros”, *diria* : “os que acceitarem titulos nobiliarios ou condecorações estrangeiras”.

Ahi o adjectivo “estrangeiras”, sem embargo de estar no feminino, envolveria tambem *os titulos*. Mas o qualificativo *nobiliarios* não poderia de maneira alguma envolver *as condecorações*.

### EM SUMMA

Aqui está como eu entendo o § 25 do art. 72 na Constituição Brasileira. Não descubro geito, por onde, segundo a grammatica, a logica e o direito, se lhe possa attribuir outro sentido. Lanço á conta de pouco attentamento na critica do texto a má intelligencia, com que elle se vé malentendido até hoje, e nutro a esperanza de que, de ora avante, se atalhe esse equivoco, uma vez ponderados com bom animo os meus embargos ao curso do tal erro.

O que a Constituição claramente prohibiu no tocante a condecorações estrangeiras, é o mesmo que, no mesmo texto, claramente prohibe no tocante a titulos estrangeiros : as honras *de nobreza* (*nobiliarchicas*, ou *nobiliarias*), incompativeis com a egualdade republicana.

Poderiam, talvez, contradictar-me que, acolhida a minha maneira de ver, escapariam na sua maior parte á interdicção constitucional as condecorações estrangeiras ; pois, na sua maioria, ellas não apresentam feições nobiliarias.

Mas que tem isto, si essa maneira de ver é, realmente, a que conforma com as expressões, nas quaes os constituintes verteram o seu pensamento ? si com essa maneira de ver e que consona a redacção do texto constitucional ? si a essa maneira de ver é que nos leva a intelligencia natural delle ? si, si, enfim, da outra maneira de ver resultaria juntarem-se numa só phrase da Constituição duas normas entre si antagonicas e inconciliaveis, quaes a de se admittirem os títulos, que não sejam de nobreza, e, ao mesmo tempo, se prescreverem as condecorações, que de nobreza nada tiverem ?

Si essa disposição fosse verdadeiramente util, si contivesse um principio realmente saudavel ás instituições republicanas, si attendesse praticamente a exigencias do espirito de liberdade ou democracia neste systema, ainda se poderia ter receio de lhe cercear os beneficios com a estreiteza da interpretação literal.

Mas basta advertir que o rigorismo desse preceito, no singular requinte a que o levou a nossa Constituição actual, não tem parelha nem nas Constituições mais democraticas do mundo, quaes a dos Estados Unidos e a da Suissa, nem nas de mais sublimado radicalismo neste particular, como as das cinco Republicas da America hespanhola acima designadas, para vermos que não se trata sinão de um desses caprichos dos fabricantes de Constituições nas crises de transição entre dois regimens.

Não havia de ser pelas condecorações estrangeiras, e muito menos pelas de méra honorificencia, estranhas de todo em todo as desigualdades e privilegios da nobiliarchia, que viesse mal ao mundo, ou risco ao Brasil e suas instituições. Nesta época de realidade ninguem se venderia ao estrangeiro por fitas ou veneras. A infiltração, com que o imperio da Allemanha, antes da guerra, logrará quasi apoderar-se, financeira e politicamente, de todo o globo, exerceu a corrupção em medida gigantesca, mas só a dinheiro, sem usar de títulos ; ou commendas, que não constituem hoje moeda capaz de comprar nenhum valor humano, digno de ser comprado.

A intelligencia que acabo de dar ao art. 72, § 29 da Constituição Brasileira, além da vantagem, sobre todas preciosa, de restabelecer a verdade constitucional, nos traz a de harmonisar o nosso direito escripto com o senso commum. Todas as leis que delle saem, estão, desde o nascedoiro, condemnadas a só existir no papel.

Eis aqui está o motivo por que a sobreseveridade (si me permittem o neologismo) erroneamente attribuida a esse nosso texto constitucional, não obsta a que estejamos vendo chover, todos os dias, entre civis e militares, entre particulares e funcionarios e, até entre membros do Congresso e do governo, condecorações estrangeiras. E' a sorte de todos os rigores destemperados e insensatos da legislação cairem logo em desprezo. A's demasias no regimen fiscal responde

o contrabando. A's crueldades no regimen penal, a impunidade. Aos caprichos no regimen politico, a inobservancia e o desuso.

Por isso, quando as leis são sobremaneira duras, é de boa hermeneutica attenuar-lhes a dureza. Isto ainda quando essa attenuação vá encontrar alguma difficuldade nas asperezas reaes do texto legislativo. Com esta disposição constitucional, porém, se tem praticado o contrario. Não poderia haver maior semrazão, mais braveza que isto de punir com o maior dos castigos civicos, o da perda do direitos de cidadania, o mais venial dos peccadilhos humanos, a acceitação de condecorações de méra honraria. Tal coisa não se achava no texto constitucional correctamente entendido. Foi a interpretação que lhe encartou. E é a essa enxertia desautorizada que está desobedecendo o uso.

### O CASO PESSOAL

Eis por que não recusei a condecoração franceza, nem a belga. Nenhuma dellas me grangeava nobreza. Nenhuma me alistava nos rões da nobiliarchia. Nenhuma era nobiliarchica ou nobiliaria. Nenhuma, pois, incorria na prohibição constitucional.

Nunca appeteci, nem está com o meu temperamento cobiçar honrarias de qualquer especie, muito menos as de nobreza. Si as affectasse, não teria recusado o título de conde pela Santa Sé, título que se me offereceu por quem m'o podia offerecer, em recompensa dos meus serviços á humanidade christã, quando gratuitamente advoguei, nos tribunaes, a causa das irmãs de caridade, e Deus quiz que lhe salvasse o consideravel patrimonio, consagrado todo a obras pias, sem encontrar jamais uma sentença ou voto contrario, nas decisões pelas quaes logrou victoria a sua justiça, num litigio renhido, onde a parte contraria tinha por advogado um dos nossos jurisconsultos de mais alto merecimento.

Seria um condado bem ganho. Não representaria o capricho ou arbitrio do poder outorgante, e teria, para o meu amor proprio, o apreço de se legitimar com serviços desinteressados, cujo encargo eu assumira e desempenhára com a condição explicita da sua gratuidade.

Todavia, não hesitei um momento em declinar de tal honra; porque tão malageitado me havia de sentir com os brazões de conde, quanto me teria sentido com a farda de general, ou o uniforme de academico. Quem quer que me conheça e acompanhe, verá que não dou para isso.

Com a condecoração belga e a franceza o caso era outro. Não me proporcionavam ellas o mais leve attributo de nobreza. Nada, portanto, juridica ou legalmente, constituia obstaculo, onde empecasse a sua acceitação.

Por outro lado, exigencias de affecto e delicadeza para com a grande e amada França, para com a heroica e sublime Belgica, la-



ços de solidariedade com a causa incomparavel da justiça humana, que eu talvez mais do que ninguem concorrera, para induzir o Brazil a esposar, influencias, emfim, de um enthusiasmo sagrado e de uma devoção sem limites á maior das reivindicações politicas por que tenho lutado em minha vida, me deixavam sem liberdade, para enjeitar.

Não enjeitei. Recebi. Agradei. Guardei. Mas como se guardam reliquias santas. Para enthesourar. Para venerar. Não para exhibir. Não para usar. E não exhibi, não expuz, não usei.

O caso da photographia assoalhada com o estrepito dos "furos" da imprensa de sensação, não prova o contrario. Espremido, muito pouco rende. Não passa de um abuso, de uma especulação e de uma tolice.

O photographo, a cujas instancias, contra minha vontade, cedera eu em tirar esse retrato, sob o seu compromisso mais categorico e insistente de se conservar essa photographia. como um documento intimo, uma recordação de familia, em minha casa, entre meus filhos, esse artista me procurou, ha dias, para se escusar dessa divulgação indiscreta, delictuosa, allegando que mãos intrusas lhe haviam subtrahido, na sua ausencia e sem autorisação d'elle, esse trabalho das suas pastas e gavetas reservadas.

Si esse homem me dizia verdade, ou não, lá o liquidará elle com a sua consciencia, ou com o pilhante, de quem se queixa. A mim que me importa a ruim acção de um, ou de outro?

A distincção, com que me honrou a França, e a com que me honrou a Belgica, recebi-as solemnemente, nas salas de minha casa cheias de testemunhas e jornalistas. A imprensa, ao outro dia, deu a tudo a maior publicidade. Nada se occultou; porque nada occulta quem está na persuasão de usar do seu direito.

Si é, pois, de um acto solemne e notorio da minha vida que se trata, acto que nunca se escondeu, ou dissimulou, a que viria agora esta bimbalhada exposição de uma photographia minha, que eu não uso, que nunca dei a ninguem, que na minha propria casa não se vê, nem se viu jamais em parte alguma — a que viria agora, pergunto, esta exhibição da photographia subtrahida, sinão a depôr contra os subtraidores, autenticando com escandalo, a perfidia e indelicadeza da subtracção?

Rio, 18 de junho de 1919. (a) — RUY BARBOSA.



## Posse de Direitos Pessoaes

### I

“Em obras de jurisconsultos brasileiros de incontestavel merecimento”, escreve-me um illustrado membro deste fôro, em preciosa nota com que me obsequiou nesta questão, “se acha consagrado o principio de que só cabe interdicto ou acção possessoria no *jus in re propria*, ou *in re aliena*, isto é, no dominio e seus desmembramentos. Mas semelhante doutrina, se pôde apoiar-se no direito romano, não constitue o direito patrio, o nosso direito consuetudinario, constante e vivo, rompe com o passado, affronta o presente, desattenta no progresso do direito: é uma heresia juridica. E, como aquelles jurisconsultos não formaram o nosso direito, encontram-no feito, e se limitaram a expô-lo, é consequente não poderem ser acatados os que escrevem contra elle, contra a nossa praxe ininterrupta, contra o ensinamento dos jurisconsultos patrios, que os precederam, e foram seus mestres, uma vez que, para mudar, ou alterar o existente, não apresentam uma lei nova, em que se apoiem”.

Esta é a verdade, que demonstrarei.

Não ha duvida nenhuma que, entre os romanos, a noção da posse não transpunha o circulo dos direitos reaes. Além do senhorio directo e exclusivo das coisas materiaes, reconheciam os grandes jurisconsultos daquella idade as consequencias juridicas da posse a certos elementos destacados da propriedade, certos direitos sobre as coisas, capazes de exercicio continuado, como as servidões e, na opinião de muitos, a emphyteuse e a superficie. “O exercicio desses direitos reaes fraccionarios gera effeitos juridicos analogos aos associados ao poder physico, assumindo tambem o nome de posse, a saber, posse de direitos, ou *juris quasi possessio*” (1). Além de taes direitos, porém, subordinados ao poder physico e circumscriptos a manifestações elementares da propriedade, não ia a posse ou quasi posse romana.

Mas, continua o romanista italiano, de cujas palavras acabo de servir-me, “o direito canonico e a *pratica do fôro* estenderam a quasi posse aos direitos episcopaes, aos dizimos, aos *direitos aduaneiros e outros direitos*; o que tambem fez o *codigo civil*” (2).

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

(2) *Ib.*, pag. 221: “Il diritto canonico e la pratica del fôro estesero il quasi possesso ai diritti episcopali, alle decime, ai diritti doganali e ad altre diritti pubblici, e così fece anche il codice civile”.

Esses vestígios, que o direito canonico deixou na Italia, como nos paizes germanicos e na Hespanha, não foram mais extensos e duradoiros em parte nenhuma do que em Portugal. Ligando ao sólo o direito de exercer certas funções ecclesiasticas, os canones invertiam o principio gestativo da posse no direito romano, onde o jus possessorio nascia do sólo, ao passo que, segundo a jurisprudencia da igreja, era, pelo contrario, a jurisdição que firmava o poder exclusivo sobre a área territorial. Desta modificação notavel na idéa da posse resultou progressivamente a sua extensão a outros direitos pessoaes, cuja protecção possessoria a praxe civil, em contacto com a canonica, acabou por admittir. Dest'arte chegamos ao estado actual do direito em materia de posse, cuja summa se define nesta observação de IHERING: "Insuperavel é o abysmo, que separa o poder physico e, por um lado, a coisa, por outro o exercicio dos innumeraveis direitos, que, em direito moderno, podem ser objecto da quasi posse" (3). Esta é a phase actual das idéas possessorias, que o sabio jurisconsulto condemnou em duas palavras, oppondo á definição romana da posse como a *exterioridade do dominio* a sua definição hodierna como a *exterioridade dos direitos* (4).

E', pois, no direito canonico, cuja influencia historica na legislação patria não podem occultar os mais decididos romanistas (5), a que tantas vezes se referem as Ordenações (6), e que durante seculos desfructou a autoridade de subsidiario ao civil, é no direito canonico, não no romano, por elle vencido nesta parte ao menos entre nós, que se acham as fontes immediatas da jurisprudencia possessoria na tradição portugueza.

Se os juristas brasileiros, cuja opinião se quer que prevaleça, não deixassem cahir das mãos o fio do direito patrio, transviados por um romanismo que elle enjeitára, bastaria o testemunho de CORRÉA TELLES, o mais insigne jurisconsulto portuguez deste seculo, para os preservar do erro que commetteram.

Na *Doutrina das Acções*, obra, na estimativa dos mestres, sem jaça do menor erro, ou descuido, ensina elle que a acção de manutenção "compete ao possuidor de qualquer coisa, ainda que movel ou incorporal, contra quem o perturba na posse" § 190. No § 199 accrescenta que esta acção póde ser intentada "por todo aquelle que tiver posse de fazer ou prohibir quaesquer actos, que por direito lhe forem facultados, ainda que o lugar de os praticar seja religioso, ou publico, uma vez que soffra turbação no uso delle". Illustrando, n'uma nota, a extensão da fórmula enunciada na phrase "posse de fazer ou prohibir quaesquer actos", observa elle: "*Até a turbação de direitos produz esta acção*". E, para que não restasse duvida quanto ao seu pensamento, concretiza a sua applicação em um direito abso-

(3) *Fondement des interdicts possessoires*, IX, n. 4.

