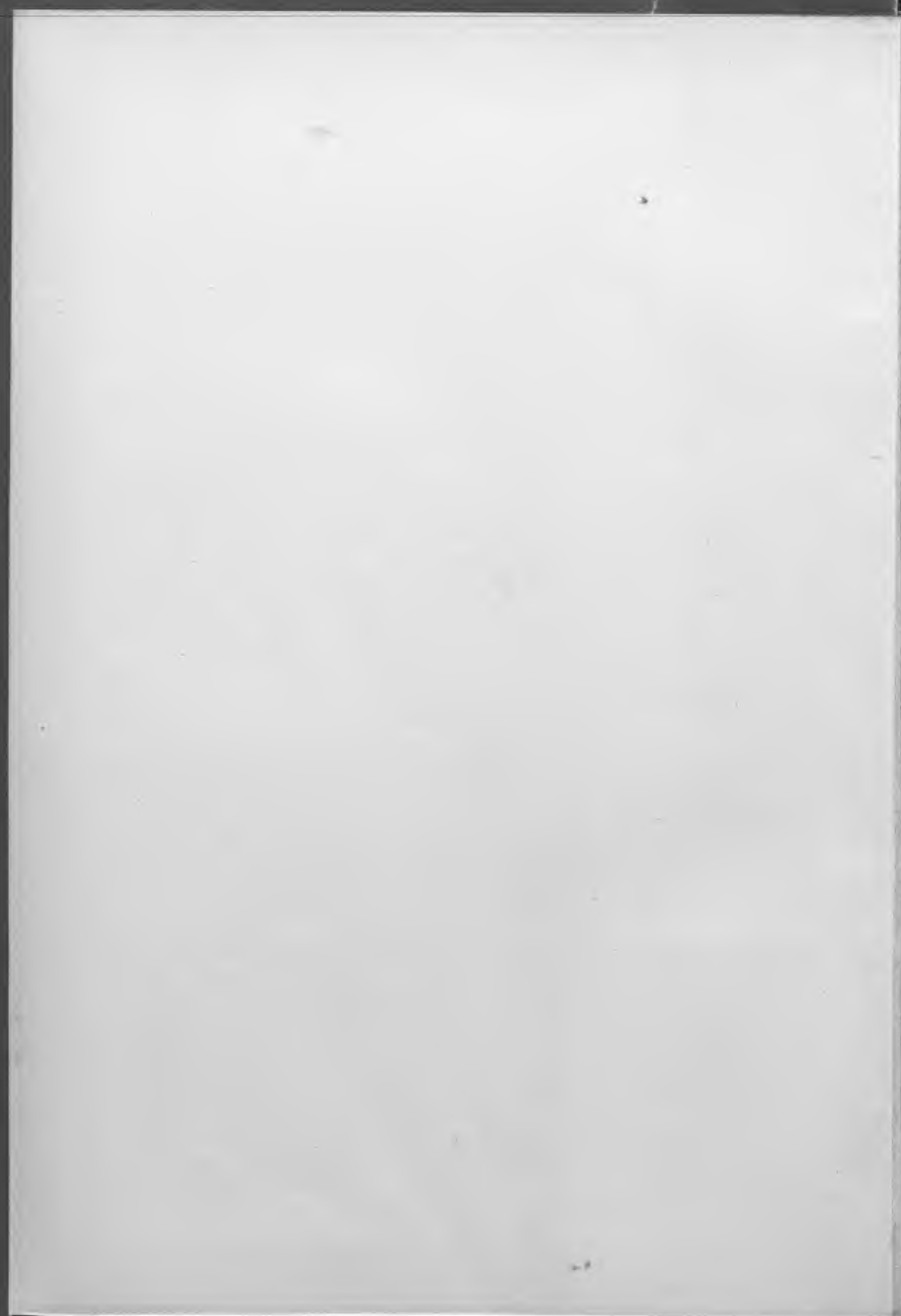
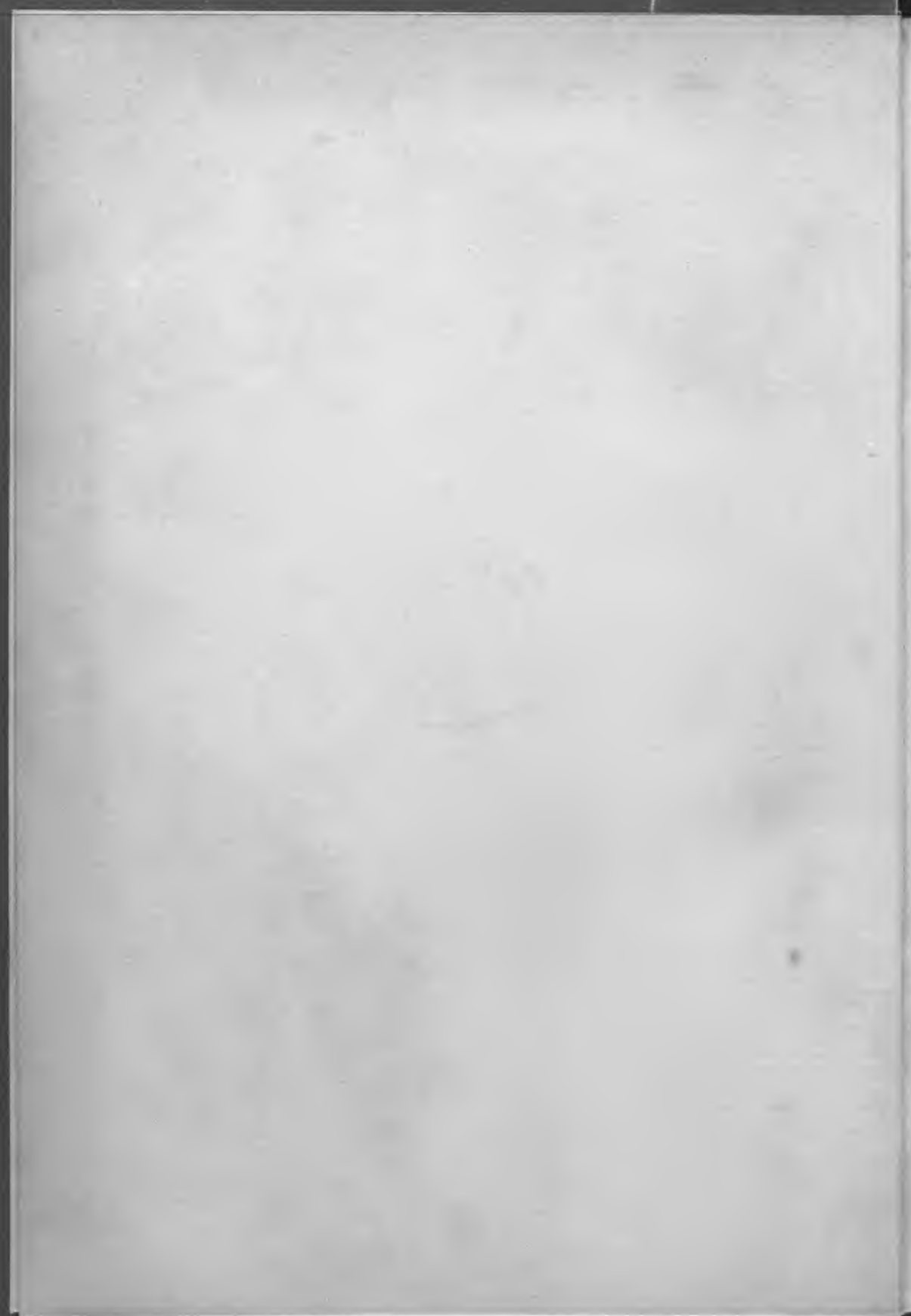








OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA

VOLUME XXV

TOMO IV

Foram tirados cem exemplares em papel buffon especial e dois mil e novecentos em papel vergé, do presente volume das Obras Completas de Rui Barbosa, mandadas publicar, sob os auspícios do Govêrno Federal, pelo Ministro Gustavo Capanema, dentro do plano aprovado pelo decreto-lei n.º 3.668, de 30 de setembro de 1941, baixado pelo Presidente Getúlio Vargas, e de acôrdo com o decreto n.º 21.182, de 27 de maio de 1946, promulgado pelo Presidente Eurico Gaspar Dutra e referendado pelo Ministro Ernesto de Sousa Campos.





Prédio à rua do Lavradio onde funcionava o Supremo Tribunal Federal em 1898. (Estado atual)

OBRAS COMPLETAS
DE
RUI BARBOSA

VOL. XXV. 1898
TOMO IV

TRABALHOS JURÍDICOS



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E SAÚDE
RIO DE JANEIRO - 1948

TOMBO 007459



320.981
B238

CATALOGO 007459

REVISÃO E NOTAS

DE

JOSÉ CÂMARA

Advogado no Distrito Federal





PREFÁCIO

Fragmentários, como afinal quase toda sua gigantesca produção intelectual, se excluirmos quatro ou cinco volumes, com individualidade própria e homogênea; dispersos e problemáticos na sua obtenção, os escritos jurídicos de Rui Barbosa constituem uma coletânea de tal modo esparsa e variada, que impossível seria conferir-lhes unidade orgânica sujeitando-os a um plano sistemático. Neste tomo esta peculiaridade se evidencia cabalmente.

De arrazoados, pareceres e outros estudos forenses de sua lavra, saídos no ante-penúltimo ano do século XIX, constituiu-se o presente tomo, o quarto do volume XXV, (1) correspondente a 1898, consoante o que dispõe o decreto-lei número 3.668, de 30 de setembro de 1941. O seu conteúdo não abrange a totalidade dos escritos jurídicos produzidos pelo Conselheiro naquela quadra. Sendo, como foi, na sua carreira de jurisconsulto, um dos períodos mais fecundos da existência de Rui, um dos mais ativos na profissão do advogado, seria impraticável enfeixar toda a matéria num só tomo.

Estava-se em adiantado preparo do volume, quando, quase por acaso, foram encontrados no arquivo do Supremo Tribunal Federal, entre os autos das Apelações 432 e 469, inúmeras peças de autoria do Conselheiro Rui, algumas das quais inteiramente inéditas, e outras, impressas em tiragem numéricamente insignificante, ignoradas, tal a sua raridade. Essas, e muitas outras, integram o tomo V, em vias de ser

(1) Os três primeiros correspondem à colaboração n'A Imprensa.

concluído, sem prejuízo das que venham a ser localizadas, através de indagações contínuas.

O critério cronológico, embora sendo o único realizável, na execução do programa de tão difícil solução, como complexo, quanto é a edição das OBRAS COMPLETAS de Rui Barbosa precisa ser aqui interpretado. Não seria prudente, por simples apêgo ao sentido literal da lei, cingirmo-nos à rigidez de seus preceitos, com sacrifício de normas do bom senso e da própria lógica. Muitas vêzes, como é natural, feitos cíveis ou até mesmo penais, iniciados em determinado ano terão seu desfecho definitivo quatro a cinco depois. Não é raro, como tivemos exemplo no volume anterior, o XXIV, mormente na causa Veiga, Pinto & Cia., funcionar o Autor em tôdas as instâncias, em tôdas as fases do processo, e em cada uma delas proferir defesas, sustentar teses, sem que se saiba qual mais valiosa, qual venha conceitualmente a preponderar, para assim firmar-se uma espécie de primado entre elas. Pareceu-nos mais recomendável, visando evitar a dispersão de matérias pertinentes a um mesmo fim, tomar, como base para a publicação, a data de assinatura do último arrazoado, ou, quando impossível sua verificação, aquela em que foi tal trabalho impresso.

* * *

Compõem êste tomo nove opúsculos, nos quais se debatem os mais variados temas jurídicos, os mais diversos assuntos. Quase todos os ramos do direito positivo foram tratados nos trabalhos que se seguem. Dois ou três dentre êles apresentam íntima conexão. Tal é o caso da célebre questão do habeas corpus impetrado em favor do senador João Cordeiro, deputado Barbosa Lima e outros, apontados como corresponsáveis no atentado de 5 de novembro de 1897, em que perdeu a vida o Marechal Carlos Machado Bittencourt (2), e o estudo crí-

(2) Veja-se o Relatório do inquérito instaurado na 1ª Delegacia Auxiliar, presidido pelo Sr. Vicente Saraiva de Carvalho Neiva, publicado no *Diário Oficial* de 12 de janeiro de 1898.

tico-comparativo a respeito da denegação dêsse remédio pelo judiciário, posteriormente reconhecido como um direito assegurado aos pacientes. A tanto equivale o acórdão de 16 de abril de 1898, onde, no voto do relator designado é citada a própria obra de Rui Barbosa a respeito da questão. Poderiam êsses dois escritos, para muitos, constituir uma só unidade, tendo-se em vista a identidade genérica que os vincula. Todavia, cogita-se num dêles de uma súplica dirigida à côrte suprema; noutro, analisa-se a evolução do instituto no direito pátrio, criticando-se a orientação seguida pelo Supremo Tribunal. Dar-lhes conceituação distinta, pareceu-nos mais apropriado. Além disso, respeitamos tudo quanto exprime a intenção do Autor, ainda que não manifestada.

Muitas vêzes, parecemos fugir a êsse imperioso comportamento, quando se cogita de substituição, ou apostila de títulos. Mas, nem sempre eram apostos pelo Autor os rótulos e sub-títulos que encimavam os seus escritos. É o que hoje verificamos em originais ainda inéditos. Quando enviados aos órgãos de publicidade, ou aos estabelecimentos tipográficos, eram tais complementos postos ao sabor da própria redação ou dos interessados. A constante preocupação de Rui com as questões de forma, como que o impelia a descurar dêsses pormenores, para êle tidos como secundários. Assim, é que muitas vêzes introduzimos pequenas alterações (3) nessa parte, não com o intuito de inovar, mas tão sômente de harmonizar, uniformizar, adotar um único critério. E, quando assim procedemos, fazemos a necessária ressalva.

* * *

(3) O título *Novum Jus* ou *Restituição de Vencimentos*, ao que presumimos, foi escolhido pelo próprio Conselheiro. Tem, quando situado no momento do litígio, um feitiço mais irônico do que propriamente uma epígrafe destinada a enunciar o conteúdo do avulso. Com o *Novo direito* quer o Autor referir-se a inovação sem assento na equidade, sem moldes que a justifiquem, como a querer dizer com Paulo que *quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum consequentias* (Fr. 14, de legibus, D, I, 3). Em suma, uma execução absurda, sem fundamento nas normas de nossas tradições jurídicas.

É conveniente reviver os instantes de incerteza e tensão reinante em 1897-98 para se ter uma idéia nítida de alguns trabalhos aqui enfeixados, sem o que talvez difícil seria entendê-los nas suas conseqüências, nas causas que os engendraram.

Não comportando as breves notas preliminares de cada tomo enunciados de caráter particular, em relação aos opúsculos que os formam, remetemos o leitor às notas introdutórias com que encimamos os textos respectivos.

O ponto máximo, que logo centraliza a atenção do estudioso, é sem dúvida alguma a questão do habeas corpus.

O grande triunfo obtido pelo advogado nesta questão, um dos que mais contribuíram para a glória imperecível do jurisconsulto, não consistiu no deferimento de sua petição. Esta foi indeferida; mas logo em seguida venceram os princípios por êle sustentados, como fruto amadurecido em seis anos de luta incessante, seis anos de espinhos e decepções, de angústias e dissabores.

Se não logrou obter a vitória no pleito, se não viu, por suas mãos, restituída a liberdade a algumas vítimas do arbítrio governamental, obteve o triunfo maior de ver aceitas as doutrinas que constituíam o justo anseio de toda uma geração. Viu, assim, proclamada, pela própria corte perante a qual pleiteara, a necessidade de «não ver mutilada», por motivos de ordem política, «a mais nobre função do poder judiciário». São as expressões do Supremo Tribunal, pela voz de Lúcio de Mendonça.

* * *

Os textos aqui reproduzidos são de duas ordens. Primeiramente os originais. Uns são inéditos. Outros, consta terem sido impressos. Mas como não foram localizados, utilizamo-nos dos próprios manuscritos do punho de Rui. Neste caso está a petição de agravo e respectiva minuta em aditamento à do advogado Edmundo Bittencourt na questão Murinho, embora conste ter sido editada pelo Jornal do Brasil

em 1898. Para sua aquisição todos os esforços teriam sido infrutíferos, se não fôra a oportuníssima diligência e proverbial cooperação do Sr. Vilhena de Moraes, digno diretor do Arquivo Nacional, que espontâneamente forneceu eletro-cópias dos autos conservados naquele venerando sacrário de nosso passado.

Outras parcelas de inéditas, ou como tal consideradas, colhemos no arquivo do Supremo Tribunal Federal. A um nome devemos aqui fazer menção: o do Exmo. Sr. Ministro Eduardo Espínola — cujas determinações tendentes a facilitar a pesquisa da obra de seu eminente coestadoano, fazem jus a um preito de agradecimento da posteridade estudiosa de nossa Pátria. (4)

Outro inédito ora estampado é o parecer àcerca dos títulos da dívida do Brasil, cuja cópia existe no arquivo da Casa de Rui Barbosa, parte de próprio punho, e parte escrito pela sua Exma. filha, D. Maria Adélia Rui Barbosa, hoje Sra. Batista Pereira.

Em segundo lugar, cumpre salientar os textos conseguidos em outras fontes, já divulgados em impressos. Estão neste caso: a causa em que era autor o Almirante José Pereira Guimarães; a ação intentada por D. Júlia Gonçalves Klinke e outros; o parecer concernente ao monopólio de carnes verdes. São escritos já conhecidos em folhetos numa única edição. O parecer relativo aos danos causados a O Comércio de São Paulo corre impresso, com outros de vários juriconsultos (5); a questão das prerrogativas parlamentares é ma-

(4) Também não podemos deixar de consignar aqui o quanto somos gratos ao espírito de cooperação revelado pelo bacharel Otacílio Pinheiro, arquivista do Supremo Tribunal Federal, e do Sr. José de Carvalho, tão modesto quanto eficiente e dedicado servidor do arquivo de nosso excelso pretório. Não fôra o senso de colaboração de ambos, auxiliando-nos em pesquisas indispensáveis, e quase impossível teria sido concluir a tarefa que tentamos realizar.

(5) Em *O Comércio de São Paulo*, edição de 24 de março de 1898, no *Jornal do Comércio*, desta Capital, e, em fac-símile, na *Revista dos Tribunais*, vol. 133, págs. 12 e segs.

téria já publicada (6); o habeas corpus, tanto a petição quanto a defesa oral, (7) e A Lição dos Dois Acórdãos, foram publicados na Revista de Jurisprudência da Capital Federal. (8) Acêrca da momentosa questão, juntamos ainda a carta enviada à redação do Jornal de Comércio do Rio de Janeiro. (9) As publicações acima referidas forneceram os textos de que nos servimos, os quais, graças ao corpo de redatores que as orientavam, merecem plena confiança, quanto à exatidão que deve presidir tôda e qualquer transcrição; ligeiros senões corrigidos não desmerecem o crédito que inspiram êsses textos, revistos com extremo cuidado a fim de podermos endossar a sua fidelidade. Quando necessário, foram confrontados com transcrições conhecidas, e com aquelas indicadas pelo Autor.

Sempre que necessário e conveniente, recorremos aos autos dos processos patrocinados pelo Senador Rui Barbosa. Destarte, visando evitar, quanto ao nosso alcance, omissões grosseiras, ou pormenor de qualquer sorte relevante como roteiro informativo, examinamos os processos de habeas corpus ns. 1.063 e 1.073, de 1898, o primeiro impetrado pelo Conselheiro Rui, o segundo, pelos advogados Melo Matos. Costa Barradas e Damasceno Pinto de Mendonça; os do agravo em que era recorrente o engº J. Cândido Murtinho, e finalmente a apelação civil nº 343, na qual era apelado o almirante Pereira Guimarães. Igual procedimento tivemos para outros autos de interêsse remoto.

Não nos foi possível, todavia, e com pesar, descobrir os autos do feito intentado por D. Júlia Gonçalves Klink e outros professores municipais. Sendo, na época, ex vi do

(6) *Gazeta de Notícias* — edição de 5 de junho de 1898.

(7) O Discurso proferido no Supremo Tribunal Federal a 26 de março de 1898, em que o orador ocupou a tribuna durante 2 horas e 30 minutos, em defesa da petição de habeas corpus nº 1.063, foi estampado no *Jornal do Comércio* de 27 seguinte, com exclusão de alguns parágrafos.

(8) Vol. III — 1898, págs. 15 a 115.

(9) Edição de 30 de março de 1898, publicada no matutino carioca sob o título — *A Questão do Habeas Corpus*.

Decreto nº 1.030, a Corte de Apelação competente para decidir em grau de recurso as causas em que era interessada a fazenda municipal, para essa instância foi enviado o processo, na quietude de cujo arquivo, ou no cartório de alguma das varas da Justiça local, deve fazer plàcidamente.

Os demais escritos nem sempre justificam uma pesquisa grave neste sentido. Muitas vêzes surgiam como solução a consultas formuladas; noutras, trata-se de opiniões manifestadas a amigos, ou correligionários, sem conseqüências forenses.

Inúmeros dos trabalhos que integram os volumes em preparo, ou no prelo, surgem sem prévios litígios que os individualizem, podendo, entretanto, atestar-se, sem restrições, a sua autenticidade, sem o que não seriam incluídos na coletânea. Emergem de conflitos em expectativa, meramente potenciais. Noutros casos, embora sejam conhecidos os motivos, quer diretamente, quer por meio de referências indiretas, não passam dessa fase; ouvido o Conselheiro para o fim de situar-se um problema jurídico, propôr-se uma ação, seu modo de concluir, isoladamente ou em confronto com outros jurisconsultos resultava o parecer, não raro, na desistência do interessado. É o que denunciam diversas consultas encontradas sem que as controvérsias que as ocasionaram tenham engendrado lides nos auditórios do país.

* * *

Fizemos preceder os textos, na parte inicial de cada opúsculo, de notícias sucintas, focalizando, tanto quanto possível, dados elucidativos da marcha do feito, seus incidentes. Dêsse proceder excluimos os escritos cuja natureza e extensão evidenciam mais a índole do jurisconsulto do que a do advogado.

* * *

Seguindo orientação anteriormente assentada, não cogitamos de levantar uma bibliografia especial para cada assunto. Limitamo-nos à enumeração de livros e publicações efetiva-

mente compulsados para elaboração dos trabalhos, ou aqueles cuja influência tenha sido de tal monta, que não seria recomendável omitir-se a sua referência, aliás poucos.

A cada opúsculo correspondem os dados bibliográficos utilizados pelo Autor. Oferece tal critério, não raro, a possibilidade de permitir saber-se o modo como se orientou o Autor no estudo de certo problema, quais os sistemas ou correntes do pensamento jurídico mais afins com a solução da controvérsia.

Muitos dos trabalhos ora inseridos foram concluídos com quase inteira ausência de elementos bibliográficos; nesta categoria se incluem razões e pareceres redigidos em Nova Friburgo, que, nem por isso deixam de constituir peças da mais alta valia como estudo científico-doutrinário.

Tais, alguns dos informes que nos cumpria aqui inserir, atendendo-se à circunstância de constituir este o primeiro tomo da série dos Trabalhos Jurídicos do Conselheiro Rui Barbosa a ser entregue ao público.

Rio de Janeiro, 23 de junho de 1946.

JOSÉ CÂMARA.

I

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

AGRAVO

Exeqüente: Artur Ambrosino Herédia de Sá;

Executado: Engenheiro João Cândido Murtinho.



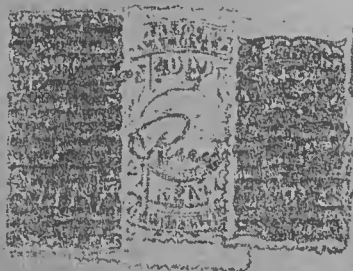
princípio em cuja verdade assenta a pre-
liminar ali formulada no exequatorem.
É a fl^{to} desta despa, e que aqui re-
produzimos do trabalho do nosso antecessor
a fl^{to} 173 v:

Según sea homada Camara
improcedente os artigos de legenda-
ção, por não se ter verificado
dellas denúncia real, ~~deffida~~
pelos escriptos, e que fosse con-
sequencia directa de um acto do
executado em quebra do contracto
a fl^{to}

Rio de Janeiro, 9 de Janeiro, 1898

Ruy Barboza

Rio



Jan 1898

Fôlha dos autos de liquidação de sentença, do punho de Rui BARBOSA (*Arquivo Nacional* nº 8.797, cx. 519, gl. A).

NOTA DO REVISOR

O engenheiro João Cândido Murtinho, como executado, numa demanda em que era exeqüente o Sr. Artur Ambrosino Herédia de Sá, na fase de liquidação de sentença, constituiu seus patronos os advogados Rui Barbosa e Edmundo Bittencourt.

Contestando os artigos de liquidação, interpôs Rui Barbosa o recurso de agravo, fundado no art. 506, c/c. o art. 669, § 12, do decreto nº 737, de 1850, e ainda na forma do art. 22, nº II, letra *i*, do decreto nº 2.579, de 1897, para a Câmara Civil da Côrte de Apelação do Distrito Federal. Nessa instância foi dado provimento ao agravo, não para rescindir o julgado que se liquidava, por falta dos requisitos da culpa e do dano, como pedia o agravante engenheiro Murtinho através do patrono; mas, não sendo o recurso de agravo interposto de sentença de liquidação meio para tal competente, para que o Dr. Juiz *a quo*, reformando a decisão agravada, mandasse proceder a execução tomando por base o laudo do perito vencido (decisão de fls. 218 e v. de 14-4-1898). As razões do Conselheiro Rui Barbosa ficaram encerradas com a petição e aditamento à minuta de autoria de seu companheiro de trabalho. Posteriormente à decisão de 14 de abril de 98, não mais atuaria na lide.

Seguiu o seu curso o advogado Edmundo Bittencourt, que a 2 de janeiro de 1899 (fls. 295-96) embargou a execução, contestando os embargos o advogado Teodoro de B. Machado da Silva (fls. 302). Por sentença de 4 de agosto de 1899 (fls. 303), o Juiz Afonso Lopes de Miranda não tomou conhecimento dos embargos opostos. Dessa fase em

diante acompanhou a causa por parte do engenheiro Murtinho, o advogado João Maximiano de Figueiredo, que a 11 de agosto de 99 agravou para o Conselho do Tribunal Civil e Criminal. Minutado e contra minutado, o agravo, veio a final o Conselho a proferir a decisão de f. 349-50, v., dando provimento ao recurso para determinar que o Dr. Juiz *a quo* reformasse o seu despacho, e mandasse proceder a nova vista, tendo funcionado como relator o Juiz Ataulfo Nápoles de Paiva.

Proposto acôrdo (fls. 353) foi finalmente êste homologado por despacho do Desembargador Caetano Pinto de Miranda Montenegro, datado de 11 de março de 1902 (fls. 352), comprometendo-se o Eng. Murtinho a transferir ao exeqüente 35 ações da E. F. Campista ou a quem lhe conviesse (têrmo lavrado a fls. 354, a 11 de março), terminando destarte a contenda. (*)

(*) Os autos originaes se acham no Arquivo Nacional — N° 8.797, Caixa 519, Galeria A. — (N. R.)

1 — Contestação

Contestando os artigos de liquidação a fl. 3, diz o executado engenheiro João Cândido Murtinho contra o exeqüente Artur Ambrosino Herédia de Sá
E.S.C.

P. que a sentença exeqüenda, e, com ela, o direito do executante caem perante o requerimento firmado, a fl. 92, por um dos AA., em cujo favor se pronunciou a dita sentença;

P. que por êsse requerimento declarou o A. Antônio de Castro Brown querer desistir da presente ação, confessando não ter direito algum a ela:

«Essa desistência», diz, «não tem outro objetivo, além da reparação solene ao caráter do suplicado, injustamente apreciado por ocasião da negativa da concessão da E. de F. de Campos à Foz do Rio Paraiba, e que, no momento, contrariando interêsses da máxima importância para o suple., sugeriram-lhe a suspeita de deslealdade, que serviu de fundamento à ação intentada. Essa injusta imputação é a causa da desistência requerida. Se incorreu, portanto, o suplicado em falta, ou culpa, que o constituísse em obrigação para com o suplicante, essa responsabilidade ter-se-ia ilidido *por ato próprio do suplicante, negligenciando a réplica contra o indeferimento, e desligando-se da sociedade*».

P. que a confissão constante destas palavras, da petição de desistência a fl. 92, tomada por termo

a fl. 94 e julgada por sentença a fl. 98, põe termo à causa; uma vez que, pelo contrato a fl. 12, cláusula I, ao A. Antônio de Castro Brown, signatário dêsse requerimento e autor dessa confissão, é que incumbia solicitar a concessão, impetrando-a, contratando-a, e praticando todos os atos necessários ao seu uso e gozo;

portanto,

P. que, negligenciando o A. Antônio de Castro Brown, como ora confessa, endereçar ao govêrno a réplica ao despacho; que recusara a concessão, de que se trata, e *"desligando-se da sociedade"*, conforme êle mesmo igualmente depõe, cessara essa sociedade por fatos estranhos à vontade do executado, e êste, desobrigado assim de qualquer compromisso, não estava inibido por vínculo nenhum de promover individualmente em seu benefício particular o favor, que a sociedade perdera por culpa exclusiva dos AA., um dos quais abriu mão dos interêsses coletivos, que lhe estavam privativamente confiados, e a *dissolveu, retirando-se*;

Em segundo lugar:

P. que os artigos de liquidação a fl. 3 nenhuma base têm; porquanto assentam unicamente em afirmações arbitrárias do executante, que não apoia os seus cálculos nem em fatos constantes dos autos, nem em documento algum ora apresentado;

P. que é imaginário o "valor real" atribuído pelo exeqüente à concessão, assim como é falso o assêrto de que o executado houvesse recebido "em dinheiro", ou coisa que o valha, a importância de cento e trinta contos de réis, afirmada nos arts. a fl. 3 v.

Em suma,

P. que a presente contestação deve ser recebida e afinal julgada provada, para se considerar decaído o A. exeqüente da ação proposta, à vista do termo de fl. 84; desprezada a liquidação intentada, que aliás, quando houvesse de se levar a efeito, falharia por ausência absoluta de fundamento no direito articulado, ou na prova dos autos.

Protesta-se pelo depoimento do exeqüente e por todo gênero de prova, admissível em direito.

Rio de Janeiro, 16 de março de 1897.

RUI BARBOSA.



2 — Minuta

ADITAMENTO

O concludente arrazoadado a fls. 165-76, (*) escrito por um moço com o vigor de um mestre, e o sólido laudo a fls. 192-203, irresistível cadeia lógica de fatos, algarismos e verdades profissionais, quase que nos eximiriam de qualquer trabalho sôbre os dois objetos, em que se tem de concentrar o debate nesta execução: a afirmabilidade jurídica do dano e, admitida ela, a sua estimação técnica.

De um e outro ponto diremos, todavia, com a brevidade, cuja vantagem nos facilita a abundância, com que foram tratados, cada um por sua vez, nesses dois escritos, de um dos quais nem se ocupa, e com o outro apenas o faz, para o evitar, o alegado a fls. 206-10.

I

A HIPÓTESE DO DANO

Na fase do processo encerrada pela sentença liquidanda o que se discutiu, o que ela resolveu no seu dispositivo, foi a existência da *culpa*. Resolveu-a com a mais manifesta injustiça, e até contradizendo-se a si mesma, aplicando a um contrato, que, contra noções inconcussas no assunto, capitulou de

(*) De autoria de Edmundo Bittencourt. (N. R.)

civil, regras privativas às sociedades comerciais em nome coletivo, e desconhecendo o princípio, fundamental na matéria, de que a culpa se determina pelos termos estritos do contrato, para atribuir ao executado obrigações, que ali absolutamente se não estipulam. (Fls. 165 v.-170)

Mas isso, em suma, deixou assentado a sentença: a existência *da culpa*.

No caso, porém, havia outra questão essencial, que ventilar.

Não se tratava de uma concessão feita, de uma faculdade obtida, que a culpa do R. houvesse comprometido, e frustrado, mas apenas de uma faculdade requerida e uma concessão ambicionada. Juridicamente, portanto, não haverá prejuízo reclamável, enquanto se não demonstrar uma relação *necessária de causalidade* entre a culpa, reconhecida na sentença, e o malôgro da pretensão, cuja ruína o exequente atribui ao executado.

«Non basta che s'imputi all'obbligato l'inadempimento, ma si deve constatarne l'effetto dannoso, poichè se l'ingiuria colposa determina la responsabilità inducente a sua volta l'obbligo di risarcire, non è possibile risarcimento dove non sia dimostrato il pregiudicio ch'esso è diretto a indennizzare. Senza questo termine manca il fine della riparazione, ch'è di rimettere il patrimonio leso nello stato in cui era o in cui certamente sarebbe stato se il fatto colposo non fosse avvenuto».

CHIRONI: *Colpa contratt.* 2ª ediz. nº 249, p. 562.

Para existir o dano é mister: ou a perda, para o patrimônio, de um valor já incorporado a êle; ou a não entrada, para o patrimônio, de um valor, que *infalivelmente* se lhe agregaria, se o contrato não fôsse violado.

No primeiro caso é verificado o prejuízo; no segundo, simplesmente *potencial*.

Tratando-se do primeiro, admitida a culpa, não há senão que medir, para fixar a responsabilidade do devedor, no patrimônio desfalcado do credor, a importância do desfalque. Tratando-se do outro, não basta declarar a culpa, não basta precisar a importância do lucro acrescível à fortuna do reclamante, se se efetuasse a aquisição, que se não efetuou. Necessário é, ainda, provar que a aquisição era *certa*, que não podia falhar, e que só se não realizou, por se ter infringido o contrato. O título do queixoso não estará firmado, o seu título à indenização, enquanto se não evidenciar que entre êle e a vantagem, de cuja não obtenção se queixa, o *único obstáculo* foi a culpa do demandado.

Imaginemos por um momento que, em vez de ter denegado, como o fez, em 4 de outubro de 1894, ao A. e ao R. a licença para a concessão da estrada, o governo do Rio de Janeiro lh'a houvesse dado, e por dolo ou culpa do R. êsse favor viesse a caducar. Nessa hipótese, reconhecido pela sentença o dolo, ou a culpa, não teríamos senão que apurar o *quantum* real do prejuízo.

Na espécie, porém, não havia mais que *uma expectativa eventual*. O de que se queixa o A., é de não ter alcançado a concessão, que o governo *lhe daria*, ou não *lhe daria*.

Dar-lha-ia o governo ?

Não lhe daria ?

É questão. É questão dependente de quê ? De um terceiro elemento, alheio ao exeqüente e ao executado, estranho ao contrato entre os dois, independente do arbítrio de ambos: a vontade, absolutamente livre, do governo fluminense.

Isto pôsto, consideremos a doutrina, para depois a aplicar ao fato.

Rudimentar foi sempre, nas questões de responsabilidade pela transgressão de contratos, a noção de que o devedor não pode ser obrigado senão pelo dano, que resulta direta e *necessariamente* de ato ou omissão sua.

Já POTHIER (*Obligations*, n.º 167) ensinava:

«La règle, qui me paraît devoir être suivie en ce cas est qu'on ne doit pas comprendre dans les dommages et intérêt dont un débiteur est tenu pour raison de son dol, ceux qui non seulement n'en sont qu'une suite éloignée, mais qui *n'en sont pas une suite nécessaire, et qui peuvent avoir d'autres causes*».

Copiando o seu modelo habitual, o cód. civ. francês disse, ainda com maior precisão, no art. 1.151.

«Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier *et du gain dont il a été privé*, que ce qui est une suite *immédiate et directe* de l'inexécution de la convention».

No caso vertente, para que se pudesse haver o alegado prejuízo como resultado *imediato e direto* da culpa do R., que, segundo o A., consistiu em não ter requerido segunda vez a concessão indeferida, cumpria mostrar que dêsse requerimento resultaria imediatamente, por parte do govêrno, despacho favorável ao impetrante. Mas, se à segunda petição o govêrno podia ter dado solução igual à da primeira, recusando então o que já recusara; se nada lhe tolhia essa liberdade, claro está que o não ter o exequente obtido a estrada não se originou *necessariamente* da não insistência do executado, além de cuja omissão havia, no arbítrio da administração pública, uma eventualidade superior, para o mesmo prejuízo.

Essa emergência *de outro obstáculo possível e eficaz* ao lucro esperado absolve de toda responsabilidade o pretenso devedor.

«Para se dever o dano, não se há mister que nasça imediatamente do descumprimento: basta que derive daí diretamente, e *não venha de outras circunstâncias, combinadas com o dolo do devedor, sendo êsse dolo a só e verdadeira causa*».

MARCADÉ E PONT: *Spiegazione teorica e prat. del Cod. Napol.*, vol. VI, p. 499, nº 595.

Para afirmar que o A. perdeu a concessão, por não haver o R. reiterado a petição indeferida, seria mister pressupor que, se o R. a tornasse a requerer, impreterivelmente lhe seria outorgada. Mas, para figurar que o novo requerimento importaria indubitavelmente o deferimento, havemos de chegar a admitir que o governo do Estado não tinha a discricção de conceder-lho, ou negar-lho; o que é absurdo.

O governo podia facultar a concessão.

Mas também podia recusá-la.

Havia, pois, duas alternativas igualmente possíveis; a do deferimento e a do *indeferimento*.

E só na primeira, tão realizável quanto a sua contrária, tão falível como ela, teria sido o executado o causador da perda, cujo gravame o exequente lhe assaca.

Trata-se, pois, de um prejuízo *possível, mas não certo*, de um dano *eventual, mas não efetivo*.

Ora, a tal respeito, a doutrina incontroversa, universal é que não existe fundamento para a reclamação de perdas e danos.

LAURENT, nos seus *Princípios de Direito Civil* (ed. ital., vol. XVI, p. 260, n.º 280) assim se enuncia:

«Não basta que o credor peça uma soma dada pelo benefício, que *teria podido lograr com o implemento da obrigação*; porquanto a mera *eventualidade de um ganho possível* não demonstra que tal perda sofresse o credor... A êste propósito cita a cõrte de Bruxelas um aforismo escolástico: *a posse ad esse non valet consequentia*... Perdas e danos autoriza a lei por um prejuízo real, não por um prejuízo possível».

É o mesmo que se lê no grande repertório das *Pandectas Francesas* (v. *Obligations*, v. I, p. 218, n.º 1.677):

«L'inexécution d'un contrat ne peut donner lieu à des dommages-intérêts, que s'il en est résulté pour l'un des contractants un préjudice effectif, et non simplement un dommage éventuel».

Nos mais célebres tratadistas da escola italiana se encontra, sem discrepância, desenvolvida a mesma tese, que aliás é de senso comum, é de evidência imediata, é de justiça elementar.

Discriminando a *perda sofrida* (*damnum emergens*) do *ganho, de que se foi privado* (*lucrum cessans*), observa GEORGIO GEORGI que tanto aquela como esta podem ser atuais, ou potenciais. Mas, quer no dano emergente, quer no lucro cessante, o dano potencial "há de ser certo na sua existência futura, de absoluta certeza, ou certeza relativa ao fato especial e concreto". (1)

E, prosseguindo, acrescenta: "Concluamos, pois, que qualquer diminuição de patrimônio, sofrida

(1) «... certo nela sua esistenza futura, o di *certezza assoluta*, o di *certezza relativa* al fatto speciale e concreto». *Obbligazioni*, v. II, n.º 95, p. 125.

pelo credor, pode oferecer base à reparação, *contanto que seja certo o concurso atual ou potencial do dano: purchè sia certo il concorso attuale o potenziale del danno*". (1)

Dáí conclui que a prova do dano está a cargo do credor, *la prova del danno fa carico al creditore* (n.º 96, pr.), advertindo que essa prova há de ser rigorosa (*ibid.*, p. 127); e, reconhecendo que, nos casos "de perdas meramente eventuais", êsse rigor há de ser menor, termina, contudo, por assentar que, em qualquer hipótese, "uma prova se requer: *a prova cabal para excluir da ordem do possível a não verificação das perdas*". Neste ponto, diz, a jurisprudência não vacila. (2)

"Ao credor incumbe, pois", remata o egrégio escritor, "*excluir a possibilidade de não se realizar o dano potencial, estabelecendo a certeza moral absoluta da sua subsistência futura como consequência do não implemento consumado*". (3)

Diversa não é a teoria expendida por CHIRONI no seu tratado *ex professo* da culpa:

«A reparação do dano supõe de necessidade a diminuição do patrimônio e a prova de que em detrimento do credor ela se realizou, ou *sem dúvida* se realizará. Por isso o dano *sòmente possível, eventual, não ministra fundamento à demanda de indenização*. Se se não operou, com efeito, o pre-

(1) *Ibidem*.

(2) «Certamente una prova ci vuole, la quale dovrà escludere la possibilità che le perdite non si verifichino: e la giurisprudenza é ferma su questo proposito». *Ib.*, p. 127.

(3) Incombe dunque al creditore di escludere la possibilità, che il dano potenziale diffetti, inducendo la certezza morale assoluta della sua futura sussistenza come conseguenza dell'inadempimento consumato». *Ib.*, p. 128.

juízo, que ressarcimento se há de pleitear? A dúvida quanto à sua existência não pode valer de argumento, para se obter uma reparação, que corresponda, como cumpre, à lesão padecida». (1)

Tôdas as jurisprudências, pois, são uniformes, todos os mestres são acordes na verdade clássica de que, *enquanto restar uma eventualidade, que exclua a existência do dano*, não há que atender à exigência de restituição. Quando o prejuízo se liga a uma hipótese, contra a qual milita outra hipótese, capaz de equilibrá-la, de neutralizá-la, de ilidí-la, não há mais que incerteza entre possibilidades opostas, uma das quais supõe a lesão, negada pela outra. Fôsse embora descumprido o contrato: se a perda, que a essa violação se pretende imputar, *corresponde a uma eventualidade suscetível de verificar-se ainda quando essa violação não se desse*, hipotética é a ação lesiva do procedimento argüido, indecisa a responsabilidade do devedor acusado; porque não se estabeleceu o vínculo de filiação necessária entre a culpa e o mal, cujo remédio se procura. O dano, se o há, não é "consequência forçosa da obrigação preterida". (2)

Podia, ou não, o govêrno do Rio de Janeiro ter respondido à segunda petição, de cuja falta se faz carga ao executado, com o mesmo indeferimento, com que despachara a primeira?

(1) «Il risarcimento suppone di necessità la diminuzione del patrimonio, e la prova che a detrimento del creditore istante essa è evvenuta, o senza dubbio avverrà; perciò, il danno soltanto *possibile*, eventuale, non da fundamento all'istanza d'indennizo; se il pregiudizio non s'è avverato, qual risarcimento si potrà chiedere? Il dubbio intorno l'esistenza sua non può dare argomento valevole ad ottenere un risarcimento che corrisponda, com'è necessario, alla lesione sofferta». *Colpa Contrattuale* (ed. de 1897), n° 250, p. 564.

(2) «Il danno non dev'essere soltanto eventuale, possibile, ed è in vece necessario sia *consequenza certa dell'inadempita obbligacione*». *Ibid.*, p. 566.

Indubitavelmente podia. Em tais assuntos o critério da administração não tem limites fora de si mesmo.

Podia, ainda quando a proposta de Brown & Cia., não tivesse concorrentes.

Podia, ainda que, das propostas concorrentes, a de Brown & Cia. fôsse a melhor.

Podia, no primeiro caso, porque a construção dessa estrada não vinha satisfazer uma necessidade, nem trazer ao Estado vantagens incontestáveis. Na exposição de fl. 193 a fl. 194 se demonstra cabalmente que essa via férrea sofre concorrência vantajosa da navegação fluvial e da estrada de ferro Leopoldina; o que importa dizer que assim este caminho como aquêle correspondem melhor aos reclamos econômicos da zona em questão. Nada obstava, pois, a que o governo do Estado refugasse outra vez a proposta de Brown & Cia., ainda na hipótese de não haver outra proposta. O Rio de Janeiro podia passar perfeitamente sem uma ferrovia, que, na opinião de profissionais como o dr. Fernandes Pinheiro (fl. 199 v.), "é uma das muitas extravagâncias em matéria de viação férrea entre nós".

Podia igualmente, no segundo caso, rejeitar o governo local a proposta Brown & Cia., embora se avantajasse no merecimento intrínseco às outras, pela razão dada no laudo a fl. 203: "Não basta, para determinar a aceitação de uma proposta, as vantagens, que ofereça, ou favores, que dispense: o elemento de suma importância para essa aceitação é a idoneidade do proponente e o fato de ter êle realizado, sem reclamações justas, cometimentos ou trabalhos análogos".

Mas nem a proposta Brown era a única existente, nem se deu jamais o exequente ao trabalho de provar que levasse vantagem às demais.

Ao mesmo passo que Brown e seus sócios, tinham dirigido igual solicitação ao govêrno do Rio a Companhia de Navegação de S. João da Barra e outros. Depois, apenas indeferida a petição daqueles, para logo surdiram, além do executado, outros proponentes, entre os quais o engenheiro Vasconcelos, a cujo respeito pergunta o terceiro perito aos outros: "Brown tinha a mesma idoneidade do engenheiro Mariano de Vasconcelos? Na resposta negativa os ilustres colegas certamente nos acompanharão". (Fl. 203)

Acresce que a emprêsa requerida por Brown e a Brown recusada pelo govêrno em 4 de outubro de 1894 era, a êsse tempo, objeto de uma concessão feita ao engenheiro Maia Lacerda, concessão cuja caducidade a administração do Estado só veio a pronunciar em 15 daquele mês, como tudo consta dos autos. Ora, não obstante a segurança singular, com que os peritos vencedores (fl. 191) reputam caduca essa concessão aos 4 de outubro, pela excelente razão de haver sido declarada tal onze dias mais tarde, não era líquida a questão de caducidade, pela qual se pronunciava dubitativamente, no seu relatório oficial, o chefe da 1.^a seção técnica da secretaria do Estado. (Fl. 202 v.) Podia, pois, o govêrno ter decidido pela caducidade, ou contra ela; e, nesta última hipótese, não havia nada que conceder a outrem, pois subsistia a concessão feita ao engenheiro Maia Lacerda.

Ainda depois de cassada essa concessão, Brown & Ca. tinham contra si duas considerações valiosas:

primeiro, a opinião do govêrno já manifestada contra o seu pedido no primeiro indeferimento;

segundo, a concorrência de outras propostas, iguais, ou melhores, algumas das quais firmadas por engenheiros de nome feito nesta espécie de empreendimentos.

Teria o governo do Rio desprezado tôdas essas considerações, para dar a concessão a Brown, se o executado replicasse ao indeferimento?

Consideraria cabal, para o reformar, a réplica redigida pelo executado?

Preferiria então a proposta Brown a tôdas as outras?

Será possível, admitamo-lo contra tôda verossimilhança. Mas bastaria *uma possibilidade* só em contrário, para que não seja *certa* a causalidade, atribuída ao Réu, do dano que se articula.

Se se reconhece ao governo do Rio o direito de persistir no indeferimento dado, o direito de preferir à proposta Brown uma das outras; se êle podia usar dêsses direitos sem óbice razoável, então assegurar que Brown só não obteve a concessão, porque o executado não insistiu em requerê-la, é elevar à categoria de certeza uma possibilidade por muitas faces contestável.

Mas, se a mera insistência do executado não era motivo suficiente, decisivo, para determinar a concessão, óbvio é que da não obtenção desta não se pode ver a causa na omissão de tal insistência por parte do executado.

Falta, portanto, à responsabilidade pelo dano, falta à mesma realidade jurídica dêste a sua condição essencial: a *certeza* de um prejuízo gerado *indubitavelmente* por ação ou omissão do indivíduo, a quem se imputa.

A liquidação intentada, pois, está no ar, e parte de *uma hipótese*, não de um dado jurídico verifi-

cado: ideou o exeqüente que a réplica do executado lhe teria grangeado a concessão; e, como o executado não replicou, infere, com a suposição do dano, a responsabilidade do Réu.

Concludente raciocínio, se não pecasse pela base na avaria da sua menor: o ridículo pressuposto, subentendido como fato indubitável, de que a *réplica do executado importaria, para Brown, a concessão da estrada*.

Mas, se êsse pressuposto é indemonstrável, demonstrada está a impossibilidade jurídica do dano.

E, se dano não pode existir, não há liquidação, a que proceder.

Para esta *preliminar*, que nos autorizaria a parar aqui, invocaremos a atenção do Tribunal. Aqui reiteramos, pois, o *requerimento* formulado a fl. 172 v.

II

O ARBITRAMENTO

Não nos queremos, contudo, furtar, bem que por simples desencargo, à análise dos dados, fornecidos, para a liquidação, pelo juízo dos peritos.

Que não haverá consciência capaz de hesitar entre o laudo a fl. 189 e o laudo a fl. 192, opinando pelo primeiro, é coisa que temos por indubitável, embora êsse represente o sentir da maioria. O legislador soube o que fez, quando consagrou solenemente a advertência de que o juiz não é adstrito ao arbitramento (reg. n.º 737, de 25 de nov. de 1850, art. 200): foi a observação que nos escapou, confrontando êsses dois pareceres, vendo quanto o arbitrador vencido se eleva acima dos outros na segurança e evidência das suas conclusões.

Apressado, superficial, ingênuo, absurdo, o laudo vencedor resolve todos os quesitos técnicos sem uma só razão técnica, em três páginas (fl. 192 v.-193 v.), que se reduzem a duas, onde a cada linha ressumbra a negligência e a parcialidade. O outro, cuidadosamente escrito, severamente racionando, tecido, em tôda a sua trama, de elementos positivos, de fatos verificados, apoia cada uma das suas soluções em fundamentos da maior solidez, não deixando uma só indemonstrada, no amplo relatório de fl. 193 a fl. 203, onde não há palavras inúteis, senão só documentos, cifras e cálculos justificados.

Em três considerações fazem fundamento os peritos vencedores, para atribuir à estrada o alto preço, que lhe atribuem:

primeiro, haver um sindicato, que por ela oferecesse quinhentos contos;

depois, "estando a concessão litigiosa" (fôlha 189 v.), ninguém daria por ela nem dois têrços do seu valor;

terceiro, tais eram as vantagens contempladas na empresa, que os cessionários da concessão, além de 10% sôbre os lucros líquidos, favoreceram o executado com o cargo de engenheiro da linha e a retribuição correspondente.

Dessas alegações, a segunda é falsa, a terceira fútil, a primeira incomprovada.

Falso é que a concessão fôsse jamais litigiosa; porquanto, como bem adverte (fl. 200 v.) o arbitrador divergente, nunca se contestou a legalidade da concessão, nunca houve pleito sôbre a sua legitimidade, não versando a questão atual sôbre a estabilidade jurídica da concessão, nem sôbre o direito do executado a vendê-la. Nunca esteve em questão, pois, a concessão, de que se trata. O que se demanda

apenas, é a responsabilidade pessoal do executado para com o exeqüente, o dano atribuído pelo primeiro ao segundo; e isso nem de longe torna litigiosa a concessão, ou a estrada. E tanto assim é que nem o exeqüente, ou seu associado, protestou alguma vez contra a execução dela, nem à companhia, que a construiu, se deu jamais ciência judicial da causa pendente. Qual seria o efeito desta, se o exeqüente não se saísse em vão do seu intento, como contamos que se saia? Únicamente ser condenado o R. a perdas e danos. Que tem com essa condenação a estrada? Coisa nenhuma. Fica valendo menos um real a via férrea de Campos a S. João da Barra, patrimônio da associação que a realizou, se o executado houver de embolsar ao exeqüente a indenização, que êste pretende? Ninguém, na posse da sua razão, o afirmaria.

Entretanto, o laudo a fl. 189 não hesita em assegurá-lo. Enquanto aos seus autores, a ação movida ao executado *faz litigiosa uma propriedade, sobre que ela não tem o menor domínio*, e destarte a deprecia em mais de um terço do seu valor natural! Mas como, sem êstes e outros artifícios, ainda que de uma simplicidade grosseira, lograriam os arbitradores em maioria valorizar uma concessão de importância absolutamente negativa?

A nomeação do executado para o cargo de diretor técnico na estrada em nada mostra, como inculam os peritos, a importância da concessão (fôlha 189 v.), uma vez que em tôdas as estradas de ferro existe necessariamente êsse emprêgo; e a modesta retribuição de quinhentos mil réis mensais, paga ao seu engenheiro por uma emprêsa com trabalhos em execução fora desta capital (fl. 200 v.), demonstra, pelo contrário, a modéstia extrema dos recursos da companhia, o mesquinho valor do seu cometimento.

Ao fútil e ao falso se segue, como dissemos, nas proposições do primeiro laudo, o indemonstrado, e não só o indemonstrado, como o inverossímil, e não só o inverossímil, como o impossível.

De outro modo se não pode qualificar a fábula de uma oferta de quinhentos contos, propostos, ao que se inculca, de mão beijada a Brown & Ca. pela concessão, quando ainda em ovo apenas no requerimento dêles, mais tarde indeferido.

Em que estriba êsse assêrto ?

Simplesmente no depoimento das duas testemunhas a fl. 112 v. e fl. 117, que afirmam a existência dessa oferta, atribuindo-a vagamente a "um sindicato", cuja realidade não nos habilitam por indício ou caracterização de espécie alguma a avaliar. Era indispensável conhecer-lhe ao menos os membros, para lhe ajuizar da seriedade. Pois bem: dêles apenas *uma* testemunha (fl. 117) menciona *um só nome*, o de João Alves de Azevedo Lemos. Mas Azevedo Lemos, que também é testemunha no pleito, e testemunha do exequente, em tal não fala. (Vêde o seu depoimento a fl. 32). O único dos sindicatários, pois, que se conhece, que se indigita, desmente, pelo seu silêncio nesse ponto, a existência do sindicato.

Oiçamos agora àcerca da credibilidade dêsse fato os competentes.

O engenheiro Domingos Francisco dos Santos, diretor do Banco Construtor, qualifica essa oferta de "exorbitância de todo o ponto *inacreditável*". (Fl. 199) Não menos peremptoriamente se exprime o dr. Fernandes Pinheiro: "*Não é possível, nem provável, nem admissível* a existência de um sindicato, que desse pela concessão dessa estrada 500:000\$000". (*Ibidem*)

Demais, se tal sindicato havia, e se tal oferta houve, não podia ignorá-la o executado, sendo, a êsse tempo, sócio do exequente nessa pretensão. E, nesse caso, como iria vender a concessão *por cinqüenta* contos, sabendo haver quem por ela desse *quinhentos*?

Oferta e sindicato, portanto, evidentemente não passam de rumores, balelas, esperanças criadas pela imaginação e acolhidas pela credulidade.

Vejam os agora os processos, mercê dos quais o laudo predominante avalia a concessão, alteando-a à estimativa, que lhe dá.

No seu laudo o perito dissidente estuda o preço, por que se venderam, na época da febre industrial, as mais importantes concessões de caminho de ferro. Eram privilégios com garantias de juros até 7%, zona reservada, grandes favores de todo gênero, e, em alguns, faculdade adicional de explorar a navegação, a colonização e a mineração. O arbitrador em minoria enumera onze. Dessas, apenas duas foram pagas pelos adquirentes aos concessionários na razão de 10% sobre o capital estipulado para a empresa: a de Paraopeba e a do Quilombo. Só uma, a do Pati do Alferes, obteve 8%. Duas, a de Cabo Frio, com 6% de garantia de juro sobre 1.600 contos, e a de S. Jerônimo, com privilégio de zona, terras, minas, etc., se venderam a 6%. Cinco, a de Sapucaí, a de Montes Claros, a do Sul Paulista, a da Vitória, a de Cataguazes, não alcançaram mais que 5%. E a de Catalão a Mato Grosso, dotada de pingues mercês, transferiu-se apenas por 4,7%. Todos êstes algarismos estão documentados com os *Diários Officiais* (Fls. 196-97).

Entretanto, os peritos a fl. 189 v. estimam o valor mínimo da concessão em debate, mera licença

para construir uma estrada, sem garantia de juros, sem outros favores, sem o privilégio sequer de zona, nem mesmo o de terminação nos seus extremos, em 225 contos, ou 11 1/4% do capital nominal da empresa. De modo que, em 1895, já no período do marasmo econômico, uma empresa completamente balda dos favores feitos às outras, havia de valer, na sua transferência, *mais que o dôbro*, ou cêrca de 132% mais do que valeram as concessões ferroviárias mais favorecidas na quadra mais ardente da excitação financeira, entre 1890 e 1891.

Tal abuso da missão dada aos arbitradores não se comenta. Basta, para o apreciar em duas palavras, notar que êle arbitra o valor mínimo da estrada em questão, por quilômetro, em 5:890\$052 rs., quando a do Chopim, com os enormes favores que a opulentavam, se cota em Rs. 1:600\$000. Isto é: a unidade quilométrica da Campos a S. João da Barra valeria 3,68 vêzes mais que a do Chopim !

Consideremos agora no absurdo, a que induz os dois arbitradores a prevenção, cuja influência os faz ver tudo através do prisma favorável aos interesses do exequente.

Atribuindo à concessão o valor de 225 contos, *ipso facto* reconhecem tocar ao exequente 67:500\$000, outro tanto a Brown (30% a cada um) e 90:000\$000 (40%) ao executado, efetuada a partilha nos têrmos do contrato entre êles concluído. Mas, como ao executado incumbe o ônus de custear do seu a importância dos trabalhos preliminares, cujas expensas ascendem a 50:000\$000 (fl. 108), vem a lhe restar afinal apenas 40:000\$000, ou . . . 27:500\$000 menos do que aos dois associados. Por onde os 40% do executado ficariam valendo quase 40% menos que os 30% de cada um dos exequentes:

tal é, pouco mais ou menos, a proporção de Rs. . . . 40:000\$000 para 67:500\$000; inversão que o perito dissidente representa na fórmula de que 40 é *menor do que* 30. (Fl. 201 v. 202).

Mas aí não para a extravagância; porque, como ao executado se carrega também o pagamento das despesas de incorporação, as quais montam em Rs. 50:000\$000 (fl. 202), temos que, sobrando-lhe apenas 40:000\$000, segundo acabamos de ver, dos 90:000\$000 aquinhoados à sua parte, embolsados por êle da sua quota os incorporadores, o *benefício* do executado na empresa viria, afinal, a ser *um deficit de* Rs. 10:000\$000.

O que ainda melhor se vê dêste quadro:

Haver	
Quinhão do executado Rs. 90:000\$000	
Deve	
Trabalhos preliminares	50:000\$000
Despesas de incorporação	50:000\$000
	100:000\$000
que, deduzidos de	90:000\$000
deixam	— 10:000\$000

Por êste jeito o sócio favorecido no contrato com uma vantagem correspondente a 22:500\$000 mais que cada um dos outros, o que afinal *perceberia*, enquanto êstes embolsassem 135:000\$000, era um *desembólso*, um *prejuízo*, um *compromisso* de 10:000\$000.

Não é, portanto, bem se vê, no laudo subscrito pela maioria dos arbitradores que um tribunal de justiça pode encontrar o fio da verdade na liquida-

ção, cujo termo se busca. Êsse fio está, pelo contrário, no outro laudo, cujas deduções acabaremos de analisar.

Para a ligação de Campos a S. João da Barra, servindo-se do ancoradouro de Gargaú, mui superior ao de S. João, já se tinham feito antes desta, em 1871 e 1889, duas concessões, com vantagens preciosas como estas: setenta anos de privilégio, opção do tráfego fluvial no trecho mais difícil da linha, vinte quilômetros de zona privilegiada para cada lado, 6% de juros garantidos, por trinta anos, sobre 3.500 contos, e escolha, para a construção da estrada, entre as duas margens do Paraíba. Caducaram, todavia, ambas, sem terem sequer princípio de execução. (Fl. 193 v.-94) Como se explicará, pois, que vingasse a Campista, sem garantia de juros nem subvenção quilométrica, nem zona privilegiada, mera licença para construir uma via férrea, prejudicada pela concorrência da navegação fluvial, que a obriga a tarifas miseráveis, mal servida por um pôrto, cuja utilização demanda custosíssimas obras, dependentes do tesouro estadual, ameaçada pela rivalidade da Leopoldina, em vésperas de reconstituição, e já vencida, na competência atual, pela Macaé e Campos? (Fls. 194 a 195 v.)

Não há outra explicação, além da fornecida pelo arbitrador dissidente, quando escreve (fôlha 194 v.): "Não fôra a crise de transportes nessa parte do território fluminense, crise devida sòmente às condições precárias da Leopoldina, e a concessão explorada pela estrada Campista teria a sorte das anteriores".

Mas, apesar de beneficiada por essa crise, tendente agora a cessar com a reconstituição iminente da Leopoldina, a situação da via-férrea Campos a

S. João da Barra só traduz, até hoje, uma história de constantes e avultados prejuízos.

No balanço da companhia, publicado no *Jornal do Comércio* de 26 de setembro de 1897, a verba lucros e perdas atingia, aos 31 de dezembro do ano anterior, a soma de Rs. 178:997\$120, e entre a receita e a despesa, até o último de março do ano próximo findo, a estrada, em vez de lucros, apresentava um *deficit* de Rs. 161:314\$723. (Fls. 195 v.-196)

Em vez de *rédito*, pois, êsse caminho de ferro, até agora, só *representa débito*. O seu valor, pois, calculado pelos seus frutos, é menos que negativo; pois, em vez de benefício para o capital, o produto dessa exploração não tem acarretado senão atrasos crescentes para os capitalistas.

Depois, os próprios árbitros vencedores nos ministram dados, pelos quais os lucros da empresa, calculados *a priori* com todo o otimismo que assinala a apreciação dêsses dois peritos quanto à importância dessa estrada, não passariam de 3,37% do capital. (Fl. 198) Ao que lhes pergunta ôtimamente o terceiro perito: "Subscreveriam os ilustres colegas ações de tal empresa? Haverá, no Brasil, quem empregue capitais com a certeza de renda inferior a 4%?"

Logo, a verdade é a que afirma o dr. Fernandes Pinheiro, quando, no seu parecer, assim se exprime:

«A estrada, de que se trata, *jamais terá o menor valor industrial*; e os resultados negativos do seu tráfego já o estão mostrando. Se como estrada tão pouco vale, *como concessão ainda menos vale*, pois se trata apenas de uma licença nos termos da legislação do Rio de Janeiro, isto é, sem privilégios de zona e outros favores, que, entre nós abrigam

o que se tem convencionado chamar concessões de estradas de ferro.

«Nestas condições, francamente o digo, não sei o que mais admirar: *se a coragem do concessionário*, empregando capitais nos estudos dessa linha e pagamento de impostos da concessão; *se a felicidade do mesmo concessionário* em achar quem lhe indenizasse aquelas despesas, e lhe comprasse a concessão; *se, finalmente, a imprevidência* de quem deu dinheiro, para construir tal estrada». (Fl. 199 v.-200)

De acôrdo com êsse eminente profissional, sustenta outro de não menor nomeada na especialidade, o dr. Osório de Almeida :

«A concessão em si *não deve ter valor algum*». (Fl. 199)

O juízo dêsses dois especialistas contrabalança com vantagem o dos dois peritos vencedores, nomes certamente de reputação profissional menos elevada.

Em presença dêsse conceito, firmado pelas mais abalizadas autoridades; em presença da taxa de 3,37%, em que, segundo as próprias bases fornecidas pelos arbitradores favoráveis ao exequente, se deveriam estimar os dividendos mais altos da empresa; em presença, afinal, dos balanços desta, onde os prejuízos e *deficits*, em dois anos, montam a centenas de contos, está exuberantemente justificada a opinião do terceiro perito, o dr. Teixeira Bastos:

«A concessão *nenhum valor teve, ou tem*». (Fl. 200)

Ora,

«sendo nulo o valor real da concessão, nulo é o dano causado» (Fl. 201)

ao exequente com a não obtenção dela.

Ela “produziu, em sua venda, tôdas as vantagens possíveis, nos 50 contos de ações, por que foi transferida” (fl. 200), graças às circunstâncias excepcionais, com que se viu favorecido o Réu.

Esse elemento constitui *êle* só todo o valor positivo da concessão, o único valor dela apurado até hoje, não havendo probabilidade ulterior de se apurar outro. Sobre essa quantia, representada por 250 ações de 200\$000, é que se teriam de calcular os 30% do exequente, na soma de 75 dessas ações, perfazendo Rs. 15:000\$000. Quanto à sua quota nos 10% sobre os *lucros liquidos*, chegará o ensejo de calculá-los, quando o *deficit* der os primeiros sinais de que se converterá em dividendo. (Fl. 201)

Êsses quinze contos seriam o máximo, a que se poderia abalançar contra o executado a sentença mais desfavorável, se é que, segundo os cânones antigos, o dano só se pode estimar sobre dados *certos*, e não sobre contingências, além de eventuais, improváveis, negadas pelo juízo dos expertos, desmentidas pelo critério dos fatos verificados.

E, ainda assim, fôra preciso violar, em detrimento do executado, o princípio defendido na primeira parte destas razões, princípio em cuja verdade assenta a preliminar ali formulada no *requerimento* a fl. 20 desta defesa, e que aqui reproduziremos do trabalho do nosso antecessor a fl. 173 v.:

Julgar esta honrada Câmara improcedentes os artigos de liquidação, por não se ter verificado dêles *dano real*, sofrido pelos exequentes, e que fôsse consequência *direta* de um ato do executado em quebra do contrato a fl.