(2) *Ib.*, pag. 142. (Ed. de 1882).

(5) RIBAS: *Curso de dir. civil brazil.* tomo, I, pag. 187.

(6) Ord. L. 2, t. 1, § § 6 e 13, t. 5, § 4.º; L. 3, t. 24 pr., e t. 58, § 9.

lutamente incorporeo, sem ligação com o sólo, ou a propriedade material delle : "v. g. a turbação do direito do padroeiro de apresentar ao beneficio quem o sirva ; e basta a *posse de o ter apresentado a ultima vez*, se acaso a apresentação surtiu effeito, isto é, se o apresentado chegou a ser collado".

No *Digesto Portuguez* (7) reproduz elle a mesma lição : "O possuidor de coisas *incorporeas*, como são os direitos de *jurisdição*, de padroado, de cobrar fôros, ou de exercer alguma servidão activa, se fôr perturbado, póde intentar esta acção".

ALMEIDA E SOUZA, irrivalizado, entre os nossos praxistas, na erudição e na abundancia da doutrina, apoia a de CORRÊA TELLES com subsidios copiosos.

"*O uso moderno*", diz elle (8), "admitte a manutenção pela posse das coisas corporaes e pela quasi posse das incorporeas, servidões rusticas e urbanas, etc.". A menção das servidões rusticas e urbanas é aqui meramente exemplificativa ; porquanto, em sequencia a esse trecho, cita o autor um de RETES, *De interdict.*, onde se estende a manutenção a todas e quaesquer coisas incorporeas, especificando-se as prerogativas, as precedencias, as honras, os direitos de apresentação a beneficios e outras dignidades, ou funcções : "*Denique usu fori ac censura pragmaticorum competit (hoc remedium) pro quibuscumque, tam corporalibus QUAM INCORPORALIBUS JURIBUS PROEROGATIVIS, PROCEDENTIIS ET HONORIBUS veluti praesentandi ad beneficia, suffragandi in conciliis, et aliis, etc.*"

Como se não bastára esposar esse juízo, para exprimir o seu, ALMEIDA E SOUZA explicitamente o descobre, condensado neste topico, subsequente á transcripção : "Assim especialissimamente, e pelo uso das nações, vemos competente o remedio *retinendoe possessionis* para tudo que é possível, ou quasi possessivel. Seria preciso copiar aqui MENOCH *de Retinend-possessionis Remed.*, 3, RIDOLFIN *in Prax. Roman. Cur.*, p. 2, c. 12, POST, *de Manut.*, obs. 10, 11 e 12, RET., disp. 3, *de Jud. Possessor*, c. 4, a n. 9, STRYCH *infra*, para relatar todas as posses e quasi posses, pelas quaes compete este remedio da manutenção. Alguns casos substanciou GUERREIRO, *Trat.* 3, e. 6, cap. 43, a. n. 56" (9). E, depois de reportar-se a varias monographias suas, no que respeita á quasi-posse das pensões ecclesiasticas, das censuarias e das emphyteuticas, remata assim : "Sobre outras posses de diversos objectos, e que muitos dos citados doutores não attingiram, se veja PEGAS, tom. 2, *Tor.* c. 11 e tom. 7 *Forens.* c. 215 e 226" (10).

Adoptado assim expressamente por LOBÃO o sentir desses escriptores quanto á applicabilidade do interdicto *retinendae*, já se não poderá duvidar que ALMEIDA E SOUZA o estendia, não só á posse dos

(7) Tom. I, n. 660.

(8) *Tractado dos interdictos*, § 95.

(9) *Tract. dos Interdict.*, § 96.

(10) *Ibid.*

direitos corpóreos, ou reaes, como á quasi-posse dos incorpóreos e pessoas.

Releva conhecer, pois, os lances, a que esse praxista alli faz allusão, de GUERREIRO, PEGAS e STRYCHIO. Antes, porém, de consideral-os, não será ocioso acompanhar, no proprio texto de ALMEIDA E SOUZA, certas adaptações do remedio possessorio contra a turbação de direitos estranhos á classe das servidões e outros desmembramentos da propriedade.

No § 97 discorre elle acerca das *cartas tuitivas conservatorias da posse*. Dessa instituição dá-nos idéa clara VALASCO, na consulta 79 circa *remedium possessorium cartae tuitivae regal, quo utimur*. (11). O celebre praxista exemplifica o character e os effeitos dessa medida acautelatoria da posse com o caso de um ecclesiastico, provido e empossado em certo beneficio por acto episcopal, a quem outro residente na curia romana e posteriormente instituido por deliberação pontificia, queria turbar no uso do seu direito, *intendebat eum in sua possessione titulata perturbare*. O rei, *viso titulo ac instrumento possessionis*, expedio a favor do impetrante carta tuitiva: "Se, presentes as partes, a que tocar, achardes que é assim o que elle diz, vós o sustentai na posse do dito beneficio, e não consintais que o dito N., nem outra alguma pessoa, de qualquer qualidade e condição que seja, lhe faça mal, nem força sobre a dita posse, e, querendo-lh'a fazer, vós não consintais, e lhe levantai logo, e tomai a dita posse, e o sustentai nella. E, se o dito N., ou outra alguma pessoa, contra elle pretender haver algum direito sobre a posse do dito beneficio, que o demande como e por onde deve, e elle faça de si direito".

Dest'arte, com ser o que era no seculo XVI a autoridade do santo padre, a mais alta e poderosa assim no seculo como na igreja, os remedios civis possessorios eram oppostos aos seus decretos; e, graças a esse amparo, a posse estribada em uma provisão do ordinario, prevalecia, pela sua simples anterioridade, ao título fundado em letras apostolicas. Nem se me objecte que se tratava alli de manifestações peculiares á funcção politica do padroado. Este não fazia mais do que applicar á posse de situações ecclesiasticas, sob uma fórmula summarissima, o interdicto usual em defesa da posse de direitos meramente seculares. E' o que expressamente reflexiona VALASCO (12): "*Nihil aliud intendit rex in hujusmodi auxilio tuitivarum, quam majore auctoritate, nempe regia, id facere, QUOD JUDICES CANTI SECUNDUM JUS COMMUNE FACERE SOLENT, quando vident, aut saltem suspicantur rixas et arma contententium super possessione*". Eram verdadeiros mandados de manutenção, expedidos summarissimamente contra a turbação da posse, assim de beneficios, como de outros direitos pessoas. A protecção, que representavam, sub-

(11) *Consultationum ac rer. judicatur*, tom. I. pag. 178-83.

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

sistia, pendente a lide, não só em proveito de clérigos, senão também de beneficiados e leigos, com a propriedade, até, de sobrestar a execução da sentença durante a appellação, posto se não tratasse da posse de benefícios, mas de qualquer outro facto pessoal sujeito á pena religiosa da excommunhão, ou ás comminações civis de privação da liberdade.

Era trivialissimo o uso desse remedio, ha trezentos annos, no reino. Attesta-o o famoso professor de Institutas na cadeira da universidade de Coimbra : "*Eae litterae, quibus QUOTIDIE utimur in regno*" (13). Varias disposições legislativas o consagraram : a Ord. l. 1, t. 3, § 6 ; a Ord., l. 2, t. 10 : a Ord., l. 3, tit. 58, § 1.º ; o regimento do Desembargo do Paço, § 116. E, quasi tres seculos depois do autor das *Consultationes*, continuava a ser vulgar, com a mesma amplitude de effeitos, o recurso a esse meio de tuição da posse. "Ellas em effeito são, entre nós", escrevia ALMEIDA E SOUZA em 1814, "*o mesmo que um mandato de manutenendo, ou o interdicto retinendae*, e semelhantes em grande parte ao possessorio summarissimo" (14).

Se é certo que, mais tarde, sob o novo regimen em que entrou a metropole, discriminando-se melhor os poderes, se extinguiu, com a abolição do Desembargo do Paço (15), essa intervenção da autoridade regia no campo judiciario, nem por isso diminue a importancia do seu uso até ao primeiro quartel do seculo actual. Por elle solememente se certifica o facto concludente da applicação, em Portugal, até á época em que nos emancipamos, do interdicto possessorio, sob o molde das cartas tuitivas, á manutenção, de direitos *incorporeos*, que, entre os romanos, não desfructavam protecção tal. E, se esse era o direito portuguez multiseccular, se então se considerava como posse, e como posse se manutinha a retenção, ou fruição de qualquer coisa, ou *direito*, evidentemente aberraram os juristas brasileiros, mais retrogados que o classico advogado de Lobão, deixando o que este, no começo deste seculo, classificava como "*o uso moderno*" (16), velho aliás, a esse tempo, de muitas centenas de annos, para ir buscar *no uso antigo*, isto é, no uso de Roma, a limitação, que as idéas medievae e o progresso christão já tinham rejeitado, da posse protegida unicamente aos direitos reaes.

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

Tentam apadrinhar esse imperdoavel desvio com o texto da Ord., l. 3, t. 78, § 5.º onde se lê : "*Se alguém se temer de outro, que o queira offender na pessoa, ou lhe queira sem razão occupar, e*

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

(14) LOBÃO : *Interdictos*, § 97.

(15) Lei de 22 de Setembro de 1828.

(16) *Interdictos*, § 95.

tomar *suas coisas*, poderá requerer ao juiz que segure a elle, e as suas cousas, do outro, que o quizer offender; a qual segurança lhe o juiz dará". Mas esta tentativa é vã.

O texto citado não era desconhecido dos reinicolas, e nenhum destes, a começar pelos contemporaneos á promulgação d'elle, vio jamais nas palavras da Ordenação obstaculo ao uso dos interdictos em defesa dos direitos pessoaes. Antes o consideravam como fonte e apoio da nova doutrina; tanto que ALMEIDA E SOUZA, depois de a expender nos §§ 94 a 97 do *Tratado dos Interdictos*, reproduz justamente na sua integra a Ord. do L. 3, t. 78, § 5, nos periodos supra transcriptos, como quem tinha em mente autorizar o ensino dos praxistas com a invocação da palavra legislativa. Essa foi a intelligencia, que sempre se deu ao texto, de que se trata. Neste sentido o entenderam os autores, e nelle o praticaram os magistrados. O uso é o melhor interprete das leis; *usus optimus interpres legum*. Já sob os romanos era defeso, em boa hermeneutica, *alterar a intelligencia das leis, que tiveram sempre interpretação certa: Minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt* (17). Como é que, depois de seculos e seculos de praxe ininterrupta em sentido contrario, ha de a interpretação de escriptores brasileiros impôr a um velho texto portuguez uma significação, que o ensino dos doutores e a jurisprudencia dos tribunaes, em Portugal, nunca admittiram?

O direito não jaz na letra morta das leis: vive na tradição judiciaria, que as atrophia, ou desenvolve. Mas, na hypothese, não ha contradicção, não ha divergencia entre a praxe plurisecular e o texto legislativo, por ella commetado. A Ord. l. 3, t. 78, § 5.º, contempla evidentemente, na idéa da posse, dois ramos distinctos, bifurcados pela disjunctiva *ou*: a pessoa e as coisas; os attentados contra estas e os contra aquellas. Se se admittir que na concepção de *coisas* só cabe a propriedade, com os seus desmembramentos, na de *pessoa* se incluem innegavelmente todos os direitos pessoaes.

Mas entre antigos e modernos, seja no uso commum, seja no estylo legislativo, a expressão *coisas*, quando não restricta, por limitações explicitas ou implicitas, envolve na latitude da sua accepção todos os objectos corporeos ou incorporeos do direito, tudo o que se retém, e possui, tudo o que se adquire, e aliena. *Coisa*, na phraseologia dos civilistas portuguezes, tomada á dos romanos, não traduzia esse conceito de materialidade, que lhe é peculiar na accepção mais estreita do vocabulo. Na technologia que as *Institutas* definiram, as *coisas* se dividiam em corporeas e *incorporeas*, comprehendendo-se nestas *as que consistem em direitos*, como a herança, o usufructo e as obrigações de qualquer origem. *Quaedam praeterea RES corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt quae tangi possunt. . . Incorporales autem sunt quae tangi non possunt; qualia sunt EA quae in jure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obliga-*

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

*tionem quoquo modo contractae... ; nam ipsum jus utendi fruendi et ipsum jus obligationis, incorporale, est.* (18). Coisas eram, pois, os direitos, como as obrigações; coisas incorpóreas, mas coisas.

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

O proprio T. DE FREITAS, cuja definição restrictissima, inspirada em BENTHAM, elimina da noção de coisas, não só as relações jurídicas (direitos e obrigações), como até os objectos materiaes não susceptíveis de valor mensuravel (20), confessa estar em divergencia com a linguagem de *todas as legislações*. Estabelecendo que se entendam por coisas "sómente os objectos corpóreos", acrescenta: "Fique, portanto, em esquecimento a divisão, que fez o direito romano, e que fazem todos os codigos, de coisas corpóreas e coisas incorpóreas, attribuindo á palavra um sentido amplissimo e fazendo-a comprehender tudo, quanto póde ser objecto de direitos na opinião de alguns (MAYNZ; *Dir. Rom.*, § 113), ou, pelo menos, tudo quanto póde fazer parte integrante do patrimonio, na opinião de outros. (PELAT: *Propriété*, n. 6, not.)" (21).

Quando, portanto, a Ord. l. 3, t. 78, § 5, manda assegurar a posse áquelles, a quem outrem quizer "*occupar e tomar as suas coisas*", razão é concluir que teve em mente, não só a retenção, dos objectos materiaes, como a dos direitos, que tanto quanto aquelles se abrangiam sob a designação jurídica de coisas. Taes raizes tem essa nomenclatura na linguagem civil, que ainda nos codigos hodiernos se lhe descobrem por toda a parte vestigios. O hollandez, por exemplo, definindo, no art. 585, a posse como "*a retenção, ou o gozo de uma coisa*", precisa, no art. 603, o modo, como se perde "*a posse dos bens incorpóreos*". Não obstante, pois, a sua immaterialidade, isto é, o seu character de simples direitos, contraposto ao de realidades corpóreas, esses bens são objectos de posse. E, desde que o são, vem a entrar, pela definição do art. 585, na categoria de coisas.

Não é, logo, de jurisconsultos a inferencia, que liga á palavra coisas, no texto da Ordenação, o pensamento exclusivo de objectos corpóreos. Ao menos os jurisconsultos portuguezes nunca lhe en-

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

(19) J. FELICIO DOS SANTOS: *Projecto doCodigo Civil Brazil*, tom. III, pag. 23.

(20) *Esboço doCodigo Civil*, arts. 317 e 318.

(21) *Codigo Civil*. *Esboço*, pag. 213, not. ao art. 317. "Esta distincção ou divisão" continua elle, "*que os legisladores não têm podido dispensar*". *Ibidem*. E ainda: "... Por todos estes motivos tenho rejeitado a classica nomenclatura de coisas corpóreas e incorpóreas..." Adiante: "Além disto, a nomenclatura romana, herdada de todos os codigos". *Ibid.*, pag. 222. Claro está que não escluia o Filippino. A minha interpretação, pois, da Ord. l. 3, t. 78, § 5, estriba, também na autoridade de TEIXEIRA DE FREITAS, como na de FELICIO DOS SANTOS.



xergaram esse intuito. A opinião geral delles foi sempre que o espirito manifesto do texto era proteger, não só o goso legitimo da propriedade real, senão os direitos, privados, ou publicos, inherentes á pessoa.

## II

Muito tarde chegaram os juristas brasileiros, para innovar em assumpto, que o concurso de tantos seculos, a série immemorial da jurisprudencia tinha definido nos tratados e arestos.

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

Diz GUERREIRO (22) que procede o interdicto *retinendae* (acção de manutenção) :

“Pro quacumque re possessa, sive immobili ; sive mobili ; sive corporali, sive *incorporali*, sive rustica, sive urbana. Ideo pro *manutentione frumenti, jurisdictionis, gubernii* ; pro quasi *possessione libertatis et exemptionis* ; pro *jure elegendi, praesentandi, et nominandi* ; pro *possessione faciendi processione* ; pro *possessione ingrediendi, assistendi, interessandi* in capitulo ; pro quasi *possessione admittendi seu aggregandi alias ad collegium et non idoneos regiciendi ac reprobandi* ; pro *possessione tutelae seu curae* ; pro quasi *possessione servitutis* ; pro *possessione exercitii procuratoris* ; pro *juribus quae quis possidet* ; pro quasi *possessione macinandi ed admittendi fornarios et alios ad molendum in aliquo indendino* ; pro quasi *possessione filiationis* ; pro quasi *possessione exigendi quamlibet annuam praestationem seu responsationem vel redditum aunuum* ; pro quasi *possessione exigendi pensionem ecclesiasticam* ; pro quasi *possessione perceptionis decimarum, vel primitiam aut oblationem* ; pro *possessione confinium usque ad certum locum et certos fines* ; pro *possessione vel quasi possessione rerum ecclesiasticarum* ; et denique pro *possessione vel quasi possessione rerum quae possideri vel quasi possideri possunt*. POSTH dita obs. 10 por tot quam vide circa relatos casos et alios quos refert REINOS., Obs. 62”.

A formula reune, como se vê, no dominio da manutenção todas as coisas, possessiveis ou quasi possessiveis; *res quae possideri vel quasi possideri possunt*, abrangendo-se no conceito de coisas, não só as corporeas, como as incorporeas, *corporales, sive incorporales*, e na accepção das incorporeas, além dos desmembramentos do dominio, *servitutes*, todos os direitos pessoaes, desde os de caracter meramente privado, como a *tutela*, a *curatela*, a *filiação*, o *mandato de procurador*, a *liberdade*, *tutelam seu curam, filiationem, exercitium procuratoris, libertatem*, até as funcções de ordem publica, religiosa, ou mundana: a percepção de *vencimentos, tributos e pensões*, os direitos

(22) De numere judicis orphanorum tract. III. Tom. II, pag. 107, l. 6. c. 43, ns. 56 e 57.



e privilegios de reunião, associação, eleição, jurisdição e governo, *jus eligendi, possessio faciendi processioem, exemptiones, pensiones, jurisdictionem, gubernium*.

Eis a intelligencia da Ord. l. 3, t. 78, § 5.º, firmada por uma autoridade muito mais proxima á fonte legislativa do que os juristas brasileiros da segunda metade do seculo dezanove, autoridade que não se inspirava em abstracções de escola, ou theorias individuaes da cáthedra, mas bebia directa e copiosamente nos mananciaes da praxe, que o espirito da lei recente preservava puros.

Ella estabeleceu a protecção geral da posse fosse tangivel, ou intangivel o seu objecto. Esse amparo estende-se tanto á appropriação da materia, como á do direito, e, no exercicio do direito, assim aos pessoaes, como aos reaes, assim aos individuaes, como aos collectivos, assim aos publicos, como aos simplesmente civis. Esse immenso progresso realizára o direito portuguez, o nosso direito patrio (porque nem as leis, nem a praxe brasileira o modificáram depois, como teremos occasião de ver), sobre o direito romano, que circumscrevêra os interdictos á defesa das coisas corporeas e dos direitos vinculados ao sólo. E havemos de perder todo esse terreno ganho para a civilização, para a simplificação da defesa e do direito, ha mais de tres seculos, unicamente por servil submissão ás prevenções escolasticas de um romanismo pedantesco e morto, encarnado em alguns juristas modernos, cujo unico titulo de abono é a legenda *savignyana*, mal justificada, mal entendida e mal applicada?

A idéa de posse desprendeuse distinctamente da de propriedade na bella idade da cultura romana. E' um dos fructos mais uteis desse desenvolvimento. Sob a influencia civilizadora do direito canonico aquella semente se desdobrou, na peninsula iberica, em uma germinação nova: a defesa possessoria ampliou-se dos direitos reaes aos pessoaes. Essa era a tradição legislativa e judiciaria de Portugal, ao deixarmos o lar das suas instituições, para constituir familia nossa. Mas, separando-nos trouxemos connosco o thesouro do seu direito civil, como o filho emancipado guarda em si o patrimonio das idéas, sentimentos e usos paternos.

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

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

MENDES DE CASTRO (23), cuja *Practica Lusitana possidelis* foi, entre nós, "o melhor tratado de jurisprudencia pratica" (24) attesta que o interdicto *relinendae uti* se applicava em favor de toda e qualquer classe de direitos incorporeos, ainda os que diziam respeito a *predicamentos, honras e funcções de jurisdição*. "*Item hoc interdi-*

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

(24) RIBAS: *Curso de dir. civ.*, I, pag. 378.

*ctum etiam datur PRO QUIBUSCUMQUE JURIBUS INCORPORALIBUS, veluti JURISDICTIONIS, honoris et obsequiorum*".

Com uma dessas funcções se occupa PHOEBUS, (25), neste excerpto: "*Quis acquisivit dictam quasi possessionem juris praesentandi, si postea ab illa spoliatur, poterit uti remedium possessorii ad eam recuperandam contra ipsum spoliantem*".

CABEDO (26), citando a Ord. l. 2, t. 1, § 3, depois de mencionar varios direitos de ordem espirital, comprehendidos na esphera da tutela possessoria, acaba advertindo que é por uma adaptação da praxe secular que os direitos de natureza religiosa desfructam o beneficio dos remedios contra a turbação da posse. "*Haec ordinatio non solum locum habet quando laicus clericum ob spoliū factum intra annum et diem convenit, sed etiam quando clerici inter se et super possessione beneficii, seu alicujus rei spiritali. CERTUM NANQUE DE JURE EST QUOD CAUSA POSSESSORIA, QUANTUMQUE SPIRITUALIS, PROFANA EST*".

REYNOSO (27), sustentando a applicabilidade do interdicto á posse de certos direitos pessoases, de accordo com a quasi totalidade dos canonistas, "*canonistae fere omnes*", conclue: "... Tamem, ad recuperandam possessionem RERUM INCORPORALIUM sufficit praecessisse unicum actum exercitii illius juris, licet tempore spoli non esset actuale illius exercitium; quoniam jura incorporalia per actum acquiruntur, eoque tantum formatur possessio in futurum, tanquam si singulis diebus et momentis actus ille renovaretur".

STRYCHIO (28), pronuncia-se assim: "*Materia interdictorum adhuc hodie summé necessaria ac utilis est pro defendenda, consequenda et recuperanda possessione RERUM, tam corporalium QUAM INCORPORALIUM*". Ainda aqui se vê como no vocabulario da jurisprudencia civil, sob o regimen das Ordenações, *coisa* era tanto o objecto material, quanto o *objecto incorporeo*; o que irresistivelmente nullifica o argumento buscado pelos adeptos da idéa romanista em materia de posse nas palavras "*occupar e tomar as suas coisas*", da Ord. l. 3, t. 78, § 5.º.

O praxista não discrimina: onde houver título real, *ou incorporeo*, assiste á posse a faculdade do interdicto. A extensão da defesa possessoria a toda especie de direitos susceptiveis de gozo e continuidade accentua-se vigorosamente nas palavras desse escriptor, que enunciando, pouco adeante, no § 3.º, os quatro casos de mandado sem clausula, reflecte: "*Secundus casus est, si pars conquerens ex facto alterius, postquam perpetratum esset, irreparabile damnum sentiret, v. g. de VITAE, FAMAE ET HONORIS periculum imminenti... quartus, si quis in carcere CUM FAME, SQUALORE ET INEDIA, CUM SALUTIS, SANITATIS AC VITAE DISCRIMINE detineatur*".

(25) *Decisiones*, 213.

(26) *Decision*, p. I, dec. 82.

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

(28) L. XLIII, § 11

Ora, ha nada mais incorporeo, mais pessoal, mais alheio ás relações do dominio sobre as coisas materiaes do que o titulo humano á *hygiene*, á *vida*, á *honra*, á *liberdade*? Se alguns desses direitos encontraram depois escudo em novas instituições, havemos de considerar abolido, para os outros, o antigo instrumento de protecção, a égide preciosa, cuja necessidade se lhes reconhecia em tempos aliás menos zelosos da personalidade individual?

A evolução da consciencia juridica entre nós mostra o contrario; pois, enquanto existiu, neste paiz, o mal do captiveiro civil, era nos interdictos possessorios que o homem livre, reduzido á escravidão, ia buscar a tutela immediata contra a violencia espoliadora. Houve alguma lei, que ratificasse especialmente o uso das acções de manutenção em garantia da liberdade? Não. A necessidade da defesa do direito lançou mão espontaneamente da arma juridica temperada em outras éras e conservada pelo genio providente da tradição no seio da consciencia popular.

Os escriptores europeus dessa época, releva ainda notar, nas applicações do interdicto possessorio á turbação da liberdade, cogitavam apenas das violencias materiaes a ella e da sua privação temporaria: *si quis in carcere, cum fame, squalore et inedia, delineatur*. Não conhecendo, entre as nações para que escreviam, o captiveiro legal, a escravidão civil, a perda absoluta do direito á liberdade, as relações de senhor e escravo, não consideraram o interdicto possessorio na sua adaptabilidade aos attentados, *muito differentes* na sua essencia e nos seus effeitos, da escravização de um individuo a outro. Quando, porém, no Brasil começou a se produzir este outro genero de casos, não obstante a sua diversidade a tantos respeitos, a praxe não hesitou em procurar no remedio tradicional da posse analogias, que autorizassem a sua invocação contra as invasões da propriedade no dominio da liberdade humana. A adaptação operou-se espontaneamente, mostrando, por um lado, a elasticidade natural da instituição, por outro a sua extensibilidade inevitavel, com a evolução dos tempos, ás necessidades emergentes do direito, independentemente do concurso das leis, ou do beneplacito dos expositores.

Cumpre não esquecer a importancia, que reveste, para a sustentação da minha these, a consideração de que as idéas de STRYCHIO, perfilhadas nas obras de ALMEIDA E SOUZA, o mais provecto representante da praxe lusitana, dimanavam principalmente do direito germanico, em cujas instituições, examinadas com fidelidade, puzera o primeiro desses dois escriptores o objecto especial dos seus estudos. O amplo quadro, que elle nos traça, pois, do desenvolvimento da posse, da inclusão de todos os bens incorporeos, de todos os direitos, na área dos interdictos, dilatada pela evolução dos factos, mostra quão longe está da realidade, quão imperfeita e parcial é a conta, que do desenvolvimento da entidade juridica da posse e suas instituições tutelares, sob o direito canonico e entre as nações europeas, nos deixou o exagerado romanismo de SAVIGNY, “reduzindo a numerosa applicação dos interdictos aos factos, ou desnatu-

rando-os, e pretendendo, sob a dupla preocupação da sua theoria da posse e do culto supersticioso do direito romano, accommodal-os, na maioria dos casos, por analogias forçadas com as servidões”.

Nas obras de PEGAS (29), a que tambem nos remette ALMEIDA E SOUZA, temos copioso repositório de arestos portuguezes, cuja doutrina mostra quanto se distanciou, em progresso, do direito romano o conceito da posse, na jurisprudencia que da metropole herdámos. Dessa compilação trasladarei alguns.

E' indubitavelmente um direito incorporeo, um direito pessoal, o do procurador o exercicio das suas funcções. Pois bem : aqui temos um accordám (30), mantendo a posse do officio de procurador :

“Aggravado é o aggravante pelo corregedor em o mandar tirar da *posse* do officio té a decisão dos embargos, provendo em seu agravo, vistos os autos ; e como o aggravado não tivesse posse, nem direito que lhe competisse por alvará ou carta do dito officio de procurador, não tinham os seus embargos effeito de responderem á execução da sentença. Portanto, mandam que o corregedor faça *restituir a posse do officio* ao aggravante e com effeito seja *mettido nella*, com as perdas e damnos por quem do direito fôr. Lisboa, 15 de setembro de 1681”.