Rio de Janeiro, 9 de janeiro, 1898.

RUI BARBOSA.

II

NOVUM JUS

RESTITUIÇÃO DE VENCIMENTOS POR EXECUTIVO FISCAL

Exeqüente: a Fazenda Nacional;

Executado: Almte. Dr. J. Pereira Guimarães.



NOVUM JUS

RESTITUIÇÃO DE VENCIMENTOS

POR

Executivo Fiscal

APPELLAÇÃO

PARA O

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Appellante — A Fazenda

Appellado — O Dr. J. Pereira Guimarães

ADVOGADO

Ruy Barbosa

RIO DE JANEIRO

Typ. do Jornal do Commercio, de Rodrigues & Comp.

1898

Fôlha de rosto de *Novum Jus* tamanho natural. (Exemplar da Casa de Rui Barbosa).

NOTA DO REVISOR

A lei nº 3.396, de 24 de novembro de 1888, em seu artigo 33, vedava a acumulação de funções remuneradas. A aceitação de emprêgo ou comissão, depois de ter sido aposentado o respectivo titular, importava na perda dos proventos da aposentadoria ou jubilação.

O Contra-Almirante Dr. José Pereira Guimarães fôra, até 31 de janeiro de 1891, professor da Faculdade de Medicina da antiga Côrte. Nessa data foi jubilado, e, simultaneamente, nomeado Inspetor de Saúde Naval. A Fazenda Nacional, por seu procurador seccional, Dr. J. P. da Graça Aranha, invocando o dispositivo acima citado, moveu uma ação executiva, para o fim de haver a importância total dos vencimentos recebidos como jubilado, pelo réu, de 31 de janeiro de 1891, até à propositura do feito.

Constituído advogado do réu, o Conselheiro Rui Barbosa opôs em tempo os embargos. Quer na contestação, quer nas razões finais (fls. 36-59 dos autos), sua tese é de uma coerência absoluta. O ato de 31 de janeiro, pelo qual foi o réu provido nas funções de Inspetor de Saúde da Armada, não tinha, como ordinariamente se teria de presumir, cunho de mero ato administrativo, tendente a prover na administração os cargos criados por lei anterior. Plena fase de governo discricionário, as providências de tal ordem, emanadas do executivo, tinham força de lei, fôsse qual fôsse a sua natureza, e sômente mediante resolução do legislativo ordinário podiam ser revogadas. Mais do que isso: até funções constituintes enfeixava em suas mãos o supremo órgão administra-

tivo da União. O decreto de 31 de janeiro, ainda quando colidisse com a lei de 88, nenhuma restrição sofreria; tinha força revogatória, dado o antigo princípio — *lex posterior priori derogat*. Além disso, a jubilação e o provimento foram atos simultâneos, e o advérbio *depois*, no lugar em que o empregaram em 1888, não há de ter aqui importância secundária. Se entendesse o contrário o legislador da República, teria ficado patente a sua intenção, de modo explícito, não se deixando ao arbítrio do intérprete a elucidação de sentido ambíguo por ventura existente na redação, e a *fortiori*, como parecera à Fazenda.

A 24 de maio de 1897 foi lavrada a sentença, em que o juiz Godofredo Xavier da Cunha, considerando, entre uma série de fundamentos argüidos, que «a impropriedade ou ilegitimidade de ação é motivo de nulidade, porque afeta as formalidades substanciais do processo», resolveu «julgar improcedente a ação ou nulo o meio executivo, condenando a Fazenda Nacional nas custas».

O procurador seccional, Dr. Esmeraldino Bandeira, recorreu para o Supremo Tribunal, sendo a apelação recebida por despacho de 12 de julho de 1897 do juiz *a quo*. Na suprema instância, onde como apelação tomaram os autos o nº 343, foram êstes distribuídos ao Exmo. Sr. Ministro Macedo Soares, funcionando como revisor o Exmo. Sr. Ministro Pindaíba de Matos.

Sustentando a apelação interposta, arrazoou o procurador seccional, cuja produção transcrevemos em apenso ao texto, no lugar adequado. As razões de apelação, pelo apelado, de autoria de Rui, constam dos autos (fls. 73-88), de seu próprio punho, sendo contestadas pelo Exmo. Sr. Ministro João Pedro Belfort Vieira, Procurador Geral da República.

A 13 de junho de 1898 proferiu o Supremo a sua decisão, negando provimento à apelação, para manter por seus jurídicos fundamentos a sentença recorrida (fls. 89-90, v.), anular o processo *ab initio*, ficando a autora recorrente condenada nas custas.

ADVERTÊNCIA DO AUTOR

Não tem um só precedente nos anais judiciários, nem ainda na história das pretensões fiscaes a espécie, de que aqui se trata.

Um funcionário, que, durante anos, percebeu, fundado na lei, nas ordens dos ministros, nos atos das secretarias, no assenso do Tesouro, os vencimentos de um cargo, sofre inesperadamente executivo e penhora, para os restituir, apresentando-se como prova indiscutível de débito líquido e certo o simples documento de os haver recebido.

Não se prova, note-se, que elle houvesse recebido *ilegalmente*. Não se prova que o Tesouro tivesse pago *indevidamente*. Nem a tal respeito se admite questão. Prova-se apenas que o Tesouro *pagou*, e o empregado *recebeu*. Tanto basta, para constituir a favor do Tesouro um *débito líquido e certo*, para sujeitar o empregado a *executivo e penhora*.

Consequências:

1.º — Todo aquêl, que recebeu do Tesouro, é devedor do Tesouro, e há de restituir, se o Tesouro o executar, salvo simplesmente o seu direito de ventilar depois, em ação ordinária, os fundamentos da restituição executivamente extorquida.

2.º — Qualquer funcionário, quando menos cuida, pode ser obrigado *executivamente* a repor à Fazenda os vencimentos, que esta lhe houver pago.

A prevalecer, pois, essa doutrina, manda a prudência que o empregado público não facilite, despendendo os seus vencimentos. Contentese de mirá-los, e recolha-os ao banco; porque da noite para o dia lhe pode sobrevir o executivo para a restituição, e, nessa espécie de meio judiciário, — a *prova de haver embolsado os vencimentos constitui o funcionário na obrigação líquida e certa de o restituir.*

Dir-se-ia história, dir-se-ia anedota; mas é realidade: o objeto dêste pleito é isso.

RUI BARBOSA.

1 — Embargos

Por embargos a penhora de fls. 7, diz e provará o almirante Dr. José Pereira Guimarães, contra a Fazenda Nacional:

1.º

Nenhum fundamento em direito assiste a êste executivo, insigne extravagância, que se há de assinalar como um dos espécimens mais curiosos na crônica dos despropósitos fiscais.

2.º

Assenta, com efeito, a pretensão da fazenda unicamente na consideração (fls. 3) de que, "na forma da lei, não podia o executado acumular os vencimentos de lente jubilado da faculdade de medicina desta cidade com os de inspetor da saúde naval conforme os papéis anexos ao aviso n.º 192 do ministério dos negócios da marinha de 25 de janeiro último".

Mas

3.º

No ministério dos negócios da marinha certificam ao executado não se ter expedido ali o aviso, a que alude a certidão de fls. 3, o que, a ser verdadeiro, inquinará de falsidade pela base o procedimento fiscal.

4.º

Quando, porém, realmente exista o aviso invocado, para justificar a reclamação vertente, necessário seria atribuir a êsses atos, de pura administração, a força de dar e tirar direitos legislativamente adquiridos, isto é, reconhecer ao governo autoridade ultra-legislativa.

5.º

De fato, na forma de atos legislativos em vigor, não só não é verdade que o executado seja devedor à fazenda nacional de rs. 17:611\$378, por que o demandam, como, pelo contrário, a realidade é ser êle credor da fazenda nacional na soma correspondente aos vencimentos acumulados, que se lhe deixaram de pagar de janeiro de 1894 em diante, e que o prejudicado já reclamou do ministério da fazenda.

6.º

Não há dúvida, em verdade, que perante as regras gerais de direito administrativo, "o funcionário público de qualquer ordem ou categoria, que, *depois* de aposentado, ou jubilado, aceitar do governo geral, ou provincial, emprêgo ou comissão remunerada, perderá, durante o exercício, tôdas as vantagens da aposentadoria, ou jubilação". L. n.º 3.396, de 24 de novembro de 1888, art. 33.

Mas o caso do executado não se acha sob o domínio dessa disposição, senão sim sob o de atos legislativos especiais, que individualmente o regem.

Realmente

7.º

A situação do executado não é a de um funcionário, que, achando-se no gozo de uma aposentado-

ria, ou jubilação, administrativamente concedida, aceitasse "*depois*", na frase da lei supra-transcrita, nova nomeação, por arbítrio administrativo.

8.º

A jubilação do executado no cargo de lente da faculdade de medicina do Rio de Janeiro e sua nomeação para o lugar de inspetor da saúde naval foram decretadas *simultâneamente* em 31 de janeiro de 1891. (Docs. ns. 2 e 3)

O executado foi, portanto, jubilado no primeiro emprêgo com o intento manifesto de ser provido no segundo; o que exclui, em relação à hipótese, a razão determinante do art. 33 da lei de 1888, na qual se pressupõe que a confissão de validez, implícita no regresso voluntário ao serviço, importa renúncia às vantagens da inatividade retribuída. A intenção do poder que, no mesmo momento, jubila um cidadão num cargo, e o nomeia para outro, é òbviamente que òle acumule os benefícios da atividade paga no segundo aos da inatividade remunerada no primeiro.

9.º

Na espécie esta conclusão não é só o que irrecusavelmente se deduz da simultaneidade entre os dois atos, como o que resulta da linguagem expressa deles; porquanto a jubilação foi dada ao lente "com todos os vencimentos", diz um decreto, "que percebe atualmente pela tabela, a que se refere o decreto n.º 9.311, de 25 de outubro de 1884" (doc. número 2), e a nomeação feita, reza o outro, "de conformidade com o art. 4.º do regulamento anexo ao

decreto n.º 683, de 23 de agosto de 1890". (Doc. número 3).

10.º

Depois, o direito do executado ao vencimento, que ora se lhe quer negar, a saber, o alcance irrecusável do ato do governo provisório foi autenticamente interpretado, em seu nome, no documento junto sob n.º 5, onde formalmente se declara que

«ao dr. José Pereira Guimarães, jubilado por decreto de 31 de janeiro último com todos os vencimentos no lugar de lente catedrático de anatomia descritiva da faculdade de medicina do Rio de Janeiro, *compete, de conformidade com o citado decreto e com a tabela anexa ao de nº 9.311 de 25 de outubro de 1884, o vencimento anual de 6:400\$000*».

11.º

Entre esta interpretação, formulada em nome do signatário dos decretos de 31 de janeiro de 1891, o chefe do governo provisório, (*) pelo seu secretário de Estado, o então ministro dos negócios da fazenda, (**) e a do ministro da fazenda atual, (***) não pode ser duvidosa a preponderância da primeira sobre a segunda; tanto mais quanto essa inteligência tem a sanção e a co-responsabilidade do cidadão que exerce presentemente o ministério da fazenda, e que, ocupando esse lugar por muitos meses de 23 de novembro de 1891 em diante, reconheceu o direito, que hoje nega ao executado, pagando-lhe os vencimentos, que agora lhe pretende tirar.

(*) Marechal Deodoro da Fonseca. (N. R.)

(**) Cons. Tristão de Alencar Araripe. (N. R.)

(***) Dr. Francisco de Paula Rodrigues Alves. (N. R.)

12.º

Indubitavelmente, pois, a situação criada, a favor do executado, pelos dois atos simultâneos de 31 de janeiro de 1891, que o jubilaram num cargo, investindo-o em outro, constitui uma exceção intencional ao disposto na legislação anterior: é uma verdadeira dispensa nela.

A questão, portanto, está em saber se o governo, que assim procedeu, tinha autoridade, para dispensar na lei, isto é, se dispunha de poder legislativo.

13.º

Ora que o governo provisório exerceu a pleno o poder legislativo, e que a força legislativa dos seus atos se acha plenamente sancionada pelas instituições atuais, não pode sofrer, hoje, a menor dúvida sensata.

Tôda a nossa vida civil e política, administrativa e judiciária pressupõe-lhe essa autoridade; e se ela desaparecesse, ou fôsse desconhecida, com ela se desconheceria, e estaria extinta a própria autoridade da justiça, cuja atual organização é obra de um decreto do governo provisório, como obra dêle é, em imensa escala, a legislação administrativa, política, civil, comercial, criminal e processual, sob que atualmente vivemos.

14.º

E, para que êsses atos revestissem autoridade legislativa, bastava, como na espécie em questão, que fôssem consignados em decreto, isto é, que reunissem à assinatura do ministro, por quem corria o assunto, a do chefe do Estado.

É o que está firmado pela jurisprudência administrativa, judiciária e parlamentar.

15.º

Especialmente no que respeita à jubilação de membros do corpo docente nas instituições de ensino superior, a doutrina acha-se definida até por decisões formais do governo atual.

Haja vista o documento junto sob n.º 4, do qual consta um despacho do ministro dos negócios do interior, em novembro do ano transato, nestes termos:

«O peticionário, contando pouco mais de oito anos de serviço no magistério, foi jubilado no lugar de lente catedrático com vencimentos integrais, por decreto de 21 de fevereiro de 1891.

«Esse ato do governo provisório *tem evidentemente caráter legislativo*; pois que a aposentadoria concedida em tais condições não se baseava em nenhuma das leis ou regulamentos então em vigor àcerca de aposentadorias, jubilações, ou reformas, e, se fôsse praticado em regímen normal e por motivos excepcionais, só poderia ser válido, se o poder legislativo houvesse dado prévia autorização ao executivo para o fim especial de dispensa na lei».

16.º

O que este executivo arma a arrancar ao executado, portanto, é um direito adquirido por título legal indisputável, cuja autoridade tem sido reconhecida por todos os ministros da fazenda, *inclusive o atual*, já pelo continuado pagamento dos vencimentos durante trinta e cinco meses, já pela portaria de 20 de abril de 1891 (doc. n.º 5), já pelo despacho exarado no documento n.º 5, concernente ao seu montepio.

17.º

Esse direito adquirido está, de mais a mais, sob a proteção da lei n.º 44-B, de 2 de junho de 1892, cujo art. 1.º dispõe:

«Os direitos já adquiridos por empregados inamovíveis, ou vitalícios, e por aposentados, na conformidade das leis ordinárias anteriores à constituição federal continuam garantidos em sua plenitude».

18.º

A essa consagração acresce a do decreto n.º 117, de 4 de novembro de 1892, que, regularizando a concessão de aposentadorias a funcionários públicos, deixou expressamente fora das suas disposições os aposentados por leis excepcionais, prescrevendo, no art. 9.º:

«São excluídos das disposições desta lei os funcionários, cuja aposentadoria é regulada em lei especial».

Ora, a mais especial das leis especiais é a que especialmente regula a condição de certo e determinado indivíduo.

E neste caso se acham os decretos legislativos expedidos, em 31 de janeiro de 1891, pelo primeiro legislador republicano à cerca do executado.

19.º

Mas, se, em relação aos vencimentos, em que ainda se não embolsou, da sua aposentadoria, decorrentes de janeiro de 1894 para cá, o direito do embargante é um direito *adquirido*, desde que direito adquirido, na definição de SAVIGNY, (*) é o

(*) *Traité de Droit Romain* [System des heutig römischen Rechts]. Trad. par Guenoux. Tome VIII, §§ 383 e segs. Paris, 1866. (N.R.)

que se funda num fato jurídico verificado, mas que ainda se não fêz valer, — a respeito dos vencimentos já pagos e agora excêntricamente exigidos mediante êste executivo, o seu direito é de caráter ainda mais categórico: é um *direito consumado*. Direito consumado é o direito adquirido, que já produziu todos os seus efeitos. O direito do embargante era adquirido pelos decretos de 31 de janeiro de 1891, e consumado tornou-se pelo pagamento, realização material dêsse direito, que recebeu.

20.º

Ora,

«quando uma relação jurídica se consumou, o objeto do direito já não existe na sua individualidade: *confundiu-se no patrimônio*, tornando-se matéria, a que se não pode retroceder nas ulteriores transformações dessa relação jurídica». GABBA: *Della retroattività delle leggi*, vol. 1, pág. 35.

21.º

É doutrina corrente que o pagamento é um dos modos, pelos quais o direito *se consuma*; e, consumado o direito, nem mesmo as leis expressamente retroativas, nos casos em que o legislador dispõe do arbítrio de expedir leis tais, podem atingí-lo.

«Importa ora determinare quali siano i modi nei quali i rapporti giuridici ottengano quella finale perfezione che li sottrae all'azione di qualunque legge posteriore BEN CHÉ RETROATTIVA.

«Tali modo sono: la transazione, la sentenza passata in giudicato E IL PAGAMENTO». GABBA: *Ibidem*.

«Il pagamento e pure, come osservano il BERGMANN (p. 156) e il WAECHTER (vol. II, p. 187), um modo di ulti-

mare i rapporti giuridici irretrattabile mediante una legge posteriore, a cui l'arbitrio del legislatore abbia dato forza retroattiva». Ib. p. 37.

22.º

De modo que, ainda quando sobreviesse uma lei, e uma lei formalmente retroativa (caso ao congresso, entre nós, não fôsse denegado pela constituição o poder de expedir leis dessa natureza), irretratável seria, a despeito dela, o pagamento, feito ao embargante, dos vencimentos, que agora o Tesouro pretende reaver.

23.º

A não exercer, portanto, o ministério da fazenda uma soberania ultra-legislativa, uma autoridade *sui-generis*, mais alta do que seria a do próprio congresso nacional, se a constituição brasileira lhe permitisse decretar leis retroativas, a atitude dêsse ramo da administração na espécie vertente, buscando por êste artifício converter o embargante de credor em devedor, representa um êrro palmar e um abuso grosseiro.

E, se prevalecesse a invenção jurídica, que se envolve neste executivo, o funcionário público, de ora avante, se veria na posição de depositário dos seus próprios vencimentos, sujeitos à restituição sob penhora, quando quer que o govêrno, considerando mal feito o pagamento, deliberasse reembolsar-se.

Em vez de subsistir do seu salário, o empregado teria de recolhê-lo ao banco, na previsão do executivo impendente a cada momento.

24.º

Nos melhores de direito, pois, devem os presentes embargos ser recebidos, para o fim de se julgar, afinal, insubsistente a penhora, condenada a Fazenda Nacional às custas.

Protesta-se por todos os meios e termos de direito.

Rio de Janeiro, 29 de maio de 1896.

RUI BARBOSA.

2 — Razões finais do executado

Decididamente o fisco brasileiro não se digna de raciocinar como nós outros simples mortais.

O art. 201 do Dec. n.º 848, de 11 de outubro de 1890, converteu-se em panacéia irresistível a benefício das mais grosseiras extorsões tentadas pelo Tesouro, graças a uma hermenêutica, por obra da qual aos imensos privilégios da fazenda se acrescenta agora o de não ser obrigada a provar os débitos, cujo pagamento demanda, e o de tirar, ainda em cima, ao executado o direito de lhes provar a irreabilidade.

Já não basta ao Estado, na arrecadação das suas dívidas ativas, a garantia formidável do *solve et repete*, nem as formas singulares da sua cobrança judicial. Começam as demandas fiscais, por onde as outras acabam: pela execução, pela penhora. Firma-se dêste modo para os interesses do erário um sistema de segurança absoluta.

Mas ainda era pouco.

Como o texto miraculoso, que encabeça a contestação de fls. 30, diz que, "a matéria da defesa estabelecida a identidade do réu, consistirá na *prova da quitação*, nulidade do feito, ou prescrição da dívida", conclui a lógica fiscal que a simples *alegação* da dívida, por parte da Fazenda, obriga o executado a pagá-la, se não puder *provar* a quitação. Custa a conceber desvio tamanho na inteligência de cláusula tão clara.



O intérprete não admite à defesa outro direito, além do de mostrar a extinção do débito.

Mas se o débito nunca houvesse existido?

Pode-se documentar a cessação de um vínculo jurídico, que nunca se formou?

Pode-se constrangir o réu ao implemento de uma obrigação, cuja existência o autor não demonstra?

Nem uma nem outra coisa quer o art. 201.

Ele não podia isentar o fisco exequente da prova do direito, que executa.

Ele não aboliu em proveito da Fazenda as regras universais do processo, que cometem ao autor o encargo da prova: *Incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*: (PAULO, fr. 2, D. de probationibus). *Necessitas probandi incumbit illo, qui agit*. (MARCIANO, fr. 21 eod.) *Auctore non probante absolvitur reus*. Quitação quer dizer liberação de um compromisso. Se o compromisso é imaginário, não há de que quitar: a quitação é impossível. Logo quando o art. 201 obriga o executado à prova da quitação, é supondo feita pelo Tesouro a prova do débito.

Não se havia mister de provisão expressa na lei, a tal respeito; visto que a lei não é manual de rudimentos jurídicos, nem compêndio elementar de lógica.

Entretanto, bem que o órgão da Fazenda, o não visse, lá está formalmente explícito, no decreto número 848, o preceito aliás subentendido pelo bom senso. No capítulo do "Executivo Fiscal", que termina como o art. 221, a primeira disposição é a do art. 196, que abre por estas palavras:

«Com o documento comprobatório da dívida iniciar-se-á o processo, requerendo a expedição do mandado».

Eis aí peremptòriamente exigida ao fisco a *prova da dívida* acionada.

A prova da dívida pelo autor, ainda que êste seja a Fazenda, e a ação o executivo fiscal, precede, pois, necessariamente a prova da quitação pelo réu. Dívida é obrigação; e a obrigação emana do contrato, da culpa, ou da lei. Por outra: emana da lei, direta, ou indiretamente. Indiretamente, pela ação dos fatos, a que a lei reconhece êsse poder; diretamente, pelo resultado imediato dos textos imperativos. Por isso determinou a constituição federal, art. 72, § 1.º, reafirmando o disposto na constituição imperial, art. 179, n.º 1, que "ninguém pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Dar ao erário o privilégio de cobrar dívidas, sem prová-las, ou, o que é o mesmo, transferir do exequente para o executado, nas execuções fiscais, o ônus da prova, seria transgredir essa cláusula constitucional.

Se o fisco não puder exhibir lei, ou fato legal, que lhe equivalha, em justificação do crédito, que pleiteia, ninguém me pode obrigar a pagá-lo ao fisco.

"O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude", estatui ainda, a constituição no art. 72, § 17. E êsse direito não existiria perante o erário, se, nas causas promovidas pela fazenda pública, o réu tivesse que provar a exoneração de obrigação, cuja realidade não se achasse primeiro justificada pela autora.

Num país, onde o direito fôsse êsse, o Estado não necessitaria, sequer, de abalançar-se à medida excepcional da confiscação, para se apoderar dos bens particulares. Chegaria mais facilmente ao mesmo *desideratum* mediante o executivo fiscal. A defesa

seria tanto mais impossível, quanto mais irreal a obrigação demandada. Sendo completamente supositícia a dívida, ver-se-ia o executado na impossibilidade de apresentar a *prova da quitação*. E por êsse ingênuo sistema de executar dívidas não contraídas, negada a faculdade ao réu de ventilar a gratuidade da reclamação, o patrimônio individual manaria suavemente das mãos dos seus legítimos detentores para as arcas da Fazenda.

“Più che nei suoi privilegi” escreve MANTELLINI, “dal Codice si soccorre con le sue definizioni ai casi, che abbia la finanza da definire; ma nè *potrebbero i privilegi per la finanza offendere i principi della proprietà*, ne le definizioni del Codice applicarsi ai casi dubbii del tributo, senza tener conto dei criteri connaturali a uma legge di tassa”. (*Lo Stato e il Codice Civile*, vol. 1, págs. 241, 242).

O direito de propriedade está acima dos privilégios outorgados à administração das finanças. E, para que o direito de propriedade não desapareça, absorvido pelos privilégios fiscais, necessário é manter rigorosamente nas execuções da fazenda, como nos pleitos comuns, a regra de que o *onus probandi incumbit auctori*. E provar não é simplesmente alegar. Se a alegação não se acompanhar de prova, ou se a prova aduzida não fôr concludente, a defesa do executado está feita: não há que dar prova da quitação, por isso que não se apresentou prova da obrigação.

Nem é tudo. Se a quitação pressupõe a realidade anterior da obrigação alegada, a defesa pode incontestavelmente, discutir-lhe não só os elementos materiais, como os elementos jurídicos.

Não basta, por exemplo, o documento da inscrição do contribuinte em uma verba tributária, para o constituir na obrigação de se quitar.

Se o lançamento não se baseia em lei, se o imposto é obra de um regulamento contrário à lei, ou de uma lei oposta à constituição, o executado tem direito à absolvição, provando, não a quitação, a que nada o obriga, mas a irregularidade do lançamento, a ilegalidade ou a inconstitucionalidade da taxa.

Falamos de taxas exemplificativamente; porque a verdade elementar, em que nos firmamos, se aplica do mesmo modo a todos os créditos fiscais. E tanto a noção é corrente, não só no foro dêste juízo, como entre os competentes do Tesouro, que, no mandado a fls. 5 e na certidão de fls. 3, a razão expressa da cobrança está em se considerar o réu "devedor à Fazenda Nacional da quantia de rs. 17:000\$378, *que ilegalmente recebeu*".

Demanda-se o réu por essa importância, alegando que o réu a embolsou *ilegalmente*.

Não é, pois, o próprio juízo federal, não é o Tesouro mesmo quem reconhece que, verificada a legalidade do embolso, cessa o fundamento da obrigação, acaba o motivo de pedir?

Como desconhecer então ao executado o direito de mostrar que recebeu *legalmente*?

Sua quitação é a legalidade do embolso, em cuja ilegalidade se estriba o executivo.

* * *

Se o réu, portanto, mostra que o recebimento cumulativo dos vencimentos dos dois cargos assentava, para êle, em título legal, exonerado estará do reembolso, que a Fazenda lhe exige. Eis a questão, determinada pela própria Fazenda no ato fiscal de fls. 3 e pela justiça federal no ato judiciário de fls. 5.

Ora, o pagamento, feito ao réu, dos vencimentos de jubilado no cargo de lente efetivo e no de inspetor da saúde naval se apoia nos dois decretos, à fl. 20 e fl. 22, ambos do Governo Provisório em 31 de janeiro de 1891, o primeiro pelo ministério do interior, o segundo pelo da marinha.

Eram, ou não, legislativos êsses atos ?

A questão é esta; porque se os dois decretos daquela data, expedidos a favor do réu, eram legislativos, estão forçosamente incluídas na classe das "leis ordinárias anteriores à constituição federal", a que alude a lei n.º 44-B, de 2 de junho de 1892, art. 2.º, transcrito na contestação a fl. 31 verso.

Tinham, pois, aquêles dois atos fôrça da lei ?

O órgão da justiça pública acabrunha o Governo Provisório com a acusação de graves abusos, por êle cometidos nos primeiros dias da república em matéria de aposentadorias.

Não é difficil a severidade com os mortos.

Mas como acabar é o destino de todos os governos, para os quais não se abre exceção na ordem natural das coisas humanas, bem pode ser que o abuso administrativo, tão convencidamente advogado agora nestes autos, venha a encontrar vingança, por sua vez, algum dia, na austera palavra do ministério público, quando o caso aqui debatido passar à história.

Entretanto, por muito que valha a sentença do representante judicial da Fazenda contra o Governo Provisório, não vai até destituí-lo da autoridade de legislador.

Essa autoridade recebe, até, a sanção do órgão, fiscal, em cujas alegações figura como argumento legislativo, no lugar de honra, o dec. n.º 848, de 11 de outubro de 1890.

Que é êsse decreto, senão um ato do Govêrno Provisório ?

O Govêrno Provisório, porém legislava e, ao mesmo tempo, administrava. O único poder, que êle não exerceu, foi o judiciário. Os dois outros estiveram enfeixados nas mãos dessa ditadura durante quinze meses, em que a fecundidade legislativa competiu com a atividade administrativa. Mas, confundidos na mesma entidade os dois poderes, por que sinal discernir os atos de cada um ?

Tem-se querido ver a característica das leis promulgadas por aquêlê govêrno na assinatura coletiva dos atos pela totalidade dos membros, que o compunham. Mas essa característica é falsa. Raríssimos foram os atos do Govêrno Provisório coletivamente subscritos por êle. Salvo os decretos dos primeiros dias, que proclamaram a decadência da realeza, o advento da república, e, mais tarde, os que separaram a Igreja do Estado, e promulgaram o projeto de constituição republicana, muito poucos restam com êsse distintivo. Na generalidade dêsses casos, porém, não era o poder legislativo o que êle exercia prôpriamente: era antes o poder constituinte. Não se muda uma forma de govêrno, não se destrona uma dinastia perpétua, não se abole uma religião de Estado por leis ordinárias.

Quase tôdas as leis ordinárias decretadas pelo Govêrno Provisório tiveram apenas a assinatura do chefe do Estado, com a referenda do ministro, à especialidade de cuja pasta dizia respeito o objeto do ato.

Assim, no ministério da fazenda, os decretos n.º 164, de 17 de janeiro de 1890, e, ainda no mesmo ano, o decreto n.º 850, de 13 de outubro e o decreto de 11 de novembro, que reorganizaram a le-

gislação das sociedades anônimas, o decreto n.º 165 de 17 de janeiro, que legislou sobre emissão e bancos, estabelecendo, a êsse respeito, no país, um regime novo, o decreto n.º 165-A, da mesma data, concernente às operações de crédito móvel, o decreto n.º 169-A, de 19 de janeiro de 1890, que reformou o nosso sistema hipotecário, o dec. n.º 196, de 1.º de fevereiro que fundou novo direito e novas penas em matéria de contrabando, o de 7 de dezembro, que estatuiu a fusão bancária, e vários outros providenciando sobre a conversão da renda, o resgate do papel moeda e a amortização da dívida nacional.

Assim, quanto ao ministério da justiça, em 1890, os decrs. 350, de 26 de abril, que extinguiu o juízo conciliatório; n.º 521, de 26 de junho, que vedou o casamento religioso antes do civil; n.º 847, de 11 de outubro, que estabeleceu o novo código penal; número 848, da mesma data, que deu à justiça federal a sua organização; n.º 916, de 24 de outubro, que fundou os registros de firmas comerciais; n.º 917 do mesmo dia, que reformou o código comercial, na parte relativa às falências; n.º 1.030, de 14 de novembro, que organizou a justiça federal nesta cidade.

Do ministério da agricultura poderemos apontar o dec. n.º 1.050, de 21 de novembro, que incorporou ao domínio do Estado as terras com que fôra dotada a princesa imperial. Do do interior, o dec. número 511, de 23 de junho, que regulou o processo eleitoral. Do do exterior, o dec. n.º 997-A, de 11 de novembro, que reorganizou o corpo diplomático. Do da marinha, os decrs. n.º 509, de 21 de junho e 28 de novembro, que promulgaram o código disciplinar

da armada, e o dec. n.º 949, de 5 de novembro, que estatuiu o seu código penal.

Todos êsses atos, que legislavam sôbre assuntos da mais alta gravidade, e supunham, em quem os exercia, o poder legislativo na sua mais completa plenitude, revestiam a mesma forma exterior que os atos meramente administrativos dêsse govêrno: a rubrica do chefe do Estado e a referenda singular do ministro.

Logo, não se diferenciando pela forma, nos atos do Govêrno Provisório, os legislativos dos administrativos, o critério, por onde havemos de separá-los, é a sua natureza.

Administra o poder, que executa a lei.

Legisla o poder, que a faz, ou altera.

Nos atos praticados, portanto, em conformidade com a lei preexistente, o Govêrno Provisório administrava.

Nos atos praticados em desvio da lei, legislava.

Ora, seria executório da lei existente em janeiro de 1891 o duplo ato do Govêrno Provisório, que, na mesma data, jubilou em um cargo o réu, e o proveu noutro, assegurando-lhe assim as vantagens de ambos, com os ônus apenas do segundo?

Não. Êsse ato não girava na órbita da lei: dispensava nela: derogava a lei em favor do executado.

Graves motivos devia ter tido para êste procedimento o govêrno da revolução. Êle atendeu provavelmente ao mérito excepcional do beneficiado. A administração da marinha considerava-lhe necessários os serviços naquele pôsto eminente. Mas, não podendo obrigar êsse funcionário e a resignar as vantagens da situação menos onerosa igualmente

paga de lente, deliberou, por especial mercê, acumular nêle os proventos de ambas, eximindo-o às obrigações de uma, para o ter inteiramente entregue aos deveres da outra.

Fôssem, porém, quais fôssem os motivos dessa medida, o certo é que o Govêrno Provisório não na podia ter adotado senão em caráter de legislador; e, como legislador era êle, êsse foi necessariamente o poder, que exerceu, ao decretá-la. Não importa o caráter individual do ato. Tôdas as legislaturas do mundo votam providências de interêsse individual, isenções, graças, dispensas singulares na lei. O Govêrno Provisório exerceu muitas vêzes êsse arbítrio. Muitas das suas deliberações dessa natureza continuam em vigor. Entre outras, poderíamos indigitar o decreto n.º 422, de 24 de maio de 1890, referendado pelo ministro da fazenda, que agraciou a Irmandade da Cruz dos Militares com a isenção completa do impôsto da décima predial.

Ora, se *ato legislativo* quer dizer *lei*, lei eram os dois de 31 de janeiro de 1891, com que o réu foi beneficiado pelo Govêrno Provisório; e, se não eram lei constitucional, forçosamente haviam de cair na categoria das *leis ordinárias*.

Sendo, pois, *leis, e ordinárias, e anteriores à constituição*, necessariamente incidem na ressalva firmada pelo art. 1.º da lei n.º 44-B, de 2 de junho de 1892, já invocado por nós à fl. 6, que prescreve :

«Os direitos já adquiridos por empregados inamovíveis, ou vitalícios, e por aposentados na conformidade das *leis ordinárias anteriores à constituição federal*, continuam garantidos em tôda a sua plenitude».

Aposentado, pois, por uma lei ordinária, o dec. de 31 de janeiro de 1891, anterior à constituição

federal, que é de 24 de fevereiro dêsse ano, o réu tem garantido em tôda a sua plenitude o seu direito, que, de mais a mais, como se evidenciou nos embargos de fls. 16 a fls. 18, não é só direito adquirido: é direito *consumado*.

Sem dúvida a posição do executado é *especial*, porque é especial a lei, de que ela resulta.

A isso chama o advogado da Fazenda "confissão nossa".

À fé que lhe não percebemos o intuito.

Quererá dizer o nobre patrono *ex adverso* que, como lei especial, não se compreende na inscrição de *leis ordinárias*?

Não vemos outra maneira de entendê-lo.

Mas então é manifesto o engano, em que labora.

A expressão "*leis ordinárias*" contrapõe-se, não a leis especiais, mas a leis *constitucionais*.

É essa a lexicologia jurídica das duas frases.

No texto em questão a antítese se acha, até, determinada manifestamente pela contigüidade entre os dois membros sucessivos do complemento, em que as duas expressões se reúnem: "*leis ordinárias anteriores à constituição federal*".

Vê-se que o pensamento do legislador foi distinguir, reunindo-as sob a mesma proteção, duas situações jurídicas de origem diversa: a regulada pela constituição federal e a instituída pelos atos legislativos que a precederam.

Não quis a lei de 1891 que os direitos adquiridos por tais atos se houvessem como extintos pela regra geral da constituição.

O que êle quis salvar, foram, portanto, os direitos adquiridos; e êstes não deixam de sê-lo, uma vez que nasçam de lei, porque esta seja especial. Ninguém avisadamente poderá sustentar que o direito resultante de uma generalidade tenha mais vigor do que o proveniente de uma disposição nominativa de lei.

Não dissemos, como afirma, o honrado procurador da República, que "o que rege o caso e apoia a pretensão do réu é o art. 9.º da lei n.º 117, de 4 de novembro de 1892".

Nas nossas palavras, escritas a fls. 16 v., está coisa diversa.

"*A essa consagração*", dissemos ali, depois de nos ocuparmos com a lei de 2 de junho de 1892, e aplicá-la à espécie, "acresce a do decreto n.º 117, de 4 de novembro de 1892, que, regularizando a concessão de aposentadorias a funcionários públicos, deixou expressamente fora das suas disposições os aposentados por leis excepcionais, prescrevendo, no art. 9.º:

«São excluídos das disposições desta lei os funcionários, cuja aposentadoria é regulada por lei especial».

Buscamos, por conseguinte, nesse texto um *argumento adicional* aos anteriores.

Apontamos na lei de 4 de novembro um reforço ao argumento deparado na lei de 22 de junho.

Isso não é afirmar que a primeira é que rege o caso, mas que o instrui e auxilia.

Desaparecesse porém, a cláusula da lei de 4 de novembro, e, ainda assim, não ficaria menos evidente o direito do réu.

Mas porque não há de caber à situação do réu o prescrito na lei de 4 de novembro ?

Porque (fala o exeqüente) as leis, a que se refere o art. 9.º da lei de 4 de novembro, "não são por modo algum os decretos graciosos do Govêrno Provisório".

E por que não ?

O poder legislativo também pratica atos graciosos, que, emanando do legislador, revestem, *ipso facto*, a autoridade de leis.

Se êsses atos do Govêrno Provisório não eram de administração, visto estarem fora da lei, por isso mesmo eram legislativos.

Poderão ser revogados por outras leis, contanto que se ressalve o direito por êles estabelecido, ao menos *nos seus efeitos já consumados*. Mas, em face de uma disposição como a do art. 9.º da lei de 4 de novembro de 1892, que abre exceção ao direito comum, a bem "dos funcionários, cuja aposentadoria é regulada *por lei especial*", o direito de um funcionário, cuja aposentadoria se fixou por uma lei especial entre as especiais, por uma lei nominativa, recebeu indubitavelmente novas garantias.

A aposentadoria do réu pelo Govêrno Provisório é um ato de legislação, desde que quebrava os moldes legais em vigor.

O que a regula, portanto, é a lei especialíssima, que a decretou.

E o direito favorecido por uma lei especialíssima não pode deixar de estar sob a proteção estabelecida em benefício daquele que tem o seu assento em leis especiais.

O superlativo da especialidade não diminui a garantia criada a favor dela.

Chamando, quanto ao mais, a atenção dêste respeitável juízo para a argumentação deduzida por nós nos embargos de fl. 12 a fl. 18 e não respondida na contestação de fl. 30 a fl. 32, aqui terminaremos, esperando que êle os considerará provados, para absolver o réu, e ordenar o levantamento da penhora, decaindo a autora do executivò intentado.

Rio, 7 de dezembro, 1896.

RUI BARBOSA.

APENSO

RAZÕES FINAIS DA FAZENDA EXEQUENTE

Verá o digno Julgador que o arrazoado por demais extenso e fatigante de fls. 36 a fls. 59, pode ser tudo: *um manual de rudimentos jurídicos, um compêndio de lógica, um dicionário biográfico do Governo Provisório*; mas, certo, não é a defesa que a lei consagra e o direito ensina nos executivos fiscais.

Não há que insurgir-se (1) contra disposição tão expressa e duplamente justificável do art. 201 do dec. nº 848 — de 1890, com que iniciamos as razões de fls. 30: expressa, já pela clareza dos termos em que o texto é concebido, já por ser mera reprodução de um dispositivo que, há 8 anos, foi cristalizado no art. 2º do dec. nº 9.885 — de 1888: justificável porque concilia o direito individual com o interesse social, pois que, não tolhe a defesa daquele, a qual tem lugar no contencioso, onde há para isso um verdadeiro processo; e porque permite a União, recolher, com a devida presteza, a seus cofres, os dinheiros com que tem de ocorrer às urgentes e iniludíveis necessidades públicas.

Panacéia, diz o douto patrono *ex-adversus*, referindo-se ao artigo citado.

(1) Interpretar a lei de acôrdo com o direito não é insurgir-se contra ela. Quem ler as nossas razões, págs. 51-64, verá que, longe de nos insurgirmos contra ela, a justificamos, dando-lhe a inteligência racional e jurídica. Contra a lei se insurgem os que a torturam e iludem, como evidentemente quer fazer a absurda hermenêutica do fisco. — R. B.

É possível que o seja; estamos, porém, profundamente convencidos de que, em tempo oportuno, sentirá o executado a eficácia da dose empregada. (1)

* * *

Das numerosas alegações produzidas pelo honrado advogado *ex-adversus*, muitas ficam intactas para, sem *liga* de controvérsia, serem apuradas pelo ilustre Julgador, que, com certeza, confrontá-las-á com a lei, sopezando ainda o valor dos argumentos aduzidos e a autoridade do direito que os repele.

Apenas de duas ocupar-nos-emos nas presentes razões e vêm a ser daquela em que se pede sejam julgados provados os embargos opostos, pelo fato de não haver a A. exequente provado o seu direito e daquela outra, em que se nos ensina, em resposta a uma argumentação por nós produzida a fls. 31 v. e 32, que, «a expressão *leis ordinárias* contrapõe-se, não a *leis especiais*, mas sim, a *leis constitucionais*» (fls. 55).

* * *

Julgávamo-nos (2) dispensado de fazer a prova do direito da União Federal ao pagamento pedido na petição de fls. 2, pelos motivos seguintes:

1º — porque o art. 2º do dec. nº 9.885, de 29 de fevereiro de 1888, revigorado pelo art. 190 do dec. nº 848, de 1890 e pelo art. 14 do dec. nº 173-B, de 1893, assim dispõe:

(Art. 2º cit.): «Considerar-se-á dívida líquida e certa, para o efeito da Fazenda Nacional entrar em juízo com sua intenção firmada de fato e de direito, quando consistir em soma fixa e determinada e se provar... por documento incontestável nos casos em que as leis permitem a via executiva, quanto às dívidas que não têm origem rigorosamente fiscal».

(1) A dose já falhou; porque a sentença do juízo federal (páginas 69-70) nos foi inteiramente favorável. — R. B.

(2) Julgava-se o Fisco «dispensado de fazer a prova do direito da União Federal ao pagamento», que reclama! — R. B.

Ora, ninguém pode contestar a autenticidade do documento de fl. 3, que é uma conta extraída dos livros do contencioso pelo empregado competente e por ele próprio assinada;

2º — porque o documento indicado «tem força de escritura pública e com ela entra a Fazenda em juízo com sua intenção fundada de fato e de direito.

É por isso que em juízo não se pode admitir defesas que importem a discussão de dívida como tal», porque ela constitui coisa julgada. (S. Bandeira. *Manual do Procurador dos Feitos*, nota 77, *in-fine*, ao § 86);

3º — porque o executivo, como se infere do próprio termo — é execução e nesta não se discute mais o direito do A., já debatido na ação mas sim e unicamente trata-se de reduzir o julgado a efeito contra a vontade do condenado». (P. Batista, *Comp. de Teor. e Prat. do Proc.*, § 191).

Na hipótese destes autos, a ação administrativa que precede ao executivo, corre pela Diretoria do Contencioso, cuja sentença corporifica-se na conta ali processada (1) e depois da transcorrência do prazo em que a dita sentença ou decisão passa em julgado é a conta remetida a juízo para a execução.

Vê-se, pois, que por mais poderosas que sejam as alegações indicadas, não podem elas, atentando contra a forma do processo, revogar as leis que a prescrevem.

* * *

No intuito de refutar quanto aduzimos a fls. 31 v. e 32, sobre a lei a que se socorre o executado para amparar a sua pretensão, escreve-se *ex-adversus*, entre outras cousas, a seguinte afirmativa por demais sintomática de caprichosa dialética: — «A expressão — *leis ordinárias* contrapõe-se, não

(1) Falso. Na espécie não há sentença, nem conta, mas apenas certidão dos vencimentos recebidos pelo réu.

Certidão de vencimentos pagos a um funcionário é apenas prova de que ele os recebeu, não de que os deve restituir. — R. B.

a *leis especiais*, mas, a *leis constitucionais*. É essa a lexicologia jurídica das duas frases». Fls. 55. (1)

Pode ser que assim seja, pois somos os primeiros a confessar a nossa pouquidade nas letras jurídicas e nenhuma competência nas regras dos D. D.

Entretanto o ilustrado patrono *ex-adversus* há de nos permitir que com os dicionários da língua portuguesa (2) afirmemos (*tout court*) que o adjetivo *especial* contrapõe-se ao termo *ordinário* e que apoiemos ainda tal afirmativa na autoridade obstinada do senso comum.

* * *

Solicitando a preciosa atenção do honrado Julgador para as razões de fl. 30, esperamos sejam julgados não provados os embargos de fl. 12, condenado o R. no pedido de fls. 2 e custas, como é de justiça.

Rio, 22 de março de 1897.

ESMERALDINO BANDEIRA.

(1) Mas quem foi que já contestou esta noção elementar, óbvia comezinha, escolar? — R. B.

(2) Teve, porém, a precaução de não apontar um só; porque não há um só, que o apóie. — R. B.

SENTENÇA

A Fazenda Nacional, autora, julgando-se credora do contra-almirante dr. José Pereira Guimarães, da importância de Rs. 17:511\$378, quer haver o pagamento da respectiva quantia, mediante o presente executivo fiscal, fundada na certidão do Tesouro à fls. 3, onde se menciona que o mesmo contra-almirante recebeu ilegalmente vencimentos como lente jubilado da faculdade de medicina do Rio de Janeiro, desde 2 de fevereiro de 1891 até 9 de dezembro de 1893, visto que, na forma da lei, não podia acumular tais vencimentos com os de inspetor de saúde naval, conforme os papéis anexos ao aviso nº 192 do ministério dos negócios da marinha de 25 de janeiro de 1896.

Feita a penhora, visto não ter o executado dentro do prazo de 24 horas satisfeito o pagamento da dívida e custas, embargou o referido executado a penhora, alegando que nada deve à fazenda nacional, pois recebeu legalmente os vencimentos em questão em virtude dos decretos do Govêrno Provisório de 31 de janeiro de 1891, jubilando-o, um, no cargo de lente da faculdade de medicina, e nomeando-o, o outro, inspetor da saúde naval, sendo evidentemente que a intenção do poder que, no mesmo momento, jubila um cidadão num cargo, e o renomeia para outro, é que êle acumule os benefícios de um e outro emprêgo; acrescento que, a lei, que o jubilou no lugar de lente, e o nomeou para o cargo de inspetor da saúde naval, é uma lei especial, como são as que regulam a condição de um certo e determinado indivíduo.

Alega ainda o réu que a autora não provou o seu direito.

E, considerando que a certidão de fl. 3 é defeituosa, não é uma certidão autêntica, extraída dos respectivos livros de contas correntes, não só porque não menciona a fôlha e letra dos mesmos livros, como porque trata de restituição de vencimentos indevidamente recebidos pelo réu e indevidamente pagos pelo Tesouro, casos em que é ilegítimo o emprêgo do executivo, que só tem aplicação na cobrança de dívida certa, que é a provada por documentos indiscutíveis e incontestáveis, nas hipóteses em que a lei permite a via executiva, quanto às dívidas, que não têm origem rigorosamente fiscal, assim como em relação às dívidas restritamente fiscais, provenientes dos referidos livros de contas correntes;

considerando que, na dúvida quanto à procedência do executivo, deve o Fisco intentar a ação ordinária, para haver a restituição do que foi indevidamente pago, fornecendo mais ampla discussão à defesa;

considerando que a impropriedade ou ilegitimidade da ação é motivo de nulidade; porque afeta as formalidades substanciais do processo; julgo improcedente a ação, ou nulo o presente meio executivo, e condeno a Fazenda Nacional nas custas.

Publique-se. Distrito Federal, 24 de maio de 1897.

(a) GODOFREDO XAVIER DA CUNHA

RAZÕES DE APELAÇÃO PELA FAZENDA

Ao Egrégio Supremo Tribunal Federal

Retificando o equívoco em que incorremos no final da fl. 62, em que inadvertidamente demos por existente a ação que outrora corria pelo Contencioso do Tesouro, e que hoje só existe no Tribunal de Contas; limitamo-nos a oferecer o merecimento dos autos à sabedoria do Egrégio Tribunal, aguardando a costumada

JUSTIÇA.

Rio, 14 de dezembro de 1897.

ESMERALDINO O. TÔRRES BANDEIRA.

— — —

Em tempo; a demora que se nota na causa supra é devida a extraordinária afluência de trabalhos da procuradoria da República.

Era supra.

ESMERALDINO O. TÔRRES BANDEIRA.



3 — Razões de apelação pelo executado

A promoção a fl. 68 equivale a um *Fiat Justitia*.

De outro modo se não pode traduzir o procedimento do representante do ministério público, que, tendo, para obter a reforma de uma sentença longamente fundamentada como a de fls. 63-4, interposto apelação, se limita, depois de reter consigo os autos durante 44 dias (fl. 68 e v.), a oferecer ao tribunal superior "o merecimento dos autos".

"O faça-se justiça" e o "ofereço ao tribunal o merecimento dos autos" são fórmulas equipolentes, que, em presença de um julgamento cuidadosamente arrazoadado, o órgão dos interesses do Estado não pode empregar, senão quando o recurso intentado é apenas o meio de salvar o dever legal do ofício, conciliando, pela observância silenciosa da pragmática, o ditame da consciência com a obrigação do cargo.

Sendo, pois, o julgado a nosso favor, e não lhe tendo o apelante oposto a mínima refutação, nós é que poderíamos terminar aqui, e oferecer ao Egrégio Tribunal o mérito dos autos, reproduzindo os fundamentos da sentença apelada, que julgou improcedente a ação e condenou a fazenda.

«considerando que a certidão a fl. 3 é defeituosa, não é uma certidão autêntica, extraída dos respectivos livros de contas correntes, não só porque não menciona a fôlha e letra

dos mesmos livros, como porque trata de restituição de vencimentos indevidamente recebidos pelo réu e indevidamente pagos pelo Tesouro, casos em que é ilegítimo o emprêgo do executivo, que só tem aplicação na cobrança de dívida certa, que é a provada por documentos indiscutíveis, incontestáveis, nas hipóteses em que a lei permite a via executiva, quanto às dividas que não têm origem rigorosamente fiscal, assim como em relação às dividas restritamente fiscais provenientes dos referidos livros de contas correntes;

considerando que, na dúvida quanto à procedência do executivo, deve o Fisco intentar a ação ordinária, para haver a restituição do que foi indevidamente pago, fornecendo mais ampla discussão, à defesa;

e considerando que a impropriedade ou ilegitimidade da ação é motivo de nulidade; porque afeta as formalidades substanciais do processo». (Fl. 64)

Que contrapôs a estas verdades elementares, a estas proposições evidentes o nobre procurador seccional ? *Nada.*

Logo, não tinha a defesa agora mais do que entregar-las à sua própria força, a êsse caráter de indiscutibilidade, que tapou a boca ao advogado fiscal.

* * *

A necessidade, todavia, de liquidar alguns pontos da promoção da fls. 61-2, após a qual ainda não falamos no pleito, nos obriga a algumas considerações.

Não nos queremos defender contra a argüição de “por demais árido e fatigante”, com que o patrono do erário nos obsequia, aludindo ao nosso arrazoado na primeira instância. Quando os agentes da fazenda se metem a aquilatar homens de letras, o escritor maltratado bem pode encolher os ombros. Sòmente nos importa acentuar que, se êsse

arraçado vai de fl. 36 a fl. 59, como adverte o nosso adversário, com o intento de lhe atribuir proporções desmedidas, é porque escrevemos unicamente no rosto das fôlhas, e pouco mais que do meio dêle para baixo; o que, feita a conta com lealdade e aritmética, reduziria o número de fôlhas ocupadas pelas nossas alegações pouco mais ou menos a um quarto do número aparente, isto é, apenas *a seis*.

Não é muito, quando se tem de apurar com o Fisco as primeiras letras jurídicas.

No seu hábito de personalidades, tão destoante da compostura do ministério público, o ilustre advogado do Tesouro admite, quando muito, que, naquele trabalho, houvéssemos traçado "*um manual de rudimentos jurídicos, um compêndio de lógica, um dicionário biográfico do govêrno provisório*", ironias que o nosso eminente colega sublinha gráficamente, quiçá para as tornar sensíveis à inteligência menos sagaz de apreciadores obtusos.

O govêrno provisório não se biografa a si mesmo como os desconhecidos pretenciosos. Mas que o enxovalhem (como o fêz a fl. 31, o procurador seccional) com apreciações injuriosas, os agentes fiscais, esquecidos de que, na sucessão dos governos, o *govêrno é um só*, e de que nesse nexos de continuidade, solidariedade e respeito está a base de tôda autoridade no seio da ordem legal, é o que já exorbita dos limites da tolerância admissível, e não podia deixar sem resposta um membro do govêrno provisório, gratuitamente ofendido no melindre coletivo da administração, que fundou o regímen atual.

Nem é também nossa a culpa de trazer o debate até os *compêndios de lógica e os rudimentos jurídicos*; porque a tal pode uma pessoa, mui contra a sua vontade, se ver coagida em verdadeira situação

de *legítima defesa*. Não nos vemos nós agora obrigados a descer até à *Artinha*, para dizer ao nosso adversário que não somos nós quem erra, escrevendo “patrono *ex-adverso*”, mas êle, quando, emendando-nos, repete quatro vêzes em duas fôlhas o solecismo “*ex adversus*”? para o precaver contra essa confusão entre nominativos e ablativos, capaz de abolir o direito civil, e substituir o *Corpus Juris* pelas ordens do Tesouro?

Aí está porque êste, claudicando sempre em coisas elementares, censura como “por demais sintomático de caprichosa dialética” (fl. 62 v.) o nosso assêrto de que “*leis ordinárias* se contrapõem, não a *leis especiais*, mas a *leis constitucionais*”.

A esta verdade, cuja elucidação, desenvolvida por nós a fls. 54-6, era necessària à intelligência da lei n.º 44-B, de 2 de junho de 1892, art. 1.º, opõe o honrado patrono *ex-adverso* tão sòmente o assêrto de que “os dicionários da língua portugûesa e a autoridade obstinada do senso comum opõe o adjetivo *especial* ao têrmo *ordinário*” (fls. 62 v.)

A inocente calúnia felizmente não individualiza um só dicionário. Ê que em nenhum dêles se poderia encontrar a justificação dêsse falso testemunho ao senso comum.

O que nunca se contestou neste mundo, é que *gênero* se contrapõe a *espécie*, é que de *genus generis*, derivou o portugûês *geral*, de *espécies speciei* descendeu o latim *specialis*, o vulgar *especial*, e que, portanto, o que se contrapõe à lei *especial* é a lei *geral*. Agora, se, deixando a etimologia e a lexicologia comum, buscarmos o sentido técnico das palavras jurídicas onde havemos de achá-lo, isto é, nos livros dos jurisconsultos, seja-nos lícito apelar para a au-

toridade de RIBAS, que, no seu *Curso de Dir. Civ. Brasil.*, vol. I, pág. 204 e 205 ensina:

«Consideradas em sua amplitude, podemos dividir as leis em *gerais, especiais e individuais*». (1)

Por outro lado, para contestar que a expressão *lei ordinária* lembra por antítese a locução *lei constitucional*, e não lei especial, é necessário esquecer o uso comezinho da linguagem, onde a cada momento a *lei constitucional* se defronta com a *ordinária*, o legislador ordinário com o legislador constituinte. Escrevendo estas razões no campo (*) e sem livros, não temos à mão os autores, com que tão fácil nos seria comprovar essa trivialidade, abrindo a esmo os manuais mais vulgares. Por acaso temos aqui, porém, graças à sua novidade, uma das publicações mais recentes de direito político: o *Trattato di Diritto Costituzionale* di FRANCESCO CONTUZZI, (Torino, 1895). E nesse livro do eminente professor da Universidade de Nápoles se nos depara: "*Distinzione fra le LEGGI COSTITUZIONALI e le LEGGI ORDINARIE*" (pág. 29); "*Ivi HA importanza la distinzione tra le leggi COSTITUZIONALI e le leggi ORDINARIE*" (página 30), "*Ogni atto non COSTITUZIONALE può essere modificato dalle legislature ORDINARIE, senza le formalità indicate per la revisione degli atti COSTITUZIONALI*" (*ib.*, n.º 1); "*Della sola importanza giuridica*

(1) O douto procurador seccional esqueceu, até, a regra de hermenêutica elementar, ensinada aos principiantes de direito, na qual essa contraposição é manifesta: *Lex generalis non derogat specialem. Lex specialis derogat generalem*.

A êsse rudimento jurídico se refere DALLOZ nos dois tópicos seguintes, que aqui aditamos em reforço ao exposto no texto:

«*Les lois générales ne sont pas non plus présumées déroger aux spéciales*». *Repertoire*, v. XXX, p. 213, n. 548.

«*Mais dans les points sur lesquels la loi spéciale est muette, la loi générale doit suppléer à son silence*». *Ib.*, n. 549.

(*) Achava-se o Autor em Nova Friburgo. — (N. do Rev.)

che in Italia può avere la distinzione tra leggi FONDAMENTALI e leggi ORDINARIE". (Pág. 35) "La vera e propria importanza jurídica in Italia della distinzione fra leggi COSTITUZIONALI e leggi ORDINARIE" (Ibid.) "Rapporti fra lo STATUTO e le leggi ORDINARIE" (pág. 41).

É preciso ter atrás de si o Tesouro Nacional, para ousar a audácia de negar vulgaridades tais, julgando-se em seguida, ainda em cima, com o direito de argüir de prolixo o pobre contendor obrigado à tarefa ingrata de *provar a evidência*.

Mas, na espécie, o arrôjo é tanto mais digno de assombro, quanto a contraposição contestada se acha explícita na própria letra do texto, que se analisa: "Os direitos já adquiridos por empregados inamovíveis, ou vitalícios, e por aposentados, na conformidade das *leis ordinárias* anteriores à *constituição federal*, continuam garantidos em tôda a sua plenitude." (Lei n.º 44-B, de 2 de junho de 1892, art. 1.º).

Ora, tendo sido o R., na mesma data, aposentado em um cargo e nomeado para outro por *decretos* do govêrno provisório, e exercendo o govêrno provisório pelos seus decretos autoridade legislativa, claro está que os direitos do R. aos vencimentos de aposentado num emprêgo e efetivo no outro emanam de uma *lei anterior à constituição federal*.

Segundo o prescrito, portanto, na lei n.º 44-B de 1892, art. 1.º, êsses direitos subsistem *em tôda a sua plenitude*.

E assim o entendeu sempre o govêrno, até que um belo dia, aprouve a um arbítrio de um ministro suspender-lhe os vencimentos da aposentadoria, e

intimá-lo a restituir a quantia a êsse título até então recebida.

Adiante, porém, do secretário do Estado lançou a barra o órgão judicial da Fazenda, que, em vez de mover a ação ordinária, onde se ventilasse a questão de direito, inteiramente nova, suscitada pela estranha deliberação ministerial, cuidou que, para lograr o intento, lhe bastava uma certidão do Tesouro e um executivo.

Felizmente a sentença apelada, adotando a doutrina por nós expendida, restabeleceu os princípios rudimentares, violados por êsse arbítrio.

Só em duas espécies de casos, diz ela ôtimamente, admite a lei o emprêgo do executivo:

se as dívidas são estritamente fiscais, mediante exibição da certidão autêntica extraída dos livros de contas correntes do Tesouro;

se as dívidas não têm origem rigorosamente fiscal, mediante a apresentação do documento indiscutível e incontestável, que torne a obrigação líquida e certa. (Decr. n.º 848, de 1890, art. 190).

É pròpriamente fiscal o débito, de que se trata? Evidentemente não. Débitos fiscais pròpriamente ditos são os que nascem da lei pelas relações por ela estabelecidas entre os contribuintes, ou os agentes fiscais, e o Fisco. É débito fiscal o do contribuinte, porque nasce *ex-vi legis* da sua situação pessoal entre os tributados; e, como tal, se não se pode mostrar quite, *ipso facto* se reputa devedor.

Débito fiscal é, ainda, por exemplo, o do exator, que arrecadou, e não recolheu; porque, se á prova da cobrança não pode opor a da entrega, eo *ipso* está constituído em atraso para com o erário, de quem é cobrador e depositário legal.

Numa e noutra hipótese o documento liberatório contra a conta do Tesouro há de ser a quitação do Tesouro. Aquêlê, portanto, que não possui a quitação, está naturalmente sujeito pela conta à execução fiscal.

Há, porém, algum ponto de afinidade entre essas e a espécie vertente? Que contribuição deixou o R. de pagar à Fazenda? Que quantia recebeu, para lhe entregar? Não está obrigado, para com ela, nem como contribuinte, nem como responsável fiscal.

Logo, não é fiscal o seu débito.

Mas, quando o fôsse, necessário seria que a conta do Tesouro apresentasse os requisitos legais de autenticidade, coisa que não acontece com o doc. a fl. 3, base desta lide, o qual não indica nem a fôlha, nem o próprio livro, de onde se extraiu. É, portanto, viciosa e nula: não produz fé.

Tratando-se assim de uma dívida, que não tem propriamente natureza fiscal, necessário era apoiá-la em título, que certificasse a sua liquidez.

Vejamos se satisfaz a essa exigência o doc. de fl. 3.

A êsse respeito labora o ministério público numa confusão deplorável, de tão grosseira que é.

Transcreve, nas razões finais de primeira instância, o art. 2.º do decr. n.º 9.885, de 29 de fevereiro de 1888, revigorado pelo art. 190 do decreto n.º 848, de 1890 e pelo art. 14 do decreto n.º 173-B, de 1893, cujos têrmos são: "Considerar-se-á dívida líquida e certa, para o efeito da Fazenda Nacional entrar em juízo com sua intenção firmada de fato e de direito, quando consistir em soma fixa e determinada, e se provar... por documento incontestável, *nos casos em que as leis permitem a via executiva,*

quanto às dívidas, que não têm origem rigorosamente fiscal".

Trasladando assim a parte do texto concernente "às dívidas que não têm origem rigorosamente fiscal", e suprimindo, com a reticência acima indicada, o membro do artigo relativo "às dívidas de origem fiscal", cuja prova se há de fazer "pela conta corrente do alcance julgada definitivamente por certidão autêntica extraída dos livros respectivos, donde conste a inscrição", é o próprio órgão da Fazenda quem reconhece não ser dos de origem rigorosamente fiscal o débito em questão, e tratar-se, *não de uma dessas dívidas que se liquidam pela exibição de conta extraída aos livros do Tesouro*, mas de uma das que só se podem apoiar noutros documentos de conclusão incontestável.

Entretanto, é ele mesmo quem, logo após, balbudiando as espécies diversas, que acabava de discriminar, acrescenta: "Ora, ninguém pode contestar a autenticidade do doc. de fl. 3, que é uma conta extraída dos livros do contencioso (1) pelo empregado competente e por ele próprio assinada". (Fôlha 62). E, continua, citando SOUSA BANDEIRA num tópico manifestamente alusivo às *contas do Tesouro*: "Porque o doc. indicado tem força de escritura pública". (*Ibidem*).

Admitamos, porém, que o doc. a fl. 3 se possa equiparar às contas do Tesouro, quando essas, segundo a lei e o senso comum, se referem às *dívidas fiscais*, e, segundo a confissão do A., a dívida em questão está na outra classe. Ainda assim, cumpria que essa conta revestisse os caracteres de autenticidade

(1) Na promoção a fls. 68 (pág. 46 deste folheto) o advogado fiscal substitui *contencioso* por *tribunal de contas*, o que não altera os termos da questão. [Pág. 67 da atual publicação — N. Rev.]

dade, que lhe faltam, desde que não menciona a fôlha e letra do livro, de onde se extraiu, como adverte a sentença. (Fls. 63 v. 64)

Demos, contudo, que seja autêntica. Que é o que ela reza ?

Que o R. recebeu do Tesouro 18:269\$130 rs. de vencimentos de lente jubilado. Recebeu-os "ilegalmente", diz o sub-diretor do Tesouro, que firma êsse papel, sem advertir que invade a competência dos tribunais, e dá por provado o que justamente se trata de verificar: a legalidade, ou ilegalidade, do recebimento. A certidão não sentença do direito: *atesta o fato*. Não julga da legitimidade do pagamento feito ao R.: *certifica êsse pagamento*.

Ora, ninguém contesta que o Tesouro houvesse pago ao R. aquela soma, e que o R. a recebesse do Tesouro. Logo, não se contesta à certidão, conta, ou escritura pública (chamem-lhe como quiserem) a sua fôrça probante, nos limites do objeto que ela se destina a provar: *que o R. recebeu, e a A. pagou*.

Mas, provado que a A. pagou, e o R. recebeu, que é o que se segue ? Que a A. tenha o direito de reaver, e o R. a obrigação de restituir ? Evidentemente não; porque, para chegar a êsse efeito, seria mister provar primeiro que o pagamento fôra indevido e ilegítimo o recebimento.

Ora, isso não prova, nem pode provar a conta do Tesouro, a que, sem se lhe querer absolutamente restringir o valor como *documento de um fato*, não se pode reconhecer a mínima autoridade como solução de um litígio de direito. Essa questão é a que o emprêgo do executivo pretende evitar, substituindo-se à ação ordinária pelo jôgo ob e sub-reptício do mais palmar dos sofismas.

A repetição do indébito não se pode efetuar por êsse meio. Se o Tesouro pagou, e quer reaver, não basta, para reaver, provar que pagou; é necessário mostrar *que pagou mal*. E a tal resultado não se pode chegar senão mediante a discussão do direito, a que o executivo, pela rigidez das suas fórmulas, se opõe.