Noutro feito (31) se contendia igualmente sobre a posse do officio de procurador municipal, *função publica*. O accordám, proferido pela Mesa do Desembargo do Paço, reza :

“Aggravado é o aggravante pelos officios da camara da villa de Santarem, em lhe revogarem a procuração, que seus antecessores lhe tinham feito, fazendo nova procuração a outra pessoa, provendo em seu agravo, vistos os autos ; e como por elles se mostra estar o aggravante de *posse* e poder dos negocios da camara da dita Villa, por nomeação que nelle fizeram seus antecessores, deve ser conservado *na posse* em que estava, visto como os ditos officiaes não podem revogar a dita procuração, sem que primeiro seja ouvido o aggravante e via ordinaria de allegar contra elle causa justa. 5 de dezembro de 1682”.

Na outra questão, (32) disputavam as partes sobre a posse do direito *a ordenados*. Em defesa desse direito, incontestavelmente incorporeo, a Relação, por um accordám, reconheceu a procedencia do interdicto :

“Que, vista a petição de força do A. executor-mór do Reyno, contestação do réo. Mostra-se, por parte do autor, que, estando

(29) *Resoluciones For.* L. VII, c. 25 e 26. “Suas obras... subministram muitas vezes preciosas informações sobre o estylo e praxe forense, que facilitam a solução de importantes e arduas questões”. RIBAS : *Curso de dir. civ.*, I, pag. 385.

(30) Feito de Gaspar de Medeiros e Camera com Antonio Borges do Canto.

(31) Entre Manoel Barbosa Machado e os officiaes da Camara de Santarém.

(32) De Manoel Costa Calheiros contra João Duarte da Costa.

de *posse* seus antecessores *de cobrar todos os annos quarenta mil réis de ordenado do correio-mór*, em razão das execuções que lhe fizeram nas consignações que tem na fazenda real, o pagamento dos quaes fazia o réo como official-maior do dito correio-mór, e pedindo o A., depois de entrar no dito officio, o dito ordenado, lhe não quiz dar satisfação, *fazendo-lhe força em o privar da posse*, que tinha por seus antecessores, a que devia ser *restituido*; defende-se o réo como mostra na sua contestação e razões finais. O que tudo visto e o mais dos autos, e, como por parte do A. *se não prove legalmente a posse de cobrar do Réo*, por fazer os pagamentos o thesoureiro-mór do Reyno, e alguns o réo por ordem do correio-mór; não podia ter lugar contra o réo a acção intentada. — 6 de fevereiro de 1683”.

Em um agravo entre dois abbades (33) reconheceu o tribunal superior o caso de força contra a posse, estabelecida a favor do agravante, no direito de assistir aos officios de defuntos, materia espiritual. Eis a sentença:

“Aggravado é o agravante, pelos desembargadores dos agravos da Relação do Porto em revogarem a sentença do jury, absolvendo ao réo aggravado da força e violencia, que commetteu ao A. aggravante, esbulhando-o e a sua Igreja da posse, em que estava, e por seus antecessores continuada, de ir assistir por si, ou seu cura, a todos os officios, que se fazem pelas almas dos defuntos na Igreja do R. — 4 de novembro de 1677”.

Ainda acerca de um direito meramente espiritual se pronunciaram, noutro feito de agravo (34), as justiças portuguezas, admittindo a posse e os correctivos da sua turbação.

“Não é aggravado o agravante pelo corregedor da côrte no tocante á obra do Sacratio, em declaração que nella não terão o Santissimo Sacramento. Porém foi por elle aggravado em não julgar que os R. R. commettem *espolio* em expôr o Santissimo Sacramento sem ser pelo mesmo aggravante ou pelo sacerdote que para isso deputar, 7 de agosto de 1681”.

Eis ahí a praxe portugueza. Não se poderia dizer que a innovação canonica, adoptada por ella, se confinasse aos casos de natureza especial, aos factos de ordem ecclesiastica dependentes do regimen do padroado; porque, de envolta com especies classificaveis nessa categoria, os tribunaes seculares resolviam pela mesma doutrina feitos de character estrictamente civil. Das quatro sentenças, colligidas nos in-folios de PEGAS, que acabo de trasladar, as duas primeiras sancionam a lei da protecção possessoria a direitos pessoaes e funcções de ordem publica. O principio da possessibilidade dos direitos incorporeos perdêra, pois, a especialidade do character de sua origem, revestindo a expressão geral de uma noção de processo *commum*.

(33) Domingos Coelho contra Pantaleão de Barros.

(34) Entre Pedro de Oliveira, prior de S. Nicoláo e os irmãos de N. S. da Victoria.

Entre o direito brasileiro e o direito romano, nesta parte, me-deia, portanto, essa larga evolução, de muitos seculos, que reformou a noção originaria da posse, rompeu o circulo que a cingia aos di-reitos reaes, e alongou o diametro da esphera de sua defesa á posse de todos os direitos susceptíveis, na sua manifestação exterior, de violencia e esbulho. E' exaggerar a veneração per um nome, ou por uma escola, o attribuir-lhe a magia de apagar todo esse pro-gresso, e impor-nos, pelo culto do passado mais remoto, o divorcio da tradição posterior, que o nullificou.

### III

Ridicula velleidade seria a de quem pensasse em amesquinhar a autoridade de SAVIGNY, vulto descommunal, "cujo nome do-mina a sciencia juridica do seculo dezenove, como o nome de CU-JACIO dominou a sciencia juridica da renascença e o de BARTOLO a sciencia juridica da segunda parte da idade média". (35) Nem de-lhe faltar com as honras devidas pôde accusar-se o seu grande con-tradictor, digno, a todos os respeitos, de medir-se com elle, o autor dessa duas obras soberanas, que se chamam o *Espirito do Direito Romano* e a *Evolução do Direito*. Foi IHERING (36) quem escreveu que a SAVIGNY "ficará sempre a gloria immoredoira, inexpugnável de haver restaurado, na dogmatica do direito civil, o espirito da jurisprudencia romana, de modo que, seja qual fôr, afinal, a somma dos seus resultados praticos, incolume lhe restará, em todo caso, esse merecimento".

Mas esta situação excepcional, a despeito de toda a sua supe-rioridade, não o eleva acima da critica ; e o resultado notorio desta é capitular-se a *Theoria da Posse* como o menos feliz dos trabalhos do insigne romanista. Antes de IHERING já o seu valor soffrera im-pugnações, que o foram successivamente diminuindo, até se reduzir ás proporções em que o deixa a severa analyse de IHERING, condigno rectificador da obra gigantesca do sabio systematizador do direito romano.

A *Theoria da Posse* de SAVIGNY, não obstante haver assignalado época, e beneficiado a historia, como um vigoroso estímulo a gran-des trabalhos de investigação, franqueando-lhe caminhos desco-nhecidos, pouco mais importancia tem hoje que a de "um fulgu-rante meteoro" (37). A theoria da posse, diz, com evidencia, o illustre professor de Goettingen, não se pôde entender sem a sua

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

(36) *Fondement des Interdicts Possessoires* (trad. MEULENAFRE), pag. 1.

(37) VON IHERING : *Besitz*. No *Handwörterbuch der Staatswissenschaft* heraus-gegeben von CONRAD, ELSTLR, LEXIS, EDE, LOENING. 2.º vol. (Iena, 1891), pag. 426.

prática (38). Desprovido desta e influido por idéas preconcebidas, SAVIGNY estreitava com esse livro aos vinte e quatro annos, idade cuja inexperiencia o genio lhe não podia supprir. Destituído assim do tirocinio preciso para contrastar pela verificação da praxe as noções systematicas formadas no estudo historico das fontes, o joven explorador “não fez justiça nem ao direito romano, nem á importancia pratica da posse”. (39) Dahi a brecha immensa aberta pela critica nas suas doutrinas, cujos resultados reaes para a sciencia se qualificam hoje de “muito mediocres”, e muitas de cujas idéas fundamentaes em materia de posse vieram a incorrer na averbação de insustentaveis, predizendo o seu grande adversario que nenhuma, talvez, acabará por vingar (40).

Sendo, porém, o que se quer, neste debate, não apurar o que pensavam da posse os romanos, nem tão pouco o que das instituições romanas ficou, a este respeito, naquelles, dentre os povos germanicos, em cujo seio o direito romano é o direito commum, mas liquidar o caracter definitivo, que essa entidade juridica assumiu em uma legislação moderna, cujo desenvolvimento se embebeu na influencia poderosa de outro factor, o proprio SAVIGNY não me desfavorece. Nas paginas da *Theoria da posse*, com effeito, se encontra manifestamente registrada a ampliação, que sob o direito canonico soffreu, da média idade em deante, nos paizes de direito romano, o regimen da protecção possessoria, e a legitimidade, a racionalidade, a juridicidade desse progresso.

Se os jurisconsultos brasileiros que juram sem exame sobre as palavras de SAVIGNY, ao menos o lessem com cuidado, teriam dado fé que o mestre, no seu tratado da posse, mostra como a noção desse instituto juridico, ao profundo influxo do direito canonico no direito civil e judiciario da Europa, se expandira enormemente em applicações desconhecidas aos romanos, mas coherentes com a logica do direito por estes legado á civilização hodierna.

Leia-se o que o sabio allemão escreveu “das modificações da posse” (41), e ha de confessar-se que a autoridade do nome de SAVIGNY não patrocina o erro insinuado á sua sombra na educação juridica da nossa mocidade, sob o capricho de uma filiação inconsiderada ao direito romano, pelos juristas brasileiros adstrictos a essa theoria acanhada e anachronica, que o nosso rejeita e a evolução da consciencia juridica, desde as origens portuguezas até o uso contemporaneo, arredou para os archivos do passado.

(38) *Ibidem.*

(39) *Ibid.*

(40) “Keine einzige der Crundasichten, welche darin vertreteu sind, ist unangefochten geblieben, manche derselben bereits mit dem Erfolge, das Ihre Unhaltbarkeit allgemein zugestanden worden ist; die Zukunft wird darüber entscheiden, ob die iibrigen diesen Loose entgehen werden — meiner Ansicht nach keine einzige”. *Ibidem.*

(41) SAVIGNY: *Traité de la Possession*. Trad. STAEDTLER (da 7.<sup>a</sup> ed. allemã, 1866). Pags. 477 a 481.



"Em direito romano", diz o escriptor germanico, "a posse só se referia á propriedade dos *jura in re*. Ao depois, sobretudo no direito canonico, deliberaram estendê-la em geral a todo direito. Ora, toda a theoria da posse tirava fundamento da protecção concedida ao simples exercicio de um direito contra certas perturbações, existisse, ou não, realmente esse direito. Nessa protecção, pois, só se podiam abranger os direitos, que admittiam a possibilidade de tal genero de turbações; e outros não podiam ser elles que a propriedade e os *jura in re*. Mas a constituição da igreja christã e dos varios estados europeus deu nascimento a certos direitos, que intimamente se ligavam á posse e á fruição do sólo, direitos que os romanos não conheceram, ou estavam longe de suppôr capazes de appropriação particular. E' assim que o exercicio do poder episcopal depende da posse da sé episcopal com os bens que lhe tocam. Analogamente ora o poder supremo, ora certos ramos desse poder se ligam á soberania territorial do principe, ou ás jurisdições territoriaes. O mesmo succede com os encargos territoriaes estabelecidos pelo direito germanico, taes como as rendas territoriaes, dizimas e corveas. Todos esses direitos admittem, como os concernentes á propriedade, a protecção do seu mero exercicio... Até em casos, nos quaes a violencia interessa apenas o exercicio de parte desses direitos, em algum ramo, por exemplo, da jurisdição, se nos deparará, não no tocante á posse do sólo, mas a respeito de coisa analogá, uma relação, que lembra a *juris quasi possessio* do direito romano. Taes direitos são, como as servidões, susceptiveis de se molestarem por actos de violencia, dado o que, logico era amparar-lhes o simples exercicio, como o direito romano fizera com as servidões".

"A relação que aqui assignalamos", continúa elle, "entre esses direitos e a posse, não é de pura theoria: muito ha que a pratica a tem admittido. Muitas vezes, em direito canonico, se trata da posse dos direitos diocesanos, ou de outros direitos ecclesiasticos, bem como dos dizimos, elemento delles; e ninguem duvidou jámais que, tanto como ao direito de propriedade, caiba a protecção civil contra a violencia á jurisdição e outros direitos publicos, se bem que de taes direitos na antiga Roma nunca se pudesse cogitar em pösse".

Mas, pergunta o egregio romanista, "em que relação está esse genero de posse com o direito romano? Directamente não lh'o poderemos applicar; porquanto de taes direitos elle não tinha idéa. Não obstante, a extensão do direito romano a esses casos assenta evidentemente em um desenvolvimento natural e logico dos seus principios. Com isso não soffre alteração, pois, a idéa de posse; o que se faz, é pô-la em contacto com objectos, a que os proprios romanos a teriam ajustado, se os conheceram". "E' mui digno de reparo", observa ainda, em nota, "que esse parece ter sido inteiramente o sentir dos glossadores".

Apezar de aferrada á prevenção, que subordina a posse á idéa primitiva da apprehensão territorial, a doutrina savignyana oppõe-se, já se vê, á immobilização do direito romano na sua letra, advogando



a expansão delle, vivificada pelo espirito das suas leis. Do mesmo modo que, tendo o seu ponto de partida na posse do solo, ellas a ampliaram á das servidões, reconhece o jurisconsulto allemão que forçosamente o direito romano a teria adaptado aos objectos, a que o direito canonico a estendeu, jurisdição, tributos, privilegios senhoriaes, direitos incorporeos da mais variada natureza, *se Roma os houvesse conhecido*.

Verdade seja que o mestre pára a meio caminho das consequencias do seu principio, buscando a legitimidade destas ampliações da idéa romana em um vinculo de analogia entre essas especies de direitos e as servidões. Todos elles, na sua opinião, convergem para o sólo. Mas não se ha mister de esforço, para perceber que esse vinculo, indirecto e tenue em muitos desses direitos, se foi adelgaçando, até desaparecer de todo em algumas adaptações do interdicto possessorio a relações juridicas de character exclusivamente pessoal. Que afinidade, por exemplo, havia entre o dominio do sólo, a appropriação physica das coisas, e a tutela, o officio de procurador, o direito a pensões e vencimentos, as funcções de indole civil, administrativa e religiosa, a que, segundo o testemunho dos praxistas, supracitados, se estendia a defeza do possessorio?

O mesmo processo germinativo, que da posse das coisas extrahio a das servidões, e, mais tarde, desenvolveu a posse das servidões na de outros direitos mais ou menos indirectamente limitados pelo territorio, como as regalias feudaes, os dizimos, a jurisdição ecclesiastica, veiu afinal, de expansão em expansão, de transição em transição, a desdobrar noutra, inteiramente nova, a idéa originaria, generalizando a posse, com os instrumentos da sua defesa civil, aos direitos de incorporeidade mais evidente, como a filiação, a vida e a liberdade.

Dirão que os romanos não chegariam até ahi. Mas o certo é que elles não chegaram até onde é opinião de SAVIGNY que teriam chegado, se o campo das relações, a que houveram de prover, já se tivesse enriquecido com o uso dos direitos, a que o direito canonico teve de acudir. E, se, o insigne jurisconsulto allemão respeitava e legitimava nesse progresso uma dilatação natural da idéa romana, como é que nem a estas consequencias da evolução da posse quizeram attender os escriptores brasileiros, e, eliminando o curso desse vasto desenvolvimento, acatado e justificado pelo mestre, recuam até Justiniano, limitando a posse aos *jura in re*, como se o direito patrio nascesse directamente das *Institutas*, e, entre o termo onde ellas ficaram e o ponto onde elle começou, não se desdobrasse toda essa importante transformação juridica, de cujos dados successivos é repositorio a literatura dos praxistas?

Esses velhos guias do fôro, condemnados pela facil e lustrosa sciencia dos novos á poeira e á traça, representam, contra o romanismo ultra-savignyano destes, o espirito de vida, evolução e progresso. E' curioso ver a correspondencia entre o criterio, que os inspirava, e o que brilha nos trabalhos luminoso de IHERING.

"Extraordinaria é a extensão", diz elle, n'um dos seus escriptos mais recentes, "que a posse dos direitos tem recebido *no desenvolvimento do direito moderno. Precedeu-o, neste caminho, o direito canonico e a praxe das justiças ecclesiasticas*, que reconheceram posse a todas as regalias, dignidades, funcções, beneficios e dizimos da Igreja. Tão bem imitado foi esse exemplo pelas leis e pela jurisprudencia *dos tribunaes seculares*, que não ha uma relação de direito privado, ou publico, a que se não adaptasse a idéa da posse, em sendo possivel, como quer que fosse, applicar-lh'a. *Kein Verhaltnis des offentlichen oder. Privatrechts bei dem der Gedanke des Rechtsbesitzes sich nur irgend wie zur Anwendung bringen liesz, nickt mit ihm in Verbindunggesetzt vorden ware.*

"A idéa directriz era esta. O individuo que se achava no goso tranquillo de um direito, seja de que especie fôr, a que corresponda um exercicio continuado, monopolio, privilegio, direito banal, patrimonial, ou familiar, etc., consistente em um estado de facto, em actos daquelle que representa o possuidor do direito, ou em prestações do obrigado, taes como a obrigação de pagar rendas territoriaes, tributos, etc., deve ser provisoriamente amparado nesse goso, se lh'o impugnarem, até que judicialmente se prove a inexistencia do direito. Foi com este animo que, até em casos de contestação da validade do matrimonio, ou legitimidade da prole, se admittio acção destinada a proteger a quasi-posse da condição de marido, ou pae. Objectos de quasi-posse vieram a ser o proprio direito de usar brazões, as honras da nobreza e, até, o titulo de doutor. Se a autoridade administrativa contrariava o emprego de titulos taes, assistia ao interessado o direito de appellar para a justiça, que o apoiava na quasi-posse até solução definitiva. Essa protecção *chegava a favorecer o funcionario contra o governo, se este lhe retinha os vencimentos, lhe deixava de embolsar as pensões, ou lhe vedava perceber emolumentos*, emquanto a pendencia não fosse resolvida pela autoridade competente" (42).

Linhas adeante accrescenta IHERING :

"Está por fixar ainda o ambito preciso á extensão, que possa reclamar o conceito da quasi-posse nas regras do nosso direito e do nosso processo, tão cabalmente alterados em todos os sentidos. *Não concebo que de futuro o direito venha jámais a abandonar idéa tão sã.* O que toca á legislação agora, é extremar-lhe as raias exactas. Sirva-se, ou não, para esse effeito, da expressão *posse juridica*, é indifferente : o jurista saberá como se haver, e de que vocabulos usar, toda a vez que a lei assegure provisoriamente uma situação de facto, cuja legitimidade esteja por verificar. Em realidade *haverá sempre posse de coisas e de direitos*".

(42) VON IHERING : *Besitz*. No *Handwörterbuch der Staatswissenschaft* de CONRAD, vol. II, pag. 425.

Assim que IHERING vê na *posse de direitos* uma conquista irrevogável do direito moderno. Não admitte que a evolução ulterior possa excluir das instituições necessárias á civilização esse elemento definitivamente adquirido. Firmadas estas duas sentenças, que importa a sua observação de que as leis actuaes da Allemanha ainda não discriminaram com a precisão conveniente as especies de direitos, a que se tenha de alargar a noção da posse? Outros topicos da sua obra, opportunamente apreciados, nos mostrarão que os moldes por elle attribuidos a essa idéa abrangem necessariamente a posse de direitos pessoaes. E, depois, não é o proprio SAVIGNY quem confessa que "*a extensão do direito romano a esses casos assenta com evidencia em um desenvolvimento rigorosamente natural e logico dos seus principios?*"

Não era possível que a jurisprudencia patria no seculo dezanove abstrahisse dessa vasta região annexada a si pela idéa de posse além do marco assentado pelos romanos nos *jura in re*, para lhe fixar os limites. Por isso vemos continuar o fio dessa tradição nas obras de ALMEIDA E SOUZA, CORRÊA TELLES e MELLO FREIRE, não obstante pretender valer-se da grande autoridade deste um dos juristas brasileiros addictos á limitação da posse aos direitos reaes.

Eis como se exprime "esse homem de genio" (na phrase de A. HERCULANO), o maximo dos jurisconsultos portuguezes :

"*Interdictum retinendae adplicatur non solum ad res immobiles, de quibus fuit conceptum, et ad mobiles, quarum in possessione sumus, veluti si servum vel jumentum ducere prohibeamur, l. un. D. utrobi, MENOCH. de relinendae possessionis Remed. 11 ; sed etiam ad jurium, quae nobis competunt, quasi possessionem tuendum, quo pertinent interdicta de itinere, actuque privato, de aquaeducto etc., quae ad generale retinendae interdictum referri debent*" (43).

Nestas poucas linhas temos a historia e a situação definitiva da acção de manutenção, *interdictum retinendae possessionis*. Era o principio circumscripto aos immoveis, *ad res immobiles*, em proveito de cuja posse foi concebido, *de quibus fuit conceptum*. Estendeu-se dahi ao goso dos moveis, em cuja posse estivermos : *ad mobiles quarum in possessione sumus*. Mais tarde abrangeu na sua expansão a custodia geral da quasi-posse, no concernente a *quaesquer direitos que nos pertençam, ad jurium, quae nobis competunt, quasi possessionem tuendum*.

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

(43) *Instl.* l. IV, t. VI, § 30.

Essa clausula é geral : não encerra limitação, nem excepção : *Interdictum retinendae applicatur... etiam ad iurium, quae nobis competunt, quasi possessionem tuendum*. Isto é : applica-se tambem a acção de manutenção a defender a quasi posse "*dos direitos que nos competem*". Nenhum desses direitos, pois, se excluio da intenção do autor, que, se quizesse reduzir a manutenção aos direitos decorrentes do desmembramento da propriedade, teria particularizado os direitos reaes, *jura in re*, em vez de envolver na mais comprehensiva das formulas todos os direitos, reaes, ou pessoas, *jura quae nobis competunt*.

Circumscrever o remedio possessorio aos direitos derivantes da apropriação das coisas materiaes seria condemnar a tradição uniforme no direito patrio. Logo, se o insigne systematizador do direito civil portuguez nutrisse essa idéa, e quizesse estabelecer essa corrente de reacção, teria sido explicito, em lugar de envolver o seu pensamento n'uma generalidade, *jura quae nobis competunt*, que poderia servir de epigraphe á ampla theoria dos praxistas, resumindo as opiniões de VALASCO, GUERREIRO, MENDES, CABEDO, PHEBO, REYNOSO, PEGAS, STRYCHIO, ALMEIDA E SOUZA e CORRÊA TELLES, já perlustradas neste estudo.

O direito romano, que dividira todo o dominio da acção juridica em *coisas, res*, umas corporeas, *corporales*, categoria em que se comprehendiam todos os objectos palpaveis, *quae sui natura tangi possunt*, outras abstractas, *incorporales*, os objectos intangiveis, *quae tangi non possunt*, envolvendo sob esta caracterização todos os direitos, *quae in jure consistunt*, reservava propriamente a posse ás coisas corporeas. "*Possideri autem possunt quae sunt corporalia*", sentenceava PAULO (44). Os direitos, materia incorporea, *tinham-se* : não se possuiam. "*Neque ususfructus neque usus possidetur, sed magis tenetur*", ensinava ULPIANO. Taes subtilezas não podiam resistir á necessidade logica dos factos e á acção pratica da realidade. Essas distincções foram-se delindo com a acção do tempo e o medrar dos principios semeados, generalisando-se a idéa da posse, ainda que muitas vezes sob a discriminação inutil de *quasi posse*, á fruição de simples direitos. O instrumento desse desenvolvimento foi o direito canonico. Mas com a acção penetrante, que a confusão entre as coisas espirituas e as temporaes favorecia nessas éras, a reforma por elle operada se infiltrou profundamente na jurisprudencia civil, desviando-a da concepção romana.

"O direito canonico, que, destruindo esta concepção rude e materialista", diz um contemporaneo, "se acercou mais ao verdadeiro caracter natural da posse, admittio-a, por um conceito commum, em relação a toda especie de direitos, não só patrimonias, senão tambem honorificos, sociaes e, até, de familia ; noção acceita por quasi

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

todos os codigos modernos, bem que alguns a restrinjam aos direitos patrimoniaes" (45).

Os autores do codigo civil portuguez não repudiaram a tradição patria. "Diz-se posse", estatue elle, no art. 474, "a retenção ou fruição de qualquer cousa ou *direito*". No mesmo sentido se pronuncia o codigo hespanhol (46), conformando-se com as idéas geralmente reinantes na península (47), o codigo francez (48), o italiano (49), o hollandez (50), o chileno. (51) Nas legislações allemãs contemporaneas, exceptuadas a saxonía e a bávara (52), era, por via de regra, admittida a posse de direitos (53). No direito civil russo a doutrina é a mesma (54).

(45) DE OLIVART : *La Posesion* (Barcelona, 1884, pag. 57).

(46) "Art. 430. Posesion natural es la tenencia de una cosa ó el disfrute de un derecho por una persona. Posesion civil es esa misma tenencia ó disfrute unidos á la intención de haber la cosa ó derecho como suyos".

(47) Na lei 1.<sup>a</sup>, tit. 30, partida III se diz : "Ca las cosas que no son corporales asi como las servidumbres que han las vnas heredades en las otras y los derechos porque un hombre demanda sus debdas, l las otras cosas que no son corporales semejantes destas no se pueden poseer ni tener corporalmente ; mas vsando de ellas aquel á quien pertenece el uso, y consiendola aquel em cuya heredad lo ha, es como manera de *posesion*". Estes principios, "que estabelecem uma como quasi posse de direitos incorporeos, verdadeiro adeantamento sobre o direito romano", prova de que "o sabio rei inspirou o seu codigo nas mais sãs idéas do canonico", "foram desenvolvidos pela praxe e jurisprudencia" (DE OLIVART ; *La Posesion*, pag. 57, n. 10).

Os commentadores catalães das Partidas "acceitam resolutamente", diz o tratadista hespanhol, "como objecto de posse os direitos de todo genero". São desses antigos juristas estas palavras : "Pues el ejercicio de un derecho, *qualquiera que este sea* y aunque no consista en la ocupacion material de la cosa, e sun hecho igualmente real y positivo. Por esto *deven aplicársele las mismas reglas de proteccion*, ya que la posibilidad de un ataque violento es indudable sobre todo quando se trata de um derecho com ejercicio continuo". Tom. III, pags. 842, 861. *Apud* DE OLIVART *op. cit.* pag. 63, n. 14.

Antes do codigo actual já o projecto de 1851 dizia : "La posesion es la tenencia de una cosa ó *goce de un derecho* por nosotros mismos en concepto de dueños, ó por otro en nuestro nombre".

(48) "Art. 2228. La possession est la détention ou la *jouissance* d'une chose ou d'un *droit*, que nous tenons ou exerçons par nous mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom".

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

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

(51) art. 715. *La posesion de las cosas incorporeales* es susceptible de las mismas calidades ó vicios que la posesion de una cosa corporal".

(52) DE OLIVART, *op. cit.*, pag. 57, n. 10.