Se aquêlé, que pretende a restituição, afirma que pagou indevidamente, aquêlé a quem ela prejudica, tem o direito de provar que não embolsou e mais que o devido. E sem o debate plenário, que só a ação ordinária autoriza, seria impossível a defesa contra as repetições infundadas. Por uma inversão original, por uma conculcação odiosa dessas noções, o Fisco, anarquizando agora idéias inconcussas, quer da mera prova do pagamento, sem a demonstração da sua ilegitimidade, fazer título líquido e certo, indiscutível e incontestável à restituição.

E, acrescentando o escárneo ao sofisma, julga ter salvado a iniquidade, e justificado a extorsão, quando nos diz: Obedeça ao executivo, e venha depois com a ação ordinária; restitua, e depois demande. Pois não se enxerga, ao menos, a singularidade, a esdruxulez desta *restituição* judiciária *abrindo* espaço a uma *contra-restituição* judicial?

Espremida a essência a essa teoria, teremos apurado o princípio novo de que o *Fisco*, para se *fazer restituir*, basta *provar que pagou*. Isto é: o pagamento, que era até hoje, confissão do débito por parte do devedor, passa a ser, em favor dêste, quando êle fôr o Tesouro, título contra o credor. *Recebeu : logo, reponha. Paguei: logo reembolso.*

Destarte, após anos e anos de emprêgo público, o mísero funcionário pode ser intimado um dia, sob penhora, a recolher em 24 horas ao Tesouro todos os

vencimentos até então embolsados. Em vão apelará para a lei, em cujo nome lhe pagaram. A conta fiscal de que os recebeu será o documento líquido e certo do débito. *Pague, e discuta depois na ação ordinária.*

Tal o último fruto das opiniões detestáveis hoje advogadas entre nós a benefício do Fisco, armado da sua prepotência para disputar, numa época de anarquia, o quinhão leonino aos direitos do indivíduo, cada vez menos amparados.

Nunca se aventaram monstruosidades maiores, sob o sistema dos regalistas, quando a irresponsabilidade da administração pública tinha os seus órgãos nos advogados del-rei.

Temos fé que este egrégio Tribunal as não subcreverá.

Nova Friburgo, 27 de janeiro, de 1898.

RUI BARBOSA.

APELAÇÃO CIVIL N.º 343

É confirmada a sentença que julgou nulo o processo executivo intentado para cobrança de quantia recebida indevidamente pelo apelado, na qualidade de lente jubilado, não podendo como tal acumular os vencimentos dêste cargo com os de inspetor de saúde naval, visto não ser cabido o mesmo processo no caso proposto.

Sendo excepcional a ação executiva, pela violência do processo e conseqüente limitação dos meios de defesa, não pode ser empregada senão nos casos restritos e expressos em lei.

ACÓRDÃO

Vistos, expostos e relatados os autos, julgam improcedente a apelação da Fazenda Nacional interposta da sentença de fls. 63, que anulou o processo executivo, intentado para cobrar do contra-almirante Dr. José Pereira Guimarães a quantia de 17:611\$378, que êste recebera indevidamente como lente jubilado da Faculdade de Medicina desta Capital, visto não poder acumular os vencimentos dêste cargo com os de inspetor de saúde naval.

Porquanto, não procedendo o executivo fiscal senão nos casos taxativamente determinados no art. 189, letra e, do decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, verifica-se da certidão do Tesouro Nacional, fl. 3, que a causa de pedir teria sido um erro, ou engano ou descuido dos empregados da apelante; mas, certamente, se não inclui em qualquer dos casos especificados nos ns. 1º e 3º da dita letra do citado artigo.

E porque seja excepcional a ação executiva pela violência do processo e conseqüente limitação dos meios de de-

fesa, não pode ser empregada senão naqueles casos restritos e expressos.

Confirmando, pois, a sentença apelada e anulando o processo desde o seu início, condenam a apelante nas custas.

Supremo Tribunal Federal, 13 de julho de 1898. — *Aquino e Castro, P.* — *Macedo Soares*, relator. — *Pindaíba de Matos.* — *Piza e Almeida.* — *Américo Lôbo.* — *Pereira Franco.* — *H. do Espírito Santo.* — *Bernardino Ferreira.* — *Ribeiro de Almeida.* — *André Cavalcante.* — *Augusto Olinto.* — *Manuel Murtinho.* — *Lúcio de Mendonça.* — *João Barbalho.*

Fui presente, *João Pedro.*

III

O MONOPÓLIO DE CARNES
VERDES

PARECER



CANDIDO MENDES



O MONOPOLIO
DAS
CARNES VERDES

JUIZO DOS FEITOS DA FAZENDA MUNICIPAL

ACÇÃO ORDINARIA

JUIZ

Dr. Pedro Augusto de Moura Carijó

AUTOR

Custodio Barros da Silva

RE'

A FAZENDA MUNICIPAL

ASSISTENTES

CARMO & C.



RIO DE JANEIRO

Officina de obras do JORNAL DO BRASIL, Gonçalves Dias 54

1898

Fôlha de rosto do avulso publicado em 1898. (Exemplar da Casa
de Rui Barbosa).
(Tamanho natural).

NOTA DO REVISOR

Pelo decreto municipal nº 119, de 19 de novembro de 1894, foi autorizado o Prefeito do Disetrto Federal a celebrar contrato com o cidadão Manuel Gomes de Oliveira, concedendo-se a êsse último o monopólio para fornecimento de carne verde à população da Capital de República. Em face da autorização contida no ato legislativo, foi celebrado o contrato a 21 de julho de 1897, sendo mais tarde modificadas algumas de suas cláusulas por força das autorizações conferidas nos decretos ns. 439 e 475, de 14 de outubro e de 20 de novembro de 1897, respectivamente.

Alegando, entre outros fundamentos, nulidade de pleno direito, em virtude de contrariar expressamente a Constituição federal, intentou o cidadão Custódio Barros da Silva, perante o Juízo dos Feitos da Fazenda Municipal, uma ação ordinária contra a Fazenda Municipal, para o fim de anular o efeito decorrente dos decretos citados. Assumindo o patrocínio da causa o Advogado Cândido Mendes de Almeida, solicitou êste a opinião de alguns jurisconsultos, emitindo o Conselheiro Rui Barbosa o parecer que se insere a seguir.

Opinaram ainda, acêrca da questão, os jurisconsultos Lafayette Rodrigues Pereira, Visconde de Ouro Preto, José Higino Duarte Pereira, Antônio Ferreira Viana, Domingos de Andrade Figueira e Ubaldino do Amaral.



CONSULTA

I

Em consequência das cláusulas do contrato de 21 de julho de 1897, especialmente da cláusula 6ª e das modificações resultantes do decreto nº 439, de 14 de outubro do mesmo ano, têm os açougueiros obrigação de vender em seus açougues carne verde com o acréscimo apenas de um tostão sobre o preço do quilograma do depósito de S. Diogo ou equivalentes?

II

Vendendo por maior preço, em que pena incorrem os açougueiros?

III

Tem o contratante, ou a empresa cessionária, o direito de recusar o fornecimento de carne pedida pelo açougueiro, a pretexto de que este a revende por mais um tostão sobre o preço do depósito de S. Diogo ou equivalentes?

IV

Sendo o contratante, ou a empresa cessionária, o único admitido a matar (cláusula 3ª) para abastecimento de carne verde ao Distrito Federal, incorre ela na pena estabelecida na cláusula 9ª do contrato (multa de 100\$ por cabeça) pelo gado abatido que recusar, pelo motivo constante do quesito anterior, fornecer aos açougueiros que o requisitarem?

V

Incorrem em responsabilidade as autoridades municipais que prestarem apoio ao contratante, ou à empresa cessionária, nessas recusas de carne aos açougueiros, que não tornarem efetiva a multa da cláusula 9ª por tal motivo?

VI

Em face da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, tem esse contrato de 21 de julho de 1897 validade jurídica de modo a impedir em absoluto a concorrência dos negociantes de carne verde e a importação desta de fora do município, resguardadas as prescrições higiênicas?

Parecer

A cláusula 6.^a do contrato celebrado, em 21 de julho de 1897 entre a Prefeitura do Distrito Federal e M. Gomes de Oliveira diz:

«O contratante é obrigado a manter a diferença de 100 rs. sobre o preço do quilograma de carne verde no depósito de S. Diogo ou equivalentes, no caso de exigirem mais os retalhistas, abrindo êle açougues fixos ou volantes para aquêle fim, de combinação com a Prefeitura».

Essa disposição, logo, tem por fim prover a hipótese de exigirem os retalhistas diferença maior de cem réis a seu favor, sobre o preço por que comprem a carne ao contratante.

Êste, nesse caso, se compromete a estabelecer talhos, onde a população se vá suprir de carne pelo preço tarifado, evitando a exigência dos retalhistas.

A cláusula 6.^a, portanto, nenhuma obrigação institui para os retalhistas, senão só para o contratante, que por ela contrai o encargo de criar de pronto açougues, fixos ou volantes, onde os consumidores se possam abastecer dêsse artigo ao preço fixado. Nem por um contrato firmado entre o beneficiado por essa concessão e a Municipalidade se poderiam constituir deveres para terceiros, que nesse ato jurídico não foram parte.

Por outro lado, sendo êsse contrato um monopólio, destinado a concentrar nas mãos do contra-

tante a matança de gado e o comércio em grosso de carne verde, não pode ser lícito ao concessionário torná-lo por extensão ainda mais odioso, avocando a si o arbítrio de constranger os retalhadores ao compromisso da revenda por um preço limitado.

Tal direito só lhe poderá resultar de consigna-ção expressa no texto do contrato, ou antes da lei, em que tal contrato se estribasse. Na ausência de declaração explícita que lho confira, o contratante, obrigado pelo contrato de 21 de julho, cláusula 6.^a, e pelo decreto municipal n.º 439, de 14 de julho de 1897, art. 1.º, § 1.º, a vender a carne pelo custo ali estipulado, não pode recusar a ninguém, que lho pague, o fornecimento dessa mercadoria. Satisfeito o preço oficial, o comprador tem direito irrecusável a ela.

Nem se argumente com o interesse geral dos consumidores ; porque êsse está completamente preservado, não só pela cláusula que obriga ao contratante a criar açougues, onde todos possam encontrar a carne ao preço do contrato, como, e ainda melhor, pela própria conveniência dos consumidores levados pelo mais natural dos instintos a fugir dos retalhistas, preferindo os estabelecimentos do concessionário, onde se lhes proporciona o gênero mais barato.

Êsse instinto bastaria até para matar de todo a concorrência dos retalhistas, cuja liberdade, a êsse respeito, bem se compreende a que espécie de vantagem possa ter o contratante em coarctar; porque, se a diferença de cem réis oferece aos retalhadores margem suficiente, lucro compensador, com maioria de razão o deparará a quem retalhar o gado que mata.

Respondo, pois, ao quesito

I

Não. Os açougueiros não se acham sujeitos a limitação alguma quanto ao preço do varejo no comércio da carne.

Nenhuma lei lhes veda a êles, como a outra qualquer classe de comerciantes, revender pelo preço que lhes convenha.

II

Vendendo por êsse preço em nenhuma pena incorrem.

III

Não, pelos motivos expostos.

O contratante só pode exigir dos revendedores o pagamento da carne, que lhes vende.

Se êles a comprem para revender, o por quanto é questão que não lhe assiste a êle o direito de impor e muito menos a êles cabe o dever de respeitar.

IV

Desde que o retalhista requisita o gado, e o concessionário lho nega, *ipso facto* incorre na cominação da cláusula 9.^a, 100\$ por cabeça recusada aos açougueiros.

V

É mais natural que a autoridade municipal obri-
gue o contratante a cumprir uma cláusula expressa do contrato, qual a 9.^a, que lhe impõe o dever de criar os açougues fixos ou volantes, para assegurar à população carne ao preço oficial, do que pretender apoiar o contratante na execução de uma exigência arbitrária, qual a de limitar a liberdade da revenda por uma imposição do contratante aos retalhistas.

Essa imposição, sem fundamento no contrato, é grosseiramente inconstitucional, porque contraria a liberdade constitucional de dar à propriedade uso não proibido em lei e exercer o comércio nos termos em que a lei o autoriza.

As autoridades municipais, portanto, que prestarem apoio ao contratante ou a empresa cessionária, apoiando o contratante nessa mesma recusa de carne aos retalhistas, fundada na resistência desses ao compromisso opressivo que se lhes quer extorquir, incorrem nas penas do Código Penal, art. 228, pelo crime de expedir ordens ou fazer requisição ilegal.

VI

O contrato de 21 de julho de 1897, aniquilando a concorrência no comércio de carne verde, criando a esse respeito um monopólio privado, e vedando a importação desse gênero no município do Rio de Janeiro, viola flagrantemente a Constituição da República, arts. 7.º, § 2.º e 72, § 24.

É, por consequência, nulo, incapaz de produzir direitos e obrigações.

A este respeito me reporto ao meu primeiro parecer acerca do assunto, de cuja verdade continuo a ter a mesma convicção.

Rio, 9 de fevereiro de 1898.

RUI BARBOSA.

IV

LEIS RETROATIVAS
E INTERPRETATIVAS NO
DIREITO BRASILEIRO

AÇÃO ORDINÁRIA

Júlia Gonçalves Klinke e outros, AA.

Versus

Fazenda Municipal, Ré



RUY BARBOSA

LEIS RETROACTIVAS E INTERPRETATIVAS

NO

Direito Brasileiro

RIO DE JANEIRO

Typographia do *Jornal do Commercio*, de Rodrigues & Comp.

1898

Fôlha de rosto da edição do opúsculo promovida em 1898. Tamanho natural. (Exemplar da *Casa de Rui Barbosa*.)

NOTA DO REVISOR

A lei municipal de 9 de maio de 1893 além de certos direitos e vantagens conferidos aos professores municipais, incluiu na categoria de catedráticos os antigos professores das escolas federais sediadas no Distrito Federal, das municipais, assim como os da Escola Normal.

Suscitada controvérsia para o fim de saber-se se o provimento de cargos do magistério por antigos alunos da Escola Normal, classificados no lugar de ajunto por concurso requeria para tal fim apenas os exames de aptidão, ou se tinha a expressão *concurso* sentido restrito, prevaleceu no Conselho Municipal a primeira hipótese. Elaborada resolução interpretativa pelo legislativo municipal e aprovada a 3 de agosto de 1895, foi esta vetada pelo executivo local, sendo rejeitado o veto pelo Senado, e, promulgado o ato, convertido no Decreto nº 283, de 15 de junho de 1896. Dois meses depois era aprovada outra resolução abrogando o decreto 283, a qual, sancionada a 24 de agosto, tomou o nº 325.

Pleitearam os atingidos, mediante ação intentada perante o Juízo dos Feitos da Fazenda, a retroatividade do ato interpretativo, isto é, de 9 de maio de 1893, não lhes sendo aplicável o dec. nº 325, de 24 de agosto acima aludido. Pretenderam ainda argüir de inconstitucional o decreto de 24 de agosto, e a condenação da municipalidade ao pagamento das diferenças de vencimentos ajuizadas, por tratar-se de direitos adquiridos e jamais de mera expectativa, bem como da importância mensal de 100\$000 para aluguel de casa para residência, desde 9 de maio de 1893.

A lide, seguidos os trâmites processuais, foi decidida, em parte, favoravelmente aos autores. Inconformada, apelou a Fazenda Municipal; também os autores. Recorreram igualmente os assistentes, D. Mariana de Sousa Braga e outro.

O silêncio da Constituição Federal no concernente ao efeito retroativo das leis, quando não restrinjam direitos, ocasionou uma verdadeira teoria dos direitos implícitos onde, com conclusões próprias, firmou Rui Barbosa noções genuínas acerca de um dos mais controvertidos problemas jurídicos de todos os tempos.

Pretendia a Fazenda a reforma da sentença, enquanto os segundos apelantes, patrocinados pelo Cons^o Rui Barbosa, pleiteavam o pagamento da quantia de 100\$ mensais, a partir de 93, destinada a aluguel de casa para moradia, e que, embora pedida na inicial, havia sido excluído pela decisão do juiz *a quo*.

Recebida nos seus efeitos legais, foi o recurso convertido na apelação cível nº 1.517, sendo distribuído ao Desembargador Sousa Pitanga.

Antes mesmo da decisão final, e em virtude de sentença já proferida em caso idêntico, em que eram interessados como AA. Francisco Dantas de Moraes Barbosa e outro, promulgou o Vice-Presidente do Conselho Municipal o decreto nº 606, de 3 de novembro de 1898, autorizando o prefeito a abrir o crédito necessário ao pagamento resultante das diferenças reconhecidas pelo judiciário nas duas lides, facultando aos litigantes Júlia Gonçalves Klinke e outros desistirem do resto da ação.

Por acórdão de 7 de novembro de 1898, da Câmara Civil da Corte de Apelação do D. Federal, resolveu essa instância: a) desprezar a preliminar proposta e não vencida, para o fim de dar-se vista dos autos ao Procurador Geral do Distrito; b) dar provimento, em parte, à apelação da 1ª apelante, a Fazenda Municipal, e aos 3º, Mariana de Sousa Braga e outro; c) negar provimento ao recurso dos 2º apelan-

tes, Júlia Gonçalves Klink e outros, contra os votos dos Desembargadores Sousa Pitanga (relator) e Fernandes Pinheiro, sendo designado relator *ad hoc*, para lavrar o acórdão, o Desembargador Salvador Muniz.

O decreto do poder executivo nº 138, de 10 de maio de 1899, consoante a faculdade conferida nas leis 496 e 606, e atendendo às decisões do judiciário, incluiu os vinte professores demandantes, como catedráticos, num quadro extraordinário, contemplando-os ainda com os aluguéis reclamados nos dois pleitos que tiveram curso na justiça local, terminando, assim o conflito.



ADVERTÊNCIA DO AUTOR

Gira todo o debate, nestes modestos escritos forenses, em torno de duas questões constitucionais: a da irretroatividade das leis em geral e, em particular, a da legitimidade ou ilegitimidade das leis interpretativas.

No exame dessas questões não nos era possível dar-lhes o desenvolvimento, que o assunto pediria num estudo cabal. Mas, nos limites que nos permitia a natureza dêste trabalho, julgamos ter dissipado os sofismas, com que, na matéria, se anda a deturpar o nosso direito constitucional, provando que

a) só se hão de ter por ilegítimas as leis interpretativas, quando *inconstitucionalmente retroativas*.

e

b) *inconstitucionalmente retroativas* são unicamente as leis, cuja retroatividade ofender o princípio do direito adquirido.

10 de março, 97.



1 — Petição inicial

Exmo. Sr. Dr. Juiz dos Feitos da Fazenda Municipal.

D. Júlia Gonçalves Klinké (outrora Júlia Augusta da Silveira Gonçalves), D. Antônia Rodrigues do Vale Marques (outrora Antônia Rodrigues do Vale), D. Júlia Saraiva de Paula Dias (outrora Júlia da Costa Saraiva), D. Júlia Macedo dos Santos Veira (outrora Júlia Adelaide de Sousa Macedo), D. Amélia Coutinho César da Costa (outrora Amélia Augusta da Silva Coutinho), D. Engrácia Luísa de Lamare Lessa, D. América Cândida da Rocha e Sousa, D. Jovita Maria da Conceição, D. Jesuína de Lima Figueredo (outrora Jesuína Cândida de Lima) e Artur da Costa e Silva, professores adjuntos às escolas municipais desta cidade, querem fazer citar a municipalidade do Distrito Federal, na pessoa do seu representante, para uma ação ordinária, em que cumulativamente (Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894) provarão o seguinte:

1.º

Que a lei municipal de 9 de maio de 1893, artigo 66, dispõe:

«Ao ser posta em execução esta lei, serão considerados *professores catedráticos e no gozo dos direitos por ela conferidos* todos os professores das escolas ex-federais e municipais e bem assim os da Escola Normal, que, por ocasião da

promulgação da mesma lei, estiverem em exercício de acôrdo com o art. 32, § 1º, e os *antigos alunos da Escola Normal, que conquistaram por concurso o lugar de adjuntos*».

2.º

Que entre os direitos assegurados por essa lei aos professores catedráticos, classe em que ela no artigo transcrito manda incluir "os antigos alunos da Escola Normal, que conquistaram por concurso o lugar de adjuntos", se consagram os fixados nas seguintes prescrições:

"Art. 18. O professor catedrático é inamovível..."

"Art. 19. O professor catedrático será considerado vitalício desde o dia em que tomar posse, e o adjunto no fim de cinco anos de efetivo exercício".

3.º

Que, suscitando-se controvérsia, ocasionada pela pretensão de dois adjuntos, que se julgaram beneficiados pelo disposto na última parte do art. 66, acima reproduzido, sôbre se a expressão "concurso" se applicava ali no seu sentido mais estrito, ou abrangia em si os exames de aptidão, em que os antigos alunos se habilitavam e classificavam para o exercício do professorado nas escolas municipais, prevaleceu, no conselho municipal, mediante parecer favorável da comissão competente, a inteligência mais ampla. (Doc. n.º 1)

4.º

Que, de acôrdo com a opinião preponderante, o conselho municipal adotou esta resolução:

«Serão considerados professores catedráticos todos aquêles, que tenham provado competência profissional nos

têrmos do art. 66 da lei de 9 de maio de 1893, como fizeram os cidadãos Francisco Dantas de Moraes Barbosa e Alfredo Antônio da Costa, devendo-se compreender a palavra *concurso*, do mesmo artigo, *como prova de competência para o exercício dos referidos lugares nos têrmos das leis anteriores a 9 de maio de 1893*». (Doc. n.º 2.)

5.º

Que, sendo vetada pelo prefeito essa resolução, o senado rejeitou o veto do prefeito; em consequência do que êste a promulgou pelo *Diário Oficial* de 16 de junho de 1896, onde se acha, à pág. 2.732, sob a designação de decreto n.º 283, de 15 de junho do dito ano. (Doc. n.º 3.)

6.º

Que êsse decreto entrou em execução, dirigindo ao conselho o prefeito municipal a mensagem de 23 de julho dêste ano, estampada no *Jornal do Comércio* de 28 do mesmo mês, declarando que "nas condições exigidas por essa lei existem hoje dezoito adjuntos", e acrescentando:

«São, pois, dezoito escolas, que por fôrça da lei tem o poder executivo de criar, e custear; e, como no orçamento em vigor não tivesse sido consignada verba suficiente para as respectivas despesas, que não podiam ser previstas na época, em que foi votada a lei de meios, vejo-me obrigado a solicitar do poder legislativo a decretação dos recursos precisos, para atender a êsses compromissos». (Doc. n.º 4.)

7.º

Que os suplicantes pertencem ao número dos antigos alunos da Escola Normal, a que se refere o decreto n.º 283, de 15 de junho do corrente ano, por haverem dado a prova de competência para o magis-

tério nas escolas municipais nos termos das leis anteriores a 9 de maio de 1893. (Doc. ns. 5 a 10.)

8.º

Que, em consequência, por força do prescrito nesse decreto em termos peremptórios, os suplicantes são professores catedráticos, com direito, portanto, à vitaliciedade e inamovibilidade nos termos da lei municipal de 9 de maio de 1893, arts. 18 e 19.

9.º

Que, nesse caráter, não havendo professor catedrático sem cadeira, lhes assiste direito ao exercício, com as suas vantagens, sendo, para êsse fim, providos nas escolas, que forem necessárias, como explicitamente reconheceu a prefeitura municipal na mensagem de 23 de julho do presente ano, *loco citato*.

10.º

Que, sendo um ato de interpretação autêntica do art. 66 da lei municipal de 9 de maio de 1893 o decreto municipal n.º 283, de 15 de junho de 1896, os direitos e proventos, que êste reconhece como derivantes daquela, principiam a correr desde a data da disposição interpretada, para todos os efeitos.

11.º

Que entre êsses direitos se compreende o da residência em casa paga pelos cofres municipais, à vista do estatuído na sobredita lei de 1893, cujo artigo 22 determina:

«O professor catedrático do 1º grau terá direito a residir no edifício da escola, ou em prédio anexo a esta, e, se por

ventura o edificio não tiver acomodações para isso, receberá o professor um subsídio mensal para aluguel de casa.

«Esse subsídio será de 100\$000 para os professores dos distritos urbanos, e 60\$000 para os dos distritos suburbanos».

12.º

Que, entretanto, por decreto n.º 325, de 24 de agosto do corrente ano, publicado no *Diário Oficial* de 27 do mesmo mês, resolveu a municipalidade que:

«Fica revogada, para todos os efeitos, a lei n.º 283, de 15 de junho de 1896». (Doc. n.º 11.)

13.º

Que, porém, anulando esse decreto direitos adquiridos pelos dois atos legislativos de 1893, e 1896, é manifestamente retroativo e, como tal, nulo, por contravir de modo grosseiro ao disposto no artigo 11, § 3.º da Constituição da República.

14.º

Que, por conseguinte, a despeito da revogação ordenada no decreto municipal n.º 325, de 24 de agosto deste ano, os suplicantes estão na posse dos direitos, cuja perpetuidade lhes afiança a lei municipal de 9 de maio de 1893, e são, portanto, como professores catedráticos, credores da municipalidade quanto às vantagens pecuniárias, cujo embolso lhes tem negado, por lhes desconhecer essa classificação, incontestável perante o dec. de 15 de junho e a mensagem de 23 de julho do ano corrente.

15.º

Que, na forma das leis citadas, assiste aos suplicantes direito à diferença entre os vencimentos

que percebem como adjuntos ou os que lhes tocariam como catedráticos, diferença cujo valor é de 133\$333 mensais, mais o subsídio, também mensal, de 100\$000 para aluguel de casa; o que tudo se acha formalmente reconhecido na mensagem de 23 de julho dêste ano (Doc. n.º 4); perfazendo as duas somas o total de 233\$333, importância mensal do débito da municipalidade para com os suplicantes desde 9 de maio de 1893.

16.º

Que, em conclusão, logo, reconhecendo-se a inconstitucionalidade do decreto n.º 325, de 24 de agosto dêste ano, deve ser condenada a municipalidade a pagar aos suplicantes êsse débito, desde aquela data até a da liquidação e quitação judicial da indenização ora pedida, e a continuar a remunerar os suplicantes com os mesmos vencimentos, enquanto não perderem a situação de catedráticos vitalícios.

E, querendo, para êsse fim, propor contra a suplicada a competente ação ordinária,

P. a V. Ex. que, distribuída e autoada esta petição, a qual servirá de libelo, seja citado o dr. procurador dos feitos da fazenda municipal, para, na primeira audiência dêste juízo, pena de revelia, falar aos termos da dita ação ordinária, até final sentença e sua execução, condenando-se a ré ao pedido e custas.

Rio de Janeiro, 14 de novembro de 1896.

RUI BARBOSA.

2 — Razões Finais

O eminente procurador dos feitos da fazenda municipal limitou-se a contestar por negação. A ré deixou correr a dilação, sem alegar fato ou oferecer prova de espécie alguma. Claro está que nem uma nem outra coisa se dariam, se lhes assistisse defesa procedente. Nessa hipótese o ilustre jurista, que com tamanha distinção e nobreza exerce o patrocínio dos interesses da municipalidade, não furtaria à contradição os seus argumentos, reservando-se para os descobrir, quando ao adversário já não assistisse o direito de analisá-los. Não tendo, portanto, impugnação, a que replicar, cingir-nos-emos a fazer algumas considerações, com o simples fim de acentuar as linhas capitais do libelo; visto que no seu articulado a causa recebeu largo desenvolvimento, a cujas deduções expostas de fl. 3 a fl. 8, nada se opôs até agora.

Tôda a questão primitivamente se reduzia a determinar a inteligência precisa da palavra "concurso" no art. 66 da lei municipal de 9 de maio de 1893.

As palavras dêsse texto são:

"Ao ser posta em execução esta lei, serão considerados professores catedráticos e no gozo dos direitos por ela conferidos todos os professores das escolas ex-federais e municipais e bem assim os da Escola Normal, que por ocasião da promulgação da mesma lei estiverem em exercício, de acôrdo com

o art. 32, § 1.º, e os antigos alunos da Escola Normal que conquistaram por concurso o lugar de adjuntos”.

“Antigos alunos da Escola Normal” são os autores neste pleito, e “conquistaram o lugar de adjuntos”, como concludentemente se evidenciou mediante os documentos produzidos (fls. 15 a 20). O que restava liquidar, pois, é se os meios, a que deviam êsse lugar, pertencem à categoria das provas de habilitação abrangidas, no pensamento do legislador municipal, sob a designação genérica de *concurso*.

Ventilada a dúvida no conselho municipal, a comissão de instrução não hesitou em responder afirmativamente (fl. 11) ao quesito proposto. Estavam, ou não, os autores “compreendidos no número dos alunos, que conquistaram por *concurso* o lugar de adjuntos”?

A comissão resolveu peremptoriamente que *sim*:

«Parece à comissão caber-lhes justiça, uma vez que êles foram nomeados em virtude da boa colocação, que tiveram, na lista dos candidatos, que se inscreveram no concurso anunciado por edital da inspetoria geral da instrução, publicado no *Diário Oficial* de 8 de fevereiro para provimento de dez lugares de professores adjuntos.

«Os suplicantes exibiram perante quem de direito os seus conhecimentos e as suas aptidões, não resta a menor dúvida. *Chama-se a isto exame, ou concurso*. É incontestável que os requerentes obtiveram as suas nomeações à custa de esforços e estudos; o que à comissão parece reforçar o direito, que êles impetram.

«Não há hoje na regência das escolas públicas tantos professores efetivos, que nunca exibiram provas públicas da sua capacidade profissional, e que, entretanto, viram os seus direitos garantidos pela lei de 9 de maio de 1893?

«Dir-se-ia que o legislador pressupôs nêles competência e preparo. Tanto melhor; porquanto, se assim é, e a comissão não o duvida, maior é a sua convicção de que os suplicantes merecem a posse do que pedem, visto como contam dez anos de exercício no magistério, o que importa em mais uma prova da sua capacidade no cargo, para o qual foram nomeados. Demais os documentos oficiais relativos aos atos prestados pelos peticionários, quer se considerem essas provas como exame, quer como concurso, justificam a pretensão dos suplicantes, porque significam a *competência julgada e classificada por modo cabal*.

«A nomeação, que os requerentes então solicitaram, não foi um ato gracioso do ministro, porém das provas, a que se submeteram.

«E, se a êles não se aplica o que a lei prescreve nesse sentido, de quem procura ela salvaguardar e respeitar os direitos ?

«De resto é inadmissível que o legislador em disposições transitórias não tivesse por escopo respeitar e acatar os interesses, que interpretações errôneas pudessem lesar.

«Nestes têrmos entende a comissão que o conselho *deve considerar compreendidos na parte final* do art. 66 os professores Francisco Dantas de Moraes Barbosa e Alfredo Antônio da Costa».

Outra interpretação não podia ter, com efeito, o vocábulo *concurso* na disposição controvertida. O concurso não é senão um exame de capacidade, em que certo número de candidatos exibem simultaneamente as suas provas de aptidão para o preenchimento de cargos dependentes de mérito profissional. O ventilar-se essa capacidade mediante arguição recíproca entre os pretendentes, ou mediante a arguição dêles por examinadores investidos na função de apurar-lha, não lhe varia senão acessoriamente a natureza. Demonstração da competência intelectual.

apurada em concorrência pública ante os juizes legais: eis o concurso. Êste pode existir, até, sem o exame, isto é, sem arguição dos candidatos, uma vez que a lei admita critérios eqüivalentes para a aferição do valor intelectual, mediante a apresentação simultânea e o estudo comparativo dos caracteres que o certifiquem. Ê assim que, na linguagem técnica do assunto, o concurso se classifica em *concurso por exame* e *por títulos*.

Por esta última denominação se entende aquêlê gênero de concursos, especialmente preferidos, na Alemanha e em outros países adiantados, para os cargos do magistério superior, em que os candidatos buscam, pelo testemunho dos seus trabalhos, escritos e serviços, mostrar a excelência do seu merecimento. Nesse caso não há nem arguição mútua, nem interferência de examinadores.

Mas quer êstes sejam os próprios candidatos, quer se instituem para essa função autoridades *ad hoc*, o que, numa e noutra hipótese, constitui o concurso, é o *exame* com apreciação comparativa, ou ela se estabeleça pelo debate entre os opositores, ou pela discussão entre os habilitados e seus juizes. O concurso, pois, está no exame por concorrência. Ê circunstância secundária o modo, por que essa verificação da capacidade se efetue.

Indivíduos, pois, que obtiveram um cargo por provas concorrentes, públicas e legais de suficiência, não há dúvida nenhuma que o obtiveram *por concurso*. Negá-lo é subterfúgio, a que com tôda a razão se opôs a comissão de instrução pública no conselho municipal.

E o voto dêste não tardou em ratificar êsse parecer, cunhando neste sentido com o sêlo de uma de-

cisão legislativa o que até então era matéria sujeita às variações dos intérpretes.

O parecer concluía por um projeto, que, aos 3 de agosto de 1895, foi convertido em resolução concebida assim:

“Serão considerados professores catedráticos todos aquêles, que tenham dado provas de capacidade profissional nos termos do art. 66 da lei de 9 de maio de 1893, como fizeram os cidadãos Francisco Dantas de Moraes Barbosa e Alfredo Antônio da Costa; devendo-se entender a palavra — concurso — do mesmo artigo, como prova de competência profissional para os referidos lugares de adjuntos, nos termos das leis anteriores a 9 de maio de 1893”.

Decretava pois o conselho municipal:

que os dois cidadãos ali nomeados, nas suas provas de capacidade profissional, tinham satisfeito às condições do art. 66 da lei de 9 de maio de 1893;

— que, em consequência, haviam feito jus a ser considerados professores catedráticos;

— que igual direito assistia a todos os que houvessem provado competência profissional nos termos do sobredito art. 66;

— que a expressão — concursos — desse artigo abrangia toda prova de competência profissional dada nos termos das leis anteriores a 9 de maio de 1893.

Por este modo se estendia aos autores a situação jurídica reconhecida a Francisco Dantas de Moraes Barbosa e Alfredo Antônio da Costa. Como estes, aquêles eram professores adjuntos por efeito de provas de habilitação dadas em conformidade com as leis anteriores a 9 de maio de 1893. Essas

provas, pois, haviam de se ter como *concurso*, e, consequentemente, por força do art. 66 dessa lei, os inscreviam na classe dos professores catedráticos.

Vetou o prefeito (*) essa resolução. (Doc. fl. 12.) Mas o senado rejeitou êsse veto, e a prefeitura teve que promulgar a deliberação do conselho municipal, que, no *Diário Oficial* de 16 de junho de 1896", figura, com a inscrição de "Decreto n.º 283, de 15 de junho de 1896", sob o preâmbulo seguinte: "Faço saber que o conselho municipal decretou e eu promulgo a seguinte resolução, *de conformidade com a decisão do senado*".

O veto do prefeito serviu, portanto, sòmente, para dar ao ato da municipalidade a alta sanção do senado da República. Destarte a autoridade legislativa do conselho municipal recebeu com o voto daquela câmara do congresso o mais solene relêvo moral.

A questão estava finda. A prefeitura não se demorou em confessá-lo, endereçando ao conselho, em 23 do mês seguinte, a mensagem exarada no documento a fl. 14, onde, transcrito o decreto n.º 283, de 15 de junho, o executivo municipal continua assim:

"Pelo estudo minucioso do assunto se verifica que nas condições exigidas por essa lei existem hoje dezoito adjuntos, inclusive os dois a que nominalmente se refere o mesmo decreto.

"São, pois, dezoito escolas, que por força da lei, tem o poder executivo de criar, e custear; e, como no orçamento em vigor não se tivesse consignado verba suficiente para as respectivas despesas, que não podiam ser previstas na época, em que foi votada a lei de meios, vejo-me obrigado a solicitar do poder le-

(*) No original está o *presidente*. (N. Rev.)

gislativo a decretação dos recursos precisos, para atender a êsses compromissos”.

Em vez, porém, de aceder ao reclamo, tão notoriamente insuspeito, da prefeitura, o conselho municipal, com uma volubilidade de brinco infantil, expediu o decreto n.º 325 de 24 de agosto de 1896, revogando para todos os efeitos, a lei 283 de 15 de junho de 1896. (Doc. fl. 21.)

Dêste modo em dois meses a intendência mudava radicalmente de sentir num assunto, no qual o seu voto assentara em longas deliberações, persistira contra o veto do prefeito, e encontrara a ratificação categórica do senado.

Mas êsse jôgo de crianças não podia subsistir. À versatilidade caprichosa dos legisladores municipais se opunha um obstáculo, com que não contava o seu peremptório “Fica revogado para todos os efeitos”. A lei de 15 de junho de 1896 tinha já efeitos irrevogáveis. Atribuindo aos adjuntos habilitados na forma das leis anteriores a 9 de maio de 1893 a situação de professores catedráticos, o art. 66 dessa lei *ipso jure* lhes conferira as vantagens, que ela aos professores catedráticos assegura nos arts. 18 e 19: inamovibilidade e vitaliciedade.

Verdade seja que, segundo o art. 19, transcrito a fl. 4, o adjunto será considerado vitalício no fim de cinco anos de efetivo exercício. Mas essa disposição não se refere ao grupo especial de adjuntos contemplados no art. 66. Com efeito, esta provisão determina que, ao ser posta em execução, “*seriam considerados professores catedráticos e no gôzo dos direitos por ela conferidos*, os antigos alunos da Escola Normal que conquistaram por concurso o lugar de adjuntos”. Logo, êsses adjuntos não se compre-

endem na disposição do art. 19, parte final, genérica ao comum dos adjuntos.

A lei de 9 de maio abriu uma exceção a favor dos antigos alunos da Escola Normal, que já ocupassem essa situação mediante provas de capacidade apuradas nos termos das legislações anteriores. Êsses, "*ao ser posta em execução a lei de 1893*", entravam para logo na categoria de professores catedráticos, e como tais não ficariam subordinados à condição de cinco anos de exercício, para adquirir a vitaliciedade. Ela só dependeria de tal cláusula para os futuros adjuntos: os não beneficiados pelas garantias, com que o legislador quis firmar a posição dos filhos da antiga Escola Normal, cuja competência como adjuntos já se achasse legalizada.

Da comparação entre o art. 19 e o art. 66 resulta ainda claramente outra consequência: é que a vitaliciedade, para os adjuntos reputados catedráticos por força desse texto, não está subordinada a exigência alguma, senão só a de entrar em execução a lei de 9 de maio de 1893. Realmente as expressões do art. 66 vêm a ser: "*Ao ser posta em execução esta lei, serão considerados professores catedráticos e no gozo dos direitos por ela conferidos, todos os professores das escolas ex-federais e municipais e bem assim os da Escola Normal que por ocasião da promulgação da mesma lei estiverem em exercício, de acôrdo com o art. 32, § 1.º, e os antigos alunos da Escola Normal, que conquistaram por concurso o lugar de adjuntos*". Um dos direitos por essa lei atribuídos aos professores catedráticos é a vitaliciedade. Logo, para os catedráticos em virtude desse preceito, a vitaliciedade se inicia, ao entrar em execução essa lei.

Mas, como seria fácilimo demonstrar com os princípios elementares da teoria da retroatividade,

constituindo o decreto n.º 283, de junho de 1896, um ato de interpretação autêntica do artigo 66 da lei de 9 de maio de 1893, os direitos, que o primeiro reconhece, principiam a correr da data do outro. As leis interpretativas são legitimamente retroativas.

Os direitos postos fora de questão, portanto, para os autores, pelo ato de 1896 vigoram em benefício deles desde 1893. Eles tinham, pois, mais de três anos de existência jurídica, existiam legalmente havia mais de três anos, contavam toda essa antiguidade como *direitos adquiridos* quando o decreto de 24 de agosto de 1896 pretendeu nulificá-los.

Mas um instante, que tivessem, de precedência, bastaria, para tornar inconstitucional, por injuridicamente retroativa, a lei, que contra eles atentasse.

Nessa taxa, por conseguinte, incorre a lei municipal n.º 325, de 24 de agosto de 1896.

A inamovibilidade e a vitaliciedade são *ex vi termini* estipulações perpétuas. Nenhuma lei as pode revogar. Adotando-as, o legislador obrigou-se para sempre.

Elas representam a forma suprema do direito adquirido.

Corroborado com estas ponderações o libelo de fls. 3 a 8, entregamos as suas conclusões irresistíveis à apreciação do colendo julgador, que de certo nos não denegará justiça.

Rio de Janeiro, 31 de março de 1897.

RUI BARBOSA.



3 — Incidente da Assistência

Não provaram os suplicantes a fl. 50, nas razões de fls. 57-59, o direito, com que pretendem intervir na causa como assistentes. Entrando na discussão da matéria, onde aliás quase nada inovaram ao exposto, nas alegações de fls. 45 e 48, pelo ilustre representante da fazenda municipal, esqueceram-se de mostrar o direito, contraditório com o dos AA., que devia militar em seu favor, para se oporem ao demandado na ação pendente.

Por ela, com efeito, reclamam os AA. a aplicação em seu benefício do art. 66 da lei municipal de 9 de maio de 1893, interpretado pela resolução de 3 de agosto de 1895, que os mandou classificar como professores catedráticos, por haverem dado as provas de capacidade para o magistério nos termos das leis anteriores ao primeiro dêsses atos legislativos.

Deviam, portanto, os assistentes apresentar título de habilitação anterior à lei municipal de 9 de maio de 1893, que constituísse em proveito dêles direito adquirido, para ilidir o disposto nesse ato legislativo a favor dos AA. Mas dos documentos exibidos em apoio do seu pretenso direito (fls. 61 a 75) resulta apenas serem assistentes diplomados pela Escola Normal em 1895 e 1896, isto é, depois da lei cuja disposição elevou a catedráticos os AA., lei que tem a data de 9 de maio de 1893.

Se os assistentes já se achassem titulados em maio de 1893, poderiam considerar-se prejudicados pela deliberação daquela data, que, aumentando o quadro dos catedráticos, retardava o acesso dos recém formados pela Escola Normal a essa categoria. Mas a certidão, que ora juntamos, demonstra que, ao promulgar-se a lei municipal de 9 de maio daquele ano, todos os alunos graduados nessa instituição desfrutavam já a posição de professores catedráticos, ao que aliás não se opõem os documentos dos assistentes, diplomados todos eles dois e três anos após a aquisição, pelos AA., do direito, cuja manutenção ora propugnam.

No caso dos assistentes há inúmeros outros; porque, em 1893, em 1894 e 1895, a Escola Normal expediu dezenas de títulos; e apenas cinco, dentre êsses, intervêm por assistência no pleito vertente, sinal óbvio da inexistência de um direito, que, se fôsse real, não escaparia à consciência de tantos co-interessados.

Não tem, portanto, o menor fundamento a assistência intentada.

* * *

Mas, quando tivesse, não lhe caberia a faculdade, com que joga a fl. 57, de articular incompetência de foro.

A teoria, com a qual está de acôrdo a nossa opinião particular, da competência exclusiva da justiça federal, desde que a causa levante, em sua origem, questão de inconstitucionalidade, não encontrou assentimento na jurisprudência corrente. Em sentido contrário decidem notórios e recentes arestos, nos vários graus da jerarquia judiciária, local e federal.

Mais de uma pendência dêsse gênero se resolveu neste juízo, sentenciando êle, por exemplo, em

casos de monopólio e privilégio, nos quais os atos da autoridade municipal eram impugnados em nome da Constituição.

Na espécie, o foro elegido pelos AA. foi reconhecido pela Ré, a Fazenda Municipal. E os assistentes não podem opugná-lo, *porque são assistentes*:

«O assistente não pode alegar incompetência».

(Decr. nº 848, de 11 de outubro de 1890, art. 163 — Decr. 737, de 25 de novembro de 1850, art. 126 — Ord. II, § II, III, 45 § II — PER. E SOUSA, ed. de T. DE FREITAS, nº 136 ao § LXIV — RIBAS: *Proc. Civ.*, art. 290).

Consideremos agora a matéria deduzida nas alegações fls. 45-48, sem desatender aos pontos, em que supõe auxiliá-los o arrazoado a fl. 57, subscrito por um nome, que nos inspira as mais vivas simpatias.

Principia o eminente órgão da fazenda municipal, esforçando-se por glosar o pedido, a que pretende subtrair a soma, correspondente ao aluguer de casa, reclamada a fl. 8, como uma das parcelas que elevam a 233\$333 mensais o prejuízo, cuja indenização aqui se litiga. “Tendo continuado como adjuntos”, argumenta, “e não tendo, portanto, necessidade de casa, para exercerem o magistério, não tinham direito à subvenção para aluguel da mesma”.

É falso o raciocínio. O aluguer da casa, destinada, não só às funções da escola, como também à residência do professor, sôbre corresponder a um fim público, envolve também um direito particular. Graças a êle, o professor tem moradia gratuita. Essa expectativa, firmada em lei positiva, constitui, para o instituidor primário, uma das verbas do seu orçamento, um dos haveres do seu patrimônio. O catedrático municipal tem jus a cem mil réis mensais para casa, e, mercê dêsse benefício, não a paga do seu

bolso, ou só a paga na razão da diferença entre essa quantia e o valor locativo do prédio, que habitar. Tirando, pois, a qualidade efetiva, que recusou aos AA., de catedráticos, a administração do município desfalcou-lhes a receita legal na importância dessa mensalidade. O dano é inegável e, portanto, irrecusável a reparação.

Não importa o resultar êle do fato de não terem servido como catedráticos os reclamantes. Êsse é precisamente o atentado, contra cujo arbítrio se representa. E as conseqüências do atentado não aproveitam ao seu autor. Ê, pelo contrário, contra elas que existe e se exige o remédio legal.

Ninguém é mais insuspeito, nesta questão, com respeito aos AA. do que o prefeito municipal, cujo veto se opôs à promulgação do ato de 3 de agosto de 1895; e, entretanto, em face da deliberação do senado, que rejeitou êsse veto, êle reconheceu imediatamente aos AA. o direito à indenização aqui pleiteada, incluindo nela, não só os 133\$333 mensais de diferença nos vencimentos, como a mensalidade de 100\$000 para aluguer de casa. Eis textualmente as suas palavras no doc. a fl. 14:

«Deixo de referir-me, no presente pedido, à quantia de 133:420\$450, que tem a prefeitura de despender com os mesmos professores, por diferenças de vencimentos e *por auxílio de aluguer de casa, de 9 de maio de 1893 a 31 de dezembro de 1895*, porque essa importância deve ser paga pela verba dívida passiva».

* * *

Pulverizada assim, nesta parte, a defesa de fl. 45, examinaremos a outra, que se absorve tôda numa só questão: a da irretroatividade, a propósito das leis interpretativas.

É, entretanto, de secundário alcance, na espécie, a relevância dessa investigação; porque o direito dos AA. não nasce essencialmente do decr. n.º 283, de 15 de junho de 1896, que promulgou a resolução municipal de 3 de agosto de 1895 (fls. 12 e 13 v.). Esta veio apenas revestir êsse direito com o contraforte de um ato declaratório, de uma definição legislativa. De onde êle diretamente emana, é da lei municipal de 9 de maio de 1893, cujo art. 66 confere o grau de catedráticos aos antigos alunos da escola normal providos por concurso no lugar de adjuntos. (Fl. 3 v.)

A palavra *concurso*, ali empregada, tem duas acepções: a estrita e a lata. A qual das duas mirava o legislador? Se *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*, "concurso" é o que nós definimos a fl. 38 v.: "a demonstração da competência intelectual, apurada, em concorrência pública, na presença e sob a decisão de juizes legais". Tanto se obtém a verificação da capacidade mediante o debate recíproco entre os concorrentes, quanto mediante a arguição pública destes por examinadores oficiais. A simultaneidade, a notoriedade, a seriedade das provas são as mesmas. Em ambos os casos há *concorrência profissional* e, portanto, concurso.

As próprias assistentes confessam, a fl. 58 v., que o que houve, foi "um exame de habilitação, para, dentre os habilitados, nomear dez adjuntos interinos, de que se precisava". Por seu lado, o órgão da fazenda municipal define como concurso "a oposição literária, pretensão de opositores, ou outros quaisquer pretendentes a alguma coisa". (Fl. 46 *in fine*.) E acrescenta adiante: "O concurso para professores públicos não é para exibição de melhores títulos, mas de melhores provas de competência profissional entre diversos opositores". (Fl. 46 v.) O governo, de-

põem as assistentes (fl. 58 v.), precisava de dez adjuntos, e, para os eleger com acêrto, mandou proceder a um exame de habilitação, a fim de tirar, dentre os habilitados, os mais competentes. Aos lugares, que eram em número limitado, se abriu acesso franco, mediante convite, a quantos os pretendessem para os disputar num confronto solene das suas provas de capacidade. Se o concurso consiste, segundo as palavras formais do eminente representante da fazenda municipal, na exibição "das melhores provas de competência profissional entre diversos opositores" (fl. 46 v. pr), não é justamente o que aqui se verifica? Que condição faltaria, essencial ao caráter de concurso? Não foram vários os opositores? Não eram pretendentes a cargos, para que se deviam mostrar habilitados? Não os atraia a mesma pretensão? Não é pela "oposição literária" (fl. 46), que deviam liquidá-la? Não era para "dar as melhores provas de competência profissional" que se submetiam a exame? Ante a própria definição, pois, da ré, *concurso* era o que eles faziam.

Concurso, diz AULETE, é "a competência, o ato de muitos concorrentes disputarem entre si um emprêgo". É, ensina LITTRÉ, "a luta, em que vários concorrentes entre si disputam prêmios, ou cadeiras". (*Dictionnaire*, v. I, p. 717) Mas que faziam os habilitados, chamados, naquela ocasião, a exame especial pelo governo, senão disputar uns aos outros, mediante a demonstração comparativa do seu mérito profissional, os dez lugares vagos?

Se isso não é concurso, vamos então reformar o vocabulário das línguas néo-latinas. E, se, reunindo todos os caracteres substanciais do concurso, deixa de sê-lo, só porque, na época, o apelidaram "exame de habilitação", é o caso de chamarmos à palmatória o senso comum.

Como quer que seja, porém, no ânimo do legislador municipal, ao decretar a lei de 9 de maio de 1893, a intenção era abranger no vocábulo "concurso" do art. 66 essa espécie de provas. A questão foi ventilada, e ficou resolvida em sentido afirmativo:

— pelo parecer da comissão de instrução pública no conselho municipal (fl. 11);

— pela deliberação do conselho municipal, que, conformando-se com êsse parecer, adotou as suas conclusões, votando o projeto por êle formulado (fl. 12);

— pela resolução do senado federal, rejeitando, em conformidade com o parecer da comissão competente, o veto do prefeito. (fl. 13 v.)

Razão tem, pois, o honrado procurador dos interesses municipais em dizer que "a discussão sôbre a latitude do vocábulo *concurso* parece ociosa, à vista da rejeição do veto do prefeito pelo senado". (Fl. 46.) Se a tal nos referimos (fls. 37-39), foi por ser êsse o único aspecto, sob que fôra, até então, impugnado o direito aos AA., e ignorarmos por que face o combateria o órgão da fazenda municipal, tendo-se limitado êle a contestar por negação (fl. 32), e não nos sendo possível a nós prever que o incidente da assistência, aberto muito mais tarde (fl. 50), nos proporcionaria ensejo de tornar a falar nos autos antes da sentença.

Mas também, se ocioso era, como a ré confessa, o debate àcerca da acepção da palavra *concurso*, se a controvérsia, como ela reconhece, estava encerrada pelo voto senatório, que sancionou a interpretação municipal, não percebemos como se poderia justificar a defesa, opondo, logo depois, no verso da mesma fôlha, a êsse ato do senado, que, segundo o ilustre magistrado, *tornava ociosa* a questão (fl. 46),

“os fundamentos do veto do prefeito”, para mostrar que a lei municipal de 1895, no interpretar a expressão *concurso*, “modificou o direito preexistente”.

A contradição é palpável.

Qual será o valor dêsse veto? A excelência jurídica da sua doutrina? Mas então não era ociosa a impugnação, que lhe opusemos. O pêso oficial da sua autoridade? Mas essa desaparece ante a sanção senatória, que o nulificou.

O art. 66, da lei de 9 de maio de 1893 recebeu com a resolução de 3 de agosto de 1895 a interpretação definitiva da palavra *concurso*. A essa interpretação, esposada pelo senado federal, a cujo voto, no qual se reúne o consenso de duas comissões e duas deliberações, na assembléia municipal e numa das casas do congresso, apenas se opõem as altas sumidades jurídicas do intendente Nogueira e do prefeito, leigos um e outro no assunto, não obstante pensarem o contrário as assistentes. (Fl. 57.)

Sustenta-se essa interpretação não é autêntica. Não é autêntica, e por que? Porque, se o conselho municipal é quem na segunda lei define a acepção do termo, que empregara na primeira? É curiosa a razão: porque o conselho municipal se renovara, e os intendentes da primeira época tinham sido substituídos por outros na segunda.

De modo que, segundo essa teoria, a autenticidade da interpretação não resulta da identidade do poder, mas da identidade dos indivíduos que o exercem. Assim que a lei adotada num período legislativo só poderá ser interpretada autênticamente no curso da mesma legislatura.

Tal nunca se disse. Autêntica é a interpretação dos atos de um poder, dada pelo mesmo poder em

qualquer tempo, variem embora os indivíduos, que o exercitarem. A administração interpreta autenticamente os seus decretos; o poder legislativo, as suas leis:

«If a legislative body, or monarch, give an interpretation, it is called authentic, though the same individuals who issued the law to be interpreted, may not give the interpretation; because the successive assemblies or monarchs are considered as one and the same making the law and giving the interpretation in their representative, and not in their personal characters».

LIEBER: *Legal and political hermeneutics* (ed. de 1880), págs. 62-63.

Juridicamente, pois, não são diversas as duas assembleias municipais, que uma após outra encarnavam localmente o poder legislativo. O conselho municipal é um só, através das renovações periódicas que lhe recompõem o pessoal, como o juízo dos feitos da fazenda municipal é sempre o mesmo, seja qual fôr o número de juizes, que no exercício de suas funções se forem sucedendo. Não se pode portanto, distinguir o conselho municipal, que adotou a lei de 1893, do que fêz a lei de 1895. Só há um conselho municipal: o corpo legislativo do município, perpétuamente idêntico na sua continuidade moral. Não obstante a eleição, que mediou entre os dois, o corpo municipal, que vetou o segundo ato, é o mesmo, que deliberara o primeiro.

Autêntica é, por consequência, a interpretação de um, fixada no outro. Em uma teia de aranha se enleavam as assistentes, julgando provar, com o confronto de datas e circunstâncias acareadas a fl. 57, "um equívoco, que altera a situação jurídica da causa". O equívoco é das assistentes.

Mas a Ré não admite ao legislador, entre nós, o direito de interpretar a lei. Sob o pretexto de declarar, argumenta o nobre patrono *ex adverso*, a lei interpretativa pode criar direito novo, e destarte, pela sua propriedade especial de atuar, retrospectivamente, da data da lei interpretada, exerce verdadeira ação retroativa. Logo, conclui, tendo vedado as leis retroativas, a constituição republicana vedou as leis interpretativas.

O argumento é errôneo, redondamente errôneo. Nada prova, porque prova de mais. Não é só interpretando que o legislador pode incorrer no excesso da retroatividade. É um abuso, que se corre o risco de perpetrar, toda vez que se legisla, abuso, portanto, de que toda a lei, seja qual for a sua espécie, é sempre susceptível. Qualquer lei, interpretativa, ou não, pode receber do seu autor o cunho da retroatividade. Logo, se do risco possível da retroatividade se infere a proibição de interpretar, desse mesmo risco, inerente sempre à obra legislativa, resultaria indistintamente a proibição de legislar. A consideração, pela qual a ré quer acabar com a interpretação legislativa, aboliria o próprio legislador. A consequência não pode ser mais absurda; porque maior absurdo não há que o da sua premissa, a doutrina estabelecida na defesa.

Onde houver o poder de legislar, existirá o de interpretar a lei. *Ejus est interpretare legem cujus est condere.* (*L. ult. C. de legibus*). Em toda função se contém a faculdade necessária de remover as ambigüidades, as obscuridades, as incongruências opostas à inteligência dos seus atos. Ainda à sentença final as regras do processo admitem os embargos de declaração, meio proporcionado ao julgador para interpretar o seu próprio julgado. A opinião de DURANTON, MARCADÉ e FOURCART não fez escola em

França. O próprio DEMOLOMBE, de onde a reproduz o nosso ilustrado colega (fl. 47), não a aceita.

Referindo-se à interpretação das leis por via legislativa, diz êle: "Ce mode d'interprétation est fondé sur une nécessité publique politique; il a été de tous temps" (DEMOLOMBE: *Cours*, I, p. 137) "Negare la possibilità di leggi interpretative", escreve LANDUCCI, "cisembra un assurdo". (Em AUBRY e RAU, págs. 672-3.)

Não há incompatibilidade alguma entre a condenação da retroatividade das leis e a admissão das leis interpretativas.

Para desfazer à ré êsse engano, bastará indicar-lhe o exemplo da legislação italiana. Ali o art. 2.º do cód. civil prescreve: "La legge non dispone che per l'avvenire: essa *non há effetto retroattivo*". Eis proibida a retroatividade. E, contudo, o art. 72 da constituição assegura ao legislador o direito de interpretar: "L'interpretazione della legge in modo per tutti obbligatorio spetta esclusivamente al potere legislativo".

Se a constituição imperial incluiu expressamente entre as funções do poder legislativo (art. 15, § 8) a de "fazer leis, *interpretá-las*, suspendê-las, e revogá-las", não tem, todavia, o douto conselheiro da ré o direito de coligir do silêncio da constituição atual neste ponto que ela retirou ao legislador a prerrogativa de interpretar leis. Também a constituição em vigor não reconhece explicitamente ao poder legislativo competência, para suspender as leis, ou revogá-las. Ninguém daí, contudo, inferirá que as leis, entre nós, presentemente, sejam insusceptíveis, ou irrevogáveis. Por quê? Porque na autoridade de criar a lei se compreende implicitamente a de suspendê-la, ou revogá-la. Pois nessa autoridade igualmente se

abrange a de interpretar a lei, que se faz, se suspende, e se revoga. Entre os poderes do legislador a constituição republicana inscreveu o de "decretar as leis necessárias ao exercício dos poderes que pertencem à União". (Art. 34, n.º 33.) Ora, ao exercício desses poderes uma lei interpretativa, em certos e determinados casos, será não menos necessária do que noutros uma lei nova, uma lei revogatória, ou uma lei suspensiva.

Certamente a constituição de 24 de fevereiro não permite leis retroativas. Logo, se a lei aparentemente de interpretação instituir direito alheio à lei interpretada, e pretender por êsse meio retroagir, será inconstitucional, não, porém, como lei interpretativa, mas como lei retroativa.

Nessa hipótese, cumpre notá-lo ainda, a mesma razão, que lhe imprime o cunho de retroativa, elimina o caráter de interpretativa: "*LEGGI interpretative sono quelle che non creano nuove norme, ma solo chiariscono il senso e la portata di norme contenute in leggi anteriori; che ne rivendicano cioè la vera intelligenza. Una legge che abroghi e sostituisca, od anche solo ne completi un'altra, non è una legge interpretativa, ma una legge nuova. . . . La teoria che le leggi d'interpretazione sieno retroattive è errata, dice il LANDUCCI. . . . Mas se la interpretazione del legislatore è errata? Allora avremo una legge dopo i fatti (ex post *facta lex*). Ma in tal caso, soggiunge il LANDUCCI, nel caso cioè che "la legge interpretativa contenga del nuovo, essa non potrebbe considerarsi, anche nei rapporti della retroattività delle leggi, che quale una legge nuova qualsiasi."* (A. MORELLI : *La funzione legislativa*, págs. 360, 367.)

Incorrendo em verdadeira retroatividade, a lei deixou de ser interpretativa; porque esta não cria,

declara: "*Declaratio enim nihil novum vel donat, vel statuit*" (MORNAC. Apud DELISLE: *Interpret, des lois*, I, p. 209).

E nessa qualidade não rege os negócios, ou fatos ultimados por sentença, ou transação: *exceptis illis negotiis qui contigit aut leges a nobis positas aut decreto judicum, aut transactione determinari*" (Nov. 19, C.I.E. SAVIGNY, § 397).

BACON, com a sua lucidez habitual, fixou, a fórmula dessa doutrina, restringindo as leis declaratórias aos casos em que as leis podem lícitamente retroagir: "*Itaque leges declaratorias ne ordinato, nisi in casibus ubi leges cum justitia retrospicere possint.*" (Aphor. L. I.)

Se a lei interpretativa contiver, pois, retroação no sentido próprio da palavra, será nula, não pela feição de ser declaratória, mas, pelo contrário, porque, em vez de se limitar à declaração do direito pre-existente, se propôs a alterá-lo.

Nesse caso, porém, dir-nos-ão, reconhecido aos tribunais o arbítrio de apreciar quando a lei interpretativa transpõe, ou não, êsse limite, a interpretação legislativa decai da sua força peculiar, perdendo a sua obrigatoriedade. Mas, sob o nosso regimen constitucional, essa é a situação comum a tôdas as leis interpretativas, ou não interpretativas: sendo retroativas, são inconstitucionais; sendo inconstitucionais, não obrigam a justiça.

Tôda a questão, portanto, se resume em saber o que se entende, por *lei retroativa* no sentido constitucional.

Tôda lei que retroage, será retroativa perante a disposição do art. 11, n.º 3, da lei fundamental? Leguleios poderão responder que sim; mas os constitucionalistas sabem que não.

Leis há fatalmente, constitucionalmente retroativas. Nesta classe estão necessariamente as que "estabelecem mitigação de penas, extensão de direitos, ou reintegração de capacidade." (SAREDO: *Trattato delle leggi*, pág. 303, n.º 359.)

Diria sensatamente alguém que, por estar vedada sem reservas, na constituição, a retroatividade das leis, não seria legitimamente retroativa, entre nós, uma lei, que abolisse, ou atenuasse penalidades? Suponhamos que um ato, considerado criminoso até ontem, cesse de sê-lo por uma lei de hoje. Indivíduos já incursores nesse ato, mas ainda não julgados, estarão sujeitos à pena abolida? Evidentemente não. Mas estariam, a prevalecer a inteligência, que vê no texto do art. 11, § 3.º, a proibição de toda e qualquer retroatividade. Retroativas foram as leis, que extinguiram a feudalidade, a servidão, a dízima, o cativo. (ARNTZ: *Cours*, I, pág. 28. SAREDO, *op. cit.*, pág. 183, n.º 317.) E, não obstante seriam perfeitamente constitucionais perante o nosso direito. Por quê? Porque melhoravam a condição geral das pessoas, extinguíam opressões, reintegravam o homem na sua capacidade inalienável.

Quando o legislador constituinte proscreeu as "leis retroativas", não inventou esta locução: encontrou-a nos tratados de direito, nos arestos, nos códigos, nas constituições. "Que as leis NÃO DEVEM RETROAGIR aforismo é tão antigo como a civilização" (GABBA: *Retroattività*, vol. I, pág. 41). *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, NON AD FACTA PRAETERITA REVOCARI.* (L. 7, C. de *Legib.*), diziam os romanos. A mesma coisa prescreviam os cânones (C. 2, C XIII I *de constitut*; c. 3, C. 32 *quaes* 4.) Na idade moderna o princípio, formulado no código Napoleão (art. 2.º), de que "la

loi ne dispose que pour l'avenir; elle *n'a pas d'EFFET RÉTROACTIF*", penetrou por tôda a parte nas legislações transitórias e nos códigos: no cód. Albertino, art. 11; no cód. de Parma, art. 7.º; no cód. das Duas Sicílias, art. 2.º; no italiano, art. 2.º; no austríaco, art. 5.º; no holandês, art. 4.º; no espanhol, art. 5.º; no português, art. 8.º. Países há, até, além do nosso, onde essa prescrição paira na altura do direito constitucional. Os Estados Unidos a consagraram no pacto federal (art. 1.º, sec. 9.ª, § 3.º), a França nas constituições de 1793 e 1795, a Noruega no § 97 da sua. Por tôdas as legislações modernas tem sido, enfim, adotada. (SAREDO: *Delle Leggi*, pág. 274, n.º 301 — FIORE: *Diritto civ. ital.* I, pág. 89. — THIRY: *Cours de dr. civil*, I, pág. 16.)

Ora, é princípio de hermenêutica inconcusso que, para entender o sentido a uma locução consagrada, havemos de ir buscá-lo no uso técnico da profissão, da ciência, ou da arte, cuja prática o fixou. Como se interpreta, nessas diferentes legislações, a cláusula, que condena as leis retroativas? Como proibição de tôda e qualquer espécie de retroatividade? Nunca ninguém o compreendeu assim. "Il principio della irretroattività *non è assoluto*, non ostante la formula generale del articolo 2.º", escreve PASQUALE FIORE (*op. cit.* I, pág. 69) em relação ao código italiano; e isso mesmo ensinam todos os legisladores, todos os jurisconsultos. Daí a importância, que tem, pelas delicadezas da sua aplicação em todos os tratados, a teoria da retroatividade, cujo fim é traçar o limite, nas leis, penais e civis, ao princípio geral.