(53) BRAUS, HEGENER e VER HEES : *Traité prat. du droit. civ. allemand.* pag. 434, n. 2.092.

(54) LEHR : *Droit civil russe* : "No que respeita a coisas incorporeas, a direitos, só lhes comprehende a posse, emquanto dcelles se possa fazer uso continuo, ou, pelo menos, reiterado. Salvo esta reserva, possue-se *qualquer direito*, desde

"A maioria dos autores modernos, nota DE OLIVART, "admitte a posse com apparencia do exercicio do direito, *seja qual fôr o genero deste*" (55). Segundo SANCHEZ ROMAN, "todo aquelle, que mostra um direito, *qualquer que seja a sua natureza*, tem verdadeira posse juridica na mais lata accepção da palavra" (56).

DE FILIPPIS, commentando a proposição de que a verdadeira posse só se póde verificar sobre as coisas materiaes, adverte, comtudo, que, "assim como a posse é o exercicio e gozo do direito de propriedade, quando relativo a coisas corporeas, *semelhantermente deve reputar-se posse o exercicio e fruição de coisas incorporeas, ou meros direitos*" (57).

"*Não ha direito, que não seja susceptivel de posse*", ensina CHIRONI. Comquanto ella se applique especialmente aos direitos reaes, "*tambem se dá no que respeita a direitos pessoas, taes como os de successão e de familia*" (58).

Na Allemanha muitos dos romanistas se afastam, quanto a este ponto, da noção romana da posse. BRUNS, no livro indigitado por IHERING como "a obra mais preciosa de todo o nosso seculo na bibliographia da posse" (59), admite a posse de direitos pessoas, incluindo entre estes os que se verificam nas relações de pae a filho, de subdito a soberano (60). Eis a sentença pronunciada, sobre a controversia, nesse tratado, que na suprema opinião de IHERING, "resolveu o pro-

que se possa exercer á vontade, com exclusão de outra qualquer pessoa, allegando razão para o ter deste modo". Pag. 188, n. 179.

"Para adquirir a quasi-posse *de direitos*, é mister, como em materia de posse propriamente dita, um acto material, junto a uma intenção formal: o acto material consiste no exercicio effectivo do direito, que se pretende possuir; a intenção, na vontade de praticar a titulo de direito o acto material". Pag. 192, n. 185.

"Se uma pessoa é formalmente investida num direito em virtude de um contrato, de uma ordem superior, ou de outro qualquer titulo legitimo, basta essa investidura para crear a quassi-posse do direito, ainda na ausencia completa de exercicio effectivo, contanto que nesse interim outrem não lhe apprehendia o direito". *Ib.*, n. 186.

(55) DE OLIVART: *Op. cit.*, pag. 60, n. 43.

(56) SANCHEZ ROMAN: *Estudios de derecho civil* (Madrid, 1891), vol. III, pag. 429.

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

(58) "Non vi ha diritto che non sia suscettibile di possesso: il quale ha lungo rispetto ai diritti personali (C. 1.241, 1598), di successione (C., 933), di famiglia (C., 120, 121, 181 — 4), ed in speciale modo ai reali". CHIRONI: *Istituzioni di diritto civile italiano*, v. I, pag. 142, § 85.

(59) "... die wissenschaftlich wertvollste Leistung auf dem Gebiete der Besitzliteratur in unserm ganzen Jahrhundert. "IHERING: *Beitz*. CONRAD'S *Handwörterbuch, der Staatswissenschaften*, v. II, pag. 46.

(60) BRUNS: *Das Recht des Besitzes in Mittelalter und in der Gegenwart* (Tubingue, 1848, pag. 475-95. *Apud* DE OLIVART, pag. 60-61.

blema para sempre" (61), e após o qual "nada está por dizer" (62). RIEDMATEN aceita a theoria de BRUNS (63). WINDSCHEID (64) reconhece que a posse de direitos cabe na mesma noção que a de coisas e servidões. RANDA ao lado da posse das coisas trata a de direitos, considerando as duas como classes de uma noção superior, que o illustre lente da Universidade de Praga define como a possibilidade effectiva, assente em um acto, do exercicio iterativo de um direito. ECK, em sua collaboração no esboço do moderno direito romano estampado por BRUNS na *Encyclopedia* de HOLTZENDORFF, admite a posse de direitos inclusive os de obrigações (65). IHERING, afinal, a summa autoridade, o rectificador de SAVIGNY, depois de render homenagem ao "grande valor da posse dos direitos para a theoria possessoria", enuncia-se assim: "Toda noção generica deve conceber-se em termos, que se applicuem com a mesma exactidão a todas as especies encerradas no genero: a noção da posse ha de cobrir a posse das coisas e a dos direitos. Não satisfaz a esse requisito a sciencia romanista... Em vão lhe pedireis uma concepção geral, que abraçe as duas especies de posse" (66).

Salvo uma ou outra excepção, portanto, o direito civil contemporaneo em materia de posse não é o que a jurisprudencia romana herdou á média idade, mas o que as instituições seculares dos tempos modernos herdaram do direito canonico. O profundo sulco aberto por elle na theoria e na praxe possessoria ramificou-se por quasi toda a Europa. E a sciencia juridica dos nossos dias, illuminada pela erudição de investigadores severos e pela razão de grandes pensadores, confrontando a obra dos jurisconsultos com a dos canonistas, reconhece que, se não fosse o progresso realizado por estes, a obra daquelles não satisfaria ás exigencias da vida hodierna, em que a garantia dos direitos pessoaes assumiu uma importancia desconhecida aos antigos.

Verdade seja que nem sempre, no animo dos textos legislativos e scientificos a idéa de posse anda associada á dos interdictos. Bem que o codigo civil italiano, por exemplo, ligue o conceito juridico da posse assim á "*detenzione di una cosa*", como ao "*godimento di un diritto*", a jurisprudencia italiana recusa, todavia, o uso da acção

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

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

(63) *Apud* DE OLIVART *ibid.*

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

(65) *Das heutige Römische Recht* von C. G. BRUNS. Neu durchgesehen von Pro G. ECK in Berlin. §§ 30 e 32. HOLTZENDORFF's *Encyclopedia de Rechtswissenschaft*, pag. 434-9.

(66) IHERING: *Besitz*, n. 10. CONRAD's *Wörterbuch*, vol.III, pag. 424.



de manutenção á posse dos direitos pessoaes (67), a que aliás reconhece effeitos particulares, quaes os que aquelle código lhe attribue nos arts. 1242 e 1598. Evidentemente, porém, essa limitação é arbitrária, incoherente e contradictoria com o proprio principio romano, que não concebia a posse senão associada á protecção possessoria, e, se restringia os interdictos á defesa dos direitos reaes, é porque não conhecia a posse dos direitos pessoaes. De sorte que esses jurisconsultos e esses legisladores ficaram a meio caminho entre a idea romana e a moderna, peccando contra a logica em relação a uma e a outra. Não quizeram limitar, como as *Institutas*, a posse aos *jura in re*; e, contudo, circunscreveram aos *jura in re* as acções defensivas, com que as *Institutas* asseguravam a posse. Do direito canonico adoptaram a ampliação da posse aos direitos incorporeos; mas, ao mesmo tempo, ficaram com os juristas latinos, na mutilação da tutela possessoria, reduzida exclusivamente aos direitos corporeos. E' a superstição antiga em luta com as necessidades fataes do progresso: repudiou-se, em theoria, a estreiteza do conceito primitivo; mas praticamente não se ousou chegar ás consequencias, que elle mesmo determina. Nós, porém, estavamos salvos dessa anomalia; porque foi justamente a praxe muitas vezes secular dos tribunaes na metropole e no Brasil antes e depois da independencia o que assentou na jurisprudencia brasileira o uso dos interdictos em protecção da posse nos direitos pessoaes.

Como qualificar, pois, o phenomeno singular da retrocessão dos juristas brasileiros ao romanismo justiniano, sem um facto legislativo, ou uma modificação na corrente da jurisprudencia, que explique o capricho desse archaismo anti-scientífico e illiberal? Como comprehender, a não ser por um completo eclipse da critica, essa tenacidade na fé savignyana, inconciliavel com a evolução do nosso direito e a realidade viva da nossa praxe?

Desmentida pela tradição da nossa jurisprudencia, a novidade dessa theoria no direito patrio não se sustenta melhor ante a philosophia da sua propria defesa. Expondo o motivo logico da noção romana que exclue da posse os direitos incorporeos, attribue SAVIGNY essa particularidade á circumstancia de que a respeito dessa especie de posse não se pode verificar a intrusão turbativa, que justifica a protecção possessoria (68). Semelhante restricção, porém, está intimamente ligada á theoria falsa, alluida pela impugnação irresistivel de IHERING, que assenta a origem de posse na acção directa do agente sobre o objecto material. Se ha uma noção hoje firmada, neste assumpto, é a de que a posse "não reside no poder physico sobre a coisa, mas no exercicio, na exterioridade do direito". E é no tocante á posse dos direitos que essa verdade "se manifesta com

(67) MATTIROLO: *Diritto Giudiziario Civile Ital.*, vol. I, pag. 298-9, ns. 256-7.

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



uma clareza impossível de se obscurecer" (69). Desde que se não considere a posse como *poder physico, mas como a simples exterioridade do exercício do direito*, "basta para a protecção possessoria a exterioridade do direito e a possibilidade do seu exercício" (70). Ora não se pôde negar que os direitos incorpóreos se realizam exteriormente, exercendo-se. Não se lhes pode negar, pois, a condição essencial da posse e da sua segurança civil: o exercício exterior, a possibilidade de acção e a visibilidade della.

IHERING diz: "E' um dos erros mais peçados de consequencias e mais fataes, que se têm commettido na theoria possessoria, o haver-se estribado a sustentação da posse e, com ella, a posse mesma na concepção da segurança mechanica, do poder physico. A segurança da posse descansa essencialmente na *protecção juridica outorgada á relação de direito do homem sobre a cousa*" (71). O grupo de juriconsultos brasileiros adherentes, nesta parte, á idolatria savi-gnyana deixou-se, pela sua fidelidade escolastica ao mestre, induzir á mesma erronia, reduzindo a base da posse e dos interdictos ao *elemento physico*, sem attentar na frequencia dos casos, em que, ainda no que pertence á occupação e fruição de coisas materiaes, "a segurança da posse assenta *exclusivamente* nas suas garantias moraes e juridicas" (72), "no elemento juridico e moral, a saber, no receio. inspirado pelo senso juridico, ou pela lei, de lesar direitos alheios" (73).

Ensina o mesmo SAVIGNY que "TODA A POSSE É PROTEGIDA POR INTERDICTOS" (74). Reconhecido, como se acha, pois, na jurisprudencia patria, mediante a praxe de tantos seculos, *que os direitos pessoas são possessiveis* (no que a intuição pratica dos antigos juristas peninsulares acaba de receber a sua sanção philosophica pelos trabalhos definitivos de IHERING, cuja formula põe na *simples exterioridade do direito* a condição da posse), a propria lei, enunciada por SAVIGNY, de que a toda posse corresponde um interdicto, determina fatalmente o corollario de que os interdictos possessorios se applicam aos direitos pessoas.

Felizmente o erro desses juriconsultos brasileiros representa apenas uma especie de kisto na jurisprudencia patria, em cujo progresso ficou insulado pela evolução, que sempre o repelliu. Para que m'ó

(69) "Der Rechtsbesitz für die Besitztheorie von hohem Werte. Eine Wahrheit, über die man sich beim Sachbesitze hinwegtauschen konnte, dass nämlich der Besitz nicht physische Gewalt über die Sache, sondern Ausübung, Thatsachlichkeit des Rechts ist, tritt hier mit einer Deutlichkeit zu Tage, die jede Möglichkeit des Verkennens ausschlieszt". IHERING: *Besitz*. CONRAD's *Hand-wörterbuch der Staatswissenschaften*, v. II, pag. 423.

(70) "Für den Besitzschutz genügt die Möglichkeit des Rechts und die Thatsachlichkeit sondern Ausübung". *Ibidem*.

(71) IHERING: *Fondement des interdits possessoires*. Trad. MEULENAERE (Ed. de 1882), pag. 162.

(72) *Ibidem*.

(73) *Op. cit.*, pag. 160.

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

não pudessem contestar, bastaria termos em mente a larga applicação, que se fez no Brasil, emquanto existiu o captivo, do interdicto *retinendae* em defesa da liberdade.

Nenhum direito mais absolutamente incorporeo do que esse, elemento essencial da personalidade humana. Se algumas legislações, como a nossa durante essa época, o converteram em objecto de propriedade, para a confiscar, o facto não prova senão que a analogia da propriedade é ampliavel a todos os direitos susceptíveis de exercicio exterior. Todos elles podem soffrer violencia, esbulho, ou imposição de resgate, sob o predominio da força, como o direito de propriedade; e precisamente por isso é que o direito canonico, deduzindo logicamente a consequencia da premissa romana, estendeu os interdictos, creados em beneficio da propriedade, á protecção de todos os direitos susceptíveis de usurpação. Esta presuppõe necessariamente a posse, e necessariamente legitima a intervenção do remedio possessorio.

Nenhuma relação, proxima, ou longinqua, tem a liberdade com a appropriação do sólo, ou os desmembramentos reaes desse direito. Entretanto, desde que se começou a sentir vivamente, entre nós, a intolerabilidade do captivo illegal, suas victimas lançaram mão do remedio possessorio, cuja extensão á posse dos direitos pessoaes a tradição judiciaria preservára viva. Nenhuma lei expressa autorizava essa applicação. Todavia, nenhum tribunal a denegou.

Note-se mais: a acção de manutenção, nesses casos utilizada, não era o usual interdicto *retinendae uti possidetis*, nem o interdicto prohibitorio, que se converte em simples citação, se o réo acode á audiencia aprazada, e se defende.

Era a *manutenção summarissima* do direito romano, de antiga implantação no direito patrio, remedio immediato para a defesa da posse certa, á qual se concedia para logo o mandado de manutenção, sustentando *pendente lite* na fruição do direito allegado o possuidor, justo, ou injusto, até que, mediante discussão e processo regular, se sentenciasse acerca da continuação definitiva da posse provisoriamente assegurada ao autor.

Não havia nada mais commum, durante esse meio seculo, no foro brasileiro, do que a pratica desta especie peculiar do interdicto *uti possidetis* contra as usurpações. Não obstante, porém, a trivialidade continua e a legitimidade historica deste uso, a que todos os nossos formularios judiciaes abriam espaço, os jurisconsultos brasileiros, fanatizados por uma exaggeração quasi fossil do romanismo, passaram cegos e surdos atravez desse protesto vivo da realidade contra o anachronismo da sua theoria. O fôro assistia quotidianamente á praxe do interdicto *summarissimo* de manutenção, requerido e outorgado em todos os tribunaes a favor da liberdade. E, comtudo, esses jurisconsultos iam seu caminho, semeando, imperturbaveis, a lição de que o remedio possessorio não se applica senão á garantia dos direitos sobre as coisas.

Diversos outros direitos, porém, além desse, alheios á propriedade e aos seus desmembramentos, obtinham, ao mesmo tempo, ante as justiças brasileiras, a protecção possessoria. E, mais bem inspirados no exemplo dos tribunaes que certos jurisconsultos, aliás de mais alta esphera, em preocupações de escola, os nossos formularios aconselham: "Quando qualquer fôr ameaçado de esbulho, ou effectivamente fôr esbulhado da posse *de qualquer dos seus direitos, pode requerer ser nelle mantenido*. . . Tomarei por exemplo a liberdade, *por ser um dos seus direitos, pode requerer ser nelle mantenido*. . . Tomarei por exemplo a liberdade, *por ser um dos casos mais communs em nosso fóro*" (75).

As nossas revistas juridicas archivam copia consideravel de casos, em que se vê correr continuamente o fio da praxe quatro vezes secular dos interdictos, applicados ao uso e goso de todo genero de direitos.

Dos concernentes á posse da liberdade não direi ; porque, neste particular, era, diga-se assim, quotidiano, em todos os sitios do paiz, o emprego dos mandados de manutenção.

Ha, porém, outras especies, ante as quaes se evidencia a universalidade do appello á garantia possessoria em favor de direitos, a que as instituições romanas a recusariam.

Em 1873, por exemplo, a presidencia de Pernambuco, então exercida pelo dr. Henrique Pereira de Lucena, depois barão deste nome, ordenára á camara municipal do Recife que, tendo a Misericordia daquella cidade contratado com a firma Agra & C., privilegiada pela lei provincial n. 1.121, de 17 de julho desse anno, o serviço funerario daquella capital, houvesse de cassar as licenças concedidas para a exploração dessa industria a outras casas commerciaes. Mas Paula & Mafra, que tinham alli uma empresa do mesmo genero, solicitaram da 1.<sup>a</sup> vara civil mandado de manutenção a favor dos seus direitos, aos quaes antes de previamente indemnizados não queriam renunciar. O juiz substituto era o dr. José Hygino Duarte Pereira, cujo preclaro merecimento luz hoje no Supremo Tribunal. Esse magistrado não hesitou em annuir á petição, fazendo expedir o mandato (76).

Em 1887, o dr. Joaquim Barbosa Lima, juiz de direito na capital do Ceará, concedeu varias vezes o interdicto *retinendae* a consumidores de gaz, prejudicados no goso do direito ao fornecimento desse producto pela *Ceará Gas Company*, que arbitrariamente lh'o suspendêra. A questão subiu até ao conselho de estado ; e, tendo-se alli censurado o procedimento do magistrado, cuja responsabilidade foi proposta pelo relator da secção de justiça, o imperador, conformando-se com o parecer divergente do visconde de Paranaguá, indeferiu

(75) CORDEIRO : *Formulario de todas as acções civeis conhecidas no fóro brasileiro*. (Ed., de 1883), pag. 284.

(76) O DIREITO, vol. IV, pag. 475.

o recurso da companhia contra o acto do poder judiciario, cuja competencia reconheceu (77).

Em 1888, o juizo de direito do Recife manutenia a Silva & C. na posse do privilegio, que a camara municipal lhes concedêra, de numeração das casas da cidade, contra um acto presidencial, que lh'o annullava. Levado o assumpto, por conflicto de jurisdicção, ao conselho de estado, este decidiu, com o praz-me da princeza imperial regente, que o magistrado obrára de conformidade com a lei (78).

Esses factos judiciais são decisivos.

O direito em actividade, o direito animado, o direito em circulação, o direito attestado pelo consenso geral dos arestos, o direito formado pela usucapião immemorial da praxe, oppõe-se ao romanismo desse nucleo estreito de juristas brasileiros, que suppuzeram petrificada e crystallizada para sempre a noção da posse na formula primitiva.

## V

Entre os jurisconsultos brasileiros, que, rompendo com quatro seculos de tradição constante, pretendem reduzir a posse juridica, a posse tutelada pelos interdictos, á esphera da propriedade corporea e seus desmembramentos, a culminancia, o cimo dos cimos, o vertice illuminado, de onde baixa a verdade, é o nome de RIBAS.

A invocação é, com effeito, respeitavel. Mas, na especie, firmará o oraculo os titulos de sua autoridade?

Julguemol-o pelas suas proprias palavras.

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

"Cabe a acção de manutenção de posse, não só no caso de turbacção da posse de coisa movel, ou immovel, como na da quasi-posse das servidões" (79).

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

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

"Mend. 2 P. L. 4 Cap. 10 n. 22 : Mello Fr. cit. § 33 ; Almeida e Souza : Interd. §§ 95 e segs. ; Savigny Tr. da posse" (80).

A primeira indicação ahi feita é a de MENDES, *Pratica lusitana*, 2. 4., cap. 10 n. 22. Mas nesse lance, já exarado neste estudo, a

(77) O DIREITO, vol. XLIII, pag. 468-78.

(78) O DIREITO, vol. XLV, pag. 443-9.

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

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

doutrina ensinada pelo velho praxista é *justamente o avesso* da que RIBAS propugna. “Dá-se também esse interdicto” (é a versão literal das suas palavras) “*em favor de* QUÆSQUER DIREITOS INCORPÓREOS, *taes como os de jurisdição, dignidade e obediência*” (81).

O segundo arrimo, a que se apoia RIBAS, é o de MELLO FREIRE, de cujas *Instituições* allude ao § 33 do l. IV, tit. 6.º No § 33, porém, não ha nem referencia indirecta á manutenção de posse. Occupa-se todo elle exclusivamente com a *nunciação de obra nova*: *de nuntiatione novi operis, interdicto demolitorio, quod vi aut clam*. O que RIBAS teria em mente, pois, deve ser o § 30 (já transcripto em outra parte deste estudo), o unico da obra de MELLO FREIRE, onde se discorre ácerca do interdicto *retinendae*. Ora o que, no § 30, escreve o grande jurisconsulto portuguez, é: “Applica-se o interdicto de manutenção, não só ás coisas immoveis, a proposito das quaes foi concebido, e ás moveis, em cuja posse estamos, senão também a assegurar a quasi-posse DOS DIREITOS, QUE NOS ASSISTIREM”. Não diz *ad juriū in re*, direitos reaes, mas amplamente *ad juriū quae nobis competunt quasi possessionem tuendam* (82). Refere-se, pois, a *todos os direitos, que nos possam competir*, sem exceptuar especie nenhuma. E, se illustra a doutrina com o exemplo de alguns direitos reaes, naturalmente os de occorrença mais commum, acaba por encerrar a enumeração com a clausula *et coetera, e outros*; e esta deve considerar-se coextensiva ao alcance da formula estabelecida pelo autor, cuja redacção abrange quaesquer direitos, que nos couberem: *jura quae nobis competunt*.

Nem outro pensamento se poderia attribuir a MELLO FREIRE, attendendo a que os jurisconsultos portuguezes seus contemporaneos e os que o precederam, desde, pelo menos, o começo do seculo dezeses, em que floresceu VALASCO, cujas obras a Belgica, a Italia e a Allemanha se honraram em reeditar, haviam substituido a noção romana *pela noção canonica da posse*.

Appella RIBAS para ALMEIDA e SOUZA, apontando-lhe, no *Traçado dos Interdictos*, os §§ 95 e seguintes.

Pois bem: ALMEIDA e SOUZA, nessa parte da obra citada, com a qual já me occupei, é a contradicção mais absoluta, que se poderia formular á theoria do jurista brasileiro. O praxista portuguez, com effeito, resume alli o seu sentir, esposando o de RETES, cujas palavras reproduz. Eil-as, tiradas á letra em vulgar: “Afimal, segundo o uso forense e a critica dos praxistas, cabe este remedio”

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

(82) “*Interdictum retinendae applicatur non solum ad res immobiles, de quibus fuit conceptum, et ad mobiles, quarum in possessione sumus, veluti si servum vel jumentum ducere prohibeamur, t, un. D utriubi, MENOCH de retinendae, possessiones remed. 11; sed etiam AD JURIUM QUAE NOBIS COMPETUNT qua si possessionem tuendum, quo pertinent interdicta de itinere, actuque privato, de acquaeducto, etc., quae ad generale retinendae interdictum referri debent*”. MELLO FREIRE: *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, l. IV, t. 6, § 30. Ed. de Coimbra, 1828, vol. V, pags. 8 e 9. Ed. de 1866 (Coimbra), v. IV, pag. 77.

(o de *manutenção summarissima*) “a respeito de todas e quaesquer coisas, corporaes, ou *incorporaes, direitos, prerogativas, precedencias, honras*” (83).

De sorte que as tres primeiras citações de RIBAS contêm positivamente a negação, a refutação, a condemnação da sentença enunciada pelo autor, que as invoca : todas affirmam o contrario do que elle sustenta. Evidentemente o illustre professor se limitou a compilar, sem verificar a fidelidade dos escriptores, que trasladava. A reverencia devida ao mestre e a indubitavel lealdade do seu magisterio não permitem explicar de outro modo a triplice inexactidão.

Resta-lhe só o appello ao *Tratado da posse* de SAVIGNY. Mas o jurisconsulto allemão, se limita a posse aos *jura in re*, é unicamente ao expor a *theoria do dirrito romano* ; e nem eu attribui, nem ninguém, aos romanos a ampliação dessa idéa aos direitos pessoaes.

Passando, porém, a estudar as modificações operadas no direito civil pela praxe canonica, cuja influencia historica no direito portuguez, bem assignalada se acha nos escriptos de RIBAS, SAVIGNY enumera os direitos incorporeos, a que essa evolução estendeu os interdictos, accrescentando : “Ninguém jámais pôz em duvida que a *jurisdição ou outros direitos publicos devam ser tão protegidos contra a violencia, quando o direito de propriedade, posto que na antiga Roma nunca se cogitasse na posse de taes direitos*”. (84) E, como se não bastasse, para o acautelar contra os que, confundindo o historiador com o jurisconsulto, o consideram apologista absoluto da estreiteza das idéas romanas em materia de posse, observa que, se ellas, neste assumpto, não se anticiparam aos canones, admittindo a possibilidade desta especie de direitos, é porque aquella idade os não conhecia, mas que a extensão do direito romano a esses casos “*assenta em um desenvolvimento perfeitamente natural e racional dos seus principios*”. Com semelhante applicação, diz elle, “*não soffreria modificação alguma a noção da posse*”, e “*póde ser que os proprios romanos a houvessem adaptado a esses objectos, se os conhecessem*” (85).

(83) “Denique usu fori et censura pragmaticorum competit (hoc remedium) pro quibuscumque rebus, tam corporalibus, quam incorporalibus, juribus, praerogativis, praecedentiis, et honoribus, veluti praesentandi ad beneficia, suffragandi in conciliis et aliis, etc.” ALMEIDA E SOUZA : *Interdictos*, § 95, pag. 70.

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

(85) “Dans quel rapport maintenant ce genre de possession se trouvait-il avec le droit romain ? Celui-ci ne peut y être appliqué directement, car les *droits en question lui étaient étrangers* ; néanmoins l’extension du droit romain à ces cas repose évidemment sur un développement parfaitement naturel et logique de ces principes. La notion de la possession ne subit donc par là aucune modification ; elle est seulement mise en rapport avec des objets auxquels les Romains eux mêmes auraient pu l’appliquer, s’ils les avaient connus”. SAVIGNY : *Traité de la possession*, § 49. Ed. fr. de 1866, pag. 478.

Ninguém ainda justificou melhor a ampliação moderna, devida ao direito canonino, da formula da posse aos direitos pessoaes. Com a autoridade da sua profunda intuição do espirito da jurisprudencia romana, a que IHERING mesmo rende caloroso preito ((86), SAVIGNY, com effeito, vem attestar que a noção canonica da posse, extensiva a direitos pessoaes e, até, a funcções publicas, não desnaturava a concepção romana, antes era o seu logico desenvolvimento.

Logo, nem SAVIGNY sequer responde perfeitamente ao appello de RIBAS. Os outros tres — MENDES, MELLO FREIRE, ALMEIDA E SOUZA — oppõem-se clara e peremptoriamente á theoria por elle advogada.

Dest'arte é de citações erradas, trasfegadas, sem o menor exame, de umas compilações em outras, que se tem alimentado a propagação de um erro, cuja tenacidade ignora com inconcebivel escandalo toda a historia do nosso direito.

Essa opinião ia-se mumificando, letra morta, entre as paginas dos livros que a sepultavam, desacreditada e repellida na praxe forense pelo uso da vida quotidiana, a que as acções de manutenção de liberdade imprimiram uma actividade, um relevo e uma elegancia irresistiveis.