Há uma retroatividade, que ela não exclui, que ela, pelo contrário, implicitamente apóia em tôda a parte: a retroatividade *justa*, na qualificação de

GABBA (*Retroattività*, I, pág. 44), a que LASSALLE chamou *retroatividade aparente*, (*Ib.*, pág. 43).

Não é o retroagir da lei, todo e qualquer retroagir, a retroatividade pela retroatividade, o que se quer obstar, mas o retroagir *lesivamente*, isto é, a retroatividade atentatória de *direitos adquiridos*.

«Il vero e proprio limite all'efficacia delle leggi nuove sui fatti e rapporti giuridici anteriori *fu sempre riconosciuto essere i veri e propri diritti acquisiti* mediante quei fatti e rapporti.» (GABBA, I, pág. 41.)

«Il progresso dei tempi rese sempre più chiaro e più generale nelle legislazioni il principio che la retroattività delle leggi, in quanto è ingiusta, non può consistere in altro che nella violazione dei diritti acquisiti.» (*Ib.*, p. 180.)

«La legge nuova non è applicabile, quando, applicata, lederebbe *un diritto acquistato sotto l'impero della legge anteriore*: allora dunque essa non ha effetto retroattivo. *È invece applicabile se non segua lesione di diritto quesito*». (PACIFICI-MAZZONI: *Instituz.* I, p. 71.)

«*L'inviolabilità dei diritti acquisiti*! Ecco dunque la legge delle leggi, la regola di ogni legislatore». (SAREDO: *Delle leggi*, p. 305, n. 363.)

No mesmo sentido poderíamos invocar GLÜCK, *Pandette*, ed. ital., v. I, p. 110, BIANCHI, I, págs. 61 e segs., BORSARI, I, págs. 13 e segs., e inúmeros outros, se valesse a pena. Mas bastará que resumamos o estado atual do direito em toda a parte nestas palavras da mais magistral de todas as obras no assunto:

«Nenhum valor científico tem o princípio da irretroatividade das leis, se não se traduzir no de que *não é lícito à lei nova violar direitos já adquiridos*». (GABBA: *Retroattività*, v. I, p. 182.)

O princípio da irretroatividade das leis quer dizer, pois, unicamente que os direitos adquiridos sob

o domínio de uma não podem ser prejudicados, ou cassados, pela ação de outra posterior.

Esse obstáculo criado à retroatividade no tocante às outras leis, às leis em geral, é o único oposto à ação interpretativa do legislador. Criando instituições novas, ou definindo as existentes, o que êle não pode, é postergar *direitos adquiridos*. Se a lei interpretativa os ofender, será inconstitucional; se os respeitar, será inquestionavelmente obrigatória.

É o que se acha reconhecido nos Estados Unidos, sob o império do mesmo princípio constitucional da irretroatividade das leis e o mesmo regímen nas funções do poder legislativo que no Brasil. Eis a lição bebida na mais nova e completa das obras especiais, ali publicadas, em matéria de hermenêutica legislativa:

«If no rights or titles will be effected, there is authority for holding that a declaratory statute may be accorded a retroactive operation. It is said that, while it is not within the competency of the legislative power to deprive a person of vested right by means of a declaratory act, yet where no right has been secured under the former act or its judicial interpretation, the legislature may declare its meaning by a subsequent law, and this will have the effect of giving to the former act the same meaning and effect as if the declaratory statute had been embodied in the original act at the time of its enactment.» BLACK: *Construct. and interpret. of the laws*, 1896, p. 373.)

* * *

Apliquemos:

A lei municipal de 15 de junho de 1896 (fl. 13), interpretando a de 9 de maio de 1893, art. 66 (fl. 3 verso), declarou catedráticos os adjuntos nas condições dos AA.

Os assistentes não argüem de retroativa a primeira, mas a segunda: argüem a lei interpretativa, e não a interpretada.

Juridicamente isso quereria dizer que entre 9 de maio de 1893 e 15 de junho de 1896 emergiram novos direitos, com o caráter de adquiridos, a que a interpretação não atendera. Tal, porém, não há; porquanto os assistentes não mostraram, ou alegaram sequer, a aquisição, nesse meio tempo, do título de catedráticos. Viriam a sê-los, se o governo municipal os contemplasse no provimento das cadeiras desocupadas. Mas isso constitui apenas uma expectativa, situação que os jurisconsultos cuidadosamente diferenciam do direito adquirido, e que não é protegida pelo princípio da irretroatividade contra o arbítrio do legislador.

«Il diritto acquisito, in attinenza alla legge nuova, è il diritto perfetto, quello cioè che si deve retinere nato, per essersi integralmente poste o integralmente verificate tutte le circostanze atte ed idonee, secondo la legge in vigore, per attribuire quel certo diritto, ma che non fu interamente consummato prima del cominciato vigore della legge nuova».

PASQ. FIORE: *Dir. civile*, I, pág. (97). (*)

As assistentes, pois, não demonstraram direito adquirido de catedráticas. Logo, não retroagiu contra elas nem consta que retroagisse contra ninguém, a lei interpretativa de 15 de junho de 1896.

Mas, ainda quando tivessem mostrado em seu favor como catedráticas, a existência de direito adquirido, não lhes aproveitaria êsse fato; por isso que, se o adquiriram em 1895 e 1896, época em que se graduaram na Escola Normal, catedráticos eram já os AA. pela lei de 1893, que a de 1896 se limitou a

(*) No orig. não consta o número da página (N. R.)

interpretar, como no comêço dêste arrazoadó evidenciamos.

Vã, absolutamente vã é a pretensão das assistentes e insustentável a defesa da rê.

Esperamos, pois, a sua condenação no pedido de fl. 8.

(Com 1 documento).

Rio, 2 de julho de 1897.

RUI BARBOSA.



4 — Razões de Apelação

a) PELOS AA. COMO APELADOS

Outra coisa não faz a Ré, nas alegações de fls. 164 a 166, que reproduzir, sem a menor novidade, os argumentos do seu arrazoadado a fl. 45, já detidamente confutados por nós nas razões de fls. 77 a 93.

Poderíamos limitar-nos agora, pois, a invocar para êsse nosso trabalho a atenção do venerando Tribunal, se não fôra a consideração muito particular, que nos inspira o ilustre patrono do município, e a perigosa enormidade da doutrina, que sob o seu nome se acoberta.

Aos interesses de sua cliente faz o velho cultor do direito o sacrifício de verdades elementares na ciência jurídica, assentando, com a autoridade do seu saber e do seu caráter, a defesa nestas duas proposições incrivelmente errôneas, palpavelmente constitucionais, descomunalmente absurdas:

1.º que o nosso regímen político aboliu a interpretação autêntica;

2.º que, sob a constituição atual, nenhuma lei pode retroagir, *nenhuma*, mesmo quando pertença à classe das inofensivas a direitos adquiridos.

Ainda que por demais, depois do que levamos dito no lugar indicado, faremos sôbre essas duas invenções da municipalidade em apuros as observa-

ções, que o espanto da sua extravagância nos permitir.

Por que já não terá hoje o legislador a faculdade, que a nenhum legislador jamais se recusou, de adotar leis interpretativas, leis declarativas?

Simplesmente porque o ato constitucional lha não conferiu *em termos expressos*.

Não há outro fundamento invocado, ou invocável.

Mas a mesma causa, que para êsse argumento apela, reivindica a autoridade de interpretar as leis exclusivamente para os tribunais, quando também não são explicitos os textos, em que a constituição lha atribui. Competente é, por certo, a justiça, para interpretar as leis. Mas por quê? Porque o pacto federal formalmente lhe dê êsse poder? Tal declaração ali se não contém. O que a constituição deu à magistratura, foi a competência, *para aplicar* a lei aos casos em litígio. Mas, como, para aplicar a lei, é mister interpretá-la, subentendida está na função de julgador a de intérprete da lei. Logo, há atribuições expressas e *atribuições implícitas* nos poderes constitucionais, sendo tão legítimas, tão necessárias as segundas, quanto as primeiras, de que muitas vezes constituem a condição elementar, o meio imprescindível de ação.

Ora, se o juiz é intérprete da lei, porque não há julgar, sem interpretar, intérprete da lei é também o legislador, porque sem interpretar não há legislar. Toda lei se destina a vigorar o direito existente, a modificá-lo, a revogá-lo, ou a substituí-lo. Toda lei, pois, vem apóiar, alterar, abrogar, ou transformar outras leis. Até a legislação revolucionária pressupõe o conhecimento das leis em vigor, que ela extingue revolucionariamente. Tão ingênita é, portanto, a au-

toridade legislativa, quanto à judiciária, a função de interpretar as leis. E aí está porque a constituição a omitiu a respeito do legislador, como a omitiu em relação ao juiz.

Não são expositores de direito político as constituições. Não tiram conseqüências: estabelecem princípios. São, por assim dizer, trabalhos de epigrafia legislativa, cuja primeira necessidade é a concisão, a mais severa sobriedade. Cada uma de suas fórmulas subentende verdades imanentes; cada um dos seus poderes, todos os outros a êle inerentes e dêle inseparáveis. Ora, desde que o direito se começou a enunciar em princípios elementares, entre êsses axiomas primitivos, que constituem a matéria permanente da sua tradição em tôda parte, se consignou logo o que atribui ao autor da lei a competência de interpretá-la: *Ejus est interpretare, cujus est condere legem*.

O silêncio da constituição roborava êsse velho dogma jurídico, em vez de abrogá-lo. Tôdas as constituições confirmam sempre aos tribunais a competência de interpretar as leis, sem que jamais daí se inferisse que essa faculdade era privativa dos tribunais. Entre as atribuições da legislatura muitas constituições há, que não enumeram a de interpretar as leis, sem que daí se coligisse jamais ter decaído a legislatura dessa atribuição, nativa à índole do seu poder. Para se quebrar essa tradição imemorial, universal, essencial, foi mister que, com a república, surdisse, no Brasil, esta eflorescência assombrosa do espírito de sofisma, cujos frutos de anarquia só Deus sabe aonde nos levarão. Há comentários e versões da constituição republicana, ante os quais aquêles, que a fizeram, compreendem o sentimento de Napoleão irritado contra o pulular das interpretações artificiosas em tôrno do seu código: "*Eh! messieurs*,

nous avons nettoyé, l'écurie d'Augias: pour Dieu, ne l'encombrons pas de nouveau!"

Casos há de ambigüidade tal no texto das leis, que as regras racionais da hermenêutica não nos ministram meio de entendê-lo. Como prescindir, nessa hipótese, da interpretação autêntica, colocando o magistrado entre o crime da denegação de justiça e o constrangimento da aplicação temerária de uma lei cujo sentido se não descobre? (1)

Mais grave ainda, mais imperioso que o da ambigüidade é o da contradição na lei, vício que evidentemente só pela interpretação autêntica se corrige. (2)

Ainda outra face dêsse absurdo. O poder executivo executa as leis sob a fiscalização do legislativo, e debaixo dessa fiscalização as regulamenta. Como há de, pois, o poder legislativo apreciar a conformidade entre os atos do poder executivo e os seus, entre os regulamentos administrativos e as leis, se não tiver o arbítrio de interpretá-las?

Nem êsse arbítrio contradiz absolutamente a faculdade, reconhecida ao poder judiciário, de interpretar as leis, que aplica. Tal faculdade, com efeito, não se exerce independentemente da autoridade legislativa, senão quando as leis se acharem em conflito

(1) Si può venire alla necessità di una interpretazione autentica, quando il senso d'una legge è tanto ambiguo, da non potersi assolutamente determinare con sicurezza le regoli razionali delle hermeneutica. GLÜCK: *Pandette*. Edic. SERAFINI e COGLIOLO. Vol. I, p. 175.

(2) «... Che se invece trattisi d'una qualche contraddizione, ed allora due regole contraddittorie furono dal legislatore proclamate, il quale vuole che l'una e l'altra si osservassero, perocché erroneamente ne ritiene possibile l'accordo. Questa ultima condizione di cose costituisce davvero un vizio tale, che per la L. 12 C. de L. L. non può esser corretto dall'interpretazione dottrinale, ma dall'autentica solamente».

THIBAUT: *Teoria dell'interpret. log. del diritto in generale* (vers. ital. 1872), § 15, p. 43.

com a constituição. Se na interpretação destas, em confronto com aquelas, o juiz as considera antagônicas e inconciliáveis, para obedecer à constituição, terá que negar obediência às leis. Fora dessa hipótese a ação do tribunal está subordinada à da legislatura: há de aplicar o direito positivo, qual esta o fêz, qual esta o quis, e, portanto, qual ela o declara, e interpreta.

Vedando, logo, ao poder legislativo a interpretação autêntica, essa doutrina de ocasião o mutila, o paralisa, o desnatura, o reduz a uma antinomia, com cuja responsabilidade não pode carregar o nosso direito constitucional, como um de cujos autores somos obrigados a protestar contra a paternidade do invento.

O legislador tem, quando é servido, o direito de interpretar a lei, e, se na lei de interpretação não contravém ao pacto constitucional, o juiz há de cumpri-la, como deve cumprir tôda e qualquer lei, que não transgrida a constituição.

* * *

Transgride, porém, a constituição tôda lei, que retroage?

Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem, (*) diz a sabedoria jurídica de todos os tempos. Mas, de tôdas as leis, as leis a que mais à justa e com mais força se impõe o critério desse axioma profissional, são as constituições, cujo pensamento, enunciando-se em grandes sínteses e vastas generalidades, não se define com acêrto sem especial cuidado na inteligência das palavras empregadas.

(*) CELSUS, Fr. 17, de legib. D., I, 3. (N. R.)

A disposição, que, no pacto de 1891, proíbe à União, como aos Estados, prescrever leis retroativas, já existia tal qual na constituição decretada em 1890 pelo governo provisório, onde, como principal autor dêsse trabalho, teríamos deixado ali um padrão de ignorância, se lhe associássemos a intenção absoluta e irracional, que aqui se lhe pretende imputar.

Desde que o sentimento da justiça principiou a iluminar as sociedades, de cuja civilização descende a contemporânea, se entrou a enxergar o princípio da irretroatividade das leis. PLATÃO no *Teeteto*, o põe nos lábios de SÓCRATES. CÍCERO, numa das suas orações contra *Verres* o aclama como verdade adquirida ao patrimônio do direito civil: "*De jure civili si quis novi quid instituit, is omnia, quae ante facta sunt, patitur.*" Nas origens romanas do direito hodierno se destaca uma constituição de Teodósio, ano 440 (L. 7. C. de *legibus et constitutionibus Principum*) cujas palavras iniciais se reportam à mesma regra como a coisa antiga e inconcussa: *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis*. E a Glosa o anota dizendo: *Haec lex plana est*, "esta norma é óbvia. Não inovava o legislador, não criava direito, neste passo, observa SAVIGNY: reconhecia um preceito inato à índole e ao destino das leis: *certum est*. Mais tarde o direito canônico o revestiu de nova solenidade: *Quoties novum quid statuitur, ita solet futuris formam imponere, ut dispendiis preterita non commendet, ne detrimentum ante prohibitionem possint ignorantes incurrere quod eos postmodum dignum est vetitos sustinere*. (Cap. 2. X, de *constit.*) A própria política de MACHIAVEL, no *Príncipe* rendia preito à inviolabilidade dêsse cânone sagrado por todos os códigos antigos e modernos: "*La legge non deve riandare le cose passate, ma sib-*

benne provvedere alle future". *Lex non habet oculos retro*, ensinavam os doutores. "*Janus in legibus non placet*", doutrinou depois o chanceler BACON. A lei não tem efeito retroativo, prescrevem as legislações hodiernas. Em tôdas "*senza nessuna eccezione, é ammesso il medesimo principio*". (*)

Mas, se êle existe na jurisprudência de todos os povos, há de ter assentado, conhecido e seguro o seu alcance. Se, adotando-o, portanto, a constituição brasileira lhe foi buscar a fórmula no direito universal, ao direito universal lhe havemos de ir pedir a definição.

A nossa constituição falou em *leis retroativas*, como outras constituições e outros códigos falam. Logo na inteligência dada a essa locução nos códigos e constituições que nos precederam, é que nos cumpre ir procurar o sentido a ela associado pelos constituintes brasileiros.

Ora, ninguém disse jamais que a fórmula vedatória das leis retroativas, essa fórmula geral, sujeita à limitação necessária de tôdas as fórmulas gerais, se opusesse cegamente à retroação *de tôda e qualquer lei*. Como todos os princípios humanos, "*il principio della non retroattività trova una limitazione nelle fonti medesime di cui emana*". (Côrte de cassaç. de Turim, sent. de 29 abr. 1875. LOMONACO, I, pág. 71.) Mas a origem racional do princípio da irretroatividade está na necessidade indeclinável, que às sociedades constituídas se impõe, de assegurar o *direito adquirido* contra as vicissitudes do arbitrio legislativo. Uma vez adquirido o direito, para logo se torna

(*) GIOV. LOMONACO: *Istituzioni di dir. civ. ital.*, v. I, (1894), p. 68.

inacessível à ação futura das leis, que o possam atacar, negar, diminuir.

«Quindi, allorchè vuolsi esprimere il principio con una formula esatta e completa, deve dirsi: la legge non può essere retroattiva *in modo da violare i diritti acquisiti*».

LOMONACO, I, p. 72.

Égide do direito adquirido, a proibição da retroatividade vai até onde êle chega, e acaba, onde êle cessa. (3) Porque não o disse, porém *explicitamente* a nossa constituição? Pelo mesmo motivo, porque, até hoje, ainda nenhuma lei, ainda nenhuma constituição o disse: porque está na essência das coisas, e, se as leis necessitassem de especificar o que toca à essência das coisas, todo o papel que o mundo fabrica, seria escasso, para conter o simples texto das leis.

A constituição brasileira não tem relações de descendência com a constituição francesa do ano III (22 de ag. de 1795), a cujo art. 14 se refere o nosso eminente antagonista. (Fl. 165) A constituição do ano III, que, àcerca da retroatividade das leis adotou uma variante aparentemente radical da fórmula comum, (4) não chegou, na sua efêmera vida, a ter outro comentário mais que os próprios atos da Convenção, mãe sua, da qual se disse que nenhuma assembléia "abusou tanto da onipotência, *pour régir le passé*". (5) Os jacobinos, que dêsse modo supunham, ou fingiam transplantar uma das garantias da liberdade americana, sem compreender o modelo, de

(3) «Gesetze sollen nicht in bestehende Rechte eingreifen.» BRUNS: *Das heutige römischen Rechts*, § 11. Na *Encyclopädie der Rechtswissenschaft* (Leips., 1870.)

(4) «Aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif.»

(5) LAURENT: *Princip. di dr. civile*, v. I, n. 141.

que eram antítese, ainda não tinham discípulos no Brasil, ao fazer da nossa constituição, ou, pelo menos, não os tinham entre os homens, que a fizeram. Não é, portanto, da constituição francesa do ano III que deriva a nossa.

Aliás para que a cita o nosso douto colega? Oitamo-lo: "Esta disposição, (6) que se lê no art. 2.º do cód. civ. francês, não obriga o legislador, nem é regra constitucional, diz MOURLON (*Répét. du cod. Napol.* n.º 65), e se-lo-ia somente sob a constituição do ano III, cujo art. 4.º proíbe as leis retroativas". Mas o que nós sustentamos coincide ponto por ponto com o que sustenta MOURLON. Sob as constituições como a nossa e como a do ano III, que vedam às leis retroatividade, essa disposição proibitiva vincula o legislador. É o que diz MOURLON, e o que nós sustentamos. Mas todo princípio domina, obriga, impera nos limites que a sua mesma natureza lhe traça. Quando MOURLON trata de definir as raias naturais ao princípio da irretroatividade, exclui dessa proibição leis de certas categorias, cujo efeito retroativo a não contraria, e leis, que, por sua índole, são necessariamente retroativas sem ofensa ao preceito geral da irretroatividade. Ora, definida, na lei, ou na constituição, a regra da irretroatividade tem a mesma amplitude. Do ser, num caso, decretada pelo legislador e, no outro, imposta ao legislador não se segue que o conteúdo da prescrição varie. O que diversifica, é a sua hierarquia, decorrente, numa hipótese, do legislador, superior a êle na outra. Mas o princípio, a que, na segunda, a lei constitucional adscrive o legislador, é idêntico ao que, na primeira, a lei ordinária dita ao juiz. Idêntica na origem e na expres-

(6) A relativa, na constituição brasileira, às leis retroativas.

são, a mesma fórmula não pode ter nos códigos um significado, outro nas constituições.

E é o que nos demonstra a jurisprudência dos Estados Unidos. Tôda a gente sabe que, ao elaborar a constituição brasileira, tivemos os olhos fitos na daquele país. Dela extraímos a cláusula em questão, resumindo na frase *leis retroativas* as que no pacto da União anglo americana se traduzem as pelas duas expressões "*laws to impair the oblition of contracts*" e "*ex post facto laws*". A primeira corresponde ao direito civil; a segunda, ao direito penal; e tanto uma quanto a outra vedam apenas como retroativas as leis, *que ferirem direitos adquiridos*.

O barbarismo anglo latino *ex post facto laws* quer dizer justamente *leis retroativas*. A nossa expressão constitucional reproduz, pois, *idem per idem* a americana. Entretanto, contra o que pretende entre nós o hábito da sofisteria, a jurisprudência americana nunca entendeu que aquela cláusula vedasse radicalmente as leis retroativas, antes a aplicou sempre exclusivamente à legislação penal. Isto é, o princípio, absoluto no seu enunciado, na sua forma aparente, no seu significado filológico, na sua inteligência vulgar, recebeu, na técnica do direito constitucional, a limitação, que lhe impunha o uso jurídico da linguagem. No art. I, seção 10, a constituição dos Estados Unidos estabelece: "*No state shall . . . pass . . . any ex post facto law*". Nenhuma lei retroativa reza o texto. Logo, a proibição é ilimitada, inflexível, absoluta. Se a lei for retroativa, *not any*, incorrerá na proibição, não será constitucional. Assim raciocinaria o leigo e o leguleio; porque isso é o que estatui a letra, *verba legis*. Mas o jurisconsulto, o constitucionalista não cai nesse êrro, por saber que acima da letra está a acepção jurídica, *vim ac potes-*

tatem. Em consequência, o “tôdas as leis retroativas” da fórmula literal ficou, pela hermenêutica da boa razão e da boa fé, limitado à só categoria de leis, que, sob aquêlê nome, o uso liberal da *common law* estigmatizava na Grã Bretanha e na América inglêsa. E destarte a retroatividade que, se considera incompatível com a intenção proibitória daquela cláusula, veio a ser exclusivamente a retroatividade penal: “The prohibition respecting *ex post facto laws* applies only to criminal cases”. (STORY: *Commentaries*, § 1.398, Ed. 1873, v. II, p. 259.)

Recordaremos um dentre muitos arestos que atestam essa jurisprudência. É interdita a entrada nos Estados Unidos aos operários de raça amarela, a saber, aos chins, excetuando-se da vedação tão somente os funcionários, professores, estudantes e viajantes em trânsito. Instituiu, porém, uma lei de 6 de maio de 1882, arts. 4.º e 5.º, que os chineses já residentes no país, que se ausentassem, tinham a liberdade de regressar, apresentando um certificado de identidade, que se lhes daria, ao partirem. Consistia a intenção dêsse ato legislativo em manter os direitos adquiridos pelos chins, que êle encontrou já domiciliados nos Estados Unidos. Verificando-se, porém, que se traficava com êsses documentos de habilitação à residência no país, vendendo-se a indivíduos incursos na proibição legal, outra medida legislativa, no 1.º de outubro de 1888, excluiu do território americano todos os chineses ausentes que não tornassem antes de votada essa lei, e declarou nulos os demais certificados de identidade já expedidos. A essa providência se opuseram, nos tribunais, os interessados, averbando-a de contrária ao princípio da irretroatividade. Mas a côrte de S. Francisco e depois a suprema côrte federal negaram provimento

à ação, sentenciando que o texto constitucional só se refere às leis penais. (7)

De onde vem essa distinção, que não se encontra no texto constitucional, uma vez que êste, como vimos, sem reserva alguma, proíbe indistintamente as leis retroativas, *any ex post facto law*? De que acepção jurídica da palavra tinha êsses limites na tecnologia do direito inglês, e as palavras utilizadas nas leis se hão de entender juridicamente.

Anàlogamente a constituição brasileira, proibindo às leis retroatividade, outra coisa não fêz que adotar uma noção jurídica delimitada pela ciência e pelo uso em tôda parte. A intenção do legislador constituinte estava, logo, definida pela universalidade, pela unanimidade, pela uniformidade no consenso das opiniões e das legislações a êsse respeito.

O que a nossa constituição quis, pois, foi vedar a retroatividade injurídica, a retroatividade maligna, a retroatividade condenada, queremos dizer a que ataca a eqüidade e a justiça, a que destrói ou ameaça as situações legalmente adquiridas. Porque há, de outro lado, uma retroatividade benfazeja, equitativa, justa, que o direito não se limita a autorizar: exige, impõe e necessita. Essa, não a excluiu a constituição brasileira, pois seria insensato excluí-la, e, para cometer essa insensatez, precisaria de romper com o uso geral do direito; presunções contrárias uma e outra ao critério do legislador constituinte, à sua competência, ao seu espírito liberal e, portanto, inadmissíveis, enquanto se não documentarem positivamente.

Da teoria, que se nos contrapõe, resultam conseqüências disparatadas e odiosas, que o nosso ilus-

(7) *Annuaire de législation étrangère*, v. XVIII. Paris, 1889, páginas 908-911.

tre adversário certamente não aceitaria, mas que, adotado o seu princípio, são irrecusáveis.

Suponhamos que, por uma reforma do código penal se aumentem retroativamente a certos crimes as penalidades. Evidentemente essas inovações incorriam na cláusula da retroatividade proibida. Aos crimes cometidos antes delas a expiação havia de ser medida pelo direito anterior. O delinqüente só podia incidir na sanção cominada ao delito pela lei que êle violara. Se, porém, a reforma se efetuou em sentido oposto, se, em vez de agravar as penas, as mitigou, essa modificação do direito penal não seria retroativa? Incontestavelmente havia de ser. Mas não o seria, ante a doutrina que considera absoluta a proibição constitucional da retroatividade. Por essa inteligência do nosso direito fundamental os crimes anteriores à lei, que reduziu a penalidade, seriam submetidos à cominação abolida, operando-se assim a dupla incongruência, a injustiça dupla, o duplo contrasenso de continuar a se impor uma expiação abolida, e aplicar-se a uns indivíduos uma punição, a outros outra, pelo mesmo delito, conforme a sua data, anterior ou posterior à reforma penal.

Mas essa monstruosidade é inadmissível. Logo, aqui temos já uma classe de leis, que são forçosamente retroativas. O criminoso, ainda não julgado, será necessariamente beneficiado por elas.

Em matéria civil igualmente são retroativas as leis, que *criarem direitos não ofensivos de direitos preexistentes*; visto que, sendo o intuito dessa garantia constitucional manter a estabilidade do direito adquirido, as leis, que o não ofenderem, se podem retrotrair constitucionalmente. É o caso do princípio *cessante legis ratione, cessat et ejus dispositio*, princípio, cujo objetivo consiste em subtrair à aplica-

ção de uma lei geral os casos especiais, que o seu texto parece abranger, mas que se acham excluídos pela intenção do legislador.” (8)

Não é, pois, absoluto o cânon constitucional da irretroatividade. Perante a nossa constituição, como perante a americana, que nesta matéria traduzimos, vertendo o *ex post facto laws* em *leis retroativas*, há leis juridicamente, naturalmente, inevitavelmente retroativas. Nesse número estão as leis declaratórias, ou interpretativas, desde que não conculquem direitos adquiridos.

É o que categoricamente expõe um dos mais modernos comentadores do direito político americano:

«Em não havendo lesão de direitos preexistentes, com fundamento se sustenta que as leis declarativas podem retroagir. Observa-se que, se não cabe na competência legislativa eliminar por leis declaratórias direitos adquiridos, quando, entretanto, não houver direito firmado por lei, ou interpretação judiciária, à legislatura assiste o arbítrio de significar por uma lei o pensamento de outra, passando-se por êsse meio a atribuir à lei interpretada o mesmo sentido e efeito que se dela desde a sua origem fizesse parte a lei interpretada,» BLACK: *Construct. and interpretation of the laws* (1896), pág. 373. (9)

Falso é, pois, contra o alegado tantas vêzes e tão sem a menor prova nas razões de fl. 165, que o nosso direito constitucional repila as leis declarativas. Acerca das leis interpretativas o critério, entre nós, como na América do Norte, é o mesmo que a

(8) «Il vero significato della massima, che cessa l'impero della legge cessante *ratione legis*, è questo, che fa d'uopo sottrarre all'applicazione di una legge generale quei casi speciali, che il suo testo sembra comprendere, ma che sono esclusi della intenzione del legislatore». LOMONACO, *Instit.*, pág. 92.

(9) Está noutro arrazoado nosso, a fl. 91 dos autos, o original inglês desta citação, [pág. 141 deste tomo].

respeito das leis retroativas : têm-se como proibidas, quando intentem retroagir contra o direito adquirido.

Ora, de tal vício não argüi a ré o ato municipal de 9 de maio de 1893 (lei interpretada). E como entre êsse ato e o de 15 de junho de 1896 (lei interpretativa), não se constituiu, por lei, ou sentença, direito algum contrário ao dos AA. (fl. 92), nada se opõe à ação da lei interpretativa, que opera em tôda a sua plenitude, como se decretada fôsse com a lei interpretada na mesma data e no mesmo texto.

Corroboradas assim as nossas conclusões nos dois pontos capitais, onde foram impugnadas, pedimos vênia, para recomendar à atenção do Tribunal, quanto aos demais pontos, as nossas razões anteriores (fls. 36-43 e fls. 77-93) (10), em que nos parece estar completamente justificado o raciocínio da petição inicial (fls. 3-8.)

Às frouxas e inconcludentes considerações apressadamente esboçadas no arrazoado a fl. 165 v. e fl. 166 sôbre a questão do *concurso* nos basta opor o que já dissemos em alegações anteriores (fls. 36-9 e fls. 80-83). (11)

Confiamos, pois, que o egrégio Tribunal recusará provimento à apelação, confirmando o julgado *a quo*, na parte em que a condena.

b) PELOS AUTORES COMO APELANTES

Condenando o município, a sentença de fls. 103-7 pronuncia-se contra nós quanto a um dos elementos do pedido, nestes termos:

(10) Págs. 115-144.

(11) Págs. 115-129.

“Não provaram, sim, os AA. que lhes fôsem devidos, além dos seus vencimentos, as diferenças para aluguel de casas; pois que êsse auxílio, sômente devido quando nos distritos destinados aos professores não existem edificios próprios e com acomodações, não pode ser considerado ordenado, ou vencimento, não pode ser computado nas jubilações, e depende, portanto, da designação de cadeiras e exercício respectivo”.

Não respondem estas objeções à argumentação indicada por nós na petição inicial, fls. 7 v., 8 e depois num arrazoadado, fls. 77 v.-80 (12), para onde solicitamos a atenção do venerando Tribunal.

Parte de uma idéia falsa o raciocínio da sentença, figurando que os AA. não tinham direito de reclamar outras vantagens além das computáveis para o cálculo da jubilação. Direito de reclamar têm os AA. tôdas as vantagens legais, que pelo ato arbitrário da municipalidade deixaram de perceber. É da reparação do dano que se trata (não do cômputo dos vencimentos de aposentadoria); e, tratando-se de ressarcir o dano, até onde fôr o direito prejudicado, aí tem de chegar o ressarcimento. Mede-se o dano pela extensão do direito lesado, e a responsabilidade pela extensão da culpa. Ora, por um lado, não se pode contestar que um dos direitos assegurados ao catedrático no exercício da cadeira primária é, em face da legislação transcrita, a casa gratuita, ou o subsídio para o seu aluguer. Por outro, inegável é que os AA. não deixaram de auferir êsses proventos legais, senão porque o município arbitrariamente lhes recusou o exercício das cadeiras, a que como catedráticos lhes assistia direito. Logo, há, nessa parte, dano pela violação de um direito e culpa pela

(12) Págs. 111-114 e 127-129.

infração de um dever. O autor da culpa, consequentemente, há de responder por ela ao paciente do dano.

Não faz ao caso a evasiva de que o auxílio para a locação da casa só se faculta aos professores, quando, na casa, onde professam, não há cômodos com capacidade para a sua moradia; porque, num e noutro caso, é à moradia gratuita que tem direito o mestre primário, é a moradia gratuita que ao mestre primário dão os cofres municipais, ora sob a forma de casa, que lhe fornecem, ora sob a da subvenção, que para o seu aluguer lhe consignam. Qualquer que seja a expressão assumida por êsse direito, casa de graça, ou consignação para a pagar, é sempre um direito, direito inerente à posição legal do catedrático no ensino municipal; e, debaixo de qualquer das duas formas, êsse direito representa sempre a vantagem correspondente, no orçamento do professor, no seu patrimônio, à despesa, contra que a lei o assegurou, de alugar casa. O prejuízo causado está determinado, portanto, pela importância, em que a lei avaliou o aluguer de casa, para o professor que não residisse na escola. Logo, se o catedrático, em consequência do ato ilegal, que o privou do seu título e, com êle, do exercício, não teve casa dada pelo município, nem gratificação para o seu aluguer, *ipso facto* sofreu no seu patrimônio um desfalque, provendo a expensas suas a uma necessidade, cuja satisfação teria corrido por conta do erário municipal, se as autoridades municipais o não esbulhassem dos cargos, a que êsse proveito era inerente.

Lamentável confusão é a que se faz na sentença, com supor que a obrigação de reparar está dependente da classificação ou discriminação administrativa entre as diversas vantagens legais asseguradas ao

funcionário, cuja espoliação se discute. A questão consiste simplesmente em saber se essas vantagens constituíam meros *interesses*, ou verdadeiros direitos. Se eram simples interesses, não há que indenizar; porque a responsabilidade civil não cobre o prejuízo do interesse alheio. Se eram direitos, a indenização é irrecusável; porque a toda lesão do direito alheio se estende a responsabilidade civil. Ora, um provento afiançado por lei a um título oficial não é interesse: é direito. Logo, ao prejudicado nesse direito cabe indubitavelmente a reparação correspondente ao prejuízo verificado.

Demais (para concluir) êsse débito está formalmente confessado pela municipalidade, cujo chefe, no doc. a fl. 14, computou expressamente, no crédito solicitado para o saldar, "o auxílio de aluguer de casa, de 9 de maio de 1893 a 31 de dezembro de 1895".

Justo será, pois, reformar a sentença apelada, na parte em que excluiu da condenação a importância relativa a êsse desfalque, já reconhecido pela própria devedora.

Nova Friburgo, 10 de fevereiro de 1898.

RUI BARBOSA.

V

A CULPA CIVIL DO ESTADO

O *Empastelamento do* O Comércio de São Paulo
e a *Responsabilidade do* Govêrno Local

PARECER





Empastelamento d' "O Commercio de S. Paulo"

Accção de Indemnisação

AUTOR — DR. EDUARDO PAULO DA SILVA PRADO

RÉ — A FAZENDA DO ESTADO DE S. PAULO

Allegações finais do Autor

pelo

Dr. Manoel Clementino de Oliveira Escorel

ADVOGADO

Na capital do Estado de S. Paulo

Lente de Direito Criminal na Faculdade de Direito



S. PAULO

Typographia Abercio Ramos Moreira — Rua do Rozario, 12

1898

Fôlha de rosto do avulso publicado pelo advogado Oliveira Escorrel em 1898. Tamanho natural. (Exemplar da *Casa de Rui Barbosa*).

NOTA DO REVISOR

O empastelamento do *O Comércio de São Paulo*, (*) órgão que circulava na Capital bandeirante sob a direção de Afonso Arinos, suscitou o pronunciamento de alguns juriconsultos, cuja opinião foi então solicitada. Entre eles, os conselheiros Rui Barbosa e A. Coelho Rodrigues, além do ministro José Higino.

O parecer emitido pelo Senador Rui Barbosa, cuja íntegra estampamos a seguir, orientou-se através de um campo ainda pouco percorrido na época — o da culpa civil do Estado como responsável pelos atos ilícitos de seus agentes. Num só ano — 1898 — três casos, no gênero, reclamaram atenta e cautelosa indagação jurídica do Conselheiro: um deles, aliás o primeiro, na ordem cronológica, o que nos ocupa a atenção; o segundo, a questão do Mercado da Glória, entre

(*) Os acontecimentos de 3 para 4 de março de 1897, nos arredores de Canudos, deixaram, como é claro, apreensiva a opinião pública da Capital da República e de outros pontos do País. A nova deste revés foi um desastre ainda maior — assegura Euclides da Cunha, testemunha contemporânea. O elemento exaltado encontrou então o pretexto aguardado com ansiedade.

A exemplo do que ocorreu no Rio de Janeiro com a *Gazeta da Tarde*, o *Liberdade* e o *Apóstolo*, quando circulava a notícia da morte do Coronel Antônio Moreira César, verificada na madrugada de 4 de março, e conseqüente tragédia da 3ª Expedição, em S. Paulo também os ânimos se enfiureceram, e o próprio Chefe de Polícia, segundo versão corrente, teria declarado ser preciso vingar a morte do antigo comandante do 7º de Infantaria, porque atrás dos fanáticos de Antônio Conselheiro, estavam os monarquistas.

Na véspera do assassinio do Coronel Gentil José de Castro, a 7 de março de 1897, foi invadido por uma multidão e seriamente danificado *O Comércio de São Paulo*, sem que, segundo o concludente noticiário da época, tivesse a polícia local evitado tal desordem e os graves prejuízos decorrentes. Daí, a controvérsia.

partes a Prefeitura do Distrito Federal e Antônio Martins Marinhos; e, o terceiro, surgido em 1893, durante as operações bélicas no sul, motivado por certo assalto levado a efeito no navio *L'Italia*, a serviço das forças legais, quando surto no pôrto de Rio Grande. Estes dois últimos integrarão o tomo subsequente, o de número V, já em adiantado preparo.

Assunto pouco ventilado até fins do século XIX, e de certo vacilante na jurisprudência pátria, onde era encarado com certa timidez, não obstante tal contingência, pôde Rui Barbosa fixar a seu respeito princípios de vasta profundez. Entre os incontáveis recursos de erudição de que poderia dispor, como é possível inferir-se mediante o simples exame da bibliografia, é curioso que não se tenha valido aqui de uma monografia que naquela quadra, pode-se considerar clássica no seu gênero: é um livrinho de Edgar Löning, *die Haftung des Staats aus Rechtswidrigen Handlung seiner Beamten* (Frankfurt, a.M., 1879), utilizado nos pareceres análogos, onde por sua vez foram condensadas em grande parte doutrinas de Pfeiffer. Embora omitido como referência subsidiária, poderosa é a influência por êsse trabalho exercida nas idéias do Jurisconsulto, que o cita em outros trabalhos semelhantes, tal como ocorre com a dissertação de Meucci, inserida no *Archivo Giuridico*, Vol. XXI, págs. 345 e segs.

Ausente da Capital Federal, quando redigiu o *Parecer*, e sem embargo de serem insuficientes os recursos que requeria a delicadeza do assunto, quando trabalhado por intelectual severo nas suas afirmações, como era o Autor, produziu ainda assim uma das conclusões mais avançadas para aquela fase de plena ebulição do pensamento jurídico.

Parecer

Em um rápido parecer, acêrca da vasta questão discutida no sólido trabalho do dr. ESCOREL, (*) e no sítio onde me acho, (**) quase de todo sem livros, com que autorize e comprove as minhas opiniões, mal poderei apontar as noções fundamentais, onde estriba a aplicação do direito comum ao dano proveniente dos atos e omissões do poder.

As administrações públicas (estado, província, município) são pessoas jurídicas de existência necessária.

A existência dessas entidades não se realiza, essas entidades não vivem e manifestam a sua vida, senão pelos atos em nome delas praticados pelos seus agentes.

Logo, nas relações entre as pessoas jurídicas dessa categoria e os funcionários, que lhes exercem a autoridade, se verifica estritamente o princípio da representação, pelo qual os atos do representante são atos do representado.

Pelo mesmo princípio, pois, por que, na relação institória, o preponente, ou comitente, responde pelos atos do preposto, o Estado há de responder pelos atos dos seus funcionários.

(*) Dr. Manuel Clementino de Oliveira Escorel, prof. da Faculdade de Direito de S. Paulo.

(**) Nova Friburgo. (N. R.)

Essa responsabilidade nasce direta e essencialmente do princípio jurídico *da representação*, não das relações da *culpa in eligendo*, ou da *culpa in vigilando*; pelo que não pode a administração pública eximir-se à responsabilidade, provando que o empregado *bonos mores mutavit in malos*, ou que a vigilância mais cabal dos seus superiores não poderia ter evitado o fato danoso.

E, como a violação de um direito pode resultar, não só da ação de um fato colisivo com êle, como da omissão de um ato destinado por lei a protegê-lo, a consequência é que as administrações públicas, no tocante ao procedimento dos seus funcionários, respondem tanto pela *culpa in omittendo*, quanto pela *culpa in faciendo*.

Em consequência o consenso geral dos juristas e dos arestos judiciais tem estabelecido a regra de que, nos casos de dano reparável, isto é, de lesão de um direito legal, os princípios estatuídos pelos códigos modernos sobre a responsabilidade dos preponentes pelos atos dos prepostos se aplicam à responsabilidade dos governos, ou administrações pelos atos dos seus servidores. Neste sentido se assinala, sobretudo, notavelmente a jurisprudência das côrtes de cassação na França e na Itália.

Em falta, pois, no direito nacional, de disposições expressas quanto a esta especialidade, essa jurisprudência se impõe, segundo a lei pátria, aos nossos tribunais, como direito subsidiário, atenta a identidade nos fundamentos de direito público e privado entre a situação jurídica dêsses países e a nossa. Nêles também não há instituições explícitas, que determinem a applicabilidade às administrações públicas das normas que firmam a responsabilidade geral dos particulares pelos atos dos seus representantes. Essas

normas estão consignadas nas *leis civis*, e, não obstante, se consideram extensivas às pessoas públicas, de caráter administrativo, ou político. Inevitável, irrecusável era, de feito, essa aplicação, por ser evidente que o que determina a gestão das obrigações, não é a natureza das pessoas, que elas envolvem, mas a esfera jurídica onde essas entidades penetram; de modo que, se o ente político, ou administrativo, se põe em contacto, ou antagonismo, com direitos de índole civil, como o de propriedade, pelo dano, que daí decorrer a êsses direitos, pelos compromissos, que para com êles direta, ou indiretamente, contrair, responde por título civil e segundo as *leis civis*, ainda que o fato em questão se perpetrasse no exercício de atos de autoridade, administrativa, ou política.

«Lo Stato o qualunque Amministrazione publica in qualunque modo e per qualunque fine operante, se leda i diritti altrui per opera di persone alle quali sono affidati gl'incarichi che esso deve compiere per proprio interesse, trovasi sotto il principio del rapporto institorio, e deve responderne».

MEUCCI: *Inst. di diritto ammin.* 3ª ed., p. 274.

Nem importa que nas fontes romanas, de onde principalmente decorrem as *leis civis* portuguesas e a doutrina dos nossos antigos civilistas, se não encontre reconhecida essa aplicação dos cânones da responsabilidade civil.

Não importa, *primeiro*, porque a aplicação, de que se trata, está rigorosamente contida nos princípios, em que o direito romano definiu a responsabilidade do *dominus* pelos atos do *institor*: *aequum est sicut commodo sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum, et conveniri.* (ULPIANO F. 1 D. de *instit. act.* (*) É a mesma lin-

(*) D. XIV, 3, — (N. do R.)

quagem dos jurisconsultos contemporâneos no tocante à responsabilidade das administrações públicas: "Comme essa (l'amministrazione pubblica) risente il vantaggio e il comodo de'fatti de' suoi funzionari, cosi deve rispondere dei danni, che essi cagionano abusando dell'autorità, dei mezzi, della forza che loro confida". (MEUCCI, *op. cit.*, p. 246.)

Não importa, *em segundo lugar*; porquanto, se os jurisconsultos romanos não cogitaram nessa extensão da responsabilidade civil, é que com ela eram incompatíveis as idéias e instituições políticas da época, a impecabilidade de César, a irresponsabilidade do príncipe, *princeps a legibus solutus est* — a onipotência do soberano, encarnação viva da lei, *quod principi placuit, legis habet vigorem*, e a indiscriminação dos vários ramos do poder, que, unificando e confundindo a autoridade judiciária com a executiva e a legislativa, obstava a que se pudesse jurisdicionar a administração pública aos tribunais.

Não importa, *em terceiro*, por isso que, estando em antítese direta com essas as idéias e instituições atuais, a mesma razão precisamente, que excluía da praxe romana êsse corolário da responsabilidade civil, o impõe ao direito dos povos modernos. Êstes, uma vez que a feição característica impressa à organização política das sociedades contemporâneas está na extensão da responsabilidade a tôdas as relações dos governantes com os governados e na separação dos poderes, que sujeita o executivo à lei feita pelo legislativo e à justiça distribuída pelo judiciário, ficam abraçando o princípio civil do direito romano isentos da contradição, a que a natureza peculiar da política romana o submetia na jurisprudência da própria nação que o distinguiu, e formulara.

Por isso entre os países, cujas instituições civis decorrem principalmente das romanas, isto é, em toda a evolução jurídica da Europa continental e na esplêndida literatura que a acompanha, a tendência geral se pronuncia pela aplicação das regras comuns da culpa à culpa do Estado. Não admira que dessa direção divirja, até certo ponto, a jurisprudência inglesa, onde ao altíssimo desenvolvimento do direito político não corresponde o do direito privado, e isso justamente por se não ter implantado ali a influência da grande legislação, que, há dezessete séculos, nutre a cultura jurídica no ocidente "A Inglaterra", diz o eminente jurisconsulto alemão GANS, "repugnando sempre a admitir o direito romano, não se elevou jamais acima de um grau bem humilde no desenvolvimento do direito privado".

Verdade seja que, por via de regra, na mesma Europa, os escritores de direito administrativo sufragam a teoria da irresponsabilidade do Estado, ou, pelo menos, a da sua responsabilidade limitada, segundo as regras de um direito *sui generis*, perante os tribunais administrativos, teoria adotada, em França, pelo conselho de Estado e pelo tribunal dos conflitos. (MASSÉ e VERGÉ sobre ZACHARIAE, v. IV, § 628, págs. 23-4, n.º (6). E a ação dessa doutrina, propagada entre nós sobretudo, nestes últimos anos, pelo livro célebre de MANTELLINI, vai animando a reação da nossa magistratura fiscal e do regalismo republicano contra as velhas tradições jurídicas do nosso fóro. Mas a análise e refutação dessa obra tão brilhante, quão perniciosa para os que a lerem sem critério discriminativo, o exame dos erros e contradições que a inquinam, a caracterização da parcialidade fiscal, que a assinala, estão feitos, com imensa superioridade nos escritos de CHIRONI, de MEUCCI (o mais insigne talvez entre os tratadistas de direito

administrativo na Itália), de PROVENZANO PALAZZO, para não falar em DE FILIPPIS, em RICCI, em BORSARI, em BELLAVITE e tantos outros, que, naquele mesmo país, têm levado à evidência o princípio da responsabilidade geral das administrações públicas pelos atos do poder.

Se, porém, os nossos procuradores fiscais, pelo influxo das mesmas prevenções atuantes, na Itália e na França, sobre os advogados do erário e a magistratura administrativa, tendem a derivar nessa corrente anti-jurídica insuperável obstáculo lhe opõe a antiguidade e continuidade da jurisprudência nos nossos tribunais, onde, bem o notou o dr. J. HIGINO (*) (*Direito*, v. LXXIII, pág. 511), a primeira decisão favorável à irresponsabilidade do Estado pelos abusos dos seus funcionários é a proferida pelo supr. trib. federal em 28 de abril de 1897 (*ib.*, pág. 504), felizmente corrigida, pouco depois, (**) no acórdão de 19 de maio de 1897 (*ib.* pág. 520) e neutralizada por muitos outros arestos, anteriores e posteriores, dessa e outras justiças brasileiras.

Dos atos enumerados e documentados pelo dr. ESCOREL no seu luminoso trabalho, quando estuda (págs. 17-20 e 34 a 35) os nossos precedentes administrativos e parlamentares de 1895 para cá, se averigua que o govêrno e o congresso brasileiro têm, por deliberações solenes, confessado a responsabilidade da administração pública pela insuficiência ou negligência das autoridades policiais na defesa da propriedade particular, violada por movimentos tumultuosos, além de que o próprio govêrno de S. Paulo, contra o qual se move a ação objeto da consulta,

(*) Voto vencido na Apelação Cível nº 255.

(**) Apelação Cível nº 222, relator o Exmo. Sr. Ministro Figueiredo Júnior.

subscreveu a mesma doutrina no caso dos jornais *Roma* e *Século*, destruídos por agressões políticas em Jundiá e na capital do Estado.

Algumas das espécies indigitadas, com particularidade aquela sôbre que versa a mensagem dirigida, em 12 de julho de 1897 (*Diário Ofic.* de 17), pelo presidente da república ao congresso, têm singular importância prática e doutrinal; porque respondem à teoria, que excetua do princípio geral da responsabilidade os *atos de império*. Trata-se, com efeito, na hipótese, de prejuízos causados ao vapor inglês *Stanmore* por um ato da polícia sanitária, e, segundo a teoria discriminativa na questão da responsabilidade civil do Estado pelos atos do poder, "as providências adotadas pela autoridade política no interesse da saúde comum constituem *atos de império*, que, como tais, não a expõem à ação de reparação de dano para com os particulares". (RICCI: *Obbligazioni*, pág. 576, n.º 308).

Procedendo assim, pois, mostrou reconhecer o governo brasileiro a verdade incontestável de que, em transgredindo direitos, e lesando por essa maneira o patrimônio privado, os próprios atos de império estão subordinados à responsabilidade civil.

«Il principio che l'atto d'imperio non espone la pubblica amministrazione a resarcimento de danni soffre eccezione nel caso in cui, in conseguenza dell'atto stesso, si privi un privato del suo diritto riconosciuto e garantito dalla legge».

(RICCI, *op. cit.* pág. 548, n. 296).

Nem outra doutrina se poderia conceber num regímen, cujas constituições garantem à população do país a inviolabilidade dos direitos, que declaram. Sob instituições tais a violação de um direito cria, para o violador, quem quer que ele seja, indivíduo, ou associação, pessoa física, ou ente moral, parti-

cular, ou autoridade, cidadão, ou governo, a obrigação de lhe ressarcir o dano.

Nem mesmo a legalidade do ato exclui em absoluto a responsabilidade civil. Faculdades há do governo, perfeitamente legais no domínio do *jus singulare*, em cujo círculo giram certas prerrogativas do Estado, e que, contudo, se colidem, nas suas consequências, com um direito privado; ou diretamente o lesam, estabelecem, a benefício do particular contra a fazenda pública, o direito à reparação do dano. É o que cabalmente demonstrou PALAZZO na sua monografia àcerca da responsabilidade civil do Estado pelos atos *legais* do poder. Legais são, por exemplo, e atos de império, atos soberanos, entre todos, as medidas políticas, ou militares, empregadas no aprestar a defesa do território contra a invasão estrangeira; e, não obstante, se, praticados antes da guerra, ofendem a propriedade particular, incontestável é o jus ao ressarcimento.

Verdade é que alguns autores, aliás dos de maior vulto, como CHIRONI e MEUCCI, para circunscrever o ressarcimento do dano aos casos de ato ilícito, distinguem sob o nome de *indenização* o desembolso pago pelo erário na hipótese dessa espécie de prejuízos. Mas essa distinção, que, por um lado, não passa de uma subtileza verbal, quando, entre duas categorias de casos de responsabilidade civil do Estado por lesão da propriedade individual, pretende separar uns dos outros pela diferença nominal entre *reparação* e *indenização*, tem, por outro lado, o inconveniente de não se conciliar com a nossa teoria constitucional, que circunscreve o conceito de *indenização* aos casos de expropriação regular, e só conhece *indenização prévia*. (Const., art. 72, § 17). Entre o dano e a desapropriação natural é a diferença,

visto que a segunda constitui uma exceção formal, regularmente processada, ao direito de propriedade, ao passo que o dano exprime apenas uma colisão material entre êle e um ato, ilícito, ou lícito, do poder. Seja, portanto: arbitrário, ou legal, êsse ato, o meio de acudir à lesão da propriedade é sempre *reparação* do dano, reservando-se a denominação jurídica de *indenização*, no sentido estrito, para as emergências da desapropriação regular.

Bastaria de per si só a garantia constitucional do art. 72, § 17, para resolver terminantemente a questão da responsabilidade da administração pública pelo dano causado à propriedade particular. Consagrando nos termos mais absolutos a inviolabilidade dêsse direito, e obrigando a fazenda pública a indenizá-lo, tôda vez que o haja de quebrantar, ainda constrangida pela *necessidade pública*, implicitamente reconheceu o legislador constituinte a obrigação do Estado à reparação, quando por sua parte o dano se não puder exculpar com essa escusa suprema. O argumento de menor para maior aqui me parece irresistível.

À invulnerabilidade do direito de propriedade a constituição não admite senão uma exceção só: a de desapropriação por necessidade ou utilidade geral. Mas nessa exceção mesma o remédio da propriedade ofendida previne, precede o mal, que a tem de ofender. Se, porém, o Estado, quando lesa, é imune à obrigação, a que se acha sujeito, quando expropria, a derrogação ao direito de propriedade não será uma só, e essa mesma sob a cláusula de reparação, qual a lei fundamental a quer, mas variada, múltipla, contínua, além de incompensada; e isso com a extravagante inversão, com a absurda anomalia de se exigir o corretivo do desfalque para os casos de neces-

sidade, e prescindir-se do corretivo para o dano nos arbítrios e abusos.

Com essa irresponsabilidade do poder pelo dano causado ficaria desprotegida a propriedade contra as usurpações mais poderosas dêsse direito, quando justamente contra as lesões originárias da autoridade é que a constituição buscou assegurá-lo, podendo violar sem reparação, o Estado só por mercê se exporia à necessidade de indenizar, desapropriando; e, por último, colocado assim fora da esfera jurídica, o govêrno constitucional, em vez de ser, para o direito, a proteção organizada, se converteria na mais séria ameaça e no mais freqüente elemento de perturbação contra êle.

Nem vale contra a responsabilidade civil do Estado o argumento da responsabilidade pessoal, a que submete os funcionários o art. 82 da constituição; porquanto a obrigação do Estado pelo dano resultante dos atos dos seus agentes longe de ser incompatível, coexiste naturalmente com a tríplice responsabilidade individual dêsses agentes: responsabilidade política, responsabilidade criminal, responsabilidade civil do preposto para com o preponente pelo valor da satisfação por êste paga ao terceiro prejudicado.

E, ainda quando na disposição do art. 82 se queira ou simplesmente, não se sabe por que enxêrto num código político, uma regra de puro direito civil, qual a da responsabilidade direta do funcionário para com o prejudicado na propriedade por um abuso ou êrro de poder, gratuito seria concluir da responsabilidade do preposto a irresponsabilidade do preponente, quando, pelo contrário, sempre se entendeu que as duas responsabilidades são inseparáveis numa responsabilidade solidária, da qual resulta para o

paciente do dano a escolha da ação contra um dos dois corresponsáveis ou a ação cumulativa contra ambos.

Feitas estas observações, que esboçam, por assim dizer, a exegese da teoria da responsabilidade civil do poder na culpa dos seus empregados, não hesito em concluir pela responsabilidade — do Estado de S. Paulo no atentado contra a fôlha *Comércio de S. Paulo*. As circunstâncias narradas à pág. 33 do folheto revelam, por parte das autoridades policiais, incúria, desprezo pelos seus deveres, indiferença aos reclamos do direito ameaçado, tudo isso em grau tal, que a culpa confina quase com o dolo, e o quase-delito chega quase a orçar pelas raias do delito. A presença, que ali se afirma, “de soldados de polícia armados e oficiais, que vitoriavam os assaltantes” (pág. 33) torna ainda mais sério o vínculo da responsabilidade, firmando-a não só no princípio abstrato da representação, como ainda nos indícios mais veementes da *culpa in eligendo* e da *culpa in vigilando*, má escolha de agentes policiais e invigilância sobre eles das autoridades superiores.

Princípio corrente foi sempre que o poder, em cujas mãos se ache a autoridade policial, responda pelo dano cometido no seu território pelos ajuntamentos armados, ou desarmados. Por isso já a legislação do período revolucionário em França, nos fins do século passado, estatuiu para as comunas essa obrigação, em vigor até hoje, além daquele país, em todos os outros onde a polícia é municipal, inclusive a Inglaterra e os Estados Unidos. Em S. Paulo é o Estado que exerce a polícia. A esta, logo, incumbe a responsabilidade pela culpa ativa, ou passiva dos seus agentes.

O bom exemplo dado pelo govêrno dêsse Estado, pagando em indenização por essa responsabi-

lidade 37:000\$000 rs. a vários italianos, proprietários de dois jornais italianos destruídos em Jundiaí e S. Paulo, reconhece o princípio, firmando-o em dois arestos administrativos, que não podem aproveitar unicamente a estrangeiros. Tem-se alegado, com efeito, que um govêrno não pode oferecer ao estrangeiro condições de segurança superiores às de que gozam os reinícolas; e nessa consideração é que se fundam os governos, para denegar indenizações reclamadas por extranhos em razão de estragos sofridos no curso das revoluções, quando a violência da desordem sobreexcede os meios repressivos, os recursos ordinários da autoridade, paralisando temporariamente a ação policial. Mas negar aos nacionais o que aos estrangeiros se concede, reconhecer à propriedade destes um direito recusado àqueles nunca se fêz, senão nos países anarquizados e oprimidos, onde o direito, a que obedecem as indenizações, é o mêdo aos canhões estrangeiros.

Em sua origem o direito de reclamar perdas e danos aos municípios pela fraqueza ou conivência das autoridades policiais na defesa do patrimônio privado era peculiar aos nacionais, referindo-se exclusivamente a êste a lei de 10 vendemiário ano IV. Foi a jurisprudência que, por obra dos seus arestos, de 1834 em diante, estabeleceu que também os estrangeiros o podiam invocar. (ZACHARIAE: *Le dr. civ. franç.* Ed. de MASSÉ e VERGÉ, v. I, § 61, p. 82, n.º 6).

Em suma que, no meu entender, o direito do *Comércio de S. Paulo* à indenização do Estado, pelo crime de que foi vítima, se me afigura irrefragável.

Nova Friburgo, 14 de março de 1898.

RUI BARBOSA.

VI

HABEAS-CORPUS

O ESTADO DE SÍTIO. TÊRMO DE SEUS EFEITOS



NOTA DO REVISOR

A petição de *habeas corpus* que se segue, com sua defesa, é sem dúvida uma das causas que, situado o problema jurídico no momento e meio que o suscitaram, constitui um caso *sui generis*. À sua denegação equívale a uma vitória do patrono da causa, porquanto, triunfadora estava sua tese há muito defendida com ardor e convicção. Embora não concretizado a 26 de março, é inegável que os princípios então expostos moveram o judiciário a verdadeira reconsideração de seu anterior pronunciamento.

O ambiente do último biênio presidencial do governo Prudente de Moraes é bastante complexo. O jacobinismo atingira o seu apogeu. No Congresso reina o desentendimento, não apenas consistente em dissensões político-partidárias, mas em competições tendenciosas, incompatíveis com as normas dos campos políticos em entrelaço. No Exército, sentimentos exaltados, sem o cunho de civismo que poderia inspirar a memória de Floriano, constituíam um óbice suficiente a produzir sérias apreensões. Na Marinha, o clima provindo daquelas penosas jornadas de 93 a 95, não podia deixar certamente de ser de preocupações e ressentimentos.

«No ano de 97 a idéia mais em voga era o assassinato político», dizia o conselheiro Carlos de Carvalho.

Quem quisesse conhecer o estado psicológico da sociedade naqueles dias, leia um pequeno folheto de Evaristo de Moraes (*Marcelino Bispo*, Rio, 1898), o Relatório do Delegado Neiva, e a modelar reportagem de Ernesto Sena sobre O atentado de 5 de novembro que ocorre no seu livro *Rascunhos*

e *Perfis*. Rio, 1909. Ali compreenderá os móveis de 5 de novembro, e verá que um dos menos responsáveis pela consumação do doloroso evento é uma infeliz praça do 10º de Infantaria, mísera vítima a quem o poder de sugestão transviara a ponto de levá-la à desgraça que cometeu.

A situação, dia a dia mais tensa, culminara com o atentado de 5 de novembro. Frustrado a tempo, quanto à pessoa do supremo magistrado da Nação, não o fôra, todavia, em relação ao seu Ministro da Guerra. No dia imediato ao atentado, Rui, tocado pelos sentimentos de humana solidariedade nos momentos de aflições do próximo, oferece seus serviços à viúva do Marechal Bittencourt. Longe estava, porém, de prever as tristes conclusões do inquérito.

Sete dias decorridos do lutuoso acontecimento, era declarado em estado de sítio a Capital Federal e a Comarca de Niterói, devendo êsse regímen de exceção terminar a 12 de dezembro, trinta dias após (Dec. nº 454).

O inquérito instaurado na 1ª Delegacia Auxiliar, presidido pelo Sr. Vicente Neiva, ante os depoimentos do anspeçada Marcelino Bispo, após sucessivas acareações, apontava como corresponsáveis o Senador João Cordeiro, Deputados General Francisco Glicério, Alexandre José Barbosa Lima, Alcindo Guanabara, Irineu Machado e Torquato Moreira, além de vários implicados, militares uns, civis outros.

A 12 de janeiro era conhecido o resultado do inquérito, publicando o *Diário Oficial* dessa data o relatório na sua íntegra. Logo após decretava-se o destêrro dos Srs. João Cordeiro, Barbosa Lima, e numerosos outros presos políticos, para o presídio de Fernando de Noronha.

Não havendo cessado com a terminação do estado de sítio as exceções que resultaram de sua declaração — ponto nuclear da tese patrocinada — impetrou a 3 de março de 1898 o Conselheiro Rui Barbosa ordem de *habeas-corpus* ao Supremo Tribunal Federal. Distribuída ao Exmo. Sr. Ministro Bernardino Ferreira, por despacho de 5, nesse mesmo dia foi decidido por unanimidade, pedir o comparecimento dos pa-

cientes às 11 horas de 26 de março, data designada para julgamento, sendo solicitadas as providências necessárias ao órgão executor das medidas de exceção.

Por ofício de 11 (fls. 30) e de 24 de março (fls. 31-40, inc.), o Ministro Amaro Cavalcanti, titular da Justiça e Negócios Interiores, prestou abundantes informes ao Tribunal, acrescentando não se tratar pròpriamente de destêrro, e terem os atos do executivo pleno assento em decisão do Supremo, citando a tal propósito trechos do acórdão de 92. (H. C. nº 300.)

A 26, presentes os indiciados, iniciou-se o julgamento. Com a palavra o advogado impetrante, ocupou a tribuna durante 2 horas e 30 minutos, proferindo o discurso que se insere em seguida à petição. Ainda a ocupou o Deputado Barbosa Lima, fazendo suas as palavras do Conselheiro Rui, com alguns adendos peculiares à sua condição de oficial do Exército e de membro de uma das câmaras do Congresso.

Dada a palavra ao relator, e lidas as informações do Ministro da Justiça, proferiu o Exmo. Sr. Ministro Bernardino o seu voto, que, vencedor, constituiu o acórdão de folhas 47-50. Pela ata dos trabalhos dessa sessão, sem restrições aprovada na seguinte, apura-se o seguinte resultado:

Habeas-Corpus nº 1.063

Julgamento

Sessão de 26 de março de 1898

<i>Negaram</i>		<i>Concediam</i>	
Bernardino Ferreira	1	Hermínio do Espírito Santo	1
Augusto Olinto	1	Macedo Soares	1
André Cavalcanti	1	Manoel Murtinho	1
Pindaíba de Matos	1	Barão de Pereira Franco .	1
Ribeiro de Almeida	1		
	—		—
Total	5	Total	4

Deixaram de comparecer à sessão de 26 os ministros Pisa e Almeida, Américo Lôbo, Lúcio de Mendonça e João Barbalho, os quais, a exceção do primeiro, compareceriam à sessão de 16 de abril dando seu voto pela concessão da ordem impetrada sob o nº 1.073. (1)

A seguir foi submetido ao Tribunal o *habeas corpus* nº 1.060, dado como prejudicado em virtude do que se decidiu no julgamento do processo de *habeas corpus* nº 1.063 (2).

* * *

A 3 de março, mesmo dia em que Rui dava entrada ao seu pedido, o advogado J. C. de Albuquerque Melo Matos impetrava ao Juízo Federal um pedido de *habeas-corpus* em favor de um dos pacientes. No mesmo dia foi despachado pelo juiz Godofredo Xavier da Cunha, que mandou o impetrante dirigir-se à côrte suprema. Acatando o despacho, encerrou aquêlê advogado o seu arrazoado, a 5 de março, com as seguintes palavras :

«Deixa o suplicante de fazer novas considerações, como fundamento de seu recurso, porque o assunto acha-se presentemente esclarecido à saciedade pelas fulgurações solares que sôbre êle projetou o talento fenomenal do advogado de Rui Barbosa, em magistral e inegalável petição de *habeas-corpus* que ao egrégio Supremo Tribunal Federal apresentou em favor de todos os desterrados de Fernando de Noronha.»

(1) A íntegra do acórdão de 26 de março, relativo ao *habeas corpus* 1.063 vai transcrita adiante, p. 331.

(2) O *Habeas-Corpus* nº 1.060 fôra impetrado pelos advogados João Damasceno Pinto de Mendonça e João Paulo Barbosa Lima, em favor do Deputado Alexandre José Barbosa Lima, para o fim de comparecer o paciente à sessão de 26 de março do Supremo Tribunal Federal, sendo concedido na sessão de 5 de março. Foi relator o Exmo. Sr. Ministro Barão de Pereira Franco, sendo vencido o Exmo. Sr. Ministro André Cavalcanti quanto à preliminar de não se tomar conhecimento da petição por ser originária e por tratar-se de constrangimento ordenado por autoridade competente contra um militar.

O Exmo. Sr. Ministro Macedo Soares assinou vencido, tendo votado no sentido de ser imediatamente expedido alvará de revogação do destêrro, para que cessasse o constrangimento ilegal da liberdade do paciente. (*Jurisprudência*, 1898, págs. 8-9. Imp. Nac., 1900).

De fato, a petição de *habeas-corpus* de autoria de Rui já estava elaborada desde 3 de fevereiro. O autógrafo contém, do próprio punho de Rui, sua assinatura e data daquele dia, e mais abaixo, sobre estampilhas, novamente a assinatura com a indicação : 3 de março de 1898.

Posteriormente, requereu Melo Matos ao Supremo Tribunal que o seu pedido, que tomou o nº de 1.065, fôsse apensado ao de Rui Barbosa, de nº 1.063. Por acórdão de 9 de março julgou o tribunal prejudicado o pedido de Melo Matos, quanto ao comparecimento do paciente, por já ter sido dada ordem geral em tal sentido, na petição de Rui Barbosa, para o dia 26. Determinou ainda que o pedido nº 1.065 fôsse apensado ao de nº 1.063. (3)

No dia 26 de março, dia do julgamento do *habeas-corpus* 1.063, insistia Melo Matos pela anexação, que não tinha sido feita, sendo o pedido remetido ao relator do *habeas-corpus* nº 1.063.

A 30 de março o Tribunal considerando o mérito do pedido nº 1.065, considerou-o prejudicado, pela decisão tomada a 26. (4)

(3)

ACÓRDÃO (FLS. 33)

«Vistos, expostos e relatados os autos.

Acordam em julgar prejudicado o recurso, visto que ao paciente já foi concedido *habeas corpus*, a fim de ser apresentado no dia 26 do corrente mês; e deferindo o requerimento de fls. 31, mandam que os autos sejam apensados aos de nº 1.063, em que foi proferida aquela decisão.

Custas *ex causa*.

Supremo Tribunal Federal, 9 de março de 1898. (aa) Aquino e Castro, Presidente. — Ribeiro de Almeida, relator. — Bernardino Ferreira. — Pereira Franco. — Hermínio do Espírito Santo. — Pisa e Almeida. — Pindaíba de Matos. — Augusto Olinto. — Manoel Murtinho. — Macedo Soares.»

(4) «Vistos e relatados estes autos de petição de *Habeas Corpus* em que é impetrante o Dr. Rui Barbosa em favor dos pacientes Senador João Cordeiro, Deputados Alcindo Guanabara e Alexandre J. Barbosa Lima, Major Tomás Cavalcanti de Albuquerque, Frederico José de

Nesse mesmo dia 30 de março era impetrada nova ordem de *habeas-corpus* em favor dos pacientes pelos advogados José Cândido de Albuquerque Melo Matos, Joaquim da Costa Barradas e João Damasceno Pinto de Mendonça. Tomou o número de 1.073. No mesmo dia foi designado relator o Exmo. Sr. Ministro Ribeiro de Almeida; decidiu o Tribunal (1º acórdão), por unanimidade, adiar o julgamento do pedido, e a 2 de abril converter em diligência, para o fim de comparecerem os pacientes à sessão de 16 de abril, dia assinado para julgamento. Foi então concedida a ordem de *habeas-corpus*.

Sant'Ana Nery e José de Albuquerque Maranhão: — julgam prejudicado o pedido, em vista do que já foi julgado no processo de *Habeas-Corpus* nº 1.065, pagas as custas na causa.

Supremo Tribunal Federal, 30 de março de 1898. (aa) Aquino e Castro, P. — Bernardino Ferreira [relator]: Pindaíba de Matos. — João Barbalho. — Manoel Murtinho. — H. do Espírito Santo. — André Cavalcanti. — Pereira Franco. — Ribeiro de Almeida. — Macedo Soares vencido pelos fundamentos expendidos nos *Habeas Corpus* nº 1.060 e neste.»

A ata menciona o julgamento do *habeas-corpus* 1.063, impetrado por Melo Matos. No acórdão declara-se o pedido 1.063 prejudicado pelo 1.065. Há evidente equívoco. Foi o pedido nº 1.065, do advogado Melo Matos que foi prejudicado pelo julgamento do pedido 1.063, do advogado Rui Barbosa.

1 -- Petição de *Habeas-Corpus*

Srs Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Rui Barbosa, em uso do direito que lhe assiste pelo artigo 340 do código do processo criminal, e art. 45 do decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, vem requerer a VV. EEx. a liberdade por *habeas-corpus*, do senador João Cordeiro, dos deputados Alcindo Guanabara e Alexandre José Barbosa Lima, bem como do major Tomás Cavalcanti de Albuquerque, Frederico José de Sant'Ana Neri (barão de Sant'Ana Neri) e José de Albuquerque Maranhão, que, desterrados para a ilha de Fernando de Noronha por decreto do poder executivo de 21 de janeiro dêste ano, dado a público no *Diário Oficial* do dia 13 do subsequente mês, ali continuam detidos após o restabelecimento das garantias constitucionais.

Apensando a esta petição um exemplar dessa fôlha, tem satisfeito o suplicante ao requisito prescrito no decreto n.º 848, art. 46 *b* e no regimento interno dêste egrégio tribunal, art 65, § 1.º, onde se exige que o requerimento de *habeas-corpus* se instrua com "o conteúdo da ordem, por que foi metido na prisão" o paciente. Tratando-se, com efeito, na hipótese, não de prisão, mas de destêrro, espécie de constrangimento com que o texto não se ocupa, o equivalente da ordem de prisão é o decreto do poder executivo, que ordenou o destêrro, e na apresentação

do *Diário Oficial*, onde se estampa o ato do govêrno, está, em face do decreto n.º 572, de 12 de julho de 1890, o meio específico de prová-lo autenticamente.

Fundamentando esta súplica, em obediência ao que lhe impõe o decreto n.º 848, art. 46 c, não se deterá o impetrante na consideração de serem membros da representação nacional três dos pacientes, uma vez que, não respeitando nêles êsse caráter, obrou o govêrno de acôrdo com os têrmos, em que, a êsse respeito, se pronunciou, ao deliberar o estado de sítio, o congresso, onde, contra o voto em que persiste e persistirá o suplicante, vingou o parecer inconstitucional de que a decretação do estado de sítio suspende as imunidades parlamentares.

A ilegalidade, contra que se interpõe êste recurso, é a *de perdurar o destêrro, acabado o estado de sítio*. O princípio resultante da natureza da instituição, do texto constitucional, da opinião geral dos constitucionalistas e da jurisprudência dos povos livres, estabelece que *nenhum dos efeitos do estado de sítio pode exceder a duração dêle*.

Já uma vez tive a honra de invocar perante o Supremo Tribunal Federal esta verdade, para bem dizer axiomática no assunto, e então em nome de cidadãos na sua generalidade opostos em tendências e opiniões às da escola política a que se filiam os pacientes. A atmosfera da época, o sôpro violento da reação que nublava as consciências, a pressão dos escrúpulos conservadores no espírito dos guardas da lei toldaram a transparência do direito, e impediram o seu triunfo. Agora, porém, que um meio calmo favorece a independência da justiça, permitindo-lhe absorver-se no exame da lei em sua pureza nativa, graças à obra de pacificação e liberdade que assinala

a administração atual, nada a poderá honrar mais, dando a medida prática do imenso progresso moral a ela devido no equilíbrio dos poderes, na segurança da liberdade, na observância da Constituição, que o restabelecimento desta em uma das suas garantias necessárias, qual a de que ora se cogita, por um aresto judicial, retificando um ato do executivo.

Fundamentando a sua petição, endereçada, em 18 de abril de 1892, a êste egrégio tribunal, em favor dos quarenta cidadãos presos e desterrados pelos atos de 10 e 12 de abril daquele ano, dizia o suplicante:

“Assaz claro é o contexto da carta brasileira. Ela não tolera o estado de sítio, senão por tempo determinado, e só autoriza o poder executivo a usar das medidas de repressão, que lhe indica, “*durante o estado de sítio*”. Mas, se a ação de tais medidas perdurasse para os indivíduos nelas envolvidos, então para êsses indivíduos se prorrogaria o estado de sítio indeterminadamente; o que a prescrição constitucional não admite.

“Dir-se-á: Não. Desde que a prisão ou desterro se decreta durante o estado de sítio, a autoridade do executivo operou nos limites de tempo assinado à duração dêle. O exercício da função é que se deve encerrar nesses limites; a extensão dos efeitos dela, porém, não tem na lei semelhante barreira”. Mas assim se poderia argumentar, quando muito, se a duração do desterro, ou da prisão, se fixasse no momento em que o executivo desterra, ou prende. Então, uma vez determinado o período da sequestração política, teria cessado a ação do govêrno, que a impusesse. Mas, se êste não marca o têrmo da coação infligida, e reserva-se o direito de suspendê-la, em um futuro indefinido, quando lhe aprouver, claro

está que a manutenção da medida repressiva traduz continuidade de exercício da ação do govêrno, ultrapassando o estado de sítio, isto é, significa a indeterminada ampliação dêle além do prazo estatuído. E nisto vai manifesta incongruência com as duas cláusulas constitucionais”.

Cinco dias depois, vindicando perante vós êsse mesmo princípio, na sessão em que se julgou êsse *habeas-corpus*, que tinha nêlo um dos seus fundamentos, acrescentava o impetrante:

“As medidas repressivas adotadas no decurso do estado de sítio podem ser perpétuas? Podem ser de duração indefinida? Podem alongar a sua duração além da duração dêle? Evidentemente a solução de tais questões não podia ter sido reservada pela constituição ao arbítrio do executivo. Logo, há de estar nos textos, por intuição, ou por interpretação. Mas, se está nos textos, não vos podeis negar a interpretá-los; porque essa é a função específica da vossa magistratura. Quando cidadãos, que se consideram com o direito à liberdade, pela cessação do régimen excepcional que dela os privou, comparecem ante vós, em nome de preceitos constitucionais, que êles supõem contrários à sua sequestração do número dos livres, — não tendes o direito de remeter a questão a outro poder. O poder da hermenêutica constitucional sois vós.

“Será perpétua a privação da liberdade, imposta pelo govêrno aos presos durante o estado de sítio? Manifestamente não pode ser. Perpetuidade é elemento de penalidade; e a penalidade é função exclusiva da justiça. Essa privação há de ser, pois, temporária. Mas quem lhe limitará o têrmo? Por outra: é prefixa, ou indefinida a duração da medida isoladora?

"Se é indefinida, então representa um gênero de sofrimento mais árduo que a pena, uma espécie de função mais severa que a de julgar. Nesse caso, ao passo que a ciência criminal não admite aos tribunais irrogação de pena, sem prefixação do seu prazo na sentença, o direito político teria autorizado o governo à imposição de castigos por indeterminado prazo. Seria uma justiça fora da justiça e acima dela; absurdo, anomalia, despropósito.

"Mas, se estas cominações não podem ser perpétuas, e se, transitórias, hão de ter duração predefinida no ato que as impuser, algures há de estar, na lei, o máximo da sua durabilidade possível. Nem mesmo à judicatura se deixa, no uso das penas, autoridade arbitrária quanto ao seu tempo. Tudo o que se diminui à liberdade, tem forçosamente a sua delimitação nos textos legislativos. Essa descrição, pois, que aos próprios tribunais não se admite, não podia admitir-se ao executivo. Mas em vão procurareis uma cláusula constitucional, que prescreva explicitamente a extensão máxima da prisão, ou do destêrro imposto durante o estado de sítio. Logo, se a hipótese da duração indefinida é insensata, se essa duração tem necessariamente confins, não se achando eles expressos na carta federal, é que o legislador constituinte os considerou traçados, pela própria natureza da suspensão de garantias, no círculo de duração delas.

"Senhores, esta questão não é nova. Já sob a constituição imperial foi debatida no parlamento. Era ainda no início do primeiro reinado. Tinham cessado as suspensões de garantias, com que Pedro I reagira contra a revolução de 1824 e os movimentos insurreccionais, que nos abalavam o solo de província em província. Tratava-se de saber se os presos du-

rante a interrupção das garantias constitucionais podiam ficar nas mãos do govêrno, ou deviam ser entregues para logo aos tribunais. Suscitou-se a controvérsia no senado, quando tínhamos apenas três anos de existência extra colonial. Era o regímen de uma carta recentemente outorgada. O déspota, que a concedera com tôdas as reservas mentais dêsses presentes do despotismo, tinha os olhos abertos, desconfiados para as primeiras veleidades do nosso parlamentarismo em embrião, e frementes na dextra os copos da espada, que dissolvera a constituinte. Pois bem: sôbre êsse terreno vacilante, nesse meio hostil, sob êsse horizonte carregado de ameaças, os estadistas mais conservadores do senado não trepidaram em afirmar, quase rosto a rosto, ao imperador a mesma doutrina, que venho hoje sustentar em vossa presença, e que esta república de hoje argüi de anárquica na minha bôca. Êsses princípios advogados na minha petição de *habeas-corpus*, de que as sequestrações da liberdade, impostas durante o estado de sítio, findam com êle, de que, terminado o estado de sítio, começa imediatamente a ação dos tribunais, são os mesmos, idênticamente os mesmos, que os senadores de Pedro I defendiam na casa do conde dos Arcos, quando o império nascente cheirava ainda ao colonialismo de D. João VI”.

Indeferindo o *habeas-corpus* de abril de 1892, o Supremo Tribunal Federal não aceitou êsse fundamento, declarando:

“Que a cessação do estado de sítio não importa, *ipso facto*, na cessação das medidas tomadas dentro dêle, as quais continuam a subsistir, enquanto os acusados não forem submetidos, como devem, aos tribunais competentes; pois, do contrário, poderiam ficar inutilizadas tôdas as providências aconselhadas,

em tal emergência, por graves razões de ordem pública.”

A essa fragilíssima objeção era óbvia a resposta, desde que nada embarga ao govêrno, no exercício da faculdade de prorrogar o estado de sítio, o arbítrio de mantê-lo, enquanto não possa entregar aos tribunais os suspeitos, e não convenha deixá-los em liberdade.

Outras muitas faces, porém, tem êsse erro, que o impetrante discutiu depois, em um livro conhecido (RUI BARBOSA: *O Estado de sítio, sua natureza, seus efeitos, seus limites*, págs. 173 a 181), das quais vos pede permissão para transcrever as principais :

“Ainda colocando-nos no terreno das pretensões do govêrno, admitindo, para êle, a faculdade, que se lhe quis atribuir, de aplicar penas, — tais penas, ao menos, haviam de estar sujeitas às prescrições, que regem a matéria penal. Partindo da noção de que a lei é que pune, e não o homem, a ciência penal requer, para a applicabilidade de uma pena, a existência anterior de lei (*nulla poena sine praevia lege penale*), que regule as condições da sua imposição, adscrevendo-a a um máximo e a um mínimo determinados, assim como exige, na sentença condenatória, a fixação do tempo, a que a condenação se estender. Entretanto, na hipótese vertente, as penas (para lhes dar o nome oficial) não têm prazo definido. E, como o Supremo Tribunal entende não lhe ser permitido tomar conhecimento do assunto, enquanto o congresso não se pronunciar sobre o ato do govêrno, a consequência é ficar entregue a liberdade individual, de que, noutros tempos, a justiça era o amparo, às paixões e aos interesses políticos, ou antes à irrefreada violência do executivo, a cujo arbi-

trio está hoje o mover as maiorias legislativas, sequestrando representantes da nação.

“Se, porém, essas irrogações de prisão e detêrro não são penas, como o govêrno deixou implicitamente escapar, não lhes prescrevendo limites de tempo, e como o tribunal explicitamente declarou que nunca poderiam ser, — forçoso é concluir que os seus efeitos acabam com o restabelecimento das garantias constitucionais.

“Isso por várias razões, qual a qual mais decisiva.

“*Primeiro.* — O uso dessas medidas é uma função meramente policial, *“exclusivamente domandata al potere di polizia, che ha il governo, questo avendo il debito de mantenere l'ordine publico”* (ARANGIO RUIZ: *Stato di assedio politico*, pág. 195.) “*Il poter di polizia è il fondamento dello stato di assedio politico.*” (*Ib.*, pág. 204.) “... *L'estrema misura di polizia repressiva, qual è lo stato di assedio.*” (*Ib.*, página 205.) Como atribuição de policia excepcional, a ação dessa autoridade, evidentemente, não se pode estender além da situação excepcional, que a autoriza.

“*Segundo.* — A impossibilidade, para a justiça, de examinar a legalidade da prisão de indivíduos retidos sem processo em tempos normais, quando as garantias constitucionais já se dizem restauradas, importa, em relação a êsses indivíduos, na *suspensão da autoridade dos tribunais* em pleno domínio da constituição. Ora, “tal suspensão, é absurdo que o govêrno possa promulgá-la, *seja em que caso fôr.* Entende-se e explica-se a restrição da liberdade individual, mas não a suspensão dos poderes constitucionais; e o judiciário é exatamente um dêsses poderes, entre os quais se distribui a soberania.” (*Ib.* págs. 184-85). Ainda sob o estado de sítio não se

deve considerar interrompido o direito dos tribunais ao julgamento dos acusados; o que unicamente se suspende, são as garantias processuais contra a prisão arbitrária. "Poder-se-á, nesse estado excepcional, prender o indivíduo, ainda quando não colhido em flagrante delito, ou não existindo contra êle mandado de captura, regularmente expedido pela autoridade judicial. *A esta, porém, se deverá deferir sempre o conhecimento do assunto*, não se considerando, entretanto, de rigor os termos usuais; e *ela poderá julgar não provada a imputação, restituindo à liberdade o indiciado*, ao qual, todavia, não lhe será lícito conceder a soltura provisória, pois é exatamente sobre a detenção preventiva que a autoridade judiciária deve perder a faculdade de mandar." (*Ib.*, pág. 187.) Por outra: o arbítrio excepcional, que o govêrno adquire com a decretação do estado de sítio, é apenas o de *prender preventivamente*, prender por suspeita, ou presunção, sem tirar à autoridade judiciária o direito de verificar as presunções, de retificar as suspeitas, chamando a julgamento os presos. Eis a doutrina, que se pratica na Inglaterra, e que nos Estados Unidos se pratica; durante a suspensão do *habeas-corpus*, isto é, durante o assédio político naqueles países. Doutrina diametralmente oposta resultaria dos fundamentos do acórdão de 27 de abril: em vez de se reivindicarem os direitos da autoridade judicial, mesmo durante a suspensão de garantias, suspender-se-iam, ainda após a restauração delas, os direitos dessa autoridade.

"*Terceiro.* — Se, relativamente às pessoas retidas sob o estado de sítio, os seus efeitos se prolongam além dêle, a consequência é que a restauração das garantias, no país, não é completa, é que a suspensão de garantias persiste, no país, para certa fra-

ção da coletividade. Ora, esta consequência contradiz manifestamente as intenções evidentes do legislador constituinte, quando não admite o estado de sítio, senão *por tempo determinado*. (Const., art. 80 pr.)

“Quarto. — Se a pena por tempo indeterminado é intolerável; se a determinação do tempo é requisito substancial da pena *em todas as legislações*, como admitir para os atos do arbítrio, o que não se admite para as sentenças da justiça? Como admitir prisão por tempo indeterminado, ao talante do executivo, quando a não admitimos aos tribunais? Mas é precisamente o que se teria de aceitar, a prevalecer a teoria inaudita do acórdão. Não são penas, diz êle; mas podem durar indefinidamente. Isto é: não sendo penas, *são coisa pior do que se o fôsem*. Infinitamente mais dolorosa do que a pena, que entrega o culpado à lei, é essa condição sobre todas ímpia, que entrega inocentes aos caprichos do poder político. seja êle presidente, ou congresso. *Misera est servitus, ubi jus est vagum, aut incertum*. O princípio constitucional é que as garantias da liberdade não se podem suspender indefinidamente. (*Ib.*, pág. 182.) “*Suspendere i guarentizie costituzionali indefinitamente significa soffocare le libertà e le istituzioni che dallo stato di assedio invece dovrebbero essere protette.*” (*Ib.*, pág. 196.) E, se essas garantias não se podem suspender indefinidamente para a nação, não pode ser lícito escolher no seio desta certo número de indivíduos, e suspendê-las indefinidamente para êles.

“Quinto. — Não há legislação, que sufrague a jurisprudência preconizada pelo acórdão. Para lhe medir a deformidade, num régimen livre, sob a constituição de uma república adiantada, bastará considerar na antítese entre essa teoria e a consagrada sob

os regímens mais restritivos, como o da Prússia. Sob a lei prussiana de 1851, vigente ainda hoje, cessando o estado de sítio, *todos os processos pendentes nos tribunais extraordinários são remetidos aos tribunais comuns*; e, nos processos julgados (até nesses), se a pena pronunciada fôr a de morte, suspende-se-lhe a execução, e os magistrados civis revêem o feito, para a converter, reduzindo-a à que se deveria aplicar, se o delinqüente não fôsse processado sob o estado de sítio.

“Sexto. — Em tôda a história do estado de sítio não se conhece exemplo da prática, audazmente estabelecida pelo govêrno atual e sancionada pelo acórdão, de se projetar além da suspensão de garantias a crueldade das medidas no decurso delas empregadas. Que mais necessitaríamos, para assinalar esta novidade como aleijão espúrio na teoria do direito?

“Sétimo. — Nos mais ingratos dias do absolutismo imperial, antes da revolução de 1831, há mais de sessenta anos, espíritos conservadores, como Bernardo Pereira de Vasconcelos, e homens habituados ao arbítrio da espada, ex-presidentes das comissões militares de Pedro I, como Lima e Silva, sustentavam, na tribuna do senado e no expediente do serviço da guerra, que, cessando o sítio, o príncipe não tinha o direito de procrastinar o julgamento dos suspeitos, de furtar aos tribunais civis os cidadãos militarmente detidos. Como poderão as justiças republicanas perfi-lhar decentemente êsse enfeitado do imperialismo semi-colonial do filho de D. João VI?

“Oitavo. — A linguagem da constituição do império, autorizando o estado de sítio, e estatuinto as suas normas, era semelhante à da constituição republicana. Entretanto, quer o poder legislativo quer o executivo, durante a regência e o segundo reinado,

sempre entenderam como limitados à duração do estado de sítio os efeitos das medidas a êle associados. O sr. ministro Pisa e Almeida, no seu voto em separado, um lance de céu límpido através das sombras desta questão, já manejou vitoriosamente êste argumento. Limitar-me-ei a transcrever os decretos dessa época, cujas datas s. ex. mencionou.

"A lei n.º 40, de 11 de outubro de 1836, (*) prescreve:

"Art. 1.º, § 1.º — Para mandar prender sem culpa formada, e poder conservar em prisão, sem sujeitar a processo, *durante o dito espaço de um ano*, os indiciados em qualquer dos crimes de resistência, conspiração, sedição, rebelião, insurreição e homicídio."

"Essa lei foi prorrogada pelo decreto n.º 129, de 12 de outubro de 1837, em cujo segundo artigo se mantém sempre a cláusula: *durante o mesmo espaço*.

"O decreto do poder executivo n.º 68, de 29 de março de 1841:

"Artigo único, § 1.º — Para mandar prender sem culpa formada, e poder conservar em prisão, sem sujeitar a processo, *durante o dito espaço de um ano*, os indiciados em qualquer dos crimes de resistência, conspiração, sedição, rebelião, insurreição e homicídio."

"Foi prorrogado por mais um ano em virtude do decreto n.º 169 de 14 de maio de 1842.

"Os decretos ns. 168 e 169 de 17 de maio de 1842, suspendendo as garantias em S. Paulo e Minas Geraes contêm provisões semelhantes.

"Então não se concebia, como se vê, desdobramento da suspensão de garantias, nos seus efeitos,

(*) No original impresso está: 1896. (N. R.)

após o termo dela. As medidas extraordinárias findavam com o período excepcional. Como, pois, envernizar hoje, sob as instituições republicanas, absurdidades, que os governos mais reacionários da monarquia, os governos da monarquia em peleja com a revolução, nunca ousaram ensaiar ?

“Mas então isto é a república às avessas ! Então a constituição de 1891 é uma escritura de cativo, e não uma carta de alforria.”

Estas idéias não desmereceram com o tempo no ânimo do suplicante. Antes cada vez se lhe afigura mais refulgente a sua evidência. Aliás haveria entre a suspensão das garantias constitucionais e o império ordinário delas uma situação intermédia, régimen constitucional para a generalidade dos cidadãos, cuja liberdade não se pode coagir senão por sentença judiciária, estado de sítio para certo número dêles, cuja liberdade continua sequestrada por ato do poder executivo. Ora, a nossa lei fundamental não conhece essa híbrida situação, essa situação de duas faces, duas naturezas e dois régimens, que divide o país em cidadãos livres e cidadãos lígios ao govêrno, e, reintegrando a justiça em tôdas as suas prerrogativas sôbre uma parte da população, lhas continua a recusar quanto à outra.

Só dois estados previu o nosso direito político: aquêlê, em que as garantias constitucionais se suspendem para *todos* os habitantes, e aquêlê em que para *todos* os habitantes elas se mantêm. Enquanto vige o primeiro, o poder executivo prende e desterra discricionariamente; desde que reina o segundo, já ninguém pode estar desterrado, ou prêso, a não ser por ato do poder judiciário. Dilatar o estado de sítio através do régimen legal, limitar o régimen legal in-

serindo-lhe um resto de estado de sítio, aplicar efetivamente o estado de sítio depois de formalmente levantado, abrir em pleno domínio das garantias constitucionais, para certos excluídos, uma exceção de garantias suspensas, é fantasia, contradição e monstruosidade.

A própria expressão literal do texto, no art. 80, § 2.º da constituição, repele êsse exercício da ação arbitrária do poder executivo, quando as garantias constitucionais não estiverem interceptas.

O poder executivo, diz a letra constitucional, "*durante o estado de sítio*, restringir-se-á, nas medidas de repressão contra as pessoas, a impôr: 1.º, a detenção em lugar não destinado aos réus de crimes comuns; 2.º, o destêrro para outros sítios do território nacional." A essas medidas repressivas se limitará o governo "*durante o estado de sítio*." Outras não lhe são permitidas, e essas só se lhe permitem *durante o sítio*. Tais são as que durante o sítio pode impôr; mas, se o estado de sítio cessar, já não as imporá.

Da palavra *impôr*, ajeitada, por interpretação acomodatória, aos interesses do governo, se deduziu porém, que êste não sairá da constituição, mantendo após o estado de sítio essas medidas, *contanto que as decretasse durante êle*. Como se *impôr* e *decretar* fôsem palavras de equipolência absoluta. Mas *impôr* abrange idéia mais ampla que *decretar*. A acepção de *decretar* é especial e técnica; a de *impôr*, compreensiva e múltipla. Decretar significaria *promulgar a repressão*. Mas não é *decretar* o que o texto reza. O texto diz *impôr*. Ora, *impôr* quer dizer *obrigar, constranger, sujeitar* a alguma coisa. Logo, tanto existe a ação de *impôr* no ato de *decretar* a prisão, ou o destêrro, como no de os *executar*, tanto no desterrar, ou prender, quanto no de reter em destêrro, ou

prisão. Não consiste a inconstitucionalidade, pois, unicamente, em prender, ou desterrar, por arbítrio do executivo, levantado o sítio, mas em ter, depois do sítio, a quem quer que seja administrativamente desterrado, ou prêso; porque, assim, na segunda hipótese como na primeira, se *impõe*, sem forma judicial, a prisão, ou o destêrro.

Limitando, portanto, a duração do sítio a discricção administrativa no desterrar, ou prender, não pretendeu tão sòmente o legislador constituinte demarcar o tempo, em que o govêrno pode *ordenar* o sequestro da liberdade individual, senão também o tempo em que poderia *conservar* a liberdade individual em sequestro.

Nem o que tão claramente resulta da expressão textual da lei se depreende menos òbviamente da natureza das instituições.

Não tem por objeto o estado de sítio corrigir crimes, submetendo os criminosos à sanção penal, matéria reservada sempre à intervenção da justiça, mas simplesmente acudir com o remédio mais pronto a certas situações excepcionais, a certas comoções de singular gravidade na ordem pública, mediante a atribuição, outorgada ao poder executivo, de remover, *enquanto dure o perigo*, da área territorial por êle ameaçada, ou privar da ação direta sôbre ela, os indivíduos cuja presença ou influência o determine. Sob o estímulo da necessidade, do dever de conservação, o estado, "o homem em grande" na frase clássica de Platão, suspende o direito, para arrostar o fato com o fato, a fôrça com a fôrça, respondendo com a energia discricionária do poder às grandes acumulações ou explosões da turbulência iminente, ou irruente. Enquanto arde a deflagração, ou ferve a lava, enquanto perdura o risco, a agitação, o alvoroço,

ataca o govêrno a combustão e o abalo nos seus focos, nos sítios mais ameaçados e nas individualidades mais perigosas, dispersando os elementos explosivos. O país está, diga-se assim, em legítima defesa contra a conflagração intestina. E os golpes da legítima defesa são rápidos, concentrados, indiscutíveis. Por isso se lhe confiou o instrumento ao poder político, ao poder de ação, ao poder uno; e por isso contra o uso dêsse instrumento as pessoas por êle feridas não têm, na opinião de alguns, recurso para a magistratura.

Mas isso enquanto êsse instrumento se achar nas mãos do poder executivo, a saber: enquanto o poder executivo, discricionário, até certo ponto, na apreciação dessa necessidade, o *não depuser*. Por meio dêle, enquanto o empunhar, prenderá e desterrará sem forma de processos. À mercê do seu critério franco está o dilatar o exercício dessa prerrogativa, até que se lhe antolhe desnecessária. Mas assim que o interrompe, assim que recolhe a arma de defesa social, pondo têrmo ao estado de sítio, assim que declara, por essa maneira dispensável o regímen de exceção, para logo se restabelece, sem exceções, o equilíbrio natural dos poderes: já ninguém pode estar desterrado, ou prêso, senão às ordens da justiça, já ninguém pode sofrer constrangimento na sua liberdade, sem que lhe assista o direito de buscar na justiça a restituição legal.

O sistema de emparedar nos efeitos do estado de sítio *depois dêle* as pessoas, que êle prendeu, ou desterrou, ignora que, como tôdas as instituições de caráter restritivo e arbitrário nos países constitucionalmente organizados, o estado de sítio *pertence à esfera do direito anômalo*, e, como tal, se há de entender estritamente, à letra, sem ampliação possível;

isto é, que na inteligência dos seus efeitos e limites, tudo o que não estiver escrito contra a liberdade, se interpretará em favor dela, tudo o que à proteção da justiça se não subtrair expressamente, ficará entregue ao amparo da justiça, tudo o que em termos formais se não excluir do direito comum, ao direito comum obedecerá. Ora, em tôda a face da nossa constituição, a mais sutil análise não será capaz de precisar um traço, que derogue, contra os desterrados, ou presos do estado de sítio *já levantado* os princípios de direito comum, as regras da justiça, as garantias da liberdade. Teve, pelo contrário, o impetrante ocasião de mostrar como a exegese do art. 80, no tópico peculiar ao assunto, se opõe a *essa sobrevivência do estado de sítio nos seus efeitos ao estado de sítio na sua duração declarada*.

Se os atos do poder judiciário, quando prende, ou desterra, são permanentes, é porque êsses atos correspondem a faculdades permanentes do poder judiciário; de modo que a autoridade existente para os deliberar subsiste para os manter em tôda a sucessão dos seus efeitos. Nenhum efeito de autoridade, realmente, pode subsistir além do termo de existência da sua causa. Mas a faculdade, conferida à alta polícia política, de prender e desterrar é transitória: nasce da declaração do estado de sítio, e com a terminação do estado de sítio se extingue. Logo, encerrado o período, em cujos extremos se delimita a ação legítima dessa faculdade passageira, forçosamente expirarão no mesmo ponto os efeitos dos seus atos.

Êsse o estado geral do direito nos países livres. Se em França acontece o contrário, é porque a sua legislação, neste ponto, obedece ao espírito militar, que, apenas declarado o estado de sítio, substitui *ipso facto* a polícia civil pela de guerra e estabelece

a competência dos tribunais marciais. Mas, ainda ali, para que com o levantamento dêle não lhe fugisse das mãos a competência quanto aos processos já instaurados, foi mister declaração expressa na lei de 1849, art. 13. A opinião liberal, porém, sempre combateu naquele país, êsse desvio de lógica jurídica, e o escritor francês que ao estudo especial dessa instituição consagrou uma monografia, o sr. REINACH, não hesita em condená-lo. (*De l'état de siège*, Paris, 1885, págs. 200 e 201.)

Já se mostrou que, no direito prussiano, levantado o estado de sítio, todos os processos pendentes nos tribunais extraordinários são remetidos aos tribunais comuns. O mesmo sucede no império Austro-Húngaro. (*Stato d'assedio. Digesto Italiano*, vol. XXII, pág. 215.)

Eis aí, pois, dois exemplos de duas monarquias eminentemente militares, que com larga vantagem se podem contrapor a essa demasia do militarismo na república francesa.

Na mais recente das monografias escritas sobre a matéria, um célebre publicista italiano resume em algumas noções incisivas a doutrina advogada pelo impetrante:

“Acabado o estado de sítio, cessam tôdas as medidas excepcionais de restrição e coação, volve a autoridade militar ao seu pôsto, a civil recobra por inteiro os seus direitos; revestem outra vez de todo em todo os cidadãos as garantias constitucionais. Daí a liberdade de estar e locomover-se, a de reunião, a de associação, a de imprensa, a de propaganda e as demais. Torna-se completamente ao régimen ordinário, em tudo quanto respeite à inviolabilidade do domicílio, à prisão preventiva, à liberdade provisória, à intervenção necessária dos tribunais. Se

se ordenou o desarmamento, findará; os *detidos* ou *desterrados de seu domicílio sem as garantias ordinárias*, a elas serão restituídas; em tudo e por tudo recuperará o seu império a lei comum. "*Coloro che sieno confinati o relegati a domicilio coatto, senza le ordinarie guarentigie, saranno restituiti a lore medesime; la legge commune in tutto e per tutto riprenderà il suo impero.*" (MAJORANA: *Lo Stato di assedio*. Catania, 1894. N. 62, pág. 126.)

Como se poderia esquecer, com efeito, pergunta o ilustre lente de direito constitucional na universidade de Catânia, que, "tendo o parlamento, ou o governo, suspenso o estado de sítio, por esse mesmo ato acaba de reconhecer não existirem já os graves motivos de necessidade, cuja presença o determinara, e que, portanto, seria ato de arbítrio injustificável persistir nas providências excepcionais?" (*Ibi.*, pág. 127.)

Tão peremptória é essa regra, os seus efeitos são tão completos, a tal extremo chega, nas suas consequências, o preceito imanente a essa instituição, de que os seus rigores são, como ela, temporários, e pela duração dela estritamente se medem, que, como já se viu nos países imunes à tradição compressiva da França, encarnada na lei de 1849 e 1878, nos países onde sob formas políticas menos especiosas há liberdades constitucionais mais seguras, os tribunais militares, convocados sob o estado de sítio, mal êle se levanta, entregam as causas, que estiverem processando, seja qual fôr o estágio em que se achem, à justiça comum. Êste o exemplo da jurisprudência italiana, na qual, *ainda quando já proferida sentença definitiva sobre o mérito da acusação e condenados os réus*, os recursos de nulidade *interpostos para o supremo tribunal de guerra e dêle pendentes no*

mesmo ponto se transferem para as côrtes de cassação, passando assim a ser julgados pela magistratura civil.

Esta solução, a cuja autoridade não se opõe um só caso judiciário, e em cuja excelência é concorde o sentir de "*quase todos os escritores*" (*ibidem*), culmina ali no eloqüente aresto de 1866. Ultimando o seu prazo de ação em 31 de dezembro de 1865 a lei de 15 de agosto de 1863, que submetera várias províncias meridionais do reino ao regímen dos tribunais militares, diversos indivíduos, *condenados por eles*, recorreram para a côrte de cassação de Nápoles. Quis obstá-lo o supremo tribunal de guerra, reivindicando como sua a competência. Mas a cassação de Florença, a quem tocava decidir, *resolveu o conflito contra a justiça militar*, reconhecendo a competência da côrte de cassação de Nápoles; e destarte, pelo simples efeito de terminar a suspensão das garantias constitucionais, passou das justiças de exceção para as justiças ordinárias, num processo *de meritis* já findo, o julgamento de uma apelação.

"Com o mesmo critério se procedeu na Sicília em 1894." É o que nos atesta, entre outros, o eminente professor da universidade de Nápoles, no seu novíssimo tratado de direito constitucional. "*Quid juris*" inquire êle, "quanto ao julgamento daqueles delitos, àcêrca dos quais se instaurara processo penal ante os conselhos de guerra, quando o estado de sítio vigorava? Perante que jurisdições se lhes deverá continuar o julgamento? Perante os tribunais ordinários, ou os conselhos de guerra? Cai de si mesma a resposta com lógico vigor. A jurisdição ordinária readquire o império: eis a solução racional do quesito; de onde resulta que os *processos iniciados nos conselhos de guerra hão de prosseguir nos tribunais co-*

muns. As leis do processo reapossam-se dos feitos no estado em que se encontram. Cessando, pois, o domínio da lei excepcional, a jurisdição ordinária reassume toda a sua força, expirando, não só a competência dos tribunais militares de primeira instância para os pleitos por começar, mas a dos tribunais militares superiores, em cuja alçada teriam forçosamente sua continuação as lides já em andamento, se continuasse a atuar a lei de exceção." (FRANC. CONTUZZI: *Trattato di diritto costituzionale*. Torino, 1895. Págs. 770-71.)

Tão extraordinária é a força dessa volta ao regime normal, o seu vigor é tão instantâneo, tão absoluta a sua eficácia, que não respeita, sequer, o princípio universal das jurisdições preventas, antes cinde, interrompe, desloca e inverte as competências, para atribuir à de direito comum, apenas reintegrada nos seus poderes, o de anular e cassar os julgados proferidos pelos juizes militares na plenitude da sua.

Certamente não se poderia ilustrar melhor o caráter soberano do princípio, defendido pelo peticionário, de que o *estado de sitio, apenas levantado, morre imediatamente em todos os seus efeitos*.

É esse princípio que o impetrante vos exora proclameis solenemente, em nome da constituição, acautelando a nossa pátria dos males futuros, das execráveis formas de perseguição, que o princípio contrário nos reserva.

Ninguém está mais longe que o impetrante da eventualidade de qualquer simpatia pela causa abominável dos que nodoaram com o atentado de 5 de novembro a política brasileira, ou do menor interesse, pessoal, ou político, pelos envolvidos nessa acusação, dos quais o separa um abismo de sentimentos, convicções e fatos, cuja imensidade só o amor da justiça pode transpôr.

Ninguém flagelou com energia mais eficaz, graças à tribuna do senado, este crime rasteiro e tenebroso. Ninguém, por ocasião dêle, no empenho de dar o maior prestígio, o apoio mais solene, os mais amplos meios de ação à autoridade, se expôs sem reservas, arrostando na defesa da medida necessária, ditada pelo estupendo caráter das circunstâncias, o encontro das próprias opiniões, explorado pelo sofisma dos interessados. (*) E, não sendo lícito ao suplicante dizer que ninguém pesou mais com a palavra na concessão do estado de sítio de 12 de novembro, poderá, contudo, afirmar que nenhum, dos que o sufragaram, o votou com sacrifício mais penoso do seu horror aos regimens de exceção, com tão grave responsabilidade diante do seu passado, com tamanho quinhão de ressentimento dos prejudicados.

Mas, por isso mesmo, não lhe é dado permitir que essa providência perigosa, transbordando os limites constitucionais, se desvie do seu fim útil, e degenerere em dano à mesma causa da ordem. Porque o impetrante está convencido profundamente de que toda injustiça cometida é uma dificuldade criada para os governos, todo abuso de autoridade um serviço à anarquia, toda ampliação arbitrária dos poderes de exceção uma ameaça ao futuro. E de que a administração atual obedece a essa mesma persuasão, temos a evidência no comedimento, no escrúpulo, no ânimo geral de brandura, com que se tem havido no uso de uma faculdade tão ocasionada aos excessos próprios de toda função discricionária.

Bem vêdes, pois, srs. juizes, que não se insinua neste requerimento o mais leve intento de censura ao

(*) Alusão ao discurso proferido no Senado, na sessão de 6 de novembro de 1897, e à visita ao Chefe de Estado, no dia do atentado (N. R.)

chefe do Estado, cujo papel benfazejo, nesta crise da nossa história constitucional, as diatribes contemporâneas não lograrão desluzir. Por parte do benemérito estadista, que com tanta dignidade preside hoje à república, a aplicação, contra que ora se reclama, do estado de sítio era natural. Êle apoiou, em 1892, o governo, que primeiro atribuiu a êsse recurso extraordinário esta extensão, e, com a maioria daquêle tempo, deu aos atos daquele govêrno a ratificação parlamentar. Essa foi a jurisprudência estabelecida pelo voto do congresso, com o consenso prévio dêste tribunal, indeferindo o *habeas-corpus* solicitado pelo peticionário a favor dos presos e desterrados de 10 e 12 de abril.

Não criou, portanto, o presidente da república uma doutrina de ocasião, para perseguir os seus inimigos; inspirou-se, coerente com as antecedências de sua vida parlamentar, no próprio aresto por êles criado. Aos que mudaram de sentir, por lhes ter mudado o interêsse, não assiste razão: para estranhar que, alheio e oposto às causas dessa variação, s. ex., empenhado agora, como cabeça da administração atual, na defesa do mais alto de todos os interêsses, o da constituição contra a desordem, o mesmo que supunha resguardar por aquêle modo, persista em confiar, a bem dêle, na mesma doutrina e nos mesmos meios.

Mas justamente dêsse direito à coerência, por onde se justifica na sua moralidade a deliberação daquêle contra a ilegalidade de cujo ato se representa, deve caber também ao impetrante o benefício, para insistir, perante a magistratura, na reivindicação de uma garantia, que continua a se lhe figurar intransigível.

A decisão, judiciária e parlamentar, que proroga além do termo do estado de sítio o efeito das medidas repressivas durante êle adotadas, peca contra a evidência constitucional; e contra a verdade constitucional não há prescrição extintiva, nem caso julgado. Na suprema côrte federal dos Estados Unidos, em matérias da maior gravidade, em questões da mais elevada importância nacional, como a do curso forçado no papel-moeda e várias outras, são insignes os exemplos do regresso da justiça aos princípios constitucionais, desconhecidos em sentenças anteriores. Por fundas transformações tem passado, no Brasil, de 1892 para cá, o Supremo Tribunal Federal, agora mudado na grande maioria dos seus membros. Largo progresso tiveram os estudos jurídicos no decurso dêsse período, cheio de sucessos eloqüentes e formidáveis. Por êles nos ministrou Deus terrível experiência do mau fruto dos sacrifícios feitos à pressão das ditaduras.

De outro lado, a maioria parlamentar, que, com o voto de 1892, absolveu, em detrimento dos seus adversários, essa inconstitucionalidade, se hoje se pudesse reconstituir e pronunciar na causa dos seus co-religionários, é de presumir que não tornasse a opinar no mesmo sentido. Os homens, que, naquela época, elaboraram, na câmara dos deputados, o parecer, que norteou aquela resolução, ensinados agora pela severidade da experiência pessoal, não duvidariam provavelmente repudiar a erronia, cujo malefício se está voltando contra os seus inauguradores. A prova, tende-la na evolução operada entre êsses espíritos quanto às imunidades parlamentares, cuja suspensão levam a crime ao govêrno de hoje os mesmos homens que no govêrno daquele tempo a aplaudiram.

Ao peticionário, mercê de Deus, para manifestação da verdade e triunfo da justiça, se oferece,

neste momento, ocasião de propugnar a bem dos seus antagonistas políticos a idéia, que, em 1892, o argüiam de não advogar senão em proveito dos seus afeiçoados. No fôro da justiça prevenida contra as influências humanas, as opiniões dos que as sustentam ao serviço do poder, ou em antagonismo com êle, naturalmente se arriscam à suspeição de parcialidade, benévola, ou hostil. É o que aconteceu ao impetrante, quando aventava, no *habeas-corpus* de 1892, o princípio, em que apóia o de hoje. É o que pode suceder aos contraditores naturais dêste entre os amigos da situação, se lhes couber a sorte de ser julgados pelo critério da mesma desconfiança. Mas acima de tôdas as suspeitas deve pairar, na luta pelo direito, a autoridade moral do homem, que o professa, quando a sua voz se expõe a contrariar um govêrno, a quem honra, para defender a lei na pessoa de adversários irreconciliáveis.

Nada ficariam êles devendo ao peticionário, cuja mira exclusiva, na sua preocupação de servir antes aos princípios do que aos homens, antes à lei do que aos partidos, consiste em evitar, pela tenacidade na resistência legal, o confisco definitivo, pelo govêrno, de um direito, que a constituição lhe vedou. Não há interêsse passageiro da política, a que se deva imolar o interêsse permanente dos princípios, que, se um dia facilitamos em renunciar, descansados, como agora, na confiança em um estadista humano e moderado, mais tarde teremos de lamentar, arrependidos e desarmados, quando êsses instrumentos de opressão, fornecidos pela nossa indulgência ao arbítrio da autoridade, forem parar em mãos violentas. Contra essas é que nos devemos precatar, apressando-nos a extinguir os últimos restos da falsa legalidade, que nos testou uma era perturbada e anômala de nossa existência constitucional.

Já é de si mesmo o estado de sítio, ainda na sua forma civil, uma fatalidade, aliás as mais das vezes evitável se os governos fracos soubessem prevenir, e os governos fortes tolerar. Se agora, porém, contra a sua natureza, lhe atribuírmos uma vida póstuma, retendo fora da lei, depois de restaurado o seu domínio, os cidadãos colhidos nas medidas de exceção, teremos inventado um gênero de proscrição incalculavelmente cômodo às tiranias modernas.

Não se concebe que, volvendo, com o direito comum, a lei e os tribunais, só não volvam em relação a êsses membros da comunidade, para excetuar os quais da lei, foi mister o sítio, dispensável agora para os conservar fora dela, e sôbre quem o sêlo das medidas de exceção, impostas durante êsse parêntesis da liberdade, bastou, para que só êsses a não recorrem, quando ela ressurgir para todos.

É evidente que, "na consciência jurídica do país se produziria uma verdadeira perturbação, tôda vez que, levantado o estado de sítio, se tolerasse o restabelecimento incompleto das garantias constitucionais." (CONTUZZI, *loc cit.*) Para isso não pode concorrer, pois, êste egrégio tribunal, o órgão mais eminente da consciência jurídica da nação. Decrete, prorogue, reitere o govêrno o estado de sítio, quantas vezes o bem público lho aconselhar. Mas fique assinalado pela vossa jurisprudência que, uma vez levantado, por ato do próprio govêrno, êsse embargo às garantias da liberdade, a reintegração delas é absoluta: o poder executivo recolhe-se aos seus limites constitucionais, o poder judiciário recobra a sua extensão ordinária, e o direito dos indivíduos constrangidos enquanto durava o arbítrio do primeiro, volta na sua inteireza, logo que êle cessa, à tutela absoluta do segundo.

Confiado na seriedade dêstes motivos, o impetrante, afirmando em sua honra a veracidade do que alega, espera que ordenareis o *habeas-corpus* requerido.

Rio, 3 de março de 1898.

RUI BARBOSA.



2 -- Discurso proferido na sessão do Supremo Tribunal de 26 de Março

Srs. juízes do Supremo Tribunal Federal.

Um dos maiores contribuidores, na antiga pátria do direito moderno, para a sua ressurreição intelectual e política foi GIANDOMENICO ROMAGNOSI, homem extraordinário em quase todos os ramos do saber, desde a filosofia, a matemática, as ciências naturais, até à história, a estatística, o direito público e administrativo, sobretudo a jurisprudência, onde as suas obras derramam luz, ainda hoje, na teoria e na prática das leis. Êsse venerado mestre de uma geração, que, depois de professar em três universidades italianas, ser chamado pela Grã-Bretanha a ensinar noutra em território inglês, escrever em sua terra o código do processo criminal, e encher a Europa de admiração pelos seus livros, acabou de completar a sua educação de filósofo e publicista, sofrendo nas prisões austríacas, por ter amado em demasia o pensamento e a verdade, verdadeira religião para o seu espírito, escreveu, traçando a *Ciência das constituições*, um elogio sublime da liberdade individual.

“O homem privado da liberdade”, diz êle, “jaz em estado pior do que a morte, porque sente em si todo o amargor da opressão e, ao mesmo tempo, tôda

a impotência do morto a evitá-la. A condição desse indivíduo reclama, por isso, a mais viva solicitude e a mais valente defesa social. Nenhum cidadão honesto pode ser indiferente à sua sorte, como não pode ser indiferente à própria segurança. Na faculdade de prender, ou não prender o cidadão, parece estar o ponto central, onde praticamente se vão encontrar todos os raios da tirania, ou da liberdade."

Eis, srs. juizes, de onde resulta a suprema importância do *habeas-corpus* entre as nações livres. As outras garantias individuais contra a prepotência são faculdades do ofendido. Esta é dever de todos pela defesa comum. E aí está porque ela abre essa exceção singular às leis do processo. Ninguém pode advogar sem procuração a causa de outrem. Para valer, porém, à liberdade seqüestrada, não há instrumento de poderes que exhibir: o mandato é universal; todos o recebem da lei; para o exercer válidamente, basta estar no país. Os próprios juizes são obrigados a mandá-la restituir *ex-officio*, se no curso de qualquer processo lhes constar, por testemunho fidedigno, caso de constrangimento ilegal. O paciente pode não requerer a liberdade; pode, resignado, ou indignado, desprezá-la; pode até, por um desvario, rejeitá-la. É indiferente. A liberdade não entra no patrimônio particular, como as coisas que estão no comércio, que se dão, trocam, vendem, ou compram: é um verdadeiro condomínio social; todos o desfrutam, sem que ninguém o possa alienar; e, se o indivíduo, degenerado, a repudia, a comunhão, vigilante, a reivindica. Solicitando, pois, este *habeas-corpus*, eu propugno, na liberdade dos ofendidos, a minha própria liberdade; não patrocino um interesse privado, a sorte de clientes: advogo a minha própria causa, a causa da sociedade, lesada no seu tesouro coletivo, a causa impessoal do direito supremo, re-

presentada na impersonalidade dêste remédio judicial.

Patrono da lei, e não da parte, é por isso que me não tendes o direito de perguntar pela outorga dos interessados; é por isso que não me importa saber se são amigos, ou desafetos; é por isso que, se o meu esforço aproveitar a inimigos, então maior será o contentamento da minha consciência, vendo que Deus me permitiu elevar-me por um momento acima da minha pequenez, da miséria das minhas fraquezas e dos meus interesses, para mostrar em sua mais viva refulgência aos meus concidadãos a santidade do direito afirmado pela sua defesa na pessoa de nossos adversários; é por isso que nem da simpatia dêles, nem da sua delegação, nem da sua aquiescência necessito, para sustentar até ao fim êste pleito. Não lido pelos interesses de uma clientela: bato-me por um direito, que as mais antigas leis da nação fizeram meu, pela inteireza da instituição, que representa a fórmula perfeita da solidariedade de todos os cidadãos no regímen legal. Bato-me contra o estado de sítio, em um dos seus desvios monstruosos, com a arma pacífica do *habeas-corpus*, a cujo princípio, "deve a Inglaterra o chamar-se a pátria da liberdade individual".

As tradições da profissão, cujo ministério exerço nesta penosa conjuntura, o ministério da advocacia, sócia inseparável das reivindicações liberais, que, desde a Grécia e Roma, até à França, a Inglaterra, os Estados Unidos, governou sempre os povos emancipados, levantou sempre os povos oprimidos, ensinaram-me a não indagar a opinião, ou o nome daqueles, sobre quem pesa uma tirania, em quem a lei recebe um desses golpes, que, pertransindo o ofendido, levam a ponta da ameaça ao coração do direito. BERRYER, o mais fiel atleta do legitimismo, seu

conselheiro, sua glória, defende contra as vinganças da monarquia legítima os generais perseguidos do império, aureola para o suplício e para a posteridade o infortúnio de NEY, incorre, perante o conselho da ordem dos advogados, numa acusação do ministério público pela galhardia da palavra, com que arranca à magistratura da restauração bourbônica a absolvição de Cambronne, assume, depois de Boulogne, o patrocínio de Luís Napoleão, e, quando este ocupa o trono, advogado, na véspera, do pretendente, vai, no dia seguinte, advogar contra o confisco imperial o direito dos Orléans, cujo inquebrantável adversário era, declarando reputar a sua intervenção nesse litígio a mais bela corôa de tôda a sua vida.

CRÉMIEUX, MARTIGNAC, SAUZET, HENNEQUIN, defensores ardentes da liberdade contra os processos políticos da realza legítima, vestem a toga, depois da revolução de 1830, para disputar o frenesi das multidões, ao pavor dos juizes, à pressão do povo ensangüentado pelos decretos de Carlos X a salvação dos seus ministros, julgados sob uma atmosfera tal de terror, que a sentença de prisão perpétua contra quatro dos réus "foi proferida pelo presidente da câmara dos pares na calada noturna da sala, que os seus colegas tinham desertado precipitadamente, assombrados de medo." E JÚLIO FAVRE, aceitando a defesa de Orsini, nodoad no sacrifício brutal de cento e cinqüenta vítimas inocentes, não decai do seu prestígio em cumplicidade com o fanático homicida, por desfraldar em seu nome, sôbre a sua causa destestada o programa da independência italiana, legado supremo dos sonhos do aventureiro ao árbitro dos destinos da Europa.

É que, para me servir das palavras de DUPIN, "no seio da nossa ordem há-de estar o tipo da cora-

gem civil, a qual, nas grandes provanças da vida social, torna o homem capaz dos mais árduos sacrifícios, por obedecer à sua consciência e às suas convicções." TÁCITO era legista; legista era, e o maior dos legistas, PAPINIANO, cuja repulsa às seduções de Caracala, empenhado em lhe arrancar a apologia do parricídio, *non tam facile parricidium excusari posse quam fieri*, encerra em si a eterna resposta da consciência jurídica aos abusos do poder, que não necessitaria de corrompê-la, se a soubesse consultar; legista ULPIANO, vítima da igualdade civil às mãos do pretorianismo truculento; legistas os GRACOS, os BRUTOS, os CATÕES; legistas, na Grécia, os heróis da palavra, desde LÍSIAS, o companheiro dos libertadores de Atenas, a DEMÓSTENES, a derradeira voz da liberdade grega; legistas, de GRÓCIO a BARNEVELT, os gigantes da revolução flamenga; legistas, na Inglaterra, COKE, o oráculo da jurisprudência inglesa, inabalável na defesa da lei contra o rei, e MORUS, o proscrito de Henrique VIII; legistas, em França, os intrépidos solitários do direito e da humanidade, que se arriscam ao patíbulo, forcejando arrebatado à Convenção a vida de Luís XVI, aos assassinos do Terror a de Maria Antonieta, a de Carlota Corday, a de Madame Roland, a cada uma das revoluções sucessivas daquela época os condenados da reação; legistas, nos Estados Unidos, a metade dos seus criadores, dos seus estadistas, dos seus presidentes, sobre todos os quais LINCOLN, o justo, o segundo patriarca da república, o sumo libertador.

Do modo que, escrevendo o elogio de LABEÃO, *vis incorruptae liberatis*, o historiador romano firmou a definição do advogado, cujo tipo constante a palavra magistral de CARRARA nos aponta na famosa resistência dos jurisconsultos de Flandres à opressão do Duque de Alba. Educado na contemplação dessa

linhagem de imortais, em que, segundo uma frase célebre, "o primeiro advogado foi o primeiro homem, que, com a influência da razão e da palavra, defendeu o seu semelhante contra a injustiça, a violência e a fraude", o espírito se afaz a pôr na verdade a sua honra, a sua política na lei, a sua vida na liberdade: e, quando um dêsses interesses fundamentais periclita, ainda que seja na última das criaturas, não conhece pessoas. Entendida assim, como sempre a entendi, a missão do jurista, inimiga irreconciliável das tiranias que se dissimulam sob a razão de Estado, não se distingue da verdadeira ciência do estadista nos países livres, cujo governo repele a impostura, a reticência, o exclusivismo, a vingança, e vive de transação, justiça, competência e sinceridade.

Sentindo assim com a profunda seriedade do meu sentir, podeis avaliar a náusea, com que vi insinuar, em tom de abjeto enrêdo, que os meus adversários, beneficiados pelo meu ato, poderiam ver nêle uma cruel indignidade, para os humilhar, significando-lhes o meu desprêzo.

É incrível, senhores, o enxame de sentimentos despeitados, que esvoaçam hoje entre nós em tórno de qualquer ação boa. Dir-se-á que a ordem social tem o seu travamento na suspeita, na malignidade, no egoísmo, e que a presença de uma paixão generosa impressiona como o deslumbramento de um facho em um pardieiro entregue às trevas e aos bichos.

Há épocas em que a vida é um suplício, em que a existência é por si só uma expiação. Então as almas formadas acima do nível ordinário não saberiam que agradecer a Deus, se êle lhes não abrisse na vida íntima essa nascente reparadora de alegria, bondade e pureza. Não há miséria, que não se nobilita; não há virtude, que se não difame. Praticai uma

fraqueza, uma incongruência, uma maldade, e encontrareis dedicações entusiásticas. Ousai um ato de firmeza, de independência, de magnanimidade, e tereis que vos defender como de um crime.

Se eu me regesse pela moral política dos que hoje me seviciam por êste passo, não teria iniciado pelo *habeas-corpus* de 1892, em que eu poderia provar como expús até a minha vida, o curso de resistência constitucional, que fundei e mantive contra o absolutismo republicano. Não importa para a solução jurídica a diferença intrínseca entre os dois casos: fabricação oficial em um dêles; no outro, o mais nefando atentado. Não importa; porque não se cogita agora de julgar os acusados, discernindo entre criminosos e inocentes. Ê das formas tutelares do direito que se trata; e essas cessarão de proteger os inocentes, quando não protegerem indistintamente os acusados. Tão conculcado se acha êsse princípio na aplicação do estado de sítio com efeitos póstumos em 1898, quanto o foi em 1892.

Em abril de 1892, na minha petição de *habeas-corpus* impetrado pelos proscritos da ditadura, dizia-vos eu:

"Ninguém está muito longe de tais inclinações do que o impetrante, *distanciado, pela mais profunda separação pessoal e política*, de muitas das principais vítimas das medidas tomadas pelo govêrno."

Dias depois, na oração proferida em vossa presença, insistia eu na incompatibilidade pessoal e política entre mim e aquêles meus clientes:

"Às vítimas dessas medidas indefensáveis", protestava eu, "nenhuma dependência me vincula, a não serem as relações gerais de humanidade. *Amigos, não os tenho entre êles. Desafeiçoados, adversários, inimigos, isso sim, e muitos.*"

Já então via eu no *habeas-corpus* o dever pessoal de todos os cidadãos, a tal ponto que, instado em 1892 pela família de uma das vítimas a não no requerer, porque um dos ministros do marechal dera boas esperanças de que a coação não duraria, recusei entrar na transação, declarando que, advogado de um princípio sacrificado, advogado do interesse público, não podia pactuar com a pusilanimidade das conveniências particulares.

Perdi então a batalha do direito. Não sei se a perderei hoje outra vez. Mas cumpria reiterá-la, senão pela esperança de vencer, ao menos pelo dever de mostrar aos meus conterrâneos que era a batalha do direito, não a batalha dos interesses, a que eu pelejava. Minha alma é daquelas, em quem o dever sobrevive à esperança, e a paixão do bem substitui com vantagem a confiança na vitória. É o triunfo um prêmio, após o qual, sedento do licor capitoso, se arremessa a nossa natureza na prelibação da embriaguez. Mas o mais exquisito dos prazeres é o que Deus pôs na satisfação de abraçar a justiça condenada, condenando-nos com ela ao revés antecipado. E, se a nossa espécie não produzisse alguns dêsses delicados, alguns dêsses fortes, alguns dêsses monomaniacos da idéia moral, alguns dêsses indiferentes ao *insanior Labeone* do poeta cortezão, os destinos do gênero humano pertenceriam sem contraste ao egoísmo e à fortuna. Mas a fortuna passa, o egoísmo envilece, e, afinal, das vitórias sinistras da iniquidade emerge o astro polar das regiões do futuro para cujas águas profundas, para cujos abismos cristalinos, para cujas imensidades silenciosas bendito seja o Criador, por nos ter dotado com o instinto divino de lançar a âncora da fé.

A linguagem, com que hoje me vilipendiam, em nome dos interesses do governo civil, por tentar êste *habeas-corpus*, é a mesma com que, em 1892, por impetrar o *habeas-corpus* para os desterrados de Cucuí e Tabatinga, me infamavam em nome dos interesses da ditadura militar. Inverteram-se as situações, trocaram-se os papéis aos interessados, e, com êles, os sentimentos aos homens. Hoje me aplaudirão os que naquele tempo me ultrajavam, enquanto apologistas daquele tempo me cobrem de baldões. Bem vedes que quem conhece com esta precisão o valor de coroas e afrontas, nem se pode envidar de umas, nem ressentir de outras: não se abaixa a colher palmas, ou a devolver pedras, quem tanta vez provou a instantaneidade, com que, na vil política, o carvalho das honras cívicas se muda em lôdo, e o lôdo reverdece em loiro.

A experiência das brutalidades da fera humana desencadeada nos conflitos de luta pelo poder nos levaria a aborrecer e odiar a nossa espécie, se o Evangelho nos não ensinasse a amar no homem a humanidade, na criatura o Criador, na imagem terrena o Modelo Divino. Mas, por mais que nos embeba a alma nessa fonte imortal de benevolência e justiça, a caridade nos não preserva o coração da tristeza infinita, que desce sôbre nós de todos os lados, quando de nós se despede a esperança no ideal, quando vemos os espíritos mais escolhidos, as inteligências mais formosas, as naturezas mais prendadas mergulharem na vulgaridade das paixões subalternas *scientia tamquam angeli elati cupiditatibus vero tamquam serpentes, qui humi reptant*; quando o instrumento olímpico do talento, da eloquência e do entusiasmo, a cujas vibrações se animavam as grandes pelejas da justiça, ressoa os sofismas da opressão com a mesma veemência, com que estremecia aos

acentos da liberdade. A cada uma dessas perturbações de um destino sideral, a cada uma dessas quedas no horizonte das consciências o entendimento dos que, na serenidade de uma visão clara, estudam inutilmente o mistério das cousas, pergunta, desanimado, por que havia de cegar Deus as estrêlas, por que havia de tirar a tantas vocações superiores o sentimento da pureza de sua luz, da extensão de sua órbita, da sublimidade de sua altura, entregando-as a êsses desvios, a êsses retrocessos, a êsses eclipses, que escurecem o mundo moral, e, educando os indivíduos no desprezo da verdade, os cidadãos na subserviência à fortuna, preparam as nações céticas, fatalistas e corrompidas.

O povo, que vê revoltados contra uma garantia liberal os mesmos homens, cuja propaganda, poucos anos antes, se abrigava à sua sombra, que vê iracundos hoje contra o advogado coerente dessa instituição os seus clientes de ontem, que vê passar da bôca dos perseguidores para a dos perseguidos as tricas da perseguição, que vê as autoridades da tradição reacionária, outrora malditas pela escola liberal em oposição, invocadas agora pela escola liberal no poder, lógicamente há de concluir que a política não é senão a arte de enganar, explorar, e desacreditar os povos; que estadistas e publicistas, governistas e oposicionistas, legisladores, administradores e juizes, tudo o que exerce, corteja ou hostiliza a autoridade não é mais que uma colônia de parasitas necessários, a dermatose incurável das anemias nacionais; que as classes sãs, úteis, independentes cada vez mais razão têm de se acautelar contra o mal político pelo regímen da abstenção, pelo cordão sanitário entre a sociedade e o govêrno, e a absorção do indivíduo nos interêsses privados. E destarte se con-

substancia aos elementos orgânicos da nossa raça o descrédito da lei, o desalento das vontades, a deserção das urnas, o desprestígio dos tribunais, a desestima das instituições, o desplante dos abusos, o desprezo da honra, o cativoiro moral na extrema fase da apatia, agitada unicamente pelas reações da vingança e da cobiça.

Para isso em boa parte concorrem as invasões administrativas, mas ainda mais sèriamente coooperam as apostasias liberais; contribuem muito os crimes do govêrno, mas de modo ainda mais grave conspiram as abdicações da justiça.