Não fossem os interesses actuaes do poder, empenhados em uma questão de amor-proprio para o governo, a que nunca escasseiam amigos desinteressados, e não haveria, talvez, quem gastasse um dedal de tinta em advogar o desacerto, a bem de cujo triumpho se querem aniquilar tradições immemoriaes da nossa jurisprudencia e juizes dignos da veneração republicana.

Nada mais ephemero que um ministro. Mas essas creaturas de um dia têm, pela sua identificação transitoria com o poder, o condão facil de converter as suas passageiras velleidades em necessidades de salvação geral. E, invocada esta formula suprema, o tributo que se lhes rende, abafando quatro seculos de direito patrio, immolados á victoria de um erro opportuno, não nos deve doer mais na consciencia, affeita a essas considerações, o que o sacrificio de um magistrado intransigente nos seus deveres, sobre cuja cabeça os interpretes togados da razão de Estado hajam proferido a sentença fatidica, dizendo, sem recato, nas ante-camaras dos tribunaes: "E' preciso inutilisar este juiz, que está creando embaraços ao governo".

Felizmente, enquanto certas devoções se esbofam em dar verniz juridico ás conveniencias do poder executivo e ás reacções contra a magistratura independente, a verdade historica repercute nas eminencias mais altas do nosso foro, uma das quaes, o dr. JOSÉ HYGINO, tem, desde 1873, voto solemne na questão, outra, o conselheiro LAFAYETTE, a cuja autoridade se quer abordar a theoria ministerial da posse, aconselhava ainda este anno, aos concessionarios de loterias nesta capital o uso do interdicto prohibi-

(86) IHERING: *Fondement des interdits possessoires*, pag. 1.



torio contra a violencia imminente a direito pessoas por um decreto do governo. Eis os termos da sua consulta :

"O remedio, de que podem lançar mão os donos das casas ameaçadas, é o de pedir ao juizo civil mandado prohibitorio, que os seque contra a violencia imminente. (*Doutrina das Acções* § 200 e seguintes). O dito mandado deve ser requerido contra o fiscal das loterias, a quem, segundo o mesmo decreto, compete solicitar do chefe de policia o fechamento dos escriptorios e agencias, e contra o ministerio publico. A regularidade deste procedimento não póde ser contestada no dominio do direito vigente, de conformidade com o qual o poder judiciario tem competencia expressa, para "apreciar a validade das leis e regulamentos, e deixar de applicar aos casos occorrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição". (Citada lei n. 221, art. 13, § 10).

"O mandado prohibitorio, se a parte contraria lhe oppuzer embargos, dará logar á discussão regular (*Doutrina das Acções* § 201), na qual se poderão allegar as razões de illegalidade e inconstitucionalidade do decreto, e dest'arte provocar a decisão do poder judiciario ácerca da inapplicação da disposição do art. 11, do decreto n. 1941, ao caso occorrente" (87).

A consulta endereçada ao eminente jurisconsulto era esta :

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

"2.º E', ou não, contraria á liberdade de trabalho, de commercio e de industria, a disposição do art. 11 do decr. n. 1941 de 17 de janeiro de 1895, dando á policia o arbitrio de fechar escriptorios commerciaes de vendas de bilhetes, ou escriptorios de commissões e consignações de mercadorias, sob pretexto de que taes escriptorios podem aviar encomendas, fazer pedidos de bilhetes de loterias estadoaes, e effectuar o pagamento dos premios de taes bilhetes ?

"3.º Na hypothese de ser inconstitucional o art. 11 do decr. n. 1941, de 17 de janeiro de 1895, qual o remedio de direito a applicar contra a violencia, que se reputa imminente, do fechamento de escriptorios commerciaes por mandado da policia ?"

Dir-se-ha que o interesse dos prejudicados, na hypothese, consistia em se acautelarem contra a violencia das autoridades policiaes, por cuja ordem se mandavam fechar os escriptorios, onde elles commerciavam. Certamente. Mas não era *nem na propriedade* dos edificios, *nem na sua posse*, ou na de servidões civis a ella inherentes, que o attentado policial iria ferir os consultantes. O de que o arbitrio policial mirava a esbulhal-os, era o direito a exercerem certo

(87) *A inconstitucionalidade do Dec. n. 1.41, de 17 de janeiro de 1895. Pareceres de jurisconsultos. Rio de Janeiro, 1896, pag. 11.*

e determinado ramo de commercio, cujas operações tinham no escriptorio o seu centro. O escriptorio constitue apenas um accidente. O objecto do mandado estava em assegurar aos commerciantes, não a retenção da casa, onde commerciavam, mas a posse do direito de commerciare. E, como este direito é pessoal, não me parece temerario, hoje, alistar o insigne jurisconsulto entre os que consideram extensiva a idéa injuridica de posse e sua defesa pelos interdictos aos direitos pessoaes.

Se me não engano, nesta operação não ficará o illustre autor do *Direito das coisas* mal acompanhado com a opinião de FELICIO DOS SANTOS, que, no art. 1297 do seu *Projecto de Código Civil*, comprehende no conceito legal da posse os direitos pessoaes. Eis as suas palavras :

“Diz-se possuidor aquelle, que, com o animo de proprietario, detem uma coisa, *ou exerce um direito*, ou detenha a coisa *ou exerça o direito* por si, ou por outrem em seu nome. Tal detenção de coisa *ou exercicio de direito se diz posse*”.

Commentando esse texto, escreve o proprio autor :

“A definição do art. 1297 *abrange a posse de todo e qualquer direito, seja pessoal, ou real. E’ erro suppor que só possa haver posse de direitos reaes*. Assim o art. 758 falla da *posse do estado de filiação materna. Dessa posse resultam direitos importantissimos, como sejam os das relações de familia*...

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

“Dizemos ainda que *alguem está na posse de sua liberdade*. E haverá direito mais pessoal?

“A definição do art. 1297 *ABRANGE AINDA A POSSE DOS OFFICIOS E EMPREGOS PUBLICOS. E porque não será posse, quando as leis até regulam o momento, em que ella começa?*

“Se diz ainda *tpmar posse de uma administração, de um mandato, de uma tutela, de uma curadoria*.

“O direito canonico ainda apresenta muitos exemplos de posses de direitos puramente pessoaes, posses de beneficios, etc.” (88).

Abrangendo na sua definição de posse a “de todo e qualquer direito, *seja pessoal, ou real*”, o eminente codificador das nossas instituições civis, sobre averbar de erro “o suppor que só possa haver posse de direitos reaes”, expressamente inclue no conceito juridico da posse a *dos officios e empregos publicos*, a par da de funções de mero direito privado, como a tutela, a curatela, o mandato. Nem hesita o douto civilista em associar estas conclusões á tradição do direito canonico, rendendo assim homenagem ás relações de descendencia, em que para com elle se acha o direito civil brasileiro.

(88) J. FELICIO DOS SANTOS : *Projecto do Código Civil Brasileiro e commentario*, tom. III (1886), pags. 20 223.

Só os obcecados na prevenção romanista desconhecirão esta notavel realidade, estudada com erudição e criterio por um illustrado professor de S. Paulo, o dr. HYPPOLITO DE CAMARGO, na brochura que escreveu sobre *Manutenção de direitos*" (89). "O direito canonico", diz elle, "por um desenvolvimento racional imprimido á quasi-posse, influio verdadeiramente, foi o extraordinario factor da perfeição, a que tinha de attingir agora, no momento do direito moderno, essa notavel instituição romana". (90).

Modificada por essa immensa expansão, a idéa actual da protecção possessoria nas instituições nacionaes, póde-se condensar na formula em que a traduzio o douto jurisconsulto paulista: "*O mandato é procedente, quando se trata de garantir a quasi-posse de um direito constituido*"(91).

---

(89) S. Paulo, 1895.

(90) *Ib.*, pag. 17.

(91) *Ib.*, pag. 20.



INDICE GERAL

---



## INDICE

O ESTADO DE SITIO, SUAS CONDIÇÕES, SEUS LIMITES, SEUS EFFEITOS . . . . .	2
Habeas-corpus requerido ao Supremo Tribunal Federal a favor dos presos pelos decretos de 10 e 11 de Abril de 1892 . . . . .	2
I. — Presos antes do estado de sitio . . . . .	6
II. — Prisões posteriores á restauração de garantias . . . . .	12
III. — Inconstitucionalidade do estado de sitio . . . . .	27
DOCTRINA. . . . .	54
O Habeas-corpus, sua feição juridica, e sua evolução no Direito Publico Brasileiro . . . . .	54
HABEAS-CORPUS . . . . .	65
Competencia para a sua concessão na Monarchia e na Republica . . . . .	65
AMNISTIA INVERSA . . . . .	70
I. — Caso de teratologia juridica . . . . .	70
II. — Competencia da justiça para a verificação da constitucionalidade dos actos dos outros poderes. . . . .	82
III. — Inconstitucionalidade importa nullidade. . . . .	88
IV. — Nullidade parcial . . . . .	93
V. — O decreto de 21 de Outubro de 1895 . . . . .	94
AMNISTIA PENAL . . . . .	95
I. — Inactividade. . . . .	98
II. — Reducção na antiguidade . . . . .	100
III. — Deducção nos vencimentos . . . . .	102
IV. — Suppressão do direito constitucional . . . . .	105
DECRETO-SENTENÇA . . . . .	109
I. — Abolição do processo . . . . .	110
II. — Suppressão do tribunal . . . . .	114
III. — Espoliação e invasão . . . . .	119



SOLA ET UNA . . . . .	123
"AMNISTIAS RESTRICTIVAS" . . . . .	139
• RETROACTIVIDADE . . . . .	141
A OBJECÇÃO DO CASO POLITICO . . . . .	148
OS TERMOS DO PEDIDO. . . . .	156
DOCTRINA . . . . .	161
O Supremo Tribunal Federal na Constituição brasileira. . . . .	161
DOCTRINA . . . . .	189
Supremo Tribunal Federal, sua competencia para dirimir questões politicas — sua preeminencia no nosso or- ganismo juridico constitucional. . . . .	189
COMPETENCIA DO SUPREMO TRIBUNAL . . . . .	230
I. — Direito privado e direitos individuaes . . . . .	230
II. — A amplitude das funcções do Supremo Tribu- nal transcende a esphera judiciaria. . . . .	234
III. — O Supremo Tribunal e o Poder Legislativo . . . . .	235
IV. — A lição americana. O caso Marbury v. Madison. . . . .	237
V. — Marshall e o maior dos seus julgados . . . . .	239
VI. — Um caso em que a respeito dum negro fugido, a Corte Suprema interfere na questão da escravidão . . . . .	242
VII. — Outras questões de jurisdicção da Corte Su- prema. . . . .	243
VIII. — <i>Miligan Case</i> . . . . .	244
IX. — <i>Legal Tender Cases</i> . . . . .	244
X. — Imposto sobre a renda . . . . .	245
XI. — Os casos insulares . . . . .	247
XII. — Munsterberg. . . . .	252
XIII. — Os immensos poderes latentes na Constituição dos Estados Unidos e na sua Corte Suprema . . . . .	256
XIV. — O papel da Corte Suprema entre a União e os Estados entre si. . . . .	247
XV. — A cõrte Suprema é a elaboradora da Consti- tuição . . . . .	255
XVI. — Alçada da Cõrte Suprema . . . . .	259
XVII. — A jurisdicção da Cõrte Suprema alcança tantos direitos de caracter civil como de caracter politico . . . . .	274
XVIII. — Donde provem a amplitude de jurisdicção da Cõrte Suprema . . . . .	275
XIX. — O Supremo Tribunal julga <i>in re</i> e a sua de- cisão interpreta a doutrina . . . . .	280

A. OBJECÇÃO DO CASO POLITICO . . . . . 284

- I. — Que é região politica . . . . . 284
- II. — Censuras de usurpação: Caso Chisholm v. Georgia . . . . . 285
- III. — Marshall e a juridicção da Suprema Côrte . . . . . 286
- IV. — Taney . . . . . 287
- V. — A Côrte e as nomeações de Lincoln . . . . . 288
- VI. — A Côrte Suprema e a Política . . . . . 290
- VII. — Os casos insulares . . . . . 291
- VIII. — A Côrte Suprema especie de ramo de legislatura federal . . . . . 294
- IX. — Sobre a acção politica do Supremo Tribunal . . . . . 296
- X. — Casos de sua natureza politicos . . . . . 298

ACTOS PRIVATIVOS DO PODER EXECUTIVO E DO CONGRESSO . . . . . 305

- I. — Convenções internacionaes . . . . . 306
- II. — O Supremo Tribunal e a sua alçada sobre tratados . . . . . 312
- III. — O Supremo Tribunal e os impostos . . . . . 314
- IV. — Os pleitos de limites entre os Estados, nos Estados Unidos . . . . . 317

A CESSÃO DA CLIENTELA . . . . . 319

AS CONDECORAÇÕES NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA. . . . . 335

- I. — Historia do texto . . . . . 335
- II. — Legislações estrangeiras . . . . . 336
- III. — Constituições americanas . . . . . 337
- IV. — O exaggero brasileiro . . . . . 338
- V. — Contradição capital . . . . . 339
- VI. — Futilidade da precaução. . . . . 340
- VII. — A interpretação corrente . . . . . 340
- VIII. — Primeiro argumento. . . . . 341
- IX. — Segundo argumento . . . . . 342
- X. — Terceiro argumento . . . . . 344
- XI. — Objecção e resposta . . . . . 346
- XII. — Condecorações nobiliarias, ou não . . . . . 348
- XIII. — Outra consideração . . . . . 348
- XIV. — Consideração final . . . . . 350
- XV. — Em summa . . . . . 350
- XVI. — O caso pessoal . . . . . 352

POSSE DE DIREITOS PESSOAES . . . . . 354

- I. — Capitulo I . . . . . 354
- II. — Capitulo II . . . . . 361
- III. — Capitulo III . . . . . 367
- IV. — Capitulo IV . . . . . 381