Ora, com aquela autoridade da consciência profissional, que faz de nós, a *plebs togata* dos advogados, uma espécie de judicatura preliminar aos tribunais,

Perpetuus populi privato in limine provector,

com essa respeitosa, mas livre franqueza, *ne quid veri tacere non audeat*, que foi sempre um dos apanágios da nossa magistratura perante a vossa, permiti-me dizer-vos, senhores juizes, que uma dessas maiores abdicações, uma das mais irreparáveis, pelos seus efeitos sôbre o sentimento cívico do país, seria a renovação sob o govêrno civil, da sentença proferida em 1892 sob a pressão da ditadura militar.

Nem me digam que ofendo os prolatores daquele julgado; porque a história e a psicologia humana aí estão; para atestar como os temperamentos mais rígidos, incapazes de dobrar à violência das pressões materiais, têm cedido, muitas vêzes por falsa inteligência do dever, da prudência, ou do patriotismo, à pressão atmosférica do meio, à pressão ambiente das influências conservadoras, à pressão soberana e misteriosa da razão de Estado. A esta se arrimava, naquella mesma sessão, logo após o julgamento, o órgão

supremo do ministério público neste tribunal, reconhecendo, em uma confidência vertida no seio da amizade, que a causa do direito era a causa do *habeas-corpus*, era a causa, que eu defendia, mas o direito devia velar face em presença da mais alta das necessidades.

A jurisprudência que ao estado de sítio atribui efeitos sobreviventes ao estado de sítio, hipertrofia êsse órgão de opressão, dando-lhe proporções imprevistas ao legislador constitucional, proporções incompatíveis com as instituições constitucionais, proporções desconhecidas em tôda a parte a essa lei de exceção, ainda nos países onde ela apresenta catadura mais severa.

Deixai-me partir de uma observação, cuja evidência não sei como se me poderia contestar. E é esta. Se tais efeitos quisesse a Constituição ligar ao estado de sítio, se êsse fôsse o pensamento do legislador constituinte, êle teria compreendido a necessidade de enunciá-lo em termos claros e positivos, formais e indubitáveis, em vez de entregá-lo a sagacidade, mais ou menos feliz, mais ou menos afoita, mais ou menos suspeita, dos intérpretes. Óbvio é isso por quatro motivos, qual a qual mais irrefragável.

Primeiro: porque o direito sempre se subentende a favor da liberdade. (Êste axioma jurídico, vulgarizado entre nós durante a propaganda pela emancipação dos escravos, não se pode obliterar quando propugnamos a dos cidadãos.) As regras mais elementares de hermenêutica se opõem ao arbítrio de admitir *por inferência* condições restritivas da liberdade. A regra, *absolutamente sem exceção*, é que, se a letra não obsta a liberdade, não é lícito excluí-la pelo espírito da lei.

Segundo: porque se trata de *poderes de exceção*, de medidas contrárias ao teor geral do direito; e as disposições de direito singular, os poderes de exceção, o arbítrio da autoridade nunca se ampliam interpretativamente.

Terceiro: porque seria estabelecer uma anomalia essencialmente indigna, contrária à legislação de todos os países livres; e essas derrogações à civilização universal, se não forem descobertamente consignadas na lei, a hermenêutica as não pode introduzir sem temeridade, sem abuso, sem afronta, ao critério do legislador.

Quarto: porque semelhante originalidade fôra uma inovação radical a nossa mesma jurisprudência, à história invariável dessa instituição em todo o nosso passado constitucional; e não se inova contra a história, contra a jurisprudência, contra as tradições legislativas de um país, sem as alterar explicitamente.

Se a Constituição, que, derogando a ordem constitucional associou ao estado de sítio os efeitos anômalos, que o caracterizam não declarar prorrogados além do estado de sítio os efeitos, que o acompanham, não teremos o direito de concluir, violando a regra da razão natural que, expirando a causa, o efeito subsista. O contrário seria ampliar por interpretação extensiva *uma lei excepcional*, quando a regra absoluta é que *às leis especiais ou excepcionais não se aplica a interpretação extensiva*.

Já os romanos legislavam: *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias*. (F. 14 D. de legib.) *Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi*". (F. 162 D. de diversis regulis juris.) *In his quae contra rationem juris*. (F. 15 D. de legibus.) *possumus sequi regulam juris*. (F. 15 D. de legibus.)

Não podemos seguir a regra de direito comum, explica DONELLUS, isto é: não podemos dar às leis excepcionais a extensão que ao direito comum se poderia dar. (*Commenti de juri civili*, lib. I c. XIV, num. 10. Lucae, 1762).

No direito civil, no direito criminal, no direito constitucional, o princípio é o mesmo; as disposições excepcionais interpretam-se restritissimamente: *Exceptio firmat regulam in casis non exceptis. Exceptio est strictissimae interpretationis. In poenalibus causis benigne interpretandum. Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae. In ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet. Odiosa restringenda, favorabilia amplianda*. Nestas regras, que determinam o campo da interpretação restritiva, cabem, diz SAREDO, no seu *Tratado delle leggi* (pág. 436, n.º 658), três categorias de leis: as leis penais, as que restringem o livre exercício da liberdade dos cidadãos, as que constituem exceção às regras gerais ou outras leis.

Logo no art. 4.º, o código civil italiano prescreve: “As leis penais, bem como as que restringem o livre exercício de direitos, ou formam exceção já às regras gerais, já a outras leis, não se estendem além dos casos e períodos nelas expressos”.

Não necessitarei de invocar outras disposições, ou autoridades; porque a matéria é elementar. Bastará fixar a doutrina, em que não há divergências entre os competentes, nas palavras de um dos mais abalizados: “A lei excepcional é sempre derogatória, e, como tende a modificar o direito comum, não se pode estender além dos casos ou prazos nela expressos”. PASQUALE FIORE: *Diritto civile*, v. II. (pág. 561).

No nosso continente, o axioma, expressamente consagrado no art. 1.º do nosso Código Penal, tem o mesmo prestígio de verdade inconcussa e inconcussamente se aplica a toda espécie de leis derogatórias do direito comum. "*Statutes which are in derogation of common right are to be construed strictly*", escreve BLACK, o constitucionalista americano: "*As leis derogativas do direito comum devem interpretar-se estritamente*". (*Construction and interpret. of laws*, pág. 300).

Ora, nem mesmo no Brasil, onde por via de regra o sublime da lógica oficial consiste em inverter o próprio alfabeto, se proporia alguém a contestar que o estado de sítio seja por excelência a instituição excepcional entre todas as instituições de exceção. Tudo, com efeito, é exceptivo na exceção do estado de sítio: a restrição da liberdade individual, que perde as suas garantias; a cerceação da autoridade judiciária, que decai das suas funções tutelares; a avultação do poder executivo, empossado no arbítrio de prender e desterrar. *Por exceção* se sofre, sem processo, nem sentença, o sequestro de direitos constitucionais; *por exceção*, dispõe o governo da liberdade individual; *por exceção*, dêsse arbítrio não se permitem os recursos normais para a justiça. Tríplice exceção, pois: exceção na matéria do direito, exceção no sistema de garantias, exceção na ordem dos poderes. Com uma consideração adicional ainda; é que essa tríplice exceção não derroga as leis ordinárias, mas a lei das leis, a lei fundamental. Logo, se toda lei de exceção se há de interpretar à justa, estreitamente, limitativamente, sem a mínima extensão além do seu raio aparente, com o estado de sítio mais que com outra qualquer lei de exceção se deve observar rigorosamente esse preceito. Caso não há, em que

tão imperioso seja o domínio do odiosa *restringenda*. “*La materia delle limitazioni alle guarentigie é restrittiva, se altra mai*”, diz o professor MAJORANA. (*Stato di assedio*, 1894, pág. 80.) A saber: se há matéria de interpretação restritiva, é, mais que outra qualquer, a da limitação das garantias. Noutro lugar diz o mesmo jurisconsulto: “*Trattandosi di legge di eccezione, l'interpretazione non può essere che restrittiva comé nelle materie penali*”. (*Ib.*, pág. 81).

Eis como se pronuncia a ciência européia, a ciência não avariada pelo politiquismo brasileiro, quanto à interpretação das faculdades do estado de sítio. É um estado de exceção, é o tipo dos estados de exceção, o seu exemplo mais cabal, o seu requinte mais característico; e, como tal, não se podem interpretar senão restritíssimamente os poderes, que confere ao govêrno, os limites, que impõe ao direito comum.

Tomemos agora o art. 80 da Constituição, e vejamos se no seu contexto se nos oferece parágrafo, inciso, membro, cláusula, frase, ou palavra, que autorize o presidente da República a manter, depois de levantado o sítio, as medidas de repressão durante êle adotadas.

Eis o que reza o art. 80:

“Poder-se-á declarar em estado de sítio qualquer parte do território da União, suspendendo-se aí as garantias constitucionais *por tempo determinado*, quando a segurança da República o exigir, em caso de agressão estrangeira, ou comoção intestina.

“§ 1.º Não se achando reunido o congresso, e correndo a pátria iminente perigo, exercerá essa atribuição o poder executivo federal.

"§ 2.º Este, porém, *durante o estado de sítio*, restringir-se-á, na medida de repressão contra as pessoas, a impôr:

"1.º A detenção em lugar não destinado aos réus de crimes comuns;

"2.º O destêrro para outros sítios do território nacional;

"3.º Logo que se reunir o congresso, o presidente da República lhe relatará, motivando-as, as medidas, de exceção, que houverem sido tomadas;

"§ 4.º As autoridades, que tenham ordenado tais medidas, serão responsáveis pelos abusos cometidos."

Ora, onde me apontarão aqui o fundamento, explícito, ou implícito sequer, a que decentemente se possa ater a hermenêutica mais livre, a mais atrevida, contanto que de todo não alija a consciência jurídica e o próprio senso comum, para justificar o arbítrio, reclamado pelo govêrno, de não levantar com o estado de sítio as medidas de repressão a êle inerentes?

Provoco a que mo apontem. Onde?

Na parte do art. 80 concernente ao sítio declarado pelo poder executivo, fixando-se os direitos e obrigações dêste, claramente se discerne o que toca ao período da sua duração e o que toca ao período subsequente.

Durante o estado de sítio, o govêrno poderá prender, ou desterrar. Eis os *seus direitos*. Mas não declarará o estado de sítio, senão correndo a pátria iminente perigo (art. 80, § 1.º); não o declarará, senão por tempo determinado (art. 80 pr.); não o declarará, senão limitativamente a partes do território nacional (*ibid*); não prenderá em lugares destinados

à expiação de crimes comuns (§ 2.º 1.º); não degredará, nem deportará; desterrará (§ 2.º, 2.º). Aí ten-
des os *limites* à faculdade recebida pelo govêrno, as
suas obrigações constitucionais, enquanto o sítio per-
durar.

Expirado, porém, o *sítio*, expirarão com êle, se-
gundo a expressão manifesta do art. 80, os direitos
do govêrno. *Só lhe restam deveres*, os deveres esti-
pulados nos §§ 2.º, 3.º e 4.º: relatar ao congresso as
medidas de repressão pessoal, que houver tomado, e
motivá-las (§ 3.º); responder pelos abusos cometi-
dos (§ 4.º); mas, acima de tudo, nos têrmos do § 2.º,
o primeiro dos três últimos, não empregar medidas
tais senão "*durante o estado de sítio*."

Vêde agora o prodígio da hermenêutica oficial.
Ao passo que os têrmos do art. 80, regulando os atos
do govêrno *depois de restauradas as garantias*, não
só não lhes mencionam faculdade excepcional de
espécie alguma, senão que de todo as excluem pela
cláusula "*durante o estado de sítio*", a que as subor-
dinam, a interpretação laureada, em antagonismo di-
reto com essa cláusula, avoca ao govêrno *após o es-
tado de sítio* a faculdade excepcional de manter as
reclusões e os desterramentos.

Quem deu ao intérprete, ante uma lei restritiva
da liberdade individual, o direito de lhe agravar *por
inferência* as restrições? ante uma lei de arbítrio,
quem lhe deu o direito de lhe aumentar o arbítrio *por
ilação*?

Se a Constituição determina que o govêrno só
poderá prender e desterrar *durante o estado de sítio*,
que consideração nos autoriza a quebrar o limite
pôsto por esta cláusula a essa faculdade excepcional,
habilitando o govêrno a dilatar, *após o sítio*, as me-
didas coercitivas, que só *durante o sítio* se lhe con-
sente adotar?

Por outra: se, para ter o arbítrio de prender e desterrar *durante o sítio*, isto é, durante o período natural do arbítrio, foi mister que a Constituição *expressamente* conferisse ao govêrno o direito de infligir *durante o estado de sítio* desterros e prisões, como é que, *finda a situação de arbítrio*, se há de admitir ao govêrno a função arbitrária de prender e desterrar, sem cláusula constitucional *expressa* que lha outorgue? Durante o sítio as faculdades de exceção derivam logicamente da natureza da quadra, essencialmente excepcional. E contudo, para que existissem, foi necessário *declará-las*. Ultimado o sítio, as faculdades restritivas do direito comum colidem com o régimen constitucional, cujo império se restabeleceu. E, não obstante, para investir nessas faculdades o govêrno, *bastaria supô-las*?

É transpôr o bom senso, e zombar dos juizes, depois de caluniar o legislador.

Haverá, neste mundo, uma assembléia de homens jurídicos, que subscreva enormidade tamanha?

Contra ela não milita só o silêncio do texto, senão o seu próprio enunciado. Nem milita unicamente o seu enunciado nas palavras "durante o estado de sítio" do § 2.º, já examinadas, mas também naquelas outras expressões do art. 80 em sua parte inicial: "suspendendo-se as garantias constitucionais *por tempo determinado*." Se os cidadãos, a quem se sequestrou a liberdade sob o estado de sítio, dela ficam privados, até que o govêrno delibere entregá-los à justiça, ou até que o congresso resolva sôbre o seu destino, a respeito dêsses cidadãos as garantias constitucionais estarão suspensas *por tempo indefinido*. Ora, o art. 80 não prescreve que as garantias constitucionais se suspenderão por tempo *determinado para uns e indeterminado para outros*. A disposição

é indistinta, não admitindo a suspensão de direitos constitucionais senão por tempo *determinado*. Logo, *não a admite por tempo indeterminado para ninguém*.

E não é tudo, senhores juizes, porque admitir possibilidade legal de estarem as garantias constitucionais suspensas *para certo número de cidadãos* por tempo limitado, é conceder que por limitado tempo estejam virtualmente suspensas *para todos*, uma vez que ao seu talante o govêrno, pelas reclusões e desterros impostos sob o estado de sítio, é quem fará, na comodidade, a seleção dos indivíduos reservados a constituírem a colônia proscrita, *por indefinido tempo*, do regímen constitucional. Desde que basta para ser prêso, ou desterrado, para que o destêrro, ou a prisão, *não tenha limite*, e, para fulminar a prisão, ou o destêrro, basta o aceno do poder executivo, a sociedade inteira está sujeita à cominação incomparavelmente opressiva das prisões e desterros ilimitados. E como conciliar a iminência dessa cominação, dependente, para se tornar efetiva, apenas de um sinal de poder, com a solene declaração do art. 80, que adscreve as medidas repressivas do estado de sítio à condição absoluta de *tempo determinado*?

Na exegese do art. 80 a interpretação *política* só encontra uma consideração, a que se apóie. Notai bem uma *consideração*, digo eu; não um subsídio formal do texto. Obrigando êste o govêrno a *comunicar ao congresso* as providências excepcionais applicadas sob o estado de sítio, depreende a lógica official que essas medidas perdurarão, ao menos na parte concernente às pessoas, nas prisões e desterros, enquanto sôbre elas se não proferir a palavra do congresso. Ficam sendo assim os presos e desterrados uma espécie de *documentos vivos*, com que o govêrno instruirá o seu relatório à legislatura.

Logo à primeira intuição, porém, se oferece perguntar: se isso é o que a Constituição quer, porque o não disse? Ela, que particularizou, um a um, todos os deveres e direitos do presidente da República no assunto, que, determinando as suas relações, nesta matéria, com o congresso, especificou por menor quanto competia ao governo, porque se havia de calar a respeito dêste tópico, tão relevante pelo menos como os expressos? Se importava mencionar o relatório sobre as medidas, se importava ainda individuar a obrigação de motivá-las, aliás, já entrevista, senão subentendida, na de relatá-las, porque não importaria declarar que essas medidas, no tocante a liberdade das pessoas, o ponto mais sério nos efeitos do estado de sítio, perdurarão, entregues ao arbítrio do congresso, quando a supor o contrário nos devia induzir, além dos princípios intrínsecos à instituição, o sentido formal de duas cláusulas no texto?

O argumento, pois, não resiste à crítica textual do artigo.

Não estribando, porém, o raciocínio oficial na expressão do texto, mas na intenção, que se lhe busca devassar, conclui apenas, por dedução, ampliando a fórmula constitucional a hipóteses e durações com que ela se não ocupa.

Fala o art. 80 em prender e desterrar *durante o estado de sítio* e dessa fórmula se parte para estabelecer que os desterros, ou prisões, *ultrapassarão o estado de sítio*. Preceitua ela que o tempo do estado de sítio será *predeterminado*, e dessa prescrição se infere que efeitos do estado de sítio *não terão tempo determinado*!

Não é só, portanto, uma interpretação *estensiva*: o que bastaria para ser inadmissível, tratando-se de cerceio de direitos, da fronteira entre o ar-

bítrio e a lei, da cominação à liberdade individual de restrições mais graves que a do regímen punitivo, garantido contra o abuso pelas formas do julgamento. É pior do que uma interpretação *extensiva*: é uma interpretação *inversiva*; porque onde a constituição diz "*durante*" o intérprete glosa "*depois*" onde a frase constitucional fala em "*determinado*", o caudidico oficial entende "*indefinido*."

Essa hermenêutica *ad usum dictatoris* pode receber as palmas da originalidade com os mesmos títulos irrecusáveis que a existência constitucional, a cuja defesa se propõe. Quem acaba de ficar em estado de sítio, é a constituição que criou. Se as instituições pagassem, era o caso de dizer; bem merecida pena! Proceda-se com esta pobre Constituição como os enfermeiros nas casas de saúde, com as vítimas de certos desconcertos cerebrais, certas afasias, certas lesões da palavra. A língua não obedece ao entendimento. As expressões contrariam a intenção do sujeito a quem resta ainda a razão suficiente para perceber a troca, sem a faculdade fisiológica de remediá-la. É então que intervêm a sagacidade profissional, ou a solicitude vigilante do amigo, para suprir as lacunas, as rebeldias do órgão paralítico; e, onde a boca do doente balbucia uma afirmativa, a do intérprete autorizado nega redondamente, onde a primeira tartamudeia, negando, lá diz a outra que afirmar é o que ela queria. Se tais são os efeitos do estado de sítio, senhores, já ficamos sabendo que êle não sequestra só aos povos a liberdade; também sequestra aos leguleios o sizo.

Aceitemos, entretanto, essa tentativa de dedução, qual se pretende, e verifiquemos se está, como se inculca, *no propósito* do legislador.

Dizem: As reclusões e os desterros perdurarão, até que o congresso conheça dos atos do governo.

Mas que têm os desterros e as prisões com o conhecimento, que dos atos do govêrno há de tomar o congresso? Tem êste que exercer alguma prerrogativa em relação à sorte *futura* dos presos e desterrados, ou meramente em relação ao procedimento *pretérito* do govêrno? O nosso régimen constitucional é, consoante à frase americana, um régimen de *poderes definidos*. Nenhum ramo da autoridade política senho-reia outras atribuições, além das que a constituição *por vontade manifesta* lhe destina. Ora, confere porventura a Constituição ao congresso o direito de julgar os presos e desterrados? confere-lhe o arbítrio de alongar-lhes o destêrro, ou a prisão?

Neste particular não há, no texto constitucional, outros poderes conferidos, mais que os do art. 80, §§ 3.º e 4.º: "Logo que se reunir o congresso, o presidente da República lhe relatará, motivando-as, as medidas de exceção, que houverem sido tomadas. As autoridades, que houverem tomado tais medidas, são responsáveis pelos abusos cometidos." Logo, o congresso não conhece das medidas repressivas adotadas no decurso do estado de sítio, para apreciar o procedimento dos indivíduos, sôbre que elas recaírem mas para se pronunciar sôbre o critério do govêrno, que as impôs.

É de sentenciar a política do govêrno, e liquidar-lhe a responsabilidade que se cogita, não de pesar os atos dos suspeitos, e constrangê-los à pena, ou escoimá-los de culpa. Se, pois, o congresso há de julgar *tão sômente a propriedade e correção dos atos do govêrno*, se absolutamente lhe não compete ser árbitro da criminalidade, ou inocência dos presos e desterrados, por que havia de subsistir, para os desterrados e presos, o sequestro da liberdade, até que a legislatura considere os atos do govêrno?

O absurdo não pode ser mais palpável. E, se a letra o não contém, como, a despeito da letra, se lhe há de imputar o ânimo de um absurdo manifesto?

Afirma-se (foi a doutrina do parecer da câmara dos deputados em 1892, cujo caráter injurídico, iníquo, inconstitucional, estão experimentando alguns dos seus autores, e reconhecendo hoje em dia quase todos os seus apologistas), afirma-se que os indivíduos colhidos nas medidas excepcionais do estado de sítio não podem volver à liberdade, enquanto o congresso não deliberar a respeito do estado de sítio por um dêstes dois modos: reprovando os atos do govêrno, ou decretando a anistia.

Dupla confusão, confusão crassa de idéias elementares.

Em primeiro lugar, nunca se atribuiu à anistia a função de resolver medidas de exceção. Essa pode ser consequência da anistia. Mas não é o seu fim. O fim da anistia é remitir penas, e apagar delitos. Destinada a substituir a justiça pela clemência, só a comportam naturalmente os casos, em que, se a clemência não acudisse, teria de funcionar a justiça, isto é, onde houver crimes processáveis pelos tribunais, e não meras apreensões da alta polícia governativa. base para a suspeita, mas não para a ação judiciária. A anistia de 1892 foi um êrro coerente com outro êrro. Estabelecendo o sítio de abril daquele ano, o govêrno, pelas colunas do *Diário Oficial*, em números com que instruí, naquele tempo, a minha petição de *habeas-corpus*, reivindicava expressamente, categoricamente a atribuição de *infligir penas*. Lá está a palavra. Supunha êle exercer, durante o estado de sítio, o direito de *punir*. Fêz-se, pois, o govêrno tribunal: julgou, sentenciou, castigou. Ratificando essa pretensão famosa, o congresso de então figurava ter

ante si réus, sentenciados, condenados. Anistiou-os: não havia outro meio de levantar a pena, e eliminar o crime. O êrro na aplicação do estado de sítio acarretou destarte o êrro na aplicação da anistia.

Em segundo lugar, o congresso pode condenar o estado de sítio, sem que daí resulte a liberdade para aquêles, a quem o estado de sítio a subtraiu; porque êsses podem estar realmente incursos em crimes, e crimes da maior gravidade, sem que haja, todavia, base constitucional para o estado de sítio, o qual só se legitima, "correndo a pátria iminente perigo, por agressão estrangeira, ou comoção intestina". (Const., art. 80.)

Agora, se quisermos avaliar em tôda a sua imunidade a monstruosa teoria, que subordina à interferência do congresso por um dêsses dous meios a cessação das medidas coercitivas impostas pelo govêrno sob o estado de sítio, figuremos terceira hipótese: a de que se não ocupou a comissão parlamentar de 1892, a de que a intervenção do congresso não termine por nenhum dêsses dous meios. Isto é: o congresso aprova os atos do govêrno, mas não anistia: deixa ficar sôbre os detentos e desterrados o pêso dêsses atos. Atentai na consequência. De medidas transitórias, a prisão e o destêrro vieram a se tornar medidas permanentes; de atos acautelatórios contra uma situação atual, passaram a atos expiatórios de uma situação transata; despiram o caráter de garantias da ordem, para assumir o de repressão de crimes. De modo que, não se podendo libertar por *habeas corpus*, segundo a doutrina hoje preconizada contra os amigos do govêrno de 1892, pelas suas vítimas, e não tendo sido restituídos à liberdade pelo congresso, quando considerou os atos do executivo, os presos e desterrados, sem tribunal, que os julgasse, nem sen-

tença, que os condenasse, se veriam submetidos a uma verdadeira penalidade, e a uma penalidade perpétua. Perpétua? Sim. Porque perpétua é virtualmente a pena, que, não tendo no ato condenatório duração prelimitada, não pode cessar senão pela eventualidade arbitrária de uma anistia, ou um indulto. Para se lograr êsse resultado, grato às vinganças de partido, bastava na maioria parlamentar da ocasião uma combinação oportuna de subserviência e rancor, de docilidade ao governo e ódio à minoria. Aplaudir-se-iam todos os excessos do estado de sítio, rejeitar-se-ia o voto de clemência, e os perseguidos, cuja causa o poder não ousasse confiar à imparcialidade da justiça, penariam, esquecidos, nos cárceres, nos desterros, enquanto durassem no governo as paixões e nos seus instrumentos a baixeza.

De que não engendro uma hipótese irrealizável, mas extraio apenas uma resultante natural dos dados estabelecidos pela teoria do governo, os fatores dessa mesma teoria encarregam-se de nos ministrar a prova, lembrando, no funesto parecer parlamentar de 1892, honrado agora com umas poucas de edições oficiais que, na própria Grã-Bretanha, durante o interregno aberto às tradições liberais daquela terra pela reação do espírito conservador contra a preamar subversiva, que ameaçava a paz das instituições inglesas com a aluvião jacobina e a invasão napoleônica, a obliteração do *habeas-corpus*, as suas repetidas e longas suspensões deram em resultado o indefinido esquecimento de alguns infelizes nas prisões de Estado. Mas o que espanta, ainda a quem não esquece as devastações do espírito de sofisma na consciência política, é que dêsses resíduos impuros de uma época violenta, refugados do próprio torrão nativo, se queira sèriamente fazer transplante como de arestos, convertendo-os em *argumento legal*, e que, anos mais

tarde, varridos os interesses de cujo brejal fosforesceram essas exalações malignas, não se tenha aca-nhamento de reproduzir em invocação jurídica tais desvios da razão e do direito.

Não se edificam teorias jurídicas, dessoterrando crimes do subsolo histórico das grandes nações. Para nos valermos de anomalias tão repugnantes ao sentimento da civilização contemporânea, fôra mister, ao menos, mostrar que a Inglaterra inscrevera aquêles casos terríveis de opressão como exemplos memoráveis e imitandos. Mas a verdade é que de espécies tais ali se não faz memória, senão com pejo e quase incredulidade, como de atentados irreprodutíveis em nossos dias. E não só não haveria possibilidade hoje de que o último dos ingleses ficasse esquecido em uma prisão por ato do governo, senão que há até a prerrogativa régia da suspensão do *habeas-corpus*, desusada há mais de oitenta anos, representa hoje, no organismo da constituição britânica, um órgão atrofiado e morto. A êste propósito se lê em uma das monografias mais recentes e de mais valor sôbre o assunto: "Muito há que a coroa inglesa não se utiliza da sua prerrogativa; de onde resulta poder-se bem sustentar que essa prerrogativa caiu em descostume, recuperando tôda a sua eficácia literal o art. 1.º da *declaração de direitos*, concebido assim: 'Ilegal é o pretenso direito da coroa a suspender as leis, ou a execução delas, sem o consenso do parlamento' ". (MAJORANA: *Op. cit.*, n.º 13, p. 38.) De sorte que com uma das mais altas autoridades inglesas na matéria (LORD THRING, *Manual of Martial Law*, c. I) se pode atualmente afirmar que a Inglaterra não conhece o estado de sítio: "*The intermediate state between war and peace, called by continental writers a state of siege, does not exist in England law.*"

A teoria, pois, que com a obrigação imposta ao govêrno, de expôr e motivar ao congresso as medidas de exceção empregadas, chumba ao destêrro e à prisão os indivíduos presos e desterrados, até que o congresso lhes quebre essas cadeias, além de não ter assento, direta, ou indiretamente, no texto constitucional, nos levaria a conseqüências insensatas, clamorosas e intoleráveis.

Bem diferente é a razão da conta, que do seu proceder, recorrendo ao estado de sítio, e praticando-o, há de dar ao congresso o poder executivo. Tem êste que se explicar e justificar ante aquêle, por se tratar, no assunto, de uma atribuição originariamente parlamentar, exercida pelo presidente da república em virtude de uma espécie de mandato *ex lege* que lhe impõe a extrema contingência da necessidade. É o que transparece materialmente do próprio texto no art. 80, inspirado no exemplo universal das constituições modernas. Desde a lei francesa de 8 de julho de 1791, a primeira que formulou o estado de sítio, essa foi sempre a maneira de entender a competência no uso dessa faculdade. “Sorgeva cosi un concetto, *che vedremo essere fondamentale*” diz o illustre professor ÂNGELO MAJORANA: “quello della competenza del potere governativo limitata ai casi di necessità urgente e con la condizione di un posteriore formale riconoscimento, se non legislativo, almeno parlamentare.” (*Stato di assedio*, c. III, p. 32.) Se o govêrno declara o estado de sítio, acrescenta adiante êsse escritor, é sòmente sob a instantânea pressão de fatos graves e em virtude de *uma tácita e presuntiva delegação do parlamento*. “Se il governo può dichiarare lo stato d’ assedio, [é] soltanto, come vedemmo, per l’istanteo scoppio di fatti gravi e *per virtù di una tacita e presunta delegazione del parlamento*.” (*Ib.*, p. 72.)

Entre nós nunca se desconheceu esta verdade. "Quer no império, quer na república, essa providência constitui atribuição privativa do poder legislativo, diz em recente estudo da matéria, um escritor brasileiro". (CARLOS DE CARVALHO: *O estado de sítio e os tribunais de exceção*. Na *Revista de Jurisprudência*, an. II, pág. 140). Ora todo mandatário responde ao mandante pelo exercício do mandato. No art. 80 da constituição não se estabelece outra cousa, não se obedece a outro princípio. Como delegado, o executivo tem, entretanto, as faculdades, a êsse respeito, mais limitadas que as do delegante. A outorga constitucional ao congresso deixa à sua discricção certa amplitude: poderá declarar o estado de sítio, "se a segurança da república o exigir". (Art. 80 pr.) De tal arbítrio não goza o govêrno senão em circunstâncias muito mais prementes: "*correndo a pátria iminente perigo*." (§ 1.º) Como delegado, ainda, não tem no emprêgo do estado de sítio, a mesma largueza de ação; porque a do congresso se define na frase "suspender as garantias constitucionais" e a do presidente da república se restringe, quanto às pessoas, a deter e desterrar. (Art. 80 pr. e § 2.º) Como delegado outrossim, "*logo que se reunir o congresso, lhe relatará, motivando-as, as medidas de exceção*". (§ 3.º) E se na sua aplicação se houver demasiado, responderá "pelos abusos cometidos". (§ 4.º) Não se poderia caracterizar mais precisamente a natureza jurídica do mandato, a sua derivação parlamentar e as conseqüências, a êle essenciais, do princípio da *responsabilidade do mandatário pela culpa no exercício do mandato*. "Puede suceder", diz ALCORTA, "que el poder ejecutivo, estando como lo está, autorizado para decretar el estado de sitio, abuse de la facultad, estableciéndolo sin la mas minima causa de aquellas requeridas, y arreste las personas y tome

las cosas con designios estraños a los objectos de la medida; y puede succeder tambien que dicte medidas que no están autorisadas, condene y aniquile penas y no haga efectivo el derecho de opción que autoriza el artículo 23 de la Constitución. Qual será lá consecuencia? Que remedio tendrá todo esto? La medida y sus aplicaciones son sin duda, discrecionales, pero lo son en los limites que la Constitución ha determinado a su respecto. . . . Así, en los casos a que nos hemos referido, existe responsabilidad, y se hace efectiva por el juicio político." (*Las garantías constitucionales*, págs. 281-2.)

Descrevendo e defendendo, portanto, perante o congresso as medidas de exceção, que tomou, não obra o poder executivo senão como qualquer mandatário, *ainda que legal*, segundo as regras gerais do mandato, dando cumprida relação dos seus atos ao mandante. Logo, é simplesmente a justificação do govêrno que dêle deve esperar o congresso, não a apresentação virtual dos presos e desterrados, sujeitos a destêrro e prisão, até que a maioria parlamentar se decida a restituí-los aos seus direitos constitucionais. Essa teoria exdrúxula transmuda, pois, em um meio sofístico de opressão o que o legislador constituinte estabeleceu em garantia natural da liberdade.

A evidência, porém, é viva de mais para consentir falácia tão grosseira. A intervenção das câmaras no conhecimento do estado de sítio decretado no intervalo parlamentar corresponde a fins não menos óbvios do que êstes :

remover, ou manter, o estado de sítio, se perdura;

verificar a necessidade em que se inspirou a sua declaração;

conhecer da correção do procedimento do governo nas medidas aplicadas;

submeter os órgãos do poder executivo à responsabilidade constitucional pelos excessos.

Em tôdas as legislações modernas desde a da Inglaterra até à dos Estados Unidos, desde a da Itália até à da França, desde a da Áustria até à da Alemanha, desde a do reino de Portugal até à do império do Brasil, desde a da república Argentina até à do Uruguai, desde a boliviana até à paraguaia, das mais benignas às mais restritivas, das mais jurídicas às mais compressoras, das mais liberais às mais autoritárias, em tôdas *se considera o governo adstrito a submeter à aprovação das câmaras legislativas a deliberação, que, na sua ausência, suspender as garantias constitucionais*. E, contudo, *não há país, um só*, onde se repute ligado a essa obrigação do executivo o direito de reter indivíduos sob o régimen de exceção, depois de restabelecidas as garantias constitucionais.

Na própria constituição napoleônica de 14 de janeiro de 1852, subsequente ao golpe de Estado de 2 de dezembro, que preparou o império, se estatuiu (art. 12) que "o presidente tem o direito de declarar o estado de sítio, submetendo o seu ato ao senado no mais breve termo." E, contudo, nem o mesmo Napoleão extraiu dali para seu uso o tesouro de opressão criado pela fantasia brasileira no princípio que legitima por um dia de estado de sítio meses, senão anos, de sequestro arbitrário da liberdade.

O único alongamento dos efeitos do estado de sítio após a cessação dêle em França, vem a ser a competência, pela qual, segundo o art. 13 da lei de 19 de agosto de 1849, tentada copiar no Brasil, em 1892, por um projeto legislativo de origem positi-

admite aproveitar das regras universais do processo. Cessou o estado de sítio? Pouco importa a jurisdição preventiva dos tribunais militares quanto às acusações já submetidas à sua autoridade. Tôdas essas acusações, em todos os países, salvo a França, imediatamente se transferem para os tribunais comuns.

Disto vos darei a mais fricante prova, não com o exemplo de uma monarquia liberal, como a Itália, aliás já estudado na minha petição, mas com o de duas monarquias eminentemente autoritárias: a Áustria e a Prússia. Da lei prussiana de 1851 nos dá o conteúdo ARANGIO RUIZ o mais autorizado monografista do estado de sítio. Ela, "além de devolver aos tribunais comuns todos os processos pendentes, suspende a eficácia das suas próprias disposições quanto às penas ainda não pronunciadas, os delitos especiais e até as penas já impostas." (*Enciclopedia Giuridica Italiana*, v. I, parte IV, pág. 185). Na Áustria, do mesmo modo, sob o ferrenho direito que rege as justiças de exceção, o reg. do processo penal, § 446, determina que, restabelecidas as garantias constitucionais, cessam *para logo* as funções do tribunal extraordinário, e assim os processos pendentes, como os já concluídos com sentença de morte se remetem aos tribunais ordinários, onde a respeito das condenações capitais se procederá segundo as normas gerais de direito, e, nas ações ainda não julgadas, se receberá o processado, em qualquer altura, como simples formação da culpa. (EMÍLIO BRUSA: *Della giustizia penale eccezionale ad occasione della presente dittatura militare*. Torino, 1894. Pág. 49).

Assim que, no único ponto, onde se conhece, e isso na legislação de um só povo, legislação de origem cesárea e jacobina, a sobrevivência dos efeitos do estado de sítio à cessação dêle, isto é, na regra

vista, "suspenso o estado de sítio, os tribunais militares continuam a conhecer dos crimes e delitos, cujo conhecimento lhes foi submetido". Cumpre advertir, porém, não só que se trata aqui dos efeitos de uma jurisdição preventiva, cujo poder, conforme a regra geral de direito, é irretratável, como também que por essa disposição não se prorroga o arbítrio do executivo, mas a competência de tribunais. Outro efeito não tem ali o estado de sítio cessante. De modo que os detentos *não submetidos ainda a tribunais de guerra*, se não têm culpabilidade demonstrável, são restituídos ao gozo de seus direitos; se a têm, passam a ser processados pelas justiças civis. Isso na mãe-pátria do estado de sítio, no solo onde essa instituição recebeu dos influxos do poder absoluto maior luxo de arbítrio e severidade. Ao próprio regímen napoleônico, portanto, pede meças e desbanca o do invento precioso, cujos benefícios os amigos do governo civil, na república brasileira, em 1898, não dão a um velho amigo da liberdade o direito de rejeitar. Santo Deus, como temos descido!

Entretanto, ainda nos estreitos limites da aplicação restritiva a que acabo de aludir, *está sòzinha a França*. Defender-se-á ela, neste ponto, alegando que não é o estado de sítio que se prolonga além de si mesmo na perduração dêsse efeito seu, senão que se trata puramente de aplicar aos processos já entregues aos tribunais militares *durante* o estado de sítio a regra usual de direito judiciário, *ex-vi* de cujo preceito a jurisdição firmada pela competência legal no princípio da causa subsiste até ao seu termo. Mas tão intolerante é o regímen constitucional, uma vez restaurado, em relação aos menores vestígios do regímen de exceção, que, para lhe eliminar de uma vez com a sua suspensão, os últimos restos, nem lhe

que manda prosseguir pelos tribunais extraordinários as causas *já instauradas* nesses tribunais; a situação solitária da França encontra na consciência contemporânea a mais severa censura. De "anti-jurídica" a taxam os juristas. (MAJORANA, *op. cit.*, pág. 40). "Os tribunais militares," diz o eminente professor de direito na universidade de Catânia, "devem entregar imediatamente aos ordinários a continuação dos procesos submetidos ao seu juízo, seja qual fôr o estágio, em que se acharem". (MAJORANA, *op. cit.*, pág. 127). No mesmo sentido se pronuncia o egrégio professor BRUSA: "Com a simples supressão do direito extraordinário, determinada pela melhoria de condições no tocante à segurança pública", diz êle "deve cessar *por inteiro*, e cessa, o império de tal direito, assim em si mesmo "como nos seus efeitos inclusive, até, portanto, as condenações e suas conseqüências penais: Tutto intero deve cessare, e cessa, l'impero di tale diritto sia in se che né suoi effetti e quindi anco nelle condanne e lore effetti penali". (*Della giust. pen. eccezion.*, pág. 41).

Pois, se o régimen constitucional, reposto que seja no seu álveo, ocupa imediatamente a área do direito em tôda a sua extensão e profundidade, ao ponto de varrer, não só as jurisdições extraordinárias, senão até as sentenças de exceção ainda não executadas, como é que só os atos do poder executivo, atos de mero arbítrio, justificados apenas momentaneamente pela momentânea lei da necessidade, hão de sobrelevar a situação legal, restabelecida, e sobreestar à anômala situação extinta? Os tribunais marciais, que *julgavam*, deixam de julgar; as sentenças militares, que representavam ao menos um rudimento de *justiça*, já não logram, se ainda não lograram, os seus efeitos de exceção; apenas os fatos consumados, as execuções verificadas escapam ao fluxo benigno

da lei restituída às suas margens normais. E só as prisões e os destierros políticos, que por nenhuma forma de processo, por nenhum filtro de legalidade passaram, hão de sobreviver ao perigo nacional, cujo terno a suspensão do estado de sítio oficialmente anunciou ?

Não, senhores. Tal contrasenso não podia encontrar guarida na legislação, ou na jurisprudência de povo algum. Cansado estou de pedir que me desmintam com um exemplo em contrário. Lêde tódas as obras, que discorreram a matéria *ex-professo*: o tratado de ARANGIO RUIZ, na *Enciclopedia Giuridica Italiana* (v. I págs. IV, 168-217), o de CONTUZZI, no *Digesto Italiano*, vol. XXII, parte II, pág. 259), a monografia de BRUSA na *Rivista Penale* (vol. XXXIX, págs. 1-66), o opúsculo de MAJORANA (*Stato di assedio*, Catânia, 1894, págs. 1-133), o conhecido livro francês de REINACH (*L'état de siège*, Paris, 1885), e todos os comentários constitucionais, e tódas as obras de direito político. Uma só doutrina encontrareis: *suspense* o estado de sítio, cessarão os seus efeitos. Com exceção dos destierros e prisões ordenadas pelo govêrno ? Não: com inclusão expressa dêsses atos. São, com efeito, de um dêsses preclaros mestres estas palavras: "Acabado o estado de sítio, findam tódas as restrições e constrangimentos excepcionais. . ." Ouvi, senhores: "Os indivíduos, que estiverem reclusos, ou relegados, sem as garantias ordinárias, serão restituídos a si mesmos: em tudo e por tudo recobrará o seu império a lei comum. *Coloro che sieno confinati o relegati a domicilio coatto, senza le ordinarie guarentigie, saranno restituiti a loro medesima; la legge comune in tutto e per tutto riprenderà il suo impro.*" (MAJORANA, *op. cit.*, pág. 126.)

Para excluir o Brasil da comunhão universal na jurisprudência concernente a esta questão, necessário seria mostrar que o estado de sítio, na sua adaptação brasileira, tivesse passado, em sua substância, ou em sua forma, pela inserção de alguma peculiaridade nova, estranha, oposta aos seus modelos, de onde emanassem, para nós, no uso dessa instituição, conseqüências alheias, antagônicas às que em tôda parte se lhe atribuem. Mas tal não há. O estado de sítio, no Brasil, não confere ao governo um poder, não põe à liberdade um limite, não oferece ao estudo um traço, mínimo que seja, de novidade, ou divergência com os seus padrões conhecidos. E, se discrepâncias há, não de leve monta, a nosso favor são; porque, ao passo que outras legislações agravam a suspensão das garantias com a jurisdição marcial *em tempo de paz*, a constituição brasileira, ainda na menos liberal das opiniões, só toleraria a jurisdição de tribunais militares, excepcionais *em estado de guerra*. Como é, pois, que, sendo a nossa lei, no assunto, irmã germana e cópia fiel das suas congêneres noutros países, só aqui lhe foram descobrir êste maravilhoso arcano de arbítrio, de compressão, de odiosidade?

Tanto bastaria, para confundir o único argumento um pouco especioso a favor dessa teoria, o argumento cem vêzes aniquilado e cem vêzes recente, formulado nesta casa, em 1892, por um dos seus mais doutos membros, (*) cuja opinião não sei se terá resistido à ação reflexiva da sua consciência e da sua experiência nestes anos, o argumento de que a liberdade restituída após o estado de sítio inutilizaria a repressão pelo estado de sítio assegurada.

(*) MINISTRO JOAQUIM DA COSTA BARRADAS, relator do *habeas corpus* nº 300. (N. R.)

Não sei, neste artefacto lógico, senhores, que admire mais: se a ingenuidade da proteção, se o abandono das idéias fundamentais, se a vacuidade do raciocínio.

Da ingenuidade da pretensão temos o espectáculo na troca evidente do papel do intérprete pelo do legislador. Se se tratasse *de jure condendo*, poderia ser apresentável a objeção. Não é, com efeito, um subsidio para a intelligência da lei, mas uma alegação para sua reforma. Concedamos que a eficácia das prisões e desterros feitos sob o estado de sítio exijam a manutenção dessas medidas após êle. Seria base, para tentarem neste sentido os devotos do estado de sítio uma revisão constitucional; mas não o é, para sustentarem que o govêrno pode reter em prisão e destêrro *após* o estado de sítio, quando só *durante* o estado de sítio, a constituição atribui ao govêrno o arbítrio de prender e desterrar. Não se compreende como, para ter a atribuição de prender e desterrar *durante* o sítio, fôsse mister ao govêrno a fôrça de um texto expresso, e, para conservar em destêrro ou prisão *depois do sítio*, lhe baste um pretexto de conveniência e uma consideração opinativa. Não passa, realmente, de ponto discutível o de saber se a utilidade do estado de sítio está subordinada à manutenção após êle das prisões e desterros durante êle impostos. Mais que debatível é o assêrto: é sèriamente contestável. Não pode, portanto, prevalecer como argumento concludente, para, *por inferência*, agravar um regímen excepçional com uma sobrecarga de poderes de exceção.

Se entre a função de prender, ou desterrar, e a de reter em destêrro, ou prisão há diferença, mais grave que o arbítrio de impôr o sequestro da liberdade é o de mantê-lo. Se essa diferença, pois, é real,

como é que o *menos* há de conter o *mais*, como é que da faculdade, outorgada ao govêrno, de prender e desterrar, se deduz a de consolidar os desterrados e prisões? Se, ao contrário, tal diversidade não existe, ao menos em substância, se não há mais que variações de grau, conforme a maior ou menor durabilidade dos efeitos do mesmo poder, como é que da atribuição de prender e desterrar *no limitado termo do estado de sítio* se há de concluir a de prorrogar os desterrados e prisões *além dêsse termo*? Em uma e na outra das duas alternativas, que faz essa dialética, se não extrair *do menos o mais*, admitir, *além dos limites* precisos de um período, o que a constituição só autoriza *dentro dêsses limites*, ampliar, em suma, contra tôdas as regras, os termos de uma outorga constitucional em matéria *de instituições de exceção e contra a liberdade*?

Afrouxemos, porém, um pouco a tensão lógica, e consultemos apenas o senso vulgar. A verdade, senhores, não será esta? O mal da prisão e do desterro não reside tanto no momento que os opera, como no tempo que os alonga. Se fôssem instantâneos os sequestradores da liberdade, o arbítrio poderia ser relativamente suportável. O intolerável da coação está infinitamente menos no seu princípio que na sua prolongabilidade. Contra o arbítrio, portanto, na sustentação das medidas repressivas é que se devem empenhar as garantias protetoras do direito. É menos no prender e desterrar do que no desterrar e prender *indefinidamente* que consiste o absolutismo. Avaliai agora a modéstia, a parcimônia e o desinterêsse do poder entre nós no meneio da lógica: porque a constituição lhe deu a parte, êle arrebanha o todo; porque ela lhe faculta determinadamente, *no correr* do estado de sítio, as medidas repressivas, desdobrando-as *após* o estado de sítio, lhes assegura êle perma-

nência indeterminada; e destarte consegue fundar a escola oficial de que as leis de exceção se interpretam ampliativamente contra a liberdade.

Depois da sua singeleza, disse eu que essa argumentação impressiona pelo esquecimento das noções elementares. Se, de feito, há, neste assunto, uma idéia entre tôdas rudimentar, é a de que a restauração das garantias importa a declaração oficial de haver passado a tormenta, cuja impendência determinara o estado de sítio. Como o professor MAJORANA (*op. cit.* págs. 126-7), como o professor CONTUZZI (*Trattato di diritto costituzionale*, pág. 770-71), o professor BRUSA escreve, nos mais incisivos termos: "Se alguma cousa atesta abertamente de si mesmo e sem rodeios, o fato de levantar-se o estado de sítio, é por certo esta: que as condições anormais da segurança pública se normalizaram. *Il fatto col quale si leva lo stato di assedio, se cosa alcuna attesta apertamente da se e senza ambagi, questo è per fermo, che le condizioni straordinarie della sicurezza pubblica sono ritornate normali.*" (*Op. cit.*, pág. 41). Mas, se as faculdades excepcionais do art. 80 não se concedem ao governo, senão enquanto a pátria correr *iminente perigo*, claro está que, cessando o perigo da pátria, sem o que não podia cessar o estado de sítio, *ipso jure* cessou para os indivíduos a coação resultante dessas faculdades excepcionais.

De modo que, por último, no bojo do argumento Aquiles só se nos depara o vasio. Realmente, se o governo é o árbitro de manter o estado de sítio, enquanto subsiste o perigo, a que se reduz êsse argumento? Se continua a causa do estado de sítio, por que o levantaram? Se o levantaram, por que hão de persistir as medidas repressivas, que não se justificam senão pela constância dessa causa?

Baixando à hipótese, notai bem que o que se opõe à devolução da liberdade aos pacientes, não é um perigo definido na realidade exterior dos fatos, mas um perigo conjectural; não iminente, mas calculado; não atual, mas futuro; não verificado, mas possível; logo, um perigo de existência eventual, incerta, subjetiva, cuja entidade será talvez suscetível de se corporificar, mas pode acontecer também que não passe de imaginária. Ora, a constituição liga a justificabilidade do estado de sítio à existência de um perigo *iminente*, isto é, presente, certo, notório, e tão descomunal, imane e gigantesco, que ameace a pátria na sua estabilidade “correndo a *pátria iminente perigo*”, diz o texto. E como a linguagem constitucional não comporta hipérboles, óbvio é que, quando ali se fala em *iminente perigo da pátria*, o em que se pensa é no mais grave perigo, por que pode passar o país. Se assim é, perguntarei, o perigo associado pelas apreensões do govêrno à hipótese do regresso dos pacientes ao direito comum, reveste as condições de presença, de certeza, de notoriedade, que devem caracterizar a impendência do perigo constitucional, para explicar a subtração política da liberdade a cidadãos?

Nem se objete que pretendo arrastar o tribunal a um terreno vedado, o campo da apreciação das condições essenciais ao uso do estado de sítio, matéria segundo a opinião aqui sustentada, contra mim, em 1892, privativa do govêrno e do congresso. Não, concedamos que essa é deveras competência exclusiva do congresso e do govêrno. Por isso não tem que dar contas à justiça dos motivos por que decretarão, ou suspenderão o estado de sítio. Mas desde que este cessou justamente por ato de um desses poderes, à justiça não só compete o direito, como *incumbe o de-*

ver de opôr-se a que no regímen comum se introduzam anomalias peculiares ao regímen de exceção, terminado por deliberação espontânea e solene da autoridade competente. Enquanto estão em vigor os atos, que promulgaram o estado de sítio, "o poder judiciário nada terá que ver em tôda a sua ação rápida, fulmínea, vigorosíssima." Mas, diz o publicista italiano, "pois que temporâneo é o caráter constitucional de tais atos, a autoridade judiciária, apenas provocada pelas partes interessadas, os declarará inoperantes, logo que os revogue o poder legítimo, que os expedira, e mantivera, e, com essa declaração, lhes removerá *todos os efeitos*, de qualquer natureza e extensão que forem, uma vez que todos eram provisórios." (BRUSA, *op. cit.*, pág. 10.)

Não deu a Constituição ao govêrno o estado de sítio, nos casos de comoção intestina, senão para frustrar e dissolver revoluções. Se, pois, a êsse resultado não se chegou mediante as providências empregadas, não se restabelecessem as garantias constitucionais. Se tão frágil é o resultado obtido, que se possa baldar, recuperando o seu direito de locomoção meia dúzia de desterrados, prorrogasse o govêrno o estado de sítio. Se a eleição presidencial o obrigava a suspendê-lo, em obediência ao princípio, agora — ainda bem! — reconhecido pela primeira vez entre nós, de que as urnas populares não podem funcionar válidamente sob o estado de sítio, restabelecesse-o. Era preferível a que a nação tivesse o espetáculo pernicioso do exercício, pelo govêrno, de medidas de exceção fora do período excepcional que as autoriza. Mas seja qual fôr a operação ampliatória, pela qual se agigante a energia, a atividade, a influência dêstes seis desterrados, não se concebe que a sua simples volta à rua baste, para reconstituir o

perigo da pátria, sem o qual não há legalmente estado de sítio possível.

Se o governo não dispersou a máquina revolucionária, em que se êles apoiavam, foi imprudente em abrir mão do estado de sítio. Se a dispersou, que receia? Que êles voltem a conspirar? Mas a polícia, que já lhes conhece o rastro e o vôso, não serve então para lhes observar e burlar os planos? Teme que lhes saiam a campo? Como, porém, seria isso exequível sem um período preparatório, a que a polícia não poderia ser alheia, não confessando cegueira, ou incapacidade?

E, depois, srs. juizes, o argumento invocado, na sua aplicação à espécie, acarreta conseqüências extravagantes: Precisamos de imobilizar êsses individuos, até poderem cair sob a ação penal dos tribunais. Mas três, pelo menos, dêsses cidadãos não pertencem à representação nacional, não desfrutam imunidades, e, portanto, podiam ser entregues imediatamente aos tribunais. Por quê o não são? Por se acharem envolvidos em *societas sceleris*, em co-responsabilidade com os membros do congresso no mesmo delito? Mas onde se achou a doutrina jurídica, pela qual as imunidades de alguns dos co-réus adiam o julgamento dos outros, até que possam entrar em processo os privilegiados? E, por outro lado, que gênero inaudito de imunidades é êsse, cujo fruto se reduz a reter em prisão arbitrária os que não poderiam ser presos judicialmente, e conservar privados da liberdade os que, se não fôra êsse privilégio invertido, a recuperariam, submetendo-se aos tribunais comuns?

Vêde o caráter risível dêsse simulacro de obediência às imunidades parlamentares. Em um só texto, o art. 20, a constituição prescreve que "os

deputados e senadores não poderão ser *presos nem processados* criminalmente, sem prévia licença da sua câmara." De dous elementos, logo, se compõe essa garantia constitucional: imunidade ao *processo* e imunidade à *prisão*. Das duas ameaças à independência dos membros do congresso, a que essa disposição pretende forrá-los, qual a mais opressiva, qual a mais odiosa? Em que se ofende mais o caráter do representante do povo, ou os direitos de qualquer cidadão? No encarcerá-lo, isto é, no sequestrar-lhe a liberdade, ou no processá-lo, isto é, no entregá-lo à ação dos tribunais, em que a liberdade tem a sua defesa e a inocência o seu amparo? Não há quem, obrigado a optar entre os dous privilégios, não escolhesse o de não ser prêso, porque é de senso comum que muito menos sofre quem é processado. Entretanto, dos dous privilégios, reunidos em uma disposição indivisível, "não poderão ser presos, nem processados" arroga a si o govêrno o arbítrio de respeitar um só, anulando o outro, e, nessa seleção, o menosprezado é justamente o mais respeitável, o mais grave o mais imperioso dos dous. Não *processa* deputados e senadores; *mas prende-os*. Por docilidade do art. 20 da constituição não lhes submete a causa aos tribunais. Mas a despeito do art. 20 da constituição, os guarda presos. Prescinde, para os conservar presos, da licença da câmara e do senado. Mas antes da permissão do senado e da câmara não se atreve a processá-los. Oh sofisma, que inesperado autor de comédias não nos saís tu nas mãos da lógica política! Que veia inexgotável de riso não mana das tuas combinações!

Eis o que vale, perante a razão e o direito, a teoria arrecadada pelo govêrno civil no espoliário da ditadura militar. Valerá mais perante a tradição? Dous atos memoráveis a ampam: a decisão judiciária

ria de abril de 1892 e o voto parlamentar de junho do mesmo ano.

O voto parlamentar foi um golpe de maioria, um ato de justiça política; e bem sabeis como os dous termos se repelem. Justiça política equivale a justiça de partido, justiça de interesses, justiça de desforra, justiça de crueldade. Inspirou-se êsse voto no parecer de 8 de junho; e o que era êsse documento, não mo permite dizê-lo a delicadeza da minha situação neste momento. Mas sôbre êle acaba de proferir o menos suspeito dos juízos um ex-ministro do marechal Floriano. (1)

Essa jurisprudência parlamentar, foi, porém, mais tarde, estrondosamente condenada pela própria câmara dos deputados. Tratando-se, com efeito, em 1895, de organizar em lei o nosso direito sôbre o estado de sítio, uma comissão especial daquela assembléia, sendo relator o dr. Augusto de Freitas, formulou um projeto, entre cujas assinaturas se acha a do dr. Sebastião de Lacerda, atual ministro da indústria e viação. Êsse projeto vingou ileso as três discussões, rejeitadas tôdas as emendas que em cópia extraordinária se lhe propuseram. E, na última votação, o *leader* da maioria, o sr. Francisco Glicério, convidou o ilustre deputado oposicionista autor do projeto a dirigí-la; de modo que maioria e minoria votaram, sem distinção de lados, solidariamente. Pois bem: nesse projeto, adotado pelo consenso, poder-se-ia dizer unânime da câmara dos deputados, se declara formalmente que, *levantado o estado de sítio, cessam, sem exceção todos os seus efeitos*.

(1) «Suportasse o ambiente republicano o nauseante incenso do parecer de 8 de junho de 1892, apresentado à câmara dos deputados, e as liberdades políticas seriam tristes ilusões.» CARLOS DE CARVALHO. *Revista de Jurisprudência*, II, IV, de fevereiro de 1898, pág. 145.

Quanto à decisão judiciária, laborávamos até agora em engano. Tem se dito com ênfase que a jurisprudência resultante dêse julgado está em pé, e eu mesmo inadvertidamente vos disse, na minha petição, que se tratava de revogar hoje um aresto sustentado. Mas tal não há. A jurisprudência de 1892 foi revogada pela jurisprudência de 1894. Quando cessou, no correr de 1894, o regímen de exceção, sob que vivia a metrópole desde setembro de 1893, os presos esquecidos nos cárceres do Rio de Janeiro, em número considerável, às centenas, impetraram a êste tribunal *habeas-corpus*, e por *habeas-corpus* foram soltos. Entretanto, eram presos por ato do poder executivo sob o estado de sítio. Logo, pela doutrina cuja ressurreição se preconiza, não se podiam restituir à liberdade, enquanto o govêrno os não submettesse aos tribunais, ou o congresso se não pronunciasse âcêrca dos atos do govêrno. Não obstante, à liberdade voltaram por sentenças vossas, e o govêrno obedeceu-lhes. Êsse aresto, portanto, nulifica o aresto de 1892, e com tanto mais fôrça, quanto se manifestou por acórdãos repetidos e sucessivos. O sistema concebido dous anos antes nas entranhas da paixão política expirara antes do ditador. Nada assinala melhor o declínio da sua saúde e da sua energia. Não se trata, logo, srs. juizes, de cessar a jurisprudência de 1892, mas de persistir na jurisprudência de 1894.

Cheguei, senhores, ao têrmo de minha demonstração. Diz-me a consciência que servi ao meu país. E não só como jurisconsulto, mas como cidadão e homem do govêrno. Escreveu-se pela imprensa que eu obedecera unicamente à minha paixão *pelo caso jurídico*, como o operador *pelo caso cirúrgico*. Não, senhores: a minha intuição jurídica e o meu senso político não se acham em desacôrdo. Obedeci tanto ao

segundo quanto ao primeiro. O de que mais se deve temer, neste mundo, o homem político, é dos maus precedentes, dos arestos ilegais, das jurisprudências liberticidas. Se a pretensão por mim combatida vier a triunfar, o regímen civil terá perfilhado uma das piores invenções do despotismo militar no Brasil. Nada avaria mais sèriamente as instituições populares do que os atos do poder que abalarem a confiança do povo no respeito das leis pela autoridade. E não pode haver criação mais fraudatória da lei constitucional do que a desta doutrina hipócrita, que habilita o govêrno a fingir que levanta o estado de sítio para o perpetuar.

Peço licença para lembrar que não fui eu, foi o ilustre ministro atual da justiça (*) quem disse, na tribuna parlamentar: "Sabe-se quanto é fácil a um presidente pouco escrupuloso, a um seu agente, a um govêrno de Estado, bem aparentar a existência de uma conspiração, e, sob êsse pretexto, declarar o estado de sítio. Com uma dose de interêsse partidário e com certo jeito para o abuso, não será difícil arranjar-se, dentro do segredo de uma secretaria, o plano de uma conspiração."

Dizendo esta verdade, fêz s. ex. à defesa liberal das instituições um serviço não menor do que os que últimamente tem prestado à sua defesa conservadora; porque as instituições se defendem ora com a resistência conservadora à desordem, ora com a resistência liberal ao poder. Exprimindo-se daquele modo em junho de 1892, na discussão do parecer que aprovava o estado de sítio de abril com a cauda de prisões e desterros que o continuou até julho, o ilustre estadista não podia ocultar a malícia das suas palavras. Um homem cauto e refletido, como o nobre

(*) Amaro Cavalcanti. — (N. do R.)

ministro, não figura arbitrariamente juízos tais. Para os exprimir, devia estar autorizado pela mais grave das realidades. É que s. ex., suspeito à ditadura, conhecia provavelmente a história dos documentos, com que se provou ao congresso a *comoção intestina* de abril. Se hoje estamos longe de tais processos, se a índole política dos homens, que compõem o governo atual, nos preserva de tais iniquidades, não será motivo para estarmos tranqüilos, e julgarmos livre essa instituição do vírus perverso, com que à nascença foi inoculada entre nós. Podem volver os tempos, em que as conspirações se manipulem nas forjas administrativas, bastando uma falsificação de trás do reposteiro, para condenar às prisões e aos desterros do estado de sítio cidadãos respeitáveis, patriotas ilibados.

E em face dessa perspectiva, das mais prováveis no despenho que leva entre nós a moral pública, senhores, qual era o dever do homem de Estado? Colher as velas ao arbítrio, capear contra a má tradição, buscar na inspiração liberal, contra os abusos do estado de sítio, novas amarras, entender o § 1.º do art. 80, segundo a fórmula da lei francesa de 3 de abril de 1878, declarando, por uma lei de interpretação, que o *perigo iminente* do texto constitucional é o que se define pela invasão estrangeira, ou *pela revolta em armas*. Essa definição lá está; é só extraí-la com o senso liberal e o senso humano. Em vez disso, porém, que é o que se vê? Já não se fundem conspirações falsas; mas continuam a se fundir falsos princípios. Evita-se a imoralidade da fabricação policial; mas não se ousa reagir contra a imoralidade da fabricação jurídica. Como se se tratasse de defender a constituição e a liberdade, quando se trata apenas de dar nova têmpera, para as nossas futuras calamidades, às enferrujadas invenções da ditadura, tra-

va-se, em tórno do govêrno civil, com desprezo dos seus melhores amigos, os que se atrevem a censurá-lo, os que lhe falam com a experiência das nossas lições, tão amargas e tão exulceradas ainda, uma batalha de Homero, para arrancar à consciência dêste tribunal, que nós fundamos como o último refúgio da verdade republicana, embatida entre as loucuras da desordem e as paixões do poder, uma das mais execráveis deturpações de estado de sítio, o *estado de sítio exercido fora do estado de sítio*, isto é para envergonhar a Europa militar e o caudilhismo americano com a maravilha de um invento inesperado em especialidade há tanto tempo exausto pelas espadas e pelos déspotas.

Os que ousam ser leais a sua fé, são cobertos até de ridículo. Grandes inteligências, penas radiosas, corações cheios de humanidade, nomes envolvidos na glória de triunfos inolvidáveis, têmperas acerradas na corrente divina, consciências outrora insurgidas contra o primeiro ensaio dêste abuso, vítimas acolhidas outrora por mim sob o manto da mesma verdade em que neste momento me envolvo diante de vós, voam contra ela à refrega, e, esquecidas *do ontem*, esquecidas *do amanhã*, provam contra mim, contra o direito por mim defendido, como se êle fôsse o inimigo, como se o inimigo fôsse eu, as lâminas sagradas, com que Deus dotou os seus protegidos para as lutas do bem: a eloquência, a indignação, a ironia, o magnetismo das paixões puras, o gênio alado que se iriza nas estrofes do poeta, deslumbra nos lábios do tribuno, rutila nos dedos do escritor. E para que, senhores ? Para no dia da responsabilidade, que não falta aos povos, como aos homens, carregados na aluvião do descrédito aos nossos valores morais, as forças vivas que o serviço do poder explora, e arruína. saturado o solo dos destroços de tôdas as crenças,

de tôdas as verdades e de tôdas as leis, quando, sob um govêrno corrupto e mau, as secretarias vomitam outra vez o ignóbil espectro da bernarda administrativa, tão grâficamente imortalizada nas palavras do ilustre ministro, lhe terem aparelhada a fortuna de achar consolidado no aresto, que se vos reclama, um patrimônio incomputável de violência e dissimulação, de covardia e despotismo. Porque estará em pedaços uma das mais sérias defesas erigidas pela constituição contra os descomedimentos do estado de sítio. Pela lei da sobrevivência dos efeitos se lhe iludirá de todo a temporariedade. E bastará um momento de conspiração em farça, uma hora de *comoção intestinal*, um dia de infâmia oficial, para encher a tarrafa à sinistra pescadora de águas turvas, e legitimar indefinidas estações de prisão ou destêrro.

Não é, pois, o advogado só que vos fala com o seu senso do justo: é o homem político com o seu senso do útil. Basta de torcer a lei, para servir os governos. Basta de ter mêdo à liberdade. Basta de explorar os estúpidos engenhos da fôrça. O que hoje semeais, colhereis amanhã. Semeais opressão, sereis oprimidos. Semeais o engano, sereis espoliados. Posso perdoar, e tenho perdoado aos homens, que perseguem. Mas, nunca perdoarei as opiniões perseguidoras. Porque os homens passam, e as opiniões duram, os homens perecem, e as opiniões germinam. Onipotentes na política de um dia, os perseguidores se submergem na do outro. Mas as doutrinas perseguidoras sobrevivem à política que as gerou, para perseguir amanhã nas mãos da política hoje perseguida. É o que há de acontecer com esta perversa doutrina, que não é senão a ditadura de outro tempo irrompendo no govêrno civil de agora.

Já se não sabe o que é a lei, nem onde está, por que a constituição é um viveiro de abusos, onde pu-

lulam os subtilizadores, e não há interêsse político, que se não vista com um trapo da república dilacerada. Precisávamos, afinal, de entrar na boa fé, estancando a fonte, onde os mesmos homens alternativamente se abeberam, para a oposição, no espírito de desordem, para o poder no espírito de abuso; porque a anarquia moral assume proporções inenarráveis, e o meio de corrigi-la não é trair a coerência nem faltar à justiça: é edificar pela coerência a verdade e pela justiça fundar a paz.

A justiça sois vós, para cuja majestade não me envergonho de apelar nesta minha missão periódica de misericórdia, cuja série principiou em Cucuí, e não sei se acabará antes que a república me repulse de si por uma vez como o insuportável amigo do direito. A justiça é a minha atitude, sim, porque não dizê-lo? nesta triste condição de Cristo de comédia, pregado à cruz da irrisão pelos que o tratavam de mestre. A justiça é março de 1898 respondendo a março de 1897, a imponência tutelar do pretório envergonhando a fúria da rua embriagada nos atentados de sangue. A justiça é a grandeza da lei dominando na serenidade do seu órgão supremo a impotência das opiniões radicais, a rebeldia dos incrédulos da legalidade. A justiça é essa força interior, que me diz: "Entre êsse govêrno, a quem fizeste o maior sacrifício da tua vida política, dando-lhe o estado de sítio, quando te diziam que êle dependia do teu voto, e os inimigos de quem todos os antagonismos te separam, toma a causa dos teus contrários contra o teu aliado, para seres perante os tribunais a testemunha viva de direito."

E aqui está porque a minha voz, nesta impetração em que tenho empregado tôda a minha alma, se eleva acima do diapasão ordinário, e porque, atra-

vés do clamor das paixões, a minha palavra, neste momento, há de chegar aos ouvidos do país, se não tocar os vossos. É que eu não sou parte, é que não sou interessado, é que estou advogando contra todos os meus afetos, é que, deixai-me dizer-vos, a minha situação singularíssima nesta conjuntura me habilita a falar também, moralmente, como juiz. Há sobre êstes ombros hoje uma grande magistratura: a de uma consciência que se eleva acima dos pequenos sentimentos humanos, para defender contra uma das mais tremendas armas do absolutismo indígena o futuro do país.

Certamente não vos inquietará o frenesim da política embravecida açoitando a imparcialidade das sentenças. O gênio do poder não se sacia senão com a absorção da consciência dos que o servem. É pela sua impassibilidade a tais corrupções e a tais embates que os tribunais se fazem tribunais. Ainda não estavam limpas as ruas de Paris da inundação de sangue, que as alagara nessas medonhas jornadas de 1830, das quais se tem dito que faziam esquecer, pela imensidade das proporções do extermínio e pelo heroísmo das paixões desencadeadas, as mais espantosas cenas das campanhas imperiais, e já o tribunal de cassação, revestida tranqüilamente a toga, à voz eloqüente de ODILON BARROT, um liberal, um moderado e um jurista, declarava inconstitucionais as justças de exceção, instituídas pela coroa para julgar os insurgentes, e por três arestos sucessivos lhes anulava as sentenças. Notai que as côrtes de cassação não receberam em parte nenhuma o mandato soberano, que imprime ao vosso papel o caráter extraordinário de oráculo supremo da interpretação constitucional. Entretanto, basta aqui um *habeas-corpus*, requerido a esta justiça, sobre tôdas augusta e con-

ciliadora, para converter o estado de paz em comoção latente, incendiar os ânimos, e suscitar crises. Dir-se-ia que, organismo estragado nas orgias do arbítrio, esta pobre república não tolera a mínima dose de liberdade legal, sem entrar em convulsões e delíquios.

É então que lhe acode a velha medicina caseira, o sofisma patriótico, a homœopatia da cura do abuso em excesso pelo abuso em dieta, para iludir o país, a justiça e o próprio govêrno, mais habituado a presar as cortezias que as verdades, com os erros mais velhos, as confusões mais palmares, as superficialidades mais transparentes, doutrinadas com a sentenciosa confiança com que os empíricos encarecem as suas drogas. À essa terapêutica, em que se entretêm os doutores oficiais, pertence a intriga jurídica de que êste *habeas-corpus* fomenta uma invasão do poder executivo pelo poder judiciário, coarctando a liberdade necessária do chefe do Estado na apreciação dos fundamentos políticos do estado de sítio, e subtraindo à autoridade constitucional do govêrno indivíduos que êsse regímen de exceção lhe jurisdicionou. Tais objeções teriam, quando muito, apresentação decente, se eu viesse denunciar de inconstitucionalidade o estado de sítio, ou *dentro no estado de sítio* reclamar a liberdade dos coactos. Mas não fostes vós, foi o govêrno quem promulgou a suspensão do estado de sítio. Não fostes vós, foi o govêrno quem declarou, pois, cessante o perigo iminente da pátria. Não fostes vós, foi o govêrno quem encerrou o período legal das prisões e desterros políticos, não permitidos senão durante o estado de sítio. Restabelecido por ato livre do próprio govêrno o regímen constitucional, o que se trata unicamente de saber, é se, *na plenitude absoluta dêsse regímen, tem, com efeito, o govêrno uma atribuição, que êle se cuida com o di-*

reito de exercer. E não há, fora do estado de sítio, *sob que não estamos*, caso algum, em que uma atribuição exercida pelo poder executivo, ou ainda pelo poder legislativo, esteja, neste regímen, acima da verificação de constitucionalidade pelos tribunais. Desenvolva-se, como quiserem, a ação *do critério político*, enquanto durar o interregno constitucional. Mas, uma vez restaurado o domínio da constituição, o *critério jurídico* imperará soberanamente.

E se, por desgraça, para cujas conseqüências, tardias talvez, mas infalíveis, emprazo os que viverem, se, por desgraça, contra a qual eu quisera deprecar a inspiração divina, recuásseis da vossa jurisprudência de 1894, que vos pretendem constrianger a abjurar, regressando à vossa jurisprudência de 1892, era o caso de meditarmos as palavras recentes de um notável publicista (BRUSA, *op. cit.*, pág. 10), em outro país: "À vista de tamanha confusão sente uma pessoa tentações de perguntar a que objeto mais, realmente grande, possa servir uma magistratura instituída de propósito como reguladora da exata aplicação das leis, se precisamente nos casos em que, sobretudo, importaria que se afirmasse na sua mais alta majestade como um dos poderes públicos do Estado, não colhe, ao menos a ocasião de mostrar que sabe fazê-lo."

Conta uma tradição cara ao povo americano que o sino da liberdade, cujos sons anunciaram, em Filadélfia, o nascimento dos Estados Unidos, inopinadamente se fendeu, estalando, pelo passamento de MARSHALL. Era uma dessas casualidades eloqüentes, em que a alma ignota das coisas parece lembrar misteriosamente aos homens as grandes verdades esquecidas. O maior dos oradores não podia falar mais eloqüentemente daquela morte do que o instrumento de alegria, com que se saudara em alvoroço o berço

da nação, partindo-se tristemente sôbre o túmulo do maior dos seus juizes. É que a existência das repúblicas se mede pela existência da justiça. Abençoada raça a que, ao assentar da sua independência, pôde ter por patriarca da lei o magistrado extraordinário, que, durante trinta e cinco anos, foi o comentário vivo e incorruptível da sua constituição. Inflexível na sua cadeira, como a expressão impessoal da legalidade, a êle se deve o não ter sido, ali, o poder judiciário usurpado pelo legislativo, ou desobedecido pelo governo. Era mister uma fôrça, que resistisse a essas tendências, dobrando à autoridade da interpretação constitucional a rebeldia dos presidentes e as paixões políticas das maiorias parlamentares. Quando êle se sumiu, pois, dentre os vivos, podia-se crer que a república estivesse mortalmente ferida. E, se a república lhe sobreviveu, é porque êle teve sucessores; se a república medrou, é porque êsse tribunal tão pouco notado nos seus primeiros anos, antes de Marshall, que ainda se não conseguiu saber ao certo a casa onde funcionava na capital da Pensilvânia até 1801, a tal ponto desenvolveu a soberania da justiça, a reverência popular pelos seus ditames, o prestígio do seu poder sôbre os partidos e os governos, que atualmente o fato mais notável do regímen americano é a grandeza da autoridade judiciária, e, se há diferença essencial entre êsse sistema político e o das outras democracias, ela consiste no papel dos seus tribunais.

Foi isso que nos fascinou, ao escrevermos a constituição brasileira, porque a república federativa é um absurdo nos povos, que não tiverem a moralidade precisa para imitar, ainda que imperfeitamente, êsse padrão. Sem uma justiça mais alta que as coroas dos reis e tão pura quanto as coroas dos santos, esta forma de governo é a expressão mais anárquica da tirania das facções desenfreadas. Se a política não

recuar diante desta casa sagrada, em tórno da qual marulha furiosa desde o seu comêço; se os governos se não compenetrarem de que na vossa independência consiste a sua maior fôrça, a grande fôrça do princípio da autoridade civil: se os homens de Estado se não convencerem de que o que se passa aqui dentro é inviolável como os mistérios do culto; se os partidos não cessarem de considerar inocentes e impenetráveis sob o tênue véu dos artifícios políticos as suas conspirações contra a consciência judiciária, ai de nós ! porque, em verdade vos digo, não haverá quem nos salve. O sino da liberdade não terá de dobrar sôbre o sepulcro dos juizes, mas sôbre o ignominioso trespassse da república, contra a qual, nas mãos da nação revoltada pela falta de justiça, se levantarão as pedras das ruas.



3 -- Carta ao *Jornal do Comércio*

Não venho discutir, mas apenas restabelecer a verdade, três vêzes alterada contra mim:

1.º — Nunca disse que me tinha arrependido de haver dado ao govêrno o estado de sítio.

Se só o dei, quando me afirmaram que êle dependia do meu voto é porque só a necessidade absoluta dêste me levaria a constranger os meus sentimentos liberais, armando o govêrno com o mais perigoso instrumento de arbítrio. *Maior sacrifício não podia fazer* um amigo apaixonado da liberdade, como eu, e um homem, que sôbre o estado de sítio escreveu, em 1892, o que eu escrevi. Contra a malícia de, no fazer eu êsse sacrifício haver cedido a empenhos, o que não cedi, ou cederia, à convicção, poderia eu apelar para o testemunho de pessoas incapazes de mentira, cuja palavra atestaria que não me reduziram a votar o estado de sítio, enquanto não me demonstraram, com as próprias palavras do meu livro sôbre o assunto, não haver contradição entre as minhas opiniões escritas e êsse voto.

Aliás, se eu tivesse dito, com efeito, que me arrependera de haver dado o estado de sítio, *não me faltariam para isso fundamentos*, uma vez que, no uso das suas faculdades, o govêrno lhes deu extensão violentamente condenada por mim, há seis anos, como tirania intolerável.

2.º — Nunca pratiquei ato, ou disse palavra, por onde me possam acusar de haver recuado ante o jacobinismo, depois que êle em março de 1897 me pôs a faca ao pescoço. Para responder a esta perversidade, basta o fato de que *são de maio de 1897 os meus dois discursos na Bahia*, (*) que tantas glorificações hiperbólicas me valeram na mesma imprensa hoje ocupada em me difamar. Foram, como se sabe, êsses discursos, que romperam a atmosfera de terror, com o qual ninguém ainda se ousara arrostar. Aquêles que, sob essa pressão, escreveram a apologia dos crimes de março em pleno triunfo do jacobinismo, são os que me acusam de querer lisonjear hoje ao jacobinismo disperso e subjugado!

3.º — Por último, é uma falsidade absoluta a arguição, de que eu, tendo-me oferecido para acusar os envolvidos no crime de 5 de novembro disso também me arrependi. É absolutamente contrário à verdade que eu jamais me oferecesse *para acusador nesse processo*. Caluniam os que o afirmarem. Ofereci *em têrmos gerais* os meus serviços à Exma. viúva do marechal Bittencourt, e todos sabem quanto, numa situação destas, um casal e uma viúva podem necessitar dos serviços de um advogado. *No ponto especial de acusação não toquei*. E, depois, quando me pus à disposição de S. Ex., foi logo após ao atentado, antes do inquérito, não se sabendo ainda se êle viria a indigitar dois nomes, os quais me bastariam para escusa cabal, ainda que o meu oferecimento abrangesse a hipótese de acusação; porque o meu modo de sentir nunca me permitiria exercer tais funções, num tribunal criminal, contra um homem a quem me ligou outrora profunda amizade e contra um membro do governo provisório.

(*) Cfr. *O Partido Republicano Conservador*. Rio, 1898. (N. R.)

Em comprovação do que acabo de expôr, eis a cópia da minha carta à Exma. viúva do marechal Bittencourt. Os sentimentos que a inspiraram, mereceram então o epíteto de nobres à mesma gente que hoje os enxovalha:

“Rio, 21 de janeiro de 1898 — Minha senhora. — Quando, logo após a desgraça que feriu a V. Ex. e a nós, lhe pedi que dispusesse de mim, não cogitava eu na acusação criminal contra os responsáveis pelo fato, mas nos serviços em geral, que, como advogado e cristão, se me oferecia ensejo de prestar a uma família visitada, em circunstâncias tão amargas, pela viuvez e pela orfandade.

Certamente ainda nenhum crime contemporâneo ainda me inspirou talvez tamanha execração como o atentado quase incomparável de 5 de novembro; e em nenhum me sentiria eu mais nobilitado com o papel de auxiliar, como acusador, a justiça. Mas, por dois motivos que muito me impressionam, me parece que não tenho essa liberdade. No caráter de senador me incumbe, a certos respeitos, a função de juiz na questão, pelo seu lado moral, político, nacional; e creio que da imparcialidade dessa função me despiria, assumindo a de patrono de uma das partes. Depois, são réus, no pleito, um homem outrora ligado a mim pelos laços de uma amizade, que êle um dia chamou de irmãos, e um companheiro meu no govêrno que fundou a república. E, conquanto de tais relações já nada exista, nem possa existir, repugna-me a missão de seu acusador na mais triste das causas.

V. Ex., minha senhora, que tem um coração delicado e agora rapidamente amadurecido pelo infortúnio, há de compreender-me êstes sentimentos e acolher esta escusa, sem ver nela quebra de devoção,

com que se honra de ficar à disposição de V. Ex., para tudo, o criado respeitoso e obrigadíssimo — *Rui Barbosa.*”

Agradeço a V. Ex., Sr. redator, a publicação destas linhas, onde o público encontrará os elementos, para me fazer justiça.

Nova Friburgo, 29 de março de 1898.

RUI BARBOSA.

VII

A LIÇÃO DOS DOIS
ACÓRDÃOS

ESTUDO CRÍTICO ACERCA DA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA
DE *HABEAS-CORPUS* CONTRA ATOS DO PODER
EXECUTIVO



NOTA DO REVISOR

O julgamento do *habeas-corpus* nº 1.063, na sessão de 26 de março de 1898, foi um dos mais sensacionais efetuados no Supremo Tribunal Federal nos últimos anos do século XIX. Mais de sete horas duraram suas atividades nesse dia, porquanto, iniciadas às 10,30, foram encerradas às 18,10.

Todo êsse tempo foi praticamente dedicado à discussão do caso. O impetrante, ocupando a tribuna durante duas horas e trinta minutos, demonstrou certamente quais os móveis que o levaram a patrocinar uma das causas que mais teriam de ferir-lhe a sensibilidade, o amor próprio, magoando-o talvez para o resto da existência. Instado a assumir tão delicada missão naqueles dias, sem desejar anuir, em princípio, e obedecendo, na espécie, mais aos sentimentos de fraternidade do que propriamente aos espinhosos deveres da profissão, máxime na crítica situação que atravessava o país, viu, com surpresa sua e de quantos percebiam os melindres não aparentes que envolvia a questão, o seu desfecho nada consolador para quem sente na profissão do jurista mais o munus de um sacerdócio, do que o sedutor influxo de uma fonte geradora de cômodas recompensas.

Graças a um acidente regimental, simples problema aritmético, fôra denegada a ordem suplicada, cujo resultado espusemos no momento oportuno. No dia 30 de março, porém, era impetrada mais uma ordem, em favor dos pacientes interessados no *habeas-corpus* nº 1.063, subscrita a petição pelos advogados José Cândido de Albuquerque Melo Matos, Joaquim da Costa Barradas e João Damasceno Pinto de Men-

donça, sem nenhum argumento novo ponderável, como teria de acentuar o relator vencido, Ministro Ribeiro de Almeida.

Esta nova ordem tomou o número 1.073.

Num só dia, a 30, foi assinada, autuada, distribuída, posta em mesa e lavrada decisão nos autos, não quanto ao mérito, mas para adiar-se o julgamento definitivo, em virtude da impossibilidade de ser examinada a petição e demais documentos que a instruíam. A 2 de abril segundo acórdão foi proferido para o fim de, na sessão de 16 de abril, comparecerem os pacientes, solicitando-se ao Poder Executivo as medidas requeridas para tal fim. Presentes os indiciados e vindas as informações solicitadas ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores (ofícios do Gab. de 15-4-1898, e do Cap. Frag. João Batista das Neves, Cmte. do Cruzador *Andrada*, de 29-3-1898, por cópia autenticada, fls. 23 a 27), procedeu-se ao julgamento na data previamente assinada. Vencido o Ministro Ribeiro de Almeida, relator, foi designado relator *ad hoc* o Ministro Lúcio de Mendonça, que entre outras considerações dogmático-doutrinárias expostas, averbou como abonador de suas conclusões o trabalho de Rui Barbosa saído em 1892, acerca do estado de sítio e seus efeitos, ainda no mês antecedente sustentado pela seu Autor como única doutrina compatível com o espírito da lei magna.

Ao serem encerrados os trabalhos estava concedida a ordem de *habeas-corpus* impetrada sob o nº 1.073, a fim de serem os pacientes postos em liberdade, tendo votado nesse sentido, após longas justificações, o Ministro Bernardino Ferreira.

Essa rápida mudança de idéias do antigo delegado de polícia da Côrte, e de outros dentre seus eminentes pares, tão diversa da attitude intransigente e coerente do ministro Pisa e Almeida em 1892, tornaria de alto interesse um cotejo entre os dois julgados.

É razoável e lógico que o antigo relator do processo de *habeas-corpus* nº 1.063 teria de estender-se longamente

para justificar sua radical mudança de comportamento doutrinário. Em grande parte é endereçada aos seus argumentos o escrito que ora reproduzimos, especialmente redigido para a *Revista de Jurisprudência* pelo cultor máximo das instituições pátrias. (*)

Em seguida, são igualmente transcritos, com os votos respectivos na íntegra, os dois acórdãos examinados.

(*) A este trabalho refere-se Rui Barbosa no seguinte bilhete endereçado ao dr. José Eustáquio Ferreira Jacobina :

«Friburgo, 13 de abril, 1898. Meu caro Jacobina. Peço-lhe o favor de fazer entregar ao dr. Bartolomeu Portela, da REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA, êstes originais impressos do meu discurso, dizendo-lhe que eu estimaria ver a prova de página, e que, se o admitirem, me proponho a escrever um pequeno prefácio analisando o acórdão. Por mais esta fineza, muito obrigado. Saudades e muitas saudades de todos. Seu compadre e amigo RUI».

(RUI BARBOSA: *Mocidade e Exílio*. Cartas anotadas e prefaciadas por Américo Jacobina Lacombe. São Paulo, 1934. Pág. 351).



A Lição dos dois Acórdãos

Quaero de ista potestate. quid sentias. Nam mihi quidem pestifera videtur; quippe quae in seditione, et ad seditionem nata sit.

CÍCERO: *De Legibus*, III, 8.

Dispensam-se as leis por utilidades (que ordinariamente são dos particulares e não suas) e abre-se a porta à ruína universal, que só se pode evitar com a observância inviolável das leis. Percam-se os frutos da árvore da vida, que são a mais preciosa coisa que Deus criou: percam-se as mesmas vidas, e não se recupere a imortalidade: morra e sepulte-se o mundo todo: mas a lei não se quebre, nem se dispense.

Persuada-se o príncipe que... a lei morta não pode dar vida à república; considere que as leis são os muros dela, e que se hoje se abriu uma brecha, por onde possa entrar um só homem, amanhã será tão larga que entre um exército inteiro.

VIEIRA: *Sermões*, vol. II (ed. de 1854), págs. 49, 52.

É sempre a poder de mutilações do Supremo Tribunal Federal que a nossa corrupção política tem logrado os seus triunfos contra a lei. Na questão da anistia (*) a cinco juizes o reduziram as ausências; e, com êsse número, por insigne infração do direito judiciário, se reputou legalmente integrada uma magistratura de quinze membros, para sentenciar o pleito mais grave, que ali nunca se discutiu, e aprovar a lei sentença de 21 de outubro de 1895, renôvo exótico e anacrônico, no Brasil republicano, dêsses *bills of attainder*, que foram, no antigo parlamento inglês, o mais tremendo instrumento da vindicta das

(*) Ap. Civ. nº 216, julgada a 20 de janeiro de 1897. Cfr. Vol. XXIV, tomo III, das OBRAS COMPLETAS do Autor. (N. R.)

facções, arma do despotismo régio contra a liberdade sob os Tudors e da reação parlamentar contra as coroa sob os Stuarts. Agora, para se indeferir o *habeas-corpus* requerido por mim contra a edição civil do atentado militar de 1892, foi mister que a circunstância funesta de uma enfermidade abatesse de todo as forças a um juiz incorruptível como o sr. PISA E ALMEIDA, obrigando-o, depois de comparecer à primeira, a não assistir à segunda sessão, e deixar eliminar-se nesta o seu voto já expresso naquela.

Na honrada carreira desse magistrado o fato culminante é justamente a sua defesa, no meu *habeas-corpus* de 1892, ao princípio reafirmado agora por mim no *habeas-corpus* de 1898. (1) Exceção singular de fidelidade à justiça num tribunal entibiado, foi graças a êsse exemplo indelével de inteireza e coragem que o nome desse julgador se fez notável e sagrado aos olhos do país. A uma alma de tal têmpera muito menos há-de ter lastimado e doído o padecimento físico, ocasião dessa falta, que o pesar de ter sido, por ela, a contrafeita causa do sacrifício do direito, pelo qual arrostarta, com a modéstia, a serenidade e o heroísmo de um justo, os medos da ditadura e os insultos da sua côrte.

Sob a impressão, ainda hoje, da reverência e do agradecimento, que, naquela inolvidável conjuntura, me impeliram a lhe beijar a mão, como à encarnação do direito crucificado, não serei eu quem desmereça

(1) Dizia s. ex. então, rematando o seu voto vencido: «Durante o estado de sítio tem o govêrno a faculdade de efetuar as prisões, que a segurança do estado exigir. Mas, se, levantado o estado de sítio, os cidadãos continuam presos, ou desterrados, sem serem sujeitos a processo, havendo assim para êles uma suspensão de garantias por tempo indeterminado, contra a expressa disposição do art. 80 da constituição, a lei os provê de remédio, para se resguardarem de semelhante violência, e êsse remédio é o *habeas-corpus*.» Ver a íntegra do voto *apud* RUI BARBOSA: *O estado de sítio* (1892), págs. 260, 77.

com o mínimo reparo o valor daquele serviço, cuja dificuldade só poderá estimar quem tenha vivido entre nós êsses dias, em que a república entrou a enoitecer. (1) Se recordo, pois, com tristeza a lacuna da sua assistência à sessão de 26 de março, é simplesmente para assinalar a sua presença moral ao julgamento, que ela data. Na sessão de 6 dêste mês, com efeito, dera o ilustre magistrado prèviamente o seu voto à liberdade dos pacientes, sustentando, com abundância e proficiência de fundamentos, que os atos do estado de sítio totalmente desaparecem com êle.

Assim que o sufrágio do sr. PISA E ALMEIDA pela doutrina fundamental do meu *habeas-corpus* ficou descoberto e consignado na primeira assentada, e, adicionado aos quatro dos srs. PEREIRA FRANCO, MACEDO SOARES, MURTINHO e ESPÍRITO SANTO, por essa doutrina manifestados na segunda, perfaz a soma de cinco, que, contrapostos aos cinco hostis, me davam, pelo voto de Minerva, a liberdade dos pacientes. Para não se verificar êsse resultado, foi mister que o chefe do Estado passasse pelo dissabor de ver constrangido o seu preclaro amigo pela crueldade de um infortúnio a deixar truncado e burlado o seu voto já exposto.

O que ficou provado, pois, é que, das dez opiniões manifestadas no tribunal, metade amparavam a minha; e, como a lei resolve êsses empates pela liberdade, esta, se não colheu a fortuna da ocasião, obteve pelo menos virtualmente, o triunfo. Ao govêrno coube apenas o fato material do acórdão, exautorado pela subtração do voto decisivo, que se lhe furtou, depois de já enunciado no feito.

(1) RUI BARBOSA: *O estado de sítio*, págs. 221-7.

Dê-se agora o qualificativo, que merecer, à seriedade, com que, ante êsse resultado, puramente fortuito, do caso lamentável, que roubou ao escrutínio o voto de um dos juizes, já pronunciado na questão, se empavezou rejubilante a imprensa oficial, recantando em tom de vitória "a jurisprudência definitivamente firmada" por aquela sentença. De maneira que, para firmar jurisprudência a favor da liberdade, não bastaram as decisões em centenas proferidas pelo supremo tribunal em 1894, mandando excarcerar os presos do estado de sítio, esquecidos pela ditadura nas prisões do Rio de Janeiro. (1) Mas, *contra a liberdade*, para assentar jurisprudência, e constituir aresto definitivo, não se havia mister mais que um julgado, resultante do desfalque do tribunal em meio ao julgamento. Já se vê que a tirania poética dos consoantes bem pouco vale, comparada ao poder raciocinante da política.

Não tardou, porém, o próprio govêrno em aluir pelo alicerce a teoria do acórdão de 26 de março. Declarando que "os efeitos do estado de sítio não se extinguem, com relação às pessoas que por êle foram atingidas, *senão depois que o congresso conhecer dos atos praticados pelo chefe do poder executivo*", construiu aquêlê julgado o seu sistema sôbre um princípio, que, subtraindo êsses fatos à competência dos tribunais, os subtrai, ao mesmo tempo, à do govêrno. Se os efeitos do estado de sítio não acabam, *enquanto dêles não conhecer a legislatura*, enquanto sôbre êles não pronuncie a legislatura o seu *veredictum*, nenhum poder, que não o dela, terá o arbítrio de modificar a situação criada pelos desterrados e prisões, que o estado de sítio deixar. A doutrina

(1) O decreto legislativo, em que se aprovaram os atos da ditadura, veio muito mais tarde: em 13 de junho de 1895.

do acórdão de 26 de março, portanto, não permitia ao presidente da república devolver, como, dias depois, devolveu, à liberdade nenhum dos desterrados. Fazendo-o, violou substancialmente o julgado, feriu de morte a teoria jurídica, em que êste se inspirara.

Não teve, porém, felizmente, maior dura êsse aresto, que a necessária, para cessar a maioria acidental do dia 26, e funcionar inteiro o tribunal, *cujo corpo naquela data deliberara sem o concurso de um terço dos seus membros*. Trazida a questão de novo à sua presença, sob o pretexto da ilegalidade do destêrro, por se executar em sítio destinado à expiação de crimes comuns, o tribunal, sem desprezar êsse motivo, indubitavelmente constitucional, de decidir, removeu-o, como devia, para o último lugar, sobrepondo-lhe a consideração superior de que os efeitos do estado de sítio expiram completamente com êle. Neste sentido se expressaram, no debate, os srs. JOÃO BARBALHO, AMÉRICO LÔBO e LÚCIO DE MENDONÇA, acentuando os três ser êsse o fundamento preponderante do *habeas-corpus*, pelo qual votavam. No acórdão de 16 de abril, com efeito, é no derradeiro considerando que figura, acessoriamente, a alegação da inconstitucionalidade da escolha da ilha de Fernando para o destêrro. O que absorve quase todo o julgado, é a demonstração aturada e ampla da verdade formulada ali na regra de que, "*com a cessação do estado de sítio cessam tôdas as medidas de repressão durante êle tomadas pelo poder executivo*."

Além dos três votos há pouco nomeados, reuniu êsse princípio os dos srs. PEREIRA FRANCO, MACEDO SOARES, ESPÍRITO SANTO e MURTINHO, que completam o número de sete, elevado a oito pelo do sr. PISA E ALMEIDA, expresso na sessão de 5 de

março. Contra, os srs. BERNARDINO FERREIRA, (1) PINDAÍBA DE MATOS, RIBEIRO DE ALMEIDA, ANDRÉ CAVALCANTI e OLINTO DE MAGALHÃES. Assim que na jurisprudência da ditadura se alistaram cinco nomes, e sob o princípio constitucional oito. Votaram, pois, treze magistrados, isto é, *a totalidade do tribunal*. Nenhum dos juizes com voto deixou de votar; e, votando todos, oito sufrágios sôbre treze, isto é, *dois têrços menos uma fração de unidade* sufragaram a verdade legal, em cujo apoio, há seis anos, eu alcançava ali apenas um voto: o do sr. PISA E ALMEIDA.

Ou anda errado, pois, o que nos ensinam os mestres sôbre as condições, em que se estabelecem os arestos, e se determina a jurisprudência, ou não há jurisprudência firmada em condições mais regulares, nem aresto adotado em têrmos mais concludentes. Agora, sim, temos aresto, e deve estar consolidada a jurisprudência. Se o espírito dos julgadores verga sob a pressão do poder, como em abril de 1892, se a decisão se deve, como em março de 1898, à desintegração do tribunal, ou se êste, em questões de alto porte, votou sem haver explorado o assunto com a devida madureza, haverá *caso julgado*, mas *a esto* não há. Fazem os arestos a jurisprudência; mas, para fazer um aresto, é mister que a sentença, alumiada pela discussão cabal da espécie, emane de juizes livres em tribunal pleno. Proferido contra os interêsses do poder, na mais completa plenitude do tribunal e após a ventilação mais ampla da matéria, o acórdão de 16 de abril, fruto de seis anos de campanha liberal, tem o brilho, a solidez e a força dos grandes arestos, que valem mais para a liberdade dos povos do que as constituições escritas.

(1) O sr. BERNARDINO FERREIRA votou o *habeas-corpus* unicamente pela razão de não ser legal o lugar do destêrro.

Dentre os desterrados se levantou uma voz, aventurando a opinião de que, se, em vez de assentar o *habeas-corpus* numa teoria questionável, como a da lei constitucional por mim propugnada, eu e o meu eminente colega o dr. DAMASCENO o estribássemos *no fato* da promiscuidade entre os presos políticos e os réus de crimes comuns no presídio de Fernando, os pacientes não tornariam do tribunal presos, como tornaram, em 26 de março.

Ao autor dêsse reparo bem de pressa veio mostrar a experiência que, onde reinam interesses, ou paixões, os fatos mais notórios não oferecem menos superfície ao sofisma do que as verdades da teoria constitucional, e que a alegação do caráter injurídico do destêrro em Fernando de Noronha apenas acrescentaria um ao número de votos acessíveis a êste reclamo da liberdade. Para que abandonasse, a trôco dêsse fundamento, a grande verdade política, a cujo triunfo acabamos de assistir, seria necessário que, preocupado com a ocasião e a individualidade dos pacientes, eu esquecesse a nação e o futuro.

Tivesse o tribunal preferido êsse fundamento ao da minha petição, e o que se apuraria, era simplesmente a satisfação pessoal dos desterrados. De futuro observariam os governos a cautela de já não desterrar para Fernando de Noronha. Conta o país sítios menos salubres e aprazíveis que o antigo presídio pernambucano, paragens mais azadas a consumir rapidamente a vida humana, ou, pelo menos, a mortificá-la, e envenená-la para sempre. De modo que, bem lançadas as contas, o que se teria lucrado, era tão sòmente afiar ainda as armas à maldade política, agravando a condição das vítimas futuras, em vez de conquistar, como conquistamos, ao poder êsse terreno imenso, por êle sequestrado aos nossos direitos constitucionais.

Tanto mais para estimar é êste progresso, quanto foi alcançado mediante a conversão do elemento, que, há seis anos, sustentava o fundador militar da jurisprudência agora refugada. Nem se deve esquecer, na história dessa transformação, o valioso papel do erudito jurisconsulto, que, órgão, em 1892, naquele tribunal, onde lhe coube relatar o feito, da opinião iliberal, vencedora então contra o meu *habeas-corpus*, tem agora a louvável coragem de abjurar um êrro indigno das suas eminentes faculdades, reconhecendo, na idéia que acaba de vingar, "um princípio óbvio, que resulta da natureza mesma das coisas". (1) Entretanto, ainda é nos escritos dêsse advogado em 1892, hoje repudiados por êle mesmo, que restolharam os seus argumentos, para o acórdão de 26 de março, os juízes impenitentes na convicção de que a espada do marechal de ferro foi o nosso melhor expositor da constituição republicana.

Restribei eu a defesa do princípio liberal nos axiomas de direito, que protegem a liberdade contra a hermenêutica extensiva, as interpretações livres, os raciocínios por inferência, ou presunção: *in dubiis pro libertate*. Em nome dos direitos da liberdade reclamei a inteligência *literal* da constituição, que a protege. Chamaram-me, por isso, entre os que escrevem para o govêrno, "interpretador livre", e argüiram-me de "sentimentalidade latina". Noutra terra, que não esta, o de que me increpariam, seria de rigidez britânica e duro literalismo no entendimento da lei. Latinos, neste sentido, são os que, movidos sempre de afeição, ou rancura, não enxergam a liberdade senão subordinada à parceria política, e, por um vêsso de sensibilidade intemperante, pospõem

(1) BARRADAS: Petição de 3 de março, de 1898. *Gazeta da Tarde*, 13 de abril.

a suprema consideração do direito às considerações subalternas de pessoas. Para cevar o seu frenesim no suplicio de um DREYFUS, o latino calca aos pés as instituições livres nas suas garantias mais elementares. Os vícios e opróbrios de WILKES, pelo contrário, não tolhem que a Inglaterra estremeça e se levante com êle, quando a sua iniciativa representa a resistência legal ao poder. Há sentimentalidade e sentimentalidade. A latina, em pontos de direito, não desperta, enquanto lhe não ameaçam a pele. A do anglosaxônio é de uma excitabilidade tal, que principia a se sentir ferida, em se ofendendo a justiça na pessoa dos seus semelhantes. Por outra: em melindres jurídicos a raça irritável é essa, os fleugmáticos somos nós.

Desenvolvendo, pois, a minha argumentação contra o arbítrio de se ensanchar, por ilações mais ou menos gratuitas, o odioso a um régimen de exceção como o estado de sítio, pedira eu que me apon-tassem uma jurisprudência, entre os países livres, onde tal liberdade se autorize ao gênio engenhoso dos intérpretes. Acode-me o acórdão de 26 de março, respigando na literatura florianista de 1892, que a doutrina de não terminarem com o estado de sítio os seus efeitos "se encontra também *escrita* na legislação de *muitos* países".

Ora, de veras isto, antes de mais nada, não é argumentar; porquanto, se o que eu nego, é que essa doutrina se ache *escrita* na constituição brasileira, e, não estando escrita nessa constituição, se lhe possa enxertar por inteligência ampliativa, — o que me havia de confundir, era oporem-me o exemplo de um país, onde a mesma doutrina, *não escrita* nas leis, se lhe implantasse, contudo, na jurisprudência por obra dos que as interpretam. Se o Brasil fôsse um dêsses países, onde se diz *escrita* nas leis doutrina

tal, ninguém a questionaria. Mas, se para vigorar entre outras nações, essa idéia necessitou de leis *expressas*, como há-de prevalecer no Brasil, cujas leis a omitem?

Contraproducente é, pois, o alegado. Todavia, convém examiná-lo. Fala o acórdão em "*muitos países*" entre os quais, menciona, contudo, apenas a França, o Equador e os Estados Unidos. A verdade, porém, é que não citou outros, senão porque só podia citar êsses, e isso mal, como vamos ver. São citações tomadas à defesa do acórdão de 1892 pelo seu relator. Verifiquemo-las.

Na França a disposição da lei de 3 de abril de 1878, que reproduz o art. 13 da lei de 9 de agosto de 1849, é formal: "*Après la levée de l'état de siège, les tribunaux militaires continueront de connaitre les crimes et délits dont la poursuite leur avait été déferée.*" Que se infere dêste texto categórico? Evidentemente que o legislador reconheceu a necessidade absoluta de uma declaração terminante, para que, dos efeitos do estado de sítio, êsse, e êsse só, não expirasse, como os outros, com a cessação dêle. Entretanto, no Brasil, onde não me conseguem mostrar preceito semelhante em lei nenhuma, querem que ao estado de sítio sobrevivam, não *alguns* dos seus efeitos, mas *todos*. Ora, em verdade é raciocinar às avessas.

E advirta-se que, mandando perdurar *um*, dentre os vários efeitos do estado de sítio, a legislação francesa *ipso facto*, abrindo exceção a êsse, considera extintos todos os demais. Logo, o exemplo, em vez de contrariar, avigora a doutrina de que todos os efeitos do estado de sítio fenecem com êle, a não ser quando a vontade *explicita* da lei declaradamente os prorrogue.

E a bem de que efeitos do estado de sítio admitiu o direito francês essa derrogação à teoria geral? Não de atos discricionários do poder executivo, como são entre nós as prisões e desterros políticos, mas tão somente quanto à ação de tribunais, que, pôsto militares, não deixam de ser instrumentos de justiça, com formas de processo, garantias de defesa e regras de julgar.

Depois, se, em matéria de leis de exceção, nos é lícito argumentar contra a agravação do seu caráter opressivo com o exemplo liberal de instituições forâneas, segundo o preceito do *favorabilia amplianda*, — a regra correlativa do *odiosa restringenda* não se nos opõe ao uso da analogia, quando pelo contrário, o modelo estrangeiro tenda a redobrar a severidade ao direito nacional? Se assim não é, teremos, a cada passo, um conflito insolúvel entre a imitação benigna e a adaptação restritiva, levando a jurisprudência à confusão, ao desespero e à loucura. Em muitos Estados (e a França é um dêsses) a declaração do estado de sítio suscita imediatamente a jurisdição militar. Entretanto, basta que a letra do nosso direito escrito se não acomode à naturalização dêsse tipo jurídico, para concluirmos que a sua intenção o repele.

Cuidam revestir de autoridade a invocação, sublinhando-lhe o enderêço a "França *republicana*". Por estas mesmas palavras se entona êste exemplo desde 1892 nas apologias dêste abuso. Surgiu por aquêlo tempo nos artigos do relator do acórdão. (*) Repontou êste ano, em março, nos debates do tribunal. (1) E, afinal, teve a sua cravação de gema preciosa no acórdão de 26 dêsse mês. Mas, se não é o

(*) Conselheiro Barradas. — (N. do R.)

(1) Ver *O Debate* de 28 de março de 1898, pág. 2.

rótulo o que faz a mercadoria, essa adjetivação do exemplo, aduzido como *republicano*, bem fraca é, para o recomendar. É republicano, mas de marca francesa; e, como tal, não está fora de suceder que, proveniente de uma república, não mereça, todavia, fôros de bom republicano. Não há país, onde sobressaia de modo mais notável que naquele a grande verdade histórica de que rara vez as revoluções nas formas de govêrno alteram a substância e o espírito das instituições políticas. (1)

No tocante à matéria das jurisdições associadas ao estado de sítio especialmente, qualquer das monarquias européias, salvo a Rússia, tem mais de republicana, isto é, de chegada à liberdade e abrigada da opressão, que a França. Não são os inimigos da França e da república os que o dizem: é um republicano francês, autoridade no assunto. "Pelo que respeita a tribunais extraordinários", escreve o sr. REINACH (2), "adotou a França a solução mais radical. Ao passo que os Estados Unidos nunca suspendem o júri, ao passo que a Inglaterra o substitui por um tribunal civil cheio de garantias, a Áustria pelos tribunais de primeira instância procedendo sumariamente, a Prússia, enfim, por comissões mistas, onde o elemento civil tempera o elemento militar, a França, como a Rússia, submete os autores não militares de crimes ou delitos contra a coisa pública a conselhos de guerra exclusivamente compos-

(1) «La monarchia assoluta si è trasformata in monarchia o repubblica parlamentare; ma il sistema amministrativo ha traversato incolume la burrasca. Le classi sociali, toccando il sospirato potere, si guardarono bene di scemarne la forza e le prerogative, facendo disegno che avesse quindi innanzi a servire ai di loro voleri, com' era stato in passato docile ministro dell' assolutismo regio.» MALGARINI: *Della libertà civile nelle costituzioni moderne*. No *Archivio Giuridico*, vol. XXXII (1884), pág. 460.

(2) THEODORE REINACH: *De L'état de siège* (1885), pág. 286.

tos de militares, suprime, ou reduz a um mínimo insignificante os meios de recurso, e a essa transferência de jurisdição não só atribui retroatividade, senão que a prorroga, quanto aos feitos pendentes, além do termo do estado de sítio."

Verdade seja que a autoridade militar não pode ali deter sem julgamentos os facciosos; o que parece imprimir à ditadura militar, em França, uma feição de benignidade superior à da ditadura civil em países mais livres. Mas não resiste a exame essa aparência de vantagem. "A autoridade militar não há mister o direito de prender e reter os facciosos, quando os pode fazer julgar sumariamente por conselhos de guerra, que ela nomeia, fuzilando-os em vinte e quatro horas. Na essência, é o antigo direito de vida e morte, exercido por um subdelegado, que não oferece sequer a segurança da menor responsabilidade." (1)

Será republicano ainda o exemplo? Mas, se não basta, para o aquilatar, o senso comum, vêde como o reputam jurisconsultos e publicistas da procedência mais conservadora. "Não conheço maior infortúnio", diz MITTERMAIER, "que o de ver juizes militares encarregados de sentenciar delinquentes políticos alheios ao exército. É uma paródia de processo, uma mascarada de justiça. Não se deixa burlar por ela o bom senso popular: bem sente que não está em presença do direito, mas de uma simulação do direito; que não se fez eleição de juizes tais, senão pela certeza de os encontrar dóceis instrumentos do poder. Esses homens, com que defrontais no pretório, estiveram corpo a corpo na retesia com os de que vão ser juizes. Escaldam ainda ao calor do combate, ainda os comove o sacrifício de bravos camaradas, ainda

(1) *Ib.*, pág. 287.

os exaspera a resistência criminosa dos insurgentes. Com o coração turgescendo de ódio contra quantos de perto, ou de longe, entraram em contacto com uma insurreição, que tantos males desencadeou contra êles e seus amigos, como admitir que êsses julgadores irritados sejam bons julgadores?" (1)

Entretanto, a instituição dos tribunais militares, a aplicação das jurisdições militares aos delitos civis, ao estado de sítio, é, na linguagem de DUFAURE, o ministro a que se deve a lei de 4 de agosto de 1849, o ponto essencial (*le noeud*) dessa lei. (2) Como sói acontecer, por uma lei constante, ainda que sempre esquecida, o instrumento forjado pela assemblêia legislativa, "não serviu aos que a fizeram, mas contra êles". (3) Foi com essa criação republicana que LUÍS NAPOLEÃO, dissolvido violentamente o corpo legislativo, fêz o império, amontoando, em poucos meses, na faina das comissões mistas, quarenta mil condenações. Destarte a idéia preconizada por DUFAURE como a pedra angular da proteção republicana veio a servir comodamente de pedra angular ao despotismo imperial.

Não obstante, a revolução de 1870 não se divorciou do sistema. "Padrinho da república, lhe chegaram a chamar, pela condição de habitualidade em que caiu sob o governo de THIERS, a quem se atribui a frase paradoxal de que a república, em França, por muito tempo, não havia de ser mais que "o exercício da liberdade, temperado pelo estado de sítio". Sob a influência dêsse moderador original das institui-

(1) MITTERMAIER: *Die Gesetzgebungen über Belagerungszustand*, etc., (*Archiv des Kriminalrechts*, 1849, I, pág. 64.) Apud REINACH, pág. 288.

(2) REINACH, págs. 113, 287.

(3) *Ib.*, pág. 115.

ções livres, utilizado com mão forte pelo govêrno de MAC MAHON, desapareceu de todo a liberdade de imprensa. "De uma lei de salvação pública excepcional e temporária", dizia ALBERTO GRÉVY, (1) "fizeram meio de govêrno normal e permanente: já não é para a defesa da pátria em perigo, mas para comodidade da administração, que funciona a lei marcial." Fato característico: a lei de 29 de novembro de 1875, suspendendo o estado de sítio na generalidade dos departamentos, mantinha-o em quatro dos mais importantes, onde perdurou até 4 de abril de 1876, "para assegurar", explicava o ministro do interior, "serenidade do período eleitoral". (2)

A constituição de 25 de janeiro de 1875 não resolvia a questão capital do estado de sítio em França: a competência do poder investido na autoridade de declará-lo. Dentre as opiniões contendentes em tôrno desse problema uma havia, até, que reivindicava para o chefe do Estado essa prerrogativa formidável, reservada pela lei de 1849 ao poder legislativo. Segundo essa teoria, a lei de 1849, na parte relativa à promulgação do estado de sítio, fôra expressamente abrogada pela constituição napoleônica de 1852 e tácitamente pela constituição republicana de 1875. Reinava, pois, a lei de 19 frutidor ano V, e, com ela, reempossado estava o govêrno no arbítrio soberano de estabelecer ditadura militar. Tal a doutrina favorecida nos círculos oficiais, cuja imprensa, lisonjeando os instintos do poder, já começava, dissolvida a câmara, a pregar a declaração do estado de sítio durante o período eleitoral. Não vingou o alvitre; mas, apenas concluídas as eleições de

(1) *Rapport à l'Assemblée*, 10 dez., 1875.

(2) REINACH, pág. 120. Nos países onde se quer seriedade no govêrno representativo, pelo contrário, o estado de sítio é impedimento impediante e dirimente da eleição.

14 de outubro de 1877, entrou para logo a reação anti-republicana a aconselhar nova dissolução, novo apêlo às urnas contra o mandato da câmara recém-eleita. "Teria sido abominável o abuso", discorria DUFAURE mais tarde; "mas não se pode afirmar que não seria tentado, nem se sabe por que interpretação se pronunciariam os tribunais." (1)

Foi sob o terror dessa ameaça, cuja execução envolveria talvez a subversão do regímen e a volta da monarquia, que a opinião liberal sentiu a necessidade premente de remediar a lacuna descoberta na constituição de 1875; para o que o único meio pronto era o restabelecimento da lei de 1849, viciosa, é verdade, na economia do seu sistema, mas tutelar, ao menos, da autoridade legislativa, contra as pretensões do govêrno. Daí o projeto BARDOUX (2) e a ansiedade, com que, apesar da ascensão dêsse parlamentar, dez dias depois, ao ministério, se rejeitaram sistematicamente as emendas, cuja importância pudesse espriaiar o debate, e demorar a solução almejada. "As circunstâncias parlamentares, em meio às quais se alvitrou e discutiu o projeto BARDOUX, dão o

(1) *Ib.*, págs. 120-22.

(2) «Ma le lotte politiche erano sopite soltanto; le fazioni non tardarono a palesarsi con un nuovo vigore; il 16 maggio 1877, un subitaneo licenziamento del ministero repubblicano di Julio Simon, seguito dal scioglimento della camera dei deputati e da una manifesta tendenza reazionaria da parte del presidente della repubblica, ricacciò la Francia nella confusione politica. E si escogitavano vari mezzi per dare al paese la pace perduta; il 27 maggio 1877 un giornale ministeriale proponeva che si dichiarasse lo stato di assedio durante il periodo elettorale. E, quando gli uomini politici inclinati al programma della resistenza ad oltranza proponevano un nuovo ed improvviso scioglimento della camera, dopo le elezioni del 14 ottobre, l'idea di addivenire alla proclamazione dello stato di assedio andavasi diffondendo. Fu allora che il deputato Bardoux, opinando che fosse utile colmare, su questo argomento, la lacuna lasciata dalla costituzione di 1875, presentò alla camera un progetto di legge sullo stato di assedio, il 26 novembre 1877.»

F. CONTUZZI: *Stato di assedio*. No *Digesto Italiano*, vol. XXII, parte II^a, p. 191, n° 23.

motivo, por que a nossa lei não cogitou de revogar a de 1849. Eis todo o alcance da lei de 1878 e a razão, por que a nova lei se circunscreveu a êle, abstendo-se de tocar na parte concernente aos efeitos do estado de sítio. Urgia rematar quanto antes a discussão do projeto, para obviar ao perigo de continuar indeterminada a legislação reguladora." (1) de uma instituição, na qual, desde 1811, tôdas as reações do poder executivo contra o parlamento e a nação tinham encontrado a mais vitoriosa das armas.

Das emendas que tentaram infringir a senha imposta pela urgência da necessidade ao corpo legislativo, a mais interessante foi a do deputado MARCOU, inspirada sobretudo no propósito de eliminar da lei em elaboração justamente o art. 13 da de 1849. que cometia aos tribunais militares, suspenso o estado de sítio, o julgamento dos processos durante êle encetados. Favorável acolhida encontrou êsse pensamento na câmara. "Mas o parlamento necessitava de ganhar tempo. *E só por êste motivo o relator da comissão declarou não aceitar a proposta* MARCOU. O seu próprio autor, dominado pelo sentimento dos motivos, que aconselhavam a câmara a obrar com presteza no exame do projeto, retirou a emenda, sob a reserva de a renovar em proposta especial de lei." Eis unicamente ao que se deve o não ter vingado a alteração destinada a harmonizar com os princípios

(1) «Le circostanze parlamentari, immezzo alle quali il progetto venne proposto e discusso, spiegano come la legge nuova non ebbe in vista di abrogare la legge del 1849...

«Ecco tutta la portata della legge del 1878; ed ecco i motivi, per cui la nuova legge ebbe quella portata e non si estese alla parte concernente gli effetti dello stato di assedio. Bisognava che il progetto fosse discusso d'urgenza, perchè sembrava pericoloso in quelle circostanze politiche della Francia, nel 1877-78, lasciare il minimo dubbio sulla legislazione regolatrice dello stato di assedio... Quindi la necessità di non aprire la discussione sugli effetti dello stato di assedio.» *Ib.*, pág. 191, nº 23.

jurídicos a lei de 1849 e “recebida com a aprovação geral da assembleia”. (1)

Em manifesto engano laboram, portanto, os votos vencedores no acórdão de 26 de março, imaginando que “a França republicana” abraça o art. 13 da lei de 1849. A emenda MARCOU formulava nestes termos a sua revogação: “*Levantado o estado de sítio, para logo se restabelecem no pleno exercício dos seus poderes tôdas as jurisdições de direito comum, cessando imediatamente os tribunais militares de funcionar nos feitos pendentes, seja qual fôr o estado do processo penal.*” (2) O parlamento aplaudiu a reforma, que, se deixou de converter em lei, foi coagido pela urgência aflitiva da situação. E,

(1) «*La proposta Marcou incontrò l'approvazione generale da parte dell' assemblea, ma non poté essere nemmeno discussa in merito; anzi si volle evitare ogni discussioni in proposito. E ciò per il motivo che il progetto di legge, che trovavasi in discussione dinanzi al parlamento, riguardava non di rivedere la legge del 1849 nelle parti relative agli effetti dello stato di assedio, ma soltanto di porre la citata legge del 1849 in armonia con la nuova costituzione francese del 1875, laddove la legge del 1849 era stata votata sotto l'impero della costituzione del 1848, e quindi era in armonia con la costituzione del 1848.*

«Il parlamento francese nel 1878 era chiamato a rivedere la legge del 1849 solo nelle disposizioni relative alle modalità di dichiarare lo stato d'assedio; laddove la proposta Marcou tocava un altro ordine di idee, concerneva unicamente gli effetti dello stato di assedio.

«Il parlamento aveva bisogno di non perdere tempo, ma di guadagnarlo; e questo scopo non si sarebbe raggiunto, se si fosse intavolata una discussione sugli effetti della dichiarazione e della levata dello stato di assedio.

«*Per questo solo motivo il relatore della commissione, Franck Chauveau, dichiarò di non accettare la proposta Marcou.*

«E lo stesso Marcou, compenetrato dei motivi, che consigliavano la camera a procedere con rapidità nello esame del progetto di legge allora in discussione, per non turbare l'economia stessa di quel progetto di legge che discutevasi, ritirò volentieri il suo emendamento, sotto la riserva di rappresentario sotto la forma di una regolare proposta di legge.

«*In tal modo, nella camera francese si poneva il quesito dal punto di vista del diritto, che, appena tolto lo stato d'assedio, gli affari pendenti passano dai tribunali militari ai tribunali ordinari.*»

Ib., pág. 262, nº 145.

(2) *Ibidem.*

no país, a doutrina se tem declarado contra a permanência aberrante desse elemento injurídico no mecanismo legal de defesa da ordem. (1)

Não são, portanto, as sós opiniões individuais de MAJORANA e REINACH, como figura o relator do acórdão de 26 de março, que estigmatizam a incongruência de uma jurisdição militar prossequindo em sentenciar, fora do estado de sítio, delitos de ordem civil. As manifestações mais eloqüentes, na própria França, denunciam êsse resquício das antigas ditaduras como geralmente antipático à opinião nacional. E fora de França os pareceres mais eminentes a acusam de ter cedido, neste ponto, a uma corrente estranha à ciência e oposta aos princípios de direito. (2) À legislação francesa, neste assunto, impõem os mais abalizados mestres a censura de "*absurda e perigosa*." (3) E o ponto onde sôbre todos avulta êsse perigo e essa monstruosidade, é a concessão, durante o sítio civil, fictício, ou político, aos tribunais militares, do direito de julgar, com a alçada até do fuzil, por crimes não militares, e a projeção desse arbítrio além do período anormal, que lhe atenua o horror.

O que toca, logo, as raias do estupendo, é que enquanto a consciência jurídica e consciência política em França se manifestam uniformemente contra o aleijão indefensável, haja, destoutro lado do oceano,

(1) «La dottrina in Francia si è pronunciata in senso contrario al contenuto dell' art. 13 della legge di 1849 conservato nella legge del 1878.» *Ib.*, p. 261.

(2) «In Francia... su questo punto troviamo una corrente contraria al principii di diritto.» *Ibid.*, pág. 261, n° 144.

«... una disposizione contraria al principio scientifico.» *Ibidem*.

(3) «Altra cosa è lo stato di assedio alla francheze, scritto in ripetute leggi assurde e pericolose.»

ARANGIO RUIZ: *Lo stato di assedio in Sicilia e nella Lunigiana*. Na *Rassegna di scienze sociali e politiche*, an. XI, v. II.

respeitáveis juizes, que façam daquilo padrão, lhe descubram cunho republicano, e o ousem preconizar como direito subsidiário.

Tal não se daria, se os que assim procedem, tivessem estudado a história do texto, cuja imitação advogam, sua descendência, sua fisiologia, sua vida, sua evolução, sua atrofia, a crise de eliminação, afinal, em que entrou, em vez de o tomarem na letra material de uma citação avulsa e inverificada como um pedaço de esqueleto desarticulado num ossuário. Basta cotejar o acórdão de 26 de março de 1898 com o discurso do seu douto paraninfo e um e outro com os escritos do relator do acórdão de 27 de abril de 1892 nesse ano, para ver que todo o trabalho daquele consistiu em subscrever, sem advertimento, o testemunho do outro, obra de combate, apressada, suspeita e refutada hoje pelo seu próprio autor.

Por igual via e jeito penetrou no acórdão de 26 de março o achado incomparável, com que, por artes do demônio, a constituição do Equador veio contribuir com as sobras das suas ditaduras para a ceva das nossas.

Por mostrar a obra de reprodução, a que se deve, nesta parte, o acórdão de 26 de março, po-lo-ei frente a frente com o seu original:

Acórdão de 26 março
1898:

«A constituição do Equador, em seu art. 60, § 21, igualmente prescreve que os presos sejam submetidos aos tribunais militares, ainda que tenha cessado o estado de sítio.»

Defesa do acórdão de 27
abril 1892:

«O Equador, que também prescreve no seu código fundamental, art. 60, § 21, que os presos sejam submetidos aos tribunais militares, ainda que tenha cessado o estado de sítio.»

Naturalmente os ilustres signatários dessa decisão, vítimas de sua confiança implícita numa autoridade respeitável, prescindiram de ver o precioso art. 60, § 21, da sábia lei, que imaginam presidir hoje aos destinos republicanos daquele país modelo, por terem a intuição, que eu não tive, dos sacrifícios e decepções aparelhados a quem se embrenhe por êsse mundo além, através de bibliotecas, almanaques, secretarias, legações e consulados, no encalço da constituição do Equador. Mais abelhudo e ruim de tentar, porém, eu empreendi a aventura.

Constava-me que o Equador estava habituado a dar cabo das suas constituições mais de pressa que das suas mulheres certo personagem de OFFENBACH. Repetindo sem verificação o apêlo do acórdão de 1892 "à constituição do Equador", não teria o acórdão de 1898 ido acordar a sombra de uma defunta? E quem me diria ao certo a data *da constituição do Equador*, a que aludia, em 1892, o padrinho do aresto de abril? Segundo o que pude colher entre os meus livros, o *autem genuit* das constituições do Equador tem a sua primeira data em 1830 e a última em 1887. São onze constituições em cinqüenta e oito anos, distribuídas nesta série espantosa:

1830
1835
1843
1846
1851
1852
1861
1869
1878
1884
1887

A saber, têrmo médio, uma constituição por cinco anos. (1) Dessas, porém, só estampa a obra de AROSEMENA as de 1861 e 1878. (2) Das de 1884 e 1887, a que alude o *Statesman's Year Book* de MARTIN, não se me deparava extrato, ou notícia, nem nos volumes correspondentes do *Anuário* publicado pela *Sociedade de Legislação Comparada*.

Percorri, pois, as duas constituições transcritas na sua íntegra por AROSEMENA, à cata do art. 60, § 21. De balde! O que nessas duas leis constitucionais daquela república se me oferecia, é precisamente o contrário do que vejo atribuir ao direito político do Equador: é a consagração do princípio que liquida com o encerramento do estado de sítio todos os seus efeitos.

Prescreve a de 1861, art. 71, § 4.º, depois de ter definido na prisão e no destêrro as medidas de repressão excepcionais em caso de conjuração ou commoção intestina:

Este confinamiento, ó destierro, durará lo que las facultades extraordinarias concedidas al poder ejecutivo; *concluidas las quales, el confinado, ó espatriado, podrá volver á su domicilio, sin necesidad de salvo-conducto.*

Mais peremptória ainda, a de 1878 estatui, no art. 80, § 5.º:

Al cesar las facultades extraordinarias, el confinado ó desterrado *recobra su libertad por el mismo hecho, i puede volver á su domicilio, sin necesidad de amnistia ni salvo conducto.*

Si el indiciado pidiere pasaporte para el exterior de la república, se le concederá; *i al cesar las facultades extraordinarias, podrá regresar libremente.*

(1) AROSEMENA: *Estudios constitucionales*, v. I, pág. 495-504, 554-7 — MARTIN's *Statesman's Year Book*.

(2) *Ib.*, pág. 467-89, 560-83.

Até aqui as constituições equatorianas me desmentiam o acórdão, firmando a noção exatamente oposta à dêle. Onde, pois, o art. 60, § 1.º, com que se exorna a decisão de 26 de março ?

Só me faltava dar com as duas constituições posteriores à de 1878: a constituição de 1884 e a de 1887. De então a esta parte descansa no Equador a matriz constituinte. Mas onde ir desencantar a fênix ? Nunca se exorou mais a propósito a fortuna do bom caçador; que, ainda bem ! sabe Deus depois de quantas negaças, me favoreceu afinal com a posse da raridade cobiçada, graças à gentileza de uma autoridade consular.

Eureka. Ei-la, a constituição de 13 de fevereiro de 1884, reformada em 6 de agosto de 1887. Não se lhes pode contestar a autenticidade; porque a impressão é oficial. Diz o folheto: *Constitución de la republica del Equador, dada por la Asamblea Nacional. Tercera edición. Quito, 1892. Imprensa del Gobierno.*

Pois bem: posso agora dizer: nem na constituição de 1884, nem na de 1887, existe o art. 60, § 21, citado pelo acórdão.

A citação, pois, não corresponde à realidade.

Como as duas precedentes, de 1861 e 1878, a de 1884, que, com a sua reforma de 1887, constitui o direito hoje em vigor naquela república, estabelece formalmente, em meu apoio e contra o acórdão de 26 de março, o princípio absoluto da eliminação dos efeitos do estado de sítio com o terminar dêle.

O art. 60, que não contém parágrafos, mas se resume numa disposição única em oito linhas, trata da abertura das câmaras, e não do estado de sítio. Com êste o que se ocupa, é o art. 94, que se distribui, não em vinte e tantos, mas em nove parágrafos. E

êsse texto, que a reforma de 1887 reproduz literalmente, enumera entre "las facultades extraordinarias" concessíveis ao govêrno "en caso de invasión exterior ó commoción interior", as medidas de repressão correspondentes ao disposto no art. 80, § 2.º, da constituição brasileira: degradar (aqui desterrar), no espanhol "confinar", e prender "arrestar". Mas os presos hão de ser entregues aos tribunais no prazo máximo de três dias, ou então, no têrmo, quando muito, dêsse prazo, desterrados, e êstes restituídos à liberdade, no mesmo ponto em que o estado de sítio se levante.

Transcrevo:

Al cesar las facultades extraordinarias, el confinado recobra de hecho la libertad, y puede volver sin salvoconducto.

Si el indiciado pidiere pasaporte para salir de la república, se le concederá, dejándole á su arbitrio elegir la vía, y tan luego como cesen las facultades extraordinarias, tendrá el derecho de regresar libremente.

Los incisos anteriores no se oponen á que los indiciados sean sometidos á juicio y castigo ante los tribunales comunes, por las infracciones cometidas, siempre que no hubieren sido amnistiados ó indultados.

Si se pronunciare sentencia condenatoria, se imputará á la pena el tiempo del confinamiento.

6º Arrestar á los indiciados de favorecer una invasión exterior ó commoción interior, ó de tomar parte in ella; pero los pondrá dentro de tres dias, cuando más, á disposición del juez competente, con las diligencias practicadas y demás documentos que hubieren motivado el arresto; ó decretará el confinamiento dentro de los mismos tres dias.

Longe, pois, de estatuir, segundo a versão exarada no acórdão de 26 de março, que "os presos sejam submetidos aos tribunais militares, ainda que te-

nha cessado o estado de sítio," a constituição do Equador:

primeiro, não conhece tribunais militares para o julgamento dos presos políticos;

segundo, manda expressamente julgar êsses presos pelos tribunais comuns;

terceiro, fixa às prisões de arbítrio do govêrno durante o estado de sítio a duração máxima de três dias;

quarto, apenas acabado o tríduo, converte essas prisões em destêrro;

quinto, permite aos desterrados a vantagem de optarem pela expatriação;

sexto, determina que a expatriação e o destêrro findarão ipso facto, tanto que cesse o estado de sítio.

Eis o mal das citações inverificadas. Não quero insistir nêle. Basta-me advertir no seu perigo.

Se a constituição do Equador, logo, fôsse autoridade que se citasse, aí estaria a doutrina do malogrado acórdão esmagada pela reversão contra êle das suas próprias armas. Mas que autoridade têm essas constituições, para se citarem?

Efêmeras criaturas, da família dessas efêmeras, com que o instinto imitativo e o flagelo revolucionário se ocupam em mascarar, nestas pobres repúblicas americanas, o mal crônico da anarquia, da servidão militar e da crueldade sangüinária, êsses pactos constitucionais são trapos de papel sem o menor prestígio político, ou moral, nem para auxiliar o princípio da autoridade, tecido ali no estofo dos piores crimes contra o direito, nem para servir às instituições da liberdade, ignorada ali na vida popular. Na constituição paraguaia de 1870, a mais democrática dos dois hemisférios americanos, idílio incomparável de

garantias liberais, troveja esta espécie de juramento nacional contra as ditaduras: "La dictadura es nula i inadmissible en la républica del Paraguay; los que la formulen, consientan ó firmen se sujetarán á la responsabilidad i pena de los infames traidores á la patria," Quer-me parecer, contudo, que ninguém se atreveria a apelar para o constitucionalismo paraguaio contra o espírito de ditadura. Não me parecem, entretanto, mais felizes os que, nas regiões mais desditosas da América espanhola, entre a farragem dêsses arremedilhos constitucionais, arrançados para abrigo e passatempo dos caudilhos vitoriosos vão buscar lições de direito público e instrumentos de ordem constitucional.

Concebe-se, que, no seu interêsse por chegar escoras à célebre doutrina, a maioria momentânea de 26 de março não olhasse à autoridade dos exemplos, e os recolhesse onde lhe surdissem, ainda que no Equador, ou no Paraguai. O que, porém, se lhe não perdoa, é o erro de fato, o sonho do art. 60, § 21, embutido, não se sabe como, ao direito constitucional do Equador, em abono do estado de sítio reforçado pela sobrevivência dos seus efeitos, quando, não só em nenhuma das quatro constituições digeridas por essa república de 1861 a 1887, data da atual, se encontra provisão semelhante, senão que, pelo contrário, mais liberais que a nossa, essas constituições atenuam o estado de sítio, assegurando aos desterrados o arbítrio da opção pela viagem ao estrangeiro e aos presos o direito de serem entregues aos tribunais dentro em três dias da prisão.

Será mais afortunado o acórdão no seu apêlo à legislação americana? "Nos Estados Unidos da América do Norte", diz êle, "a lei de 5 de fevereiro de 1867 proíbe ao poder judiciário conceder *habeas corpus* aos cidadãos envolvidos na rebelião."

Sete leis foram, nesse país, promulgadas em 5 de fevereiro de 1867. Não pode, porém, o tribunal aludir senão à que ocupa, entre essas, na coleção das leis americanas, o terceiro lugar, figurando ali sob o n.º XXVIII. (1), por não haver outra que do assunto se ocupe. Termina, com efeito, essa lei, reguladora do *habeas-corpus*, com estas palavras:

“Não se aplicará êste ato aos indivíduos retidos sob a alçada das autoridades militares por incursos, antes dêle, em delitos militares ou revolta contra o govêrno dos Estados Unidos.” (2)

Neste ponto não cometeu, portanto, o acórdão êrro contra a verdade material do texto; mas errou, por muitos lados, na aplicação, pecando gravemente contra a história e o direito, por não compreender o segundo, e não consultar a primeira.

Diversamente da nossa, não regulou a constituição dos Estados Unidos nem os efeitos, nem a duração dos efeitos do estado de sítio, a saber, da medida a êle correspondente ali: a suspensão do *habeas-corpus*. Apenas determinou que o direito a êsse remédio jurídico só se suspenderá em caso de rebelião, ou invasão, se o exigir a segurança geral. “*The priviledge of the writ of habeas-corpus shall not be suspended unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it.*” E, como, quanto à competência para estabelecer êsse regímen de exceção, também não se declarasse, assentou a

(1) *Laws of the United States passed at the second session XXXIX congress. Appendix to the Congressional Globe, vol. LXXVI (1867),* pág. 183-4.

(2) «This act shall not apply to the case of any person who is or may be held in the custody of the military authorities of the United States, charged with any military offense, or with having aided or abetted rebellion against the government of the United States prior to the passage of this act.» *Ib.*, pág. 184.

jurisprudência reservá-la ao congresso. (1) No uso dêsse poder, logo, não encontram ali as câmaras a barreira, com que a constituição brasileira expressamente o limita, prescrevendo que o estado de sítio se não decretará senão "por tempo determinado" (art. 80 pr.), e que as medidas de repressão contra as pessoas só se imporão "*durante o estado de sítio*". (Art. 80, § 2.º.) Livre dêste vincilho constitucional, o congresso dos Estados Unidos podia instituir, como instituiu, na lei de 5 de fevereiro de 1867, invocada pelo acórdão, a negação do *habeas-corpus* aos rebeldes presos durante a suspensão de garantias, e, mais do que isso, podia ainda, não só adotar, como adotou, por lei, a privação dêsse remédio constitucional por tempo *indeterminado*, senão até submeter, *por tempo indeterminado também*, metade do país, mais que ao estado de sítio, ao *estado de guerra*, como fêz pelo terrível ato de 2 de março daquele ano.

Logo, se o exemplo da lei americana de 5 de fevereiro de 1867 pode servir entre nós, para autorizar a recusa do *habeas-corpus* após o estado de sítio, o exemplo da lei americana de 2 de março igualmente serviria, para legitimar a decretação do estado de sítio, ou do estado de guerra, por *indeterminado tempo*. E, se não vale para o segundo efeito o segundo exemplo, à vista do estatuído na constituição brasileira, art. 80, § 2.º, pela mesma razão, em face do prescrito em duas cláusulas dêsse artigo, o primeiro exemplo não pode aproveitar para o primeiro efeito.

Depois, o acórdão labora, a êsse respeito, na confusão mais palpável. O a que nós chamamos *estado de sítio*, é precisamente o que os americanos do norte conhecem por *suspensão do habeas-corpus*. (1)

(1) «The most considerable and important part of the exercise of martial law is the making of arrests of civilians charged with offenses

Entre nós, o estado de sítio suspende o *habeas-corpus*. Entre eles, a suspensão do *habeas-corpus* declara o estado de sítio. Aqui o estado de sítio se qualifica pela autoridade, conferida ao govêrno, de prender sem obstáculo dos tribunais; ali, pela autoridade, retirada aos tribunais, de intervirem nos atos praticados pelo govêrno contra a liberdade individual. De modo que a equivalência do estado de sítio admitido pela constituição brasileira é, na americana, a suspensão do *habeas-corpus*. Logo, quando a lei americana de 5 de fevereiro de 1867 mandou suspender, em relação aos rebeldes, o *habeas-corpus*, era o próprio estado de sítio o que ela prorrogava, era a sua duração que ela estendia: não lhe estendia ou prorrogava os efeitos.

Equiparava a lei de 5 de fevereiro de 1867 o crime civil da revolta aos crimes militares, submetendo uns e outros ao mesmo regímen, à lei da guerra, e coroava essa providência anormal com a cláusula, derogatória do princípio constitucional da irretroatividade, pela qual ficou sujeita a êsse regímen a condição dos acusados por atos a *êle anteriores*. Essas duas feições da lei de 5 de fevereiro evidenciam que ela era caracteristicamente, não um ato de legislação para a paz, mas uma precaução de guerra contra o inimigo. O congresso pusera-se fora da constituição, para combater os estados vencidos, mas ainda insubmissos, que reputava fora da união. Fazia, pois, a lei de 5 de fevereiro parte de um sistema, cujos outros membros os prolores do acórdão brasileiro haviam

against the law of war. But to arrest and hold at will, or with a view to trial by a military tribunal, is practically to suspend the writ of *habeas-corpus*. On the other hand, the suspending of the writ by military authority is essentially an exercise of the power of martial law. Thus the two powers are closely connected, the one substantially including or involving the other.» WINTHROP: *Military law and precedents*, pág. 53. THAYER: *Cases on constitutional law*, part. IV, pág. 2374,

de ter estudado, para poder entendê-la. A cláusula final dessa lei, citada pelo acórdão, eliminando um embaraço constitucional à reação contra o espírito ainda indômito da luta separatista, preludiava apenas às duas leis de 2 de março de 1867, inseridas no corpo da legislação anglo-americana sob os ns. CLIII e CLV. (1) Posta de lado a segunda, que, discutida no congresso sob o nome de *indemnity bill* (2), era o ato geral de indenidade ao poder executivo e seus agentes pelo seu proceder na luta contra o sul, a lei n.º CLIII, de 2 de março de 1867, "*an act to provide for the more efficient government of the rebel states*" (3), é o espelho da situação política, da consciência parlamentar e do ânimo legislativo na maneira de encarar e resolver o problema da reconstrução do país, espedaçado pela guerra civil.

Nêle culminavam as tremendas medidas empregadas pelo govêrno legal, depois de subjugada a revolta separatista, para a compescer com um freio de ferro, e obrigar os Estados ainda frementes da luta civil à submissão absoluta. Não se poderia imprimir a uma lei caráter de combate mais acentuado, mais agressivo, mais implacável. "Chamem-lhe, como quiserem", dizia o senador DOOLITTLE, "é uma declaração de guerra contra os dez Estados meridionais da

(1) *Laws of the United States. Congressional Globe*, 1867, vol. LXXVI, *Appendix*, pág. 197 e 199. O *Congressional Globe* é a edição oficial dos debates do congresso dos Estados Unidos da América do Norte.

(2) *Congressional Globe*, vols. LXXIV, LXXV e LXXVI, págs. 47, 645, 931, 995, 1484, 1532, 1540, 1734, 1819, 1866, 1959, 1964.

(3) *Congress. Globe*, *ib.*, págs. 1036, 1073, 1075, 1080, 1084, 1097, 1120, 1122, 1133, 1175, 1176, 1180, 1201, 1239, 1304, 1313, 1315, 1321, 1323, 1328, 1331, 1339, 1352, 1356, 1357, 1360, 1364, 1374, 1399, 1417, 1420, 1440, 1448, 1540, 1554, 1555, 1625, 1636, 1688, 1728, 1729, 1745, 1758, 1787, 1791, 1966, 1969.

União". (1) "Ainda não está suprimida a pertinaz rebelião", exclamava, do outro lado, na câmara dos representantes, um membro da maioria; "ela vive e domina em cada um dos Estados reconstruídos". (2) Para acabar de vencê-la, pois, recorria o legislador aos *extremos poderes de guerra*, "*the ultimate powers of war*" (3) reservados ao govêrno. "Nominalmente", dizia um dos adeptos do *bill* n.º 1.143, "a nossa condição é de guerra cessante; mas *de guerra flagrante* é, por parte do povo insurgente dêsses *pretensos Estados*". (4) Um dos senadores que votaram pela medida, e mais se distinguiram no debate, pronunciava-se assim: "É de quase guerra a nossa posição. Estamos em situação virtualmente revolucionária. Dez Estados são havidos e tratados *como províncias conquistadas*." (5) Opondo-se com as armas em punho à União, os Estados rebeldes tinham, nessa estimativa, rompido o seu pacto, e perdido o direito aos seus privilégios. Eram Estados desorganizados e inimigos: não eram Estados unidos. Seus governos eram ilegítimos perante o govêrno legal da república. Suas constituições tinham desaparecido. Seus direitos resumiam-se nos que o vencedor lhes pautasse. Era *manu militari*, pois, que se havia de complanar o terreno à volta das instituições civis. E a lei, de 2 de março, onde se sumiu, como um tributário na corrente, a lei de 5 de fevereiro, outra coisa não foi que uma grande medida militar. "Dou o meu apoio a êste projeto militar", dizia o deputado GARFIELD. "É severo. A pena que o redi-

(1) *Congressional Globe*, vol. LXXV, pág. 1440.

(2) *Ib.*, pág. 1.076.

(3) *Ib.*, pág. 1.099.

(4) *Ib.*, pág. 1.178.

(5) Mr. JOHNSON, *Congress. Globe*, vol. LXXVI, pág. 1.972.

giu, fêz-se, creio eu, de uma baioneta; e bons serviços nos têm prestado até aqui as baionetas." (1)

Os dez Estados vencidos foram, portanto, entregues ao exército por essa lei, que o mesmo representante da nação, noutro discurso em apologia desse ato de fôrça, qualificava como *um novo artigo de guerra*. "*It is a new article of war commanding the army to return to its work of putting down the rebellion.*" (2)

Originado, na câmara dos representantes, em 6 de fevereiro, isto é, no dia subsequente ao da promulgação da lei invocada pelo acórdão, como expansão natural dela, como realização mais cabal do seu pensamento, por iniciativa de um membro da comissão de reconstrução (3), o projeto mais tarde convertido na lei de 2 de março, declarando, preambularmente nulos os governos existentes nos dez Estados meridionais, dividia-os em cinco distritos militares (*military districts*), entregava o govêrno absoluto em cada um dêles a um oficial do exército, confiava a êsses comandantes de distrito o arbítrio de substituírem completamente a justiça comum por comissões militares, e lógicamente desafrontava do estôrvo do *habeas-corpus* a ação desse temeroso despotismo. (4) Em verdade só uma nação de origem britânica e nutrida por séculos de cultura jurídica no espírito da liberdade inglêsa poderia salvar a sua desse regímen, que no próprio congresso americano foi comparado à tirania de CROMWELL e denunciado

(1) *Ib.*, v. LXXV, pág. 1.184.

(2) *Ib.*, pág. 1.104.

(3) BLAINE: *Twenty years of Congress*, vol. II, pág. 250.

(4) «It is provided by session four that courts and judicial officers of the United States shall not issue writs of *habeas-corpus* in behalf of prisoners in military custody.» *Congressional Globe*, 1867, vol. LXXV, pág. 1.360.

como a maior iniquidade jamais vista nos anais legislativos do país. (1)

Organizando com essa rudeza de conquistadores aquela máquina de redução colossal, qualificada por um dos seus entusiastas como "um cordão de baionetas à retaguarda dos Estados vencidos," (2) impondo ainda aos rebeldes esmagados, não os meios termos constitucionais do estado de sítio, mas o estado brutal de guerra, tal qual a Rússia o ditaria à Polônia, impossível seria à política americana imaginar que na desabrida franqueza da sua fórmula pudesse ir aninhar-se um dia, por arte de arremedadores estrangeiros, a cavilação do estado de sítio dissimulado na sobrevivência dos seus efeitos.

O que a legislação de 1867 proclamava nos Estados Unidos, era a lei da vitória, a soberania da espada, a vontade do vencedor apontada ao peito do vencido. O sugestor do alvitre não o ocultava: "*The question is wholly within the power of the conqueror*", bradou êle no congresso. "*This is the whole bill*". (3) Isto é: *Todo o objeto desta lei consiste em assegurar ao vencedor os poderes da vitória.*

Não cessava, portanto, a ação dos tribunais civis, a garantia tutelar do *habeas-corpus* em virtude de um estado de sítio terminado, *mas por efeito necessário do estado de guerra, declarado precisamente com êsse intuito.* Não eram os efeitos do estado de sítio sobrevivendo ao estado de sítio; *era o estado de guerra em atividade produzindo os efeitos do estado de guerra.*

(1) *Ib.*, vol. LXXVI, pág. 1.193.

(2) *Ib.*, vol. LXXV, pág. 1.184.

(3) BLAINE, *Ib.*, pág. 251.

Acusado, nas duas câmaras, de riscar as disposições fundamentais da constituição, "*this bill strikes down every important provision in the constitution*" (1), êsse projeto não foi defendido senão em nome de uma necessidade *superior à constituição*. "It is erecting tribunals unknown to the constitution, and which can only be justified by war", dizia o senador SEWARD na sessão de 15 de fevereiro. "It erects tribunals by which men are subjected to the loss of life at the will of a single man. It can be justified only by a law higher than the constitution, *the law of necessity, by which nations maintain their existence*. It is not in pursuance of the constitution; *it is above the constitution*." (2) Era a teoria da conquista na sua expressão mais violenta. Proclamava-se francamente que, para a população esmagada pelo triunfo, *não havia constituição*, que, vencida pela força, na guerra, pela força havia de acabar de ser reduzida na paz, e que, para isso, cumpria entregar o direito de vida e morte sobre os Estados subjugados ao *juízo discricionário dos comandantes militares*. Foi a essa fórmula medonha da necessidade que o grande juiz TANEY, no célebre caso *ex parte Milligan*, opôs a fórmula do direito: "A constituição dos Estados Unidos obriga o governo e o povo assim na paz, como na guerra, e abroquela com a sua proteção tôdas as classes de homens, em todos os tempos, quaisquer que forem as circunstâncias. Nunca se engendrou no espírito humano doutrina de consequências mais perniciosas do que a que autoriza a suspender disposições constitucionais em nome das grandes exigências do governo. Essa doutrina leva em direitura à anarquia, ou ao despotismo. A teoria

(1) *Ib.*, pág. 252 segs.

(2) *Congressional Globe*, vol. LXXV (1867), pág. 1.368.

da necessidade, que a sustenta, é falsa; porque o governo tem, dentro na constituição, todos os meios de preservar sua existência." (1)

Não obstante, prevaleceu o interesse político, inflamado nas brasas, ainda não extintas, da maior das guerras civis, que a história conhece. Aprovado no senado em 20 de fevereiro, passava o projeto nas duas câmaras aos 2 de março (2), a despeito do veto presidencial apoiado em longa e enérgica mensagem, onde essa medida legislativa recebeu a sua verdadeira caracterização constitucional: "Claro está que, por este projeto", dizia o presidente da república, "o comandante militar fica habilitado a condenar à morte sem forma sequer de processo ante uma comissão militar, que desse à vida do condenado a garantia ao menos do concurso de dois votos, em vez do arbítrio de um só. É óbvio que tamanha autoridade conferida aos oficiais do exército importa em absoluto despotismo. Poder tal, não o exercem, há mais de quinhentos anos, os reis de Inglaterra. Dos povos que falam inglês, nenhum suportou jamais servidão semelhante. Ela reduz toda a população dos dez Estados ao mais vilipendioso e abjeto cativo." (3)

Dessa verdade tinha consciência a maioria legislativa. Mas, considerando o sul como uma espécie de

(1) THAYER: *Cases*, part, IV, pág. 2.385.

Sopitada a violência furiosa das paixões da época, o tempo veio dar, mais tarde, a essa verdade a consagração do assentimento geral: «In the case of *Ex parte Milligan* a question arose somewhat similar to that disposed of in *Ex parte Vallandigham*, which, although criticised in the time as a departure from doctrines thought to be essential to the preservation of Union, HAS NOW COME TO BE REGARDED AS ONE OF THE LEADING DECISIONS IN FAVOR OF PERSONAL LIBERTY AND IN SUPPORT OF THE CITIZEN, to be found in our national jurisprudence.» CARSON. *The Supreme Court of the United States*, pág. 417.

(2) *Congressional Globe*, vol. LXXVI, págs. 1.645, 1.976.

(3) *Congressional Globe*, vol. LXXVI, págs. 1.969, 1970.

território anexado, e tendo por inimigos da união os Estados onde lavrara a revolta (1), deliberara proceder para com êles, como procederia com Estados estrangeiros marcialmente absorvidos, retundindo as últimas veleidades de independência pela força de armas. Que o ato de 2 de março de 1867, como os que depois o suplementaram, não era outra coisa, e só isso tenha em mira, não foi só o presidente JOHNSON quem o disse: as próprias autoridades militares o reconhecem. "Êsses atos estabeleciam o despotismo militar," escreve, preconizando-os, um oficial de artilharia americano. (2) "Tinham sido reduzidos a sujeição pela espada os Estados insurretos: pela espada haviam de ser governados." Com o terrível caráter dessa faculdade legislativa outros argumentariam contra a legitimidade dela. Os escritores militares americanos, ao contrário, pretendem estender essa faculdade ao poder executivo, argumentando com a consideração de que, exercido pelo govêrno, arbítrio tamanho não constituiria ameaça mais grave ao regímen constitucional; e, para o demonstrar, alegam justamente o exemplo do congresso americano em 1867: "Evidencia a experiência não resultar à liberdade maior perigo da ação do executivo que do arbítrio do congresso. Haja vista o parlamento inglês de 1652 a 1658, a assembléia nacional, em França, como as suas sucessoras de 1789 a 1799, e o congresso dos Estados Unidos em 1867." (3)

É a confissão americana de que os atos do congresso americano em 1867 emparelham com as mais

(1) WILLIAM E. BIRKHIMER: *Military Government and Martial Law*, pág. 388. Congress. Globe, loc. cit., passim.

(2) WILLIAM E. BIRKHIMER, (*first lieutenant and adjutant third United States artillery*): *Ib.*, pág. 389.

(3) *Ib.*, pág. 411.

opressivas tradições do absolutismo sob as formas parlamentares: a ditadura jacobina em França e a ditadura cromwellina em Inglaterra. Para onde apelou, pois, o nosso acórdão, apelando para a legislação de 1867 nos Estados Unidos, é para a lei radical da conquista, para a elisão completa do direito constitucional. Foi buscar um subsídio para os abusos inconfessos da legalidade civil, a acordou, sem querer, na plenitude da sua onipotência a ditadura militar em sua expressão mais categórica: a de um exército de ocupação exercendo sobre um território conquistado os poderes da conquista.

O argumento americano da sentença brasileira errou, portanto, a mira: não autoriza a ação póstuma do estado de sítio; certifica a onipossança do governo marcial. Não mostra que dentro na lei caiba a sua teoria: mostra apenas que fora da lei tudo cabe. Provando, assim, de mais, não prova nada. Dêle não se apura nenhum resultado *jurídico*. Só se apura a lição *prática* de que as nações mais afeitas ao direito, uma vez ameaçadas na sua integridade por desmembramentos revolucionários, preferem à mutilação do território o sacrifício das suas constituições, e saltam por tôdas as instituições livres, desatam as mãos de todos os empecilhos legais, para aniquilar o inimigo intestino com a mesma despiidade, com que exterminariam o invasor estrangeiro.

Se república, na expressão do ideal a que sob êsse nome se aspira, quer dizer vitalidade do direito, independência da justiça e garantia da liberdade, nem sempre é nos países classificados sob êsse título que veremos florescerem os princípios e costumes republicanos. Nesse Equador, para uma versão apócrifa de cuja constituição apela o acórdão de março, tôdas as tradições propenderam sempre para a centra-

lização, (1) as constituições são fórmulas vãs da vontade dos governos (2), as promessas liberais lindas inscrições, ludibriadas pelo arbítrio do poder e pelos estados de sítio, "que com amiudada facilidade lhe dita o terror pânico de consciências mal assombradas". (3) GARCIA MORENO, senhor absoluto daquela terra desde 1861 até 1875, a despeito das constituições de 10 e 31 de março, indiferente aos sonoros compromissos constitucionais, que asseguravam aos cidadãos a proteção das leis, e aboliam a pena de morte, nunca hesitou em espingardear, por meras suspeitas, sem forma de processo, os seus adversários. (4) É, pois, um desses países, cujo estado normal se define pela opressão: poderíamos chamar-lhe um *país de ditadura*.

Dessa grande França, cujo formoso gênio literário nos fascina, resumia, não há muito, um pensador político a mais moderna história nesta síntese fiel: "Desde que ali se implantou a liberdade política, três vezes foi derribado o governo pelo populacho de Paris: em 1792, em 1830 e em 1848. Três vezes foi subvertido pelo exército, ou pela força militar: em 1797, no 4 de setembro (18 frutidor), quando a maioria do diretório, com o concurso da força armada, anulou as eleições em quarenta e oito departamentos, e deportou cinquenta e seis membros das assembleias legislativas; outra vez, aos 9 de novembro de 1797 (18 brumário), em que o governo foi deposto por BONAPARTE, e terceira, com o 2 de dezembro de 1852, pelo segundo NAPOLEÃO. Três vezes, enfim, caiu o governo às mãos da invasão inimiga: em 1814, em

(1) AROSEMENA, I, págs. 500, 524.

(2) *Ib.*, pág. 525.

(3) *Ib.*, pág. 555.

(4) *Ib.*, pág. 525.

1815, em 1870. De maneira que, a começar das suas primeiras experiências políticas até 1870, tem contado a França, ao todo, quarenta e quatro anos de liberdade e *trinta e sete de rigorosa ditadura*". (1) Nem com a lição imperial se extinguiu, naquele país, êsse mal periódico; porque a república de hoje principiou na ditadura reorganizadora e parlamentar de THIERS, atravessou a ditadura reacionária de MAC MAHON, esteve a se precipitar na ditadura imbecil de BOULANGER, e, neste momento mesmo, vê a liberdade dos tribunais, a honra da justiça e os elementos do direito constitucional ameaçados pela ditadura moral do exército, fórmula armada, misteriosa e viva do imprevisto. De modo que, se não é um país de ditadura é um país saturado, política e socialmente, da sua índole, dos seus vícios e das suas leis.

Nada menos semelhante que uma *república* à espanhola, ou à francesa, e uma república ao molde anglo-americano. Fora da monarquia parlamentar, esta constitui a única expressão real da aliança entre a democracia e a liberdade. Mas, ainda aí, durante os seis anos da guerra civil e o período subsequente de *reconstrução* do país, as armas abriram na constituição americana vasto e terrível parêntesis de ditadura, cujas tradições não pertencem à história do direito, mas à da substituição das leis pela força.

Busquemos entre os povos de senso jurídico e intensa consciência popular, em épocas onde a justiça não ceda o lugar à espada, a escola republicana, a querermos, como quer a nossa constituição, que a república seja o regímen da lei assegurada pelos tribunais. Melhor que em tôdas as instituições escritas da América latina, melhor que em tôda a história

(1) POBÉDONOSTZEFF: *Questions religieuses, sociales et politiques* (Paris, 1897), pág. 60.

política da França, ou que na crônica do horrendo conflito norte-americano nos oferece, no mundo saxônio, em um recanto da terra germânica, um pequeno principado alemão, o *Hesse Eleitoral*, condensada numa página admirável, a verdadeira lição republicana do estado de sítio e do papel constitucional da magistratura contra os seus abusos.

Darei a palavra ao jurisconsulto alemão, que resume esse episódio. "Era em 1850", diz o dr. BÄHR (1), "quando no Hesse Eleitoral devia sofrer a justiça a sua mais árdua prova. Referindo-se, nas conhecidas ordenanças de setembro, a uma deliberação dos estados (das câmaras), que averbava como "recusa de impostos", e firmando nisso o pressuposto de uma "sublevação" no país, decretou o ministério o *estado de sítio*, e suspendeu uma série de direitos dos súditos, afiançados na lei. Não existiam órgãos, capazes de representar integralmente a ordem jurídica ofendida. Estavam dissolvidos os Estados territoriais. Não vingou uma acusação do ministério, tentada pela deputação permanente deles; porque o supremo tribunal de apelação lhe não reconheceu legitimidade. Mas os particulares prejudicados pelo estado de sítio invocaram a proteção dos tribunais. Êstes então, firmes na posição que lhes indicava a constituição e o edito, declararam inválidos os decretos, por deficientes em certos caracteres *juridicamente reconhecíveis* em certos caracteres formais, impostos a essas medidas de exceção pelo § 95 da lei constitucional, e intimaram a autoridade a suspender êsses atos, como atentatórios do direito dos cidadãos querelantes. Com essas decisões judiciais em punho, os agravados resistiam aos atos

(1) *Der Rechtsstaat. Lo Stato giuridico*. Vers. ital. de OLIVIERI. *Bibliotheca di Scienze Politiche*, vol. VII, ps. 396-7.

do poder militar. Por sua parte entraram também os tribunais criminais a proceder, contra os executores do estado de sítio, por abuso de autoridade. *E dêste modo foi paralisado o estado de sítio pela força moral, que lhe opuseram os juizes com as suas sentenças.*

Se não há, na história, como pensa o publicista germânico, exemplo de vitória semelhante, "obtida pelo direito a poder unicamente da sua autoridade moral", não é menos certo que nos limites dêsse quadro singular se define o só princípio capaz de conciliar o estado de sítio com uma constituição livre. Ampliadas as faculdades de exceção e inutilizados os seus freios pelo sofisma, que, além de tolher em absoluto durante o estado de sítio a proteção jurídica dos tribunais, ainda a ilude após êle, derrogando, em benefício dessa instituição opressiva, a lei universal do *sublata causa tollitur effectum*, o regímen de exceção acabará por devorar o regímen constitucional.

Se a constituição brasileira subordinou o estado de sítio à regra peremptória da temporariedade, circunscrita ao lapso que o ato da sua declaração lhe premarcar; se reduziu o uso dêsse arbítrio aos casos manifestos, palpáveis, de comoção intestina, ou guerra estrangeira; se especificou na simples remoção, ou na prisão simples, as únicas medidas repressivas durante êsse período excepcional permitidas ao govêrno, e, se, em custódia ao direito constitucional, contra os atos executivos e legislativos, que o violarem, revestiu de autoridade soberana o poder judiciário, — para êsse poder há necessariamente recurso, fora do estado de sítio, quando persistirem efeitos inerentes a êle, e, dentro no estado de sítio, quando êste fôr declarado em circunstâncias evidentemente normais, ou, sob o pretexto dêle, o govêrno

exercer contra as pessoas outro arbítrio que não o de prender, ou desterrar. Conferindo ao executivo, durante essa situação transitória, sômente o direito de prender e desterrar, só a respeito das prisões e desterramentos por êle impostos no uso dêsse direito e cessantes com a cessação do exercício dêle, nos privou a constituição das garantias da justiça. Em tudo o mais subsiste intacta, portanto, a competência desta.

Vencida esta doutrina pela que limita as garantias constitucionais contra os abusos do estado de sítio à intervenção política do congresso, ao mesmo passo que, por uma estupenda contradição, envolve no estado de sítio as imunidades parlamentares, qualquer dêsses governos de pouco escrúpulo, magistralmente debuxados pelo atual ministro da justiça, poderá decretar impunemente o estado de sítio em dias tranqüilos, sem sombra de comoção intestina, e, considerando por êle suspensa a constituição, de acôrdo com a teoria advogada por um eminente senador brasileiro, impor galês, decretar a morte, confiscar a propriedade. Zombaria será contrapor a essa tendência natural dos fatos, indigitar como atalho a êsse perigo a barreira das câmaras legislativas, que, simpatizando com a política do ditador, não a contrariarão, e, se lhe forem hostis, serão prèviamente depuradas com os desterramentos e prisões necessárias, para coibir a maioria, ou convertê-la em minoria. (1)

Se há, pois, em matéria constitucional, sôbre todas as evidências uma evidência, é a de que, firmada a teoria florianista do estado de sítio, isto é, prorro-

(1) «Nella tornata del 14 aprile 1886 alla camera belga Rolin-Jacquemyns riconosceva come possa avvenire che la presenza di un deputato, avuto riguardo alla rispettiva situazione dei partiti e del governo, sia assolutamente indispensabile...» ATT. BRUNIALTI: *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*. Vol. I (1896), pág. 876.

gados os efeitos dêste além do seu têrmo, excluída contra as inconstitucionalidades à sombra dêle perpetrados a proteção judiciária e sacrificadas à ditadura civil as imunidades parlamentares, a liberdade política e as garantias individuais não existirão, daí em diante, senão pela tolerância dos governos. Sob um tal sistema político, de ano em ano mais frequentes, dilatados e ríspidos se irão tornando "os interregnos constitucionais" do ilustre sr. QUINTINO BOCAIUVA, e passarão facilmente de exceção a regra, até que, afinal, o país se habitue a viver normalmente sob o despotismo do estado de sítio, última definição da *república* nas *repúblicas* espanholas.

Uma consciência perante a qual se desenha com essa nitidez a ruína da liberdade e da pátria por evolução orgânica e resultado fatal de certa e determinada teoria não pode hesitar jamais em sobrepor a todos os interesses o de combatê-la. Por isso o fiz em 1892 e em 1898, sem embargo de que hoje, como então, o sacrifício dos meus sentimentos às minhas convicções aproveitasse imediatamente a adversários meus.

Escrevendo para juristas, numa revista jurídica, não perderei tempo em rebater a nota de *incoerência* ultimamente descoberta entre a minha indignação contra o atentado de novembro e a minha oposição ao abuso de março. O atentado de novembro não investia o poder executivo, para castigar os criminosos, ou os suspeitos, no arbítrio de violar a constituição republicana. Os crimes da ambição contra a humanidade não se abafam com as violências do poder contra a lei. Se quatro anos de ditadura não tivessem mergulhado o país na anarquia, e embotado aos partidos a consciência moral, não passaria jamais pela

mente a homens políticos a veleidade atroz do assalto à presidência da república pelo punhal. Foi a ilegalidade habitual, a fraude oficial do direito, a sofisteria crônica dos constitucionalistas cortezãos o que nos rebaixou a êsse extremo vilipêndio. Logo, sair da lei, para pôr diques a essa desgraça, era agravar-lhe as causas. Incongruentes, pois, são os que, a pretexto do código penal, rompem a constituição. É desrespeitando-a que se fomentam e exculpam as reações bárbaras. Pugnando pelas formas liberais dela, não penetrei no domínio da justiça criminal, não inocentei culpados: reivindiquei apenas a integridade das garantias constitucionais, cuja solidez inteira molda o processo, e limita a vontade do poder.

Chamam a isto, entre nós, preocupação de justiça. Será. Os ingleses e anglo-americanos gabam-se de ser uma raça de juristas, e a êsse bendito efeito da sua seleção histórica atribuem o segredo prático de sua liberdade.

Não entendemos nós disso; porque, neste país, a consciência jurídica, como as outras denominações da consciência, não passa, entre os homens políticos, de um artigo de guarda-roupa. Veste-se para obsequiar os amigos; porque, para tratar antagonistas, o que nos serve, é o arco e a zagaia.

Assemelhamo-nos aos nossos parentes de raça em França, a cujo respeito escrevia um dos seus mais hábeis publicistas: "As tradições do antigo regime, mormente as de tempos revolucionários, as paixões, que nos agitam, e as nossas recíprocas prevenções não nos deixaram, até agora, imbuir nesse ódio vigoroso das medidas arbitrárias, que se observa entre os demais povos livres. Não nos indignam bastante os atos ilegais. Encaramo-los antes segundo o

nosso conceito da pessoa ofendida pela autoridade que segundo o do ato de arbítrio em si mesmo. À violação das leis, entretanto, é que cumpria olhar; porque essa violação entende com a principal garantia da ordem pública e da segurança individual. *Pouco importa que o sujeito seja, ou não, estimável*, que sejam análogas, ou opostas às nossas as suas opiniões políticas: é ilegal o ato da autoridade? eis o que releva considerar, denunciar, e punir." (1)

Escarneçam embora da minha *idolatria jurídica*. É um depreciativo natural o remoque, em que almas céticas e povos descritos vasam o seu desprezo pelo culto, que os povos e almas livres renderam sempre à justiça. Aquêles, que só dobram a fronte a Deus, sentem por isso mesmo, orgulho em a inclinar à lei. As nações incapazes de espiritualidade e, portanto, de entusiasmo, de sacrifício, de grandeza não compreendem o sublime sentimento, que, para nos emancipar do homem, nos submete à regra. Vivem, embrutecidas e agitadas, num mundo de ídolos, desde o da mentira constitucional, que as desvanece, até os dos tiranos de dois dias, que as feitorizam. Cada indivíduo, que passa pelo poder, é para elas, um fotóque japonês; e, como o único estôrvo a essas apoteoses está no princípio do direito vigilante em algumas consciências, mandam acusá-las de idólatras, por não quererem suplantar a norma jurídica ao capricho dos faxeques.

É uma *idolatria* a religião da lei, a religião da justiça? Mas então por que não existe nas raças inferiores? por que não existe senão nas grandes raças, que honram o gênero humano?

(1) DUVERGIER DE HAURANNE: *De l'ordre légal en France et des abus d' autorité* (1826), vol. I, pág. 121.

Já o gênio grego, nos poemas longínquos de HESÍODO, cantando a gênese do cosmos, a origem dos deuses e dos dias, celebrava a justiça, pela qual as nações medram e florescem, os homens se multiplicam, a guerra se afujenta, não se conhece a fome, a opulência se derrama na alegria e na paz, os carvalhais se cobrem de frutos, os rebanhos de lã, o solo de dádivas infinitas. (1) Os próprios imortais veneram a virgem filha de Zeus, predileta do Padre, implacável no castigo aos povos que a ofendem com a prepotência e a iniquidade. (2) Nunca se avizinha tanto dos céus essa filosofia maravilhosa, que deu a provar a Helas a ambrosia do Olimpo, como quando sagra a sua eloquência na idéia da lei, sublimada por DEMÓSTENES (3) como "invento e benefício divino", por CRÍSPO como a rainha de tôdas as coisas divinas e humanas, por SÓCRATES com o testemunho heróico do seu martírio, rejeitando a salvação pela fuga, para não faltar com a reverência à santidade dos julgados. "Crês tu", dizia êle a CRITO, fitando serenamente a taça da morte "que se possa reger um Estado, onde se infrinjam e burlem as sentenças dos tribunais?" Mais tarde, em Roma, CÍCERO, filiando o direito à essência divina, "*orta est lex simul cum mente divina*" (4), a proclamou o fundamento da nossa liberdade, ensinando à soberba dos romanos que o homem livre é o servo da lei. "...*multo esse indignius, in ea civitate, quae legibus tenentur, discedi a legibus. Hoc enim vinculum est hujus dignitatis, qua fruimur in republica; hoc fundamentum libertatis, hic fons aequitatis: mens et ani-*

(1) *Obras e Dias*, v. 224-35.

(2) *Ib.*, v. 254-60.

(3) *Contra Aristógiton*.

(4) *De legibus* II, 4.

mus et consilium et sententia civitatis posita est in legibus. Ut corpora nostra sine mente, sic civitas sine lege, suis partibus, ut nervis ac sanguine et membris, uti non potest. Legum ministri, magistratus; legum interpretes, iudices: legum denique idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus." (1) E nos tempos modernos a maior, a mais forte, a mais sã, a mais útil das famílias humanas fêz de tôda a sua constituição a mecânica política da justiça, a cuja magnificência DAVID HUME entoou um hino incomparável, que a prole saxônia da América do Norte podia repetir com vantagem: "Todo o nosso sistema político e cada um dos seus órgãos, o exército, a marinha, as duas câmaras, isso tudo é apenas um meio de chegar a um só fim: o de assegurar a independência aos doze juizes de Inglaterra". (2)

Êsse o Antigo e Novo Testamento do meu culto pela justiça. Deixem-me, pois, com ela. Idolatria não pode ser; porque não venera falsos numes. Latria será; porque, se alguma coisa divina existe entre os homens, é a justiça. Nisto se compendiam tôdas as minhas crenças políticas. De tôdas elas essa é o centro. Como o publicista inglês, creio que os governos não se organizaram, senão sobretudo para assegurar aos povos a justiça. Como o orador romano, creio que a liberdade se não pode realizar, senão pela justiça. Como o filósofo grego, creio que não há outro freio para os povos além da justiça. Como o poeta

(1) CÍCERO: *Pro Cluentio*, c. 53.

(2) *Essays*, V: *The origin of government*. — No mesmo sentido lord BROUGHAM: «In my mind he was guilty of no error, he was chargeable of no exaggeration, he was betrayed by his fancy into no metaphor, who once said that all we see about us, King, Lords, and Commons, the whole machinery of the State, all the apparatus of the system and its varied workings, end in simply bringing twelve good men into a box».

da cosmogonia helênica, tenho a fé religiosa de que da justiça borbota a prosperidade das nações. Elas não precisam de outra coisa, para ser independentes, para ser fortes, para ser ricas, para ser grandes. As que medram, as que se opulentam, as que dominam, as que não se escravizam entre as outras, são as possuídas do instinto exprimido pela filosofia antiga na tese de que a humanidade nasceu para a justiça, *nos ad justitiam natos esse*. (1) Mas, para que a justiça venha a ser essa força, êsse elemento de pureza, êsse princípio de estabilidade, é preciso que não se misture com as paixões da rua, ou as paixões dos governos, e seja a justiça isenta, a justiça impassível, a soberana justiça, a congênita em nós, entre os sentimentos sublimes, à religião e à verdade: *quod non opinio genuit, sed quaedam innata vis inseruit, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem*.

Isso não querem, no Brasil, facções, nem governos, para os quais a justiça há-de ser a franca-tripa de interesses oficiais. A idolatria dêsses é o que lhes serve. E, por isso, quando escolhem maus juizes, quando mandam enxovalhar tribunais, quando corrompem a jurisprudência, quando se revoltam contra os julgados, quando convertem os atentados em arestos e os opressores em oráculos, ainda falam em *justiça*, que também querem, porque "também há a justiça turca."

Nova Friburgo, 10 de maio de 1898.

RUI BARBOSA.

(1) CÍCERO: *De legibus* I, 10.

HABEAS-CORPUS N.º 1.063

ACÓRDÃO DE 26 DE MARÇO DE 1898

É negada a ordem impetrada em favor dos presos políticos desterrados na Ilha de Fernando de Noronha, durante o estado de sítio.

Só o Congresso compete o exame das providências tomadas pelo chefe do Poder Executivo durante o estado de sítio.

Os efeitos do estado de sítio não cessam com relação às pessoas que por elle foram atingidas, senão depois de haver o Congresso tomado conhecimento dos atos praticados pelo chefe do Poder Executivo.

A inobservância dos preceitos que regulam a aplicação das medidas discricionárias de que pode usar o Presidente da República durante o estado de sítio, autoriza a intervenção do Poder Judiciário.

Vistos, expostos e discutidos os presentes autos de *habeas-corpus*, em que é impetrante o advogado senador Rui Barbosa, e em que são pacientes os desterrados políticos senador João Cordeiro, deputados Alcindo Guanabara, Alexandre José Barbosa Lima, major Tomás Cavalcanti de Albuquerque, Frederico de Sant'Ana Neri e José de Albuquerque Maranhão.

Alega o impetrante: que os pacientes foram presos e desterrados durante o estado de sítio ultimamente estabelecido; que essa medida de exceção, por decreto do governo, terminou em 23 de fevereiro próximo passado; que, sem embargo, continuaram os pacientes a permanecer no lugar destinado para o seu desterro; mas, que os efeitos do estado de sítio não se podem estender além da sua cessão, e que, por-

tanto, os pacientes estão sofrendo constrangimento ilegal em suas liberdades; que a jurisprudência adotada pelo Supremo Tribunal, quanto às conseqüências dos atos praticados em estado de sítio, não pode continuar a vigorar, que o acórdão de 27 de abril de 1892, que a consagrou, toldando a transparência do direito, foi um êrro judiciário e que assim deveria ser concedida aos pacientes a soltura impetrada.

Mas, atendendo que tôdas as constituições dos povos livres ao mesmo tempo que proclamam regras garantidoras das liberdades individuais, autorizam também o estabelecimento de certas exceções pela indeclinável necessidade da salvação da ordem social, não se pode deixar de reconhecer, que perfeitamente jurídica é a doutrina firmada por êste Tribunal, de que só ao Congresso compete o exame das providências tomadas pelo chefe do Poder Executivo, durante o estado de sítio. (Acórdãos de 27 de abril de 1892, e de 1 de setembro de 1894).

E esta proposição evidentemente ressalta das disposições dos arts. 34 n. 21 e 80, § 3º do novo Estatuto Político, que assim se exprime: «compete privativamente ao Congresso aprovar ou suspender o sítio que houver sido declarado pelo Executivo ou seus agentes responsáveis. Logo que se reunir o Congresso, o presidente da República lhe relatará, motivando-as, as medidas de exceção que houverem sido tomadas».

Por conseguinte, se ao Congresso é que privativamente assiste a atribuição para conhecer de tais medidas que se resumem «na detenção em lugar não destinado aos réus de crimes comuns» e no destêrro para outros sítios do território nacional, claro está que não cabe ao Poder Judiciário, sem violência ao sentido natural dessas palavras, apreciar semelhantes atos, até que o Congresso tenha sobre êles manifestado o seu juízo político.

E nem a circunstância de acharem-se vinculados direitos individuais às medidas que empregou o chefe do poder executivo para salvar o prestígio da lei e garantir a ordem pú-

blica, habilita o poder judiciário a intervir, por ser impossível separar êsses direitos da questão política.

Esta é a única interpretação que se adapta ao nosso direito constitucional, que não permite ao poder judiciário dilatar a esfera da sua jurisdição para se imiscuir nas funções políticas do presidente da república.

Assim, firmado este princípio, segue-se o seu consectário de que os efeitos do estado de sítio não se extinguem, com relação às pessoas que por êle foram atingidas, senão depois que o Congresso conhecer dos atos praticados pelo chefe do poder executivo.

E esta doutrina, de que os efeitos do estado de sítio, não desaparecem com a sua terminação, encontra-se também escrita na legislação de muitos países, e entre êles: a França republicana, que incorporou na lei de 3 de abril de 1878 o mesmo princípio da lei de 9 de agosto de 1849 que preceitua:

«Levantado o estado de sítio, os tribunais militares continuarão a conhecer dos crimes e delitos, cujos processos lhes tenham sido conferidos»;

A Constituição do Equador, em seu art. 60, § 21, igualmente prescreve que os presos sejam submetidos aos tribunais militares, ainda que tenha cessado o estado de sítio. (*)

Nos Estados Unidos da América do Norte a lei de 5 de fevereiro de 1867 proíbe ao poder judiciário conceder *habeas corpus* aos cidadãos que se tenham envolvido na rebelião.

E depois, seria contrário à índole do estado de sítio, medida mais de caráter preventivo do que repressivo, que fôsse

(*) A publicação oficial: *Supremo Tribunal Federal — JURISPRUDÊNCIA — Acórdãos anexos ao relatório apresentado pelo Presidente do Tribunal e proferidas em 1898* — Rio, 1900, pág. 13, diverge nesse lance do original nos autos e da publicação no *Diário Oficial*. Eis a versão daquela coleção:

«A constituição do Equador, em seu art. 61, n. 27, igualmente prescreve que os presos sejam submetidos aos tribunais militares, ainda que tenha cessado o Estado de sítio. (A. ALCORTA: *Las garantías constitucionales*, última edição, págs. 171 e 172).» (N. R.)

lícito por meio do *habeas-corpus* anular os atos que praticou o presidente da República, em bem do interesse e defesa social.

Neste caso, observa, então o impetrante, — prorrogue-se o estado de sítio e não se suspenda a constituição para uma ou mais pessoas.

Ora, não precisa grande esforço de raciocínio para desde logo se condenar um sistema que exige das liberdades públicas tão grande sacrificio, e que impõe às instituições democráticas o seu descrédito com a permanência do estado de sítio.

E não se objete, que também a doutrina deste tribunal deixa ao desamparo as liberdades individuais.

Em face do nosso atual regimen, é indiscutível a competência do poder judiciário federal para manter a inviolabilidade da Constituição, que não pode ficar à mercê dos dous órgãos da soberania nacional.

Assim, pois, se as medidas discricionárias do presidente da República, durante o estado de sítio, têm os seus limites no pacto fundamental, que da mesma sorte indica, nesta grave emergência da vida social qual o procedimento que compete ao Congresso, é manifesto que a inobservância de tais preceitos abrirá espaço à intervenção do poder judiciário.

Acórdam, por estes fundamentos, negar a impetrada ordem de soltura. Paguem-se as custas.

Supremo Tribunal Federal, 26 de março de 1898. — Aquino e Castro, presidente. — Bernardino Ferreira, relator. — Manuel Murtinho, vencido. Parece-me que o Tribunal, desde que resolveu expedir ordem para o comparecimento dos pacientes e que se requisitasse do Govêrno Federal a necessária informação, implícita e virtualmente firmou sua competência para conhecer do fato sobre que versava o pedido de *habeas-corpus*. O Regimento Interno do mesmo Tribunal, que tem força de lei, visto como foi aprovado pelo art. 85 da lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, estabelecendo a norma

de processo de *habeas-corpus*. prescreve no art. 65, § 2º, que o primeiro ato que deve praticar o relator de uma petição de *habeas-corpus* é examinar se a espécie é da competência do Tribunal, e no § 3º determina expressamente que o Tribunal se declare incompetente para conceder a ordem impetrada, se o pedido não estiver compreendido entre os casos nos quais o direito vigente autoriza aquela concessão.

É evidente, pois, em face das citadas disposições, que o processo originário do *habeas-corpus* perante o Supremo Tribunal Federal inicia-se pela investigação da competência dêste para conhecer da espécie sujeita, e, só depois de apurada tal competência e de discutida também a matéria da petição, é que se resolve sôbre a expedição da ordem requerida (§ 4º do cit. art. 65).

A concessão, portanto, de *habeas-corpus*, mesmo no que se chama a sua primeira fase, pressupõe que a competência do Tribunal para prover com êsse remédio judiciário é um ponto líquido, incontroverso e definitivamente decidido.

Se o Tribunal se considera incompetente para conhecer do constrangimento ou ameaça de constrangimento ilegal que constitui o objeto do *habeas-corpus*, deve repelir *in limine* o respectivo pedido, não tomando dêle conhecimento.

Entretanto, assim não se procedeu na espécie dos autos.

Quando pela primeira vez, submetido à discussão o requerimento de *habeas-corpus* em favor dos pacientes, a única questão de incompetência que se suscitou e resolveu foi baseada:

1º, no fato de ser originário o pedido e não tratar-se de caso algum dos previstos no art. 23 princ., da lei nº 221, de 1894;

2º, em haver, entre os pacientes, militares, tratar-se de medida coativa imposta por autoridade militar como é o Presidente da República, considerado comandante em chefe das forças de terra e mar; tendo o Tribunal rejeitado a preliminar

estabelecida sobre tais fundamentos, afirmando de modo categórico sua competência.

Então, que era ocasião oportuna, ninguém averbou o Tribunal de incompetente por versar o pedido de *habeas-corpus* sobre uma medida das autorizadas pelo art. 80, § 2º, da Constituição Federal e tomada pelo Poder Executivo durante o estado de sítio, e, como tal, alheia à apreciação do Poder Judiciário antes de pronunciar-se a respeito dela o Congresso Nacional, *ex-vi* do disposto no § 3º do supracitado art. 80.

E, no entanto, o § 3º do art. 65 do Regimento Interno do Tribunal cogita expressamente da hipótese de intentar-se o *habeas-corpus* contra medida de repressão facultada pelo art. 80 da Constituição — enquanto perdura o estado de sítio — mandando, em tal caso, que o Tribunal se declare incompetente, pelo que, se assim não se julgou, foi porque o Tribunal entendeu em sua sabedoria, e a meu ver perfeitamente bem, que, embora o desterro dos pacientes fôsse decretado na vigência do estado de sítio, tendo todavia, cessado êste, restabelecera-se a competência da justiça federal para intervir com o remédio do *habeas-corpus*, se porventura viesse a reconhecer que dava-se na espécie verdadeiro constrangimento ilegal.

Firmada de tal sorte a competência do Tribunal para conceder a ordem de *habeas-corpus* impetrada, não podia êle, sem incorrer em flagrante incoerência, proclamar-se incompetente no ato da decisão definitiva, sob pretexto de escapar a seu exame jurisdicional qualquer medida de repressão das autorizadas pelo art. 80, § 2º, da Constituição, antes do julgamento político do Congresso.

Diversamente, e mantendo perfeita coerência, procedeu o Tribunal, em abril de 1892, pois, então, reconhecendo-se incompetente pelo mesmo fundamento agora invocado, negou *in limine* a ordem de *habeas-corpus*, como se verifica d'O *Direito*, vol. 58, págs. 302 e 451.

Convém ainda consignar aqui, por pertencer ao histórico da primeira fase dêste *habeas-corpus*, que, tratando-se na mesma sessão de um pedido idêntico, visto versar sobre o destêrro político de um dos pacientes, o respectivo relator o Sr. ministro Pisa e Almeida, aduziu, como um dos fundamentos pelos quais opinava pela concessão da ordem de *habeas-corpus* impetrada, a doutrina de que, cessado o estado de sítio, devem cessar tôdas as medidas repressivas autorizadas na vigência dêle pela Constituição, — e êsse fundamento, foi adotado, assim na discussão, como na votação, uma vez que nenhum julgador contestou-o e nem pôs-lhe qualquer restrição, tanto que a ordem foi concedida unânimemente, ampliando-se esta decisão à petição de que rezam êstes autos por ser perfeitamente idêntica a matéria.

Assim, pois, o Tribunal não limitou-se então a afirmar sua competência; foi além; deixando entrever, senão manifestando prêviamente qual seria sua decisão definitiva, visto como, quem admite o princípio de que com o estado de sítio devem desaparecer as medidas de repressão constitucionalmente tomadas durante êle, tem, *ipso facto*, reconhecido que o destêrro político, mantido após a expiração daquele regimen excepcional, tornou-se um ato inconstitucional, e, portanto, causa a quem o sofre um constrangimento ilegal, para o qual o remédio judiciário é a plena concessão de *habeas-corpus*.

Além do exposto, ainda a extemporânea incompetência do Tribunal assenta em uma deplorável confusão de idéias. A função do Congresso Nacional, estatuída no art. 80, § 3º, da Constituição Federal, em nada implica com a esfera de ação própria do Poder Judiciário.

Da declaração do estado de sítio pelo Presidente da República, bem como da conveniência das medidas constitucionais por êste tomadas na vigência daquele, sòmente pode conhecer o Congresso, constituindo o exercício de tal atribuição

um verdadeiro julgamento político, no qual não pode e nem deve imiscuir-se a justiça, conforme os bons princípios inerentes à nossa forma de governo.

Cessado, entretanto, o sítio, e restabelecida com as garantias constitucionais a plenitude das funções judiciárias, se a justiça federal, legitimamente provocada, depara com uma prisão, com um destêrro ordenado pelo Governo, como tais medidas sòmente são permitidas pela lei fundamental durante o estado de sítio, não pode a mesma justiça deixar de proclamá-las inconstitucionais na atualidade (embora fòssem justificáveis quando se decretaram, pois disso julgará o Congresso), e conseqüentemente ocasionarem aos que as sofrem coação ilegal, socorrendo os pacientes com a tutelar providência do *habeas-corpus*.

Quanto ao argumento, que chamarei *ad terrorem*, invocado na discussão e consistente no perigo de reproduzir-se a comoção intestina se o Poder Judiciário, levantado o estado de sítio, cassar as medidas de repressão anteriormente tomadas, tem êle mais de especioso que de real.

Se o Poder Executivo, a quem, na ausência do Congresso, cabe declarar o estado de sítio, depois de decretá-lo por tempo determinado, abstém-se de prorrogá-lo ainda, é porque entende que está plenamente conjurado o perigo que corria a Pátria, sem probabilidade alguma de reprodução, e, portanto, não necessita mais das medidas excepcionais autorizadas para aquêlê fim.

E, não há de ser quando o Governo Federal confessa assim solenemente que não precisa de medidas de repressão, que o Poder Judiciário, que não tem, como o Executivo, a missão direta de manter a ordem e a paz públicas, renegará seu elevado papel de protetor dos direitos individuais, sustentando a todo transe medidas opressoras da liberdade, não reclamadas pela salvação do país !

Em conclusão, entendendo eu que o próprio Tribunal firmou de modo irretratável sua competência para conhecer da matéria da petição de *habeas-corpus* quando resolveu conceder a respectiva ordem, e, por outro lado, que o destêrro político, cessado o estado de sítio durante o qual é sòmente autorizado pela nossa lei fundamental, degenera em medida inconstitucional, e, como tal, importa uma coação ilegal, votei pela plena concessão do *habeas-corpus*, para que fòssem os pacientes imediatamente postos em liberdade. — *Ribeiro de Almeida*. — *André Cavalcanti*. — *Augusto Olinto*. — *Pindaíba de Matos*. — *Macedo Soares*, vencido, pelas razões já desenvolvidas no *habeas-corpus* nº 1.060 e outros. — *Hermínio do Espírito Santo*, vencido, votei pela soltura dos impetrantes, de acòrdo com as razões de direito, com que lúcida-mente motivou seu voto o Sr. ministro Murtinho. E, quando tais motivos não procedessem, e a verdadeira doutrina constitucional estivesse consagrada no acórdão, era de rigorosa justiça o provimento do recurso, porque evidenciou-se dos autos, averiguou-se das provas produzidas perante o Tribunal, que eram os impetrantes vítimas de constrangimento ilegal, de parte do Govêrno, que os conservava não em simples prisão, não mantendo destêrro para êles, como permite a Constituição, mas em uma ilha, guardados por um vaso de guerra, (*) o que constitui verdadeiro degrêdo, mais rigoroso do que o estatuído como pena, no antigo Código Criminal de 1830. Assim, com violação da Constituição, sofrem os impetrantes degrêdo, sob a denominação de destêrro, e ao mesmo tempo prisão; ainda mais: a promiscuidade com os réus de crimes comuns, que cumprem pena no presidio de Fernando de Noronha, onde se acham *desterrados* os impetrantes, agrava-lhes a sorte, constituindo mais uma infração da Constituição, e para mim motivo suficiente, e justificativo

(*) Cruzador *Andrada*, comandado pelo Cap. Frag. João Batista das Neves. — (N. R.)

para o provimento do recurso, ainda mesmo na vigência do estado de sítio, que não autoriza, por certo, arbítrio pleno ao Executivo; ao contrário, medidas restritas em relação à repressão contra as pessoas foram cautelosamente estatuídas no art. 80, § 2º da Constituição.

Pereira Franco, vencido, de acôrdo com o voto supra do Sr. ministro Murtinho.

HABEAS-CORPUS Nº 1.073

ACÓRDÃO DE 16 DE ABRIL DE 1898

E' concedida a impetrada ordem de *habeas-corpus*, para que cesse o constrangimento ilegal em que se acham os pacientes. As imunidades parlamentares não se suspendem com o estado de sítio. Cessam com o estado de sítio tôdas as medidas de repressão durante êle tomadas pelo Executivo. A atribuição judiciária de conhecer de tais medidas, findo o sítio, não é excluída pela do Congresso para o julgamento político dos agentes do Executivo. O destêrro, de que trata o art. 80, § 2º, nº 2, da Constituição, não pode ser para sítio do território nacional destinado a réus de crimes comuns.

Vistos, expostos e discutidos êstes autos de *habeas-corpus*, requerido pelos advogados Drs. Joaquim da Costa Barradas, José Cândido de Albuquerque Melo Matos e João Damasceno Pinto de Mendonça, em favor dos pacientes senador João Cordeiro, deputados Alcindo Guanabara e Alexandre José Barbosa Lima e major Tomás Cavalcanti de Albuquerque, primeiramente detidos e depois desterrados para a ilha de Fernando de Noronha, por decreto de 21 de janeiro do corrente ano, do Presidente da República, usando da faculdade que lhe confere o art. 80, § 2º, nº 2, da Constituição Federal, como no citado decreto se declara; e

Considerando que um dos pacientes é senador e dous são deputados, e que os deputados e senadores, desde que tiverem recebido diploma até à nova eleição, não poderão ser

presos senão no caso de flagrância em crime inafiançável (*Const.*, art. 20);

Considerando que a prisão de nenhum desses três pacientes se realizou em tais condições;

Considerando que a imunidade, inerente à função de legislar, importa essencialmente a autonomia e independência do poder legislativo, de sorte que não pode estar incluída entre as garantias constitucionais que o estado de sítio suspende, nos termos do art. 80, da Constituição, pois de outro modo, se ao poder executivo fôsse lícito arredar de suas cadeiras deputados e senadores, ficaria à mercê de seu arbítrio, e, por isso mesmo, anulada a independência desse outro poder político, órgão, como êle, da soberania nacional (*Const.*, art. 15), e o estado de sítio, cujo fim é defender a autoridade e livre funcionamento dos poderes constituídos, converter-se-ia em meio de opressão, senão de destruição de um deles (sentença, de 15 de setembro de 1893, da Suprema Corte Argentina, no recurso de *habeas-corpus* do senador Além);

Considerando mais que os pacientes foram presos e deterrados durante o estado de sítio declarado pelo decreto legislativo nº 456 de 12 de novembro de 1897, e prorrogado pelos decretos do poder executivo nº 2.737 de 11 de dezembro do mesmo ano, e nº 2.810 de 31 de janeiro deste ano, ocorrendo até que os pacientes deputados Alcindo Guanabara e Barbosa Lima foram presos antes de publicado o decreto legislativo, que declarou o sítio;

Considerando que com a cessação do estado de sítio cessam tôdas as medidas de repressão durante êle tomadas pelo poder executivo, porquanto:

1º essa extrema medida, medida de alta polícia repressiva, só pode ser decretada *por tempo determinado* (*Const.*, art. 80) e fôra dar-lhe duração indeterminada o prorrogar-lhe os efeitos além do prazo prefixado no decreto que restabelece;

2º absurdo seria subsistirem as medidas repressivas, sòmente autorizadas pelas exigências da segurança da república, que determinam a declaração do sítio, quando tais exigências têm cessado pelo desaparecimento da agressão estrangeira, ou da comoção intestina, que as produziram, pois seria a sobrevivência de um efeito já sem causa, e certo é, na hipótese ocorrente, que a comoção interna, motivo do decreto legislativo de 12 de novembro do ano passado e dos decretos do poder executivo que o prorrogaram, desde muito terminou, pois desde 23 de fevereiro cessou o estado de sítio que a atestava, e pois, com êle, não podiam deixar de cessar as medidas de exceção que só ela legitimava;

3º outro e não menor absurdo seria que pudessem durar indefinidamente medidas transitórias de repressão deixadas ao arbítrio do poder executivo, quando nas próprias penas, impostas pelo judiciário, com tôdas as formas tutelares do processo, é requisito substancial a determinação do tempo que hão de durar (RUI BARBOSA, *O Estado de sítio*, pág. 178);

4º já a Constituição do império, no art. 179, § 35, dispunha que nos casos de rebelião ou invasão de inimigo, pedindo a segurança do Estado que se dispensassem por tempo determinado algumas das formalidades que garantiam a liberdade individual, poder-se-ia fazer por ato especial do poder legislativo; não se achando, porém, a êsse tempo reunida a assembléia, e correndo a pátria perigo iminente, poderia o govêrno exercer esta mesma providência, como medida provisória e indispensável, *suspendendo-a imediatamente que cessasse a necessidade urgente que a motivava*. E leis posteriores — a de 22 de setembro de 1835, que suspendeu no Pará por espaço de seis meses, a contar da data de sua publicação naquela província, os §§ 6º a 10º do art. 179 da Constituição, para que pudesse o govêrno autorizar o presidente da

referida província «para mandar prender sem culpa formada e poder conservar em prisão, sem sujeitar a processo durante o dito espaço de seis meses, os indiciados em qualquer dos crimes de resistência, conspiração, sedição, rebelião e homicídio», a de 11 de outubro de 1836, prorrogada pela de 12 de outubro de 1837, e o decreto do poder executivo de 29 de março de 1841, prorrogado pelo de 14 de maio de 1842, suspendendo as garantias no Rio Grande do Sul, e o de 17 de maio de 1842, suspendendo-as em S. Paulo e Minas Geraes — tôdas declaram terminantemente que a faculdade, que tem o govêrno para mandar prender e conservar em prisão um cidadão sem ser sujeito a processo, é sômente durante o tempo da suspensão de garantias, que deve necessariamente ser fixo e determinado (voto vencido do Sr. Pisa e Almeida no acórdão dêste tribunal de 27 de abril de 1892);

5º o próprio regimento interno do tribunal, no art. 65, § 3º, consagra esta doutrina, quando dispõe que o tribunal se declarará incompetente para conceder a ordem de *habeas-corpus* se se tratar de medida de repressão autorizada pelo art. 80 da Constituição, *enquanto perdurar o estado de sítio*;

Considerando mais que a esta interpretação do ponto constitucional não obsta a atribuição privativamente conferida ao congresso nacional, no art. 34, nº 21, da Constituição, para aprovar ou suspender o sítio que houver sido declarado pelo poder executivo, na ausência dêle, e, no art. 80, § 3º, para conhecer das medidas de exceção que houverem sido tomadas e que o presidente da república lhe relatará, pois tal atribuição, para o único efeito de decretar-se, ou não, a responsabilidade dos agentes do poder executivo (lei de 8 de janeiro de 1892, art. 33), não exclui a competência do judiciário senão para êsse julgamento político, que não para o diverso efeito de amparar e restabelecer os direitos individuais que tais medidas hajam violado, quando delas venha regularmente a conhecer por via de pedido de *habeas-corpus*;

Considerando que a ação judiciária, suspensa durante o estado de sítio para o *habeas-corpus* em relação aos atingidos pelos efeitos do mesmo sítio, como suspensas estão ou podem estar, tôdas as garantias individuais, com elas se restabelece e revigora pela cessação daquele estado excepcional e transitório;

Considerando que, se a garantia do *habeas-corpus* houvesse de ficar suspensa enquanto o estado de sítio não passasse pelo julgamento político do congresso, e de tal julgamento ficasse dependendo o restabelecimento do direito individual ofendido pelas medidas de repressão empregadas pelo govêrno no decurso daquele período de suspensão de garantias, indefesa ficaria por indeterminado tempo a própria liberdade individual e mutilada a mais nobre função tutelar do poder judiciário, além de que se abriria abundante fonte de conflitos, entre êle e o congresso nacional, vindo a ser êste, em última análise, quem *julgaria* os indivíduos atingidos pela repressão política do sítio, e os julgaria sem forma de processo e em fôro privilegiado não conhecido pela Constituição e pelas leis;

Considerando, finalmente, que os pacientes se acham desterrados para a ilha de Fernando de Noronha, hoje presídio do Estado de Pernambuco, criado pelo decreto de 6 de agosto de 1897, e, assim, para sítio do território nacional destinado a réus de crimes comuns, o que é contrário à Constituição, art. 80, § 2º, cumprindo que ao nº 2 dêsse parágrafo se estenda a cláusula benigna expressa no nº 1, por identidade de razão, que é evitar-se a promiscuidade dos réus de crimes políticos com os réus de crimes comuns:

Acórdam conceder a impetrada ordem de *habeas-corpus* para que cesse o constrangimento ilegal em que se acham os pacientes. Custas pela União.

Supremo Tribunal Federal, 16 de abril de 1898. *Aquino e Castro*, presidente. — *Lúcio de Mendonça*, relator desig-

nado. — João Barbalho. — Macedo Soares. E ainda por outros fundamentos, longamente desenvolvidos nos *habeas-corpus* ns. 1.036 (*) e 1.060, (**) aos quais só tenho que acrescentar o seguinte: — Não me atinge a censura de incoerente no voto agora proferido nos *habeas-corpus* oriundos do estado de sítio declarado pelo decreto de 12 de novembro de 1897, em confronto com os votos proferidos em 1892 e 1894, em matéria análoga. Nestes, entrei, com o Tribunal, no conhecimento dos efeitos do sítio, depois de levantado, porque os decretos de sítio expedidos durante o governo do marechal Floriano Peixoto estavam de perfeito acôrdo com a Constituição Federal, com a razão, com a verdade dos fatos, com as necessidades da salvação da República. O sítio, porém, decretado em 1897 e continuado até 23 de fevereiro último é inconstitucional, é irracional, é falso na afirmação dos fatos, é despótico: e assim não consulta o bem da Nação; ao contrário violando a Constituição Federal, cava a ruína da República, implantando nela uma ditadura, que nem sequer tem a justificativa de ser inteligente e patriótica. Por isso, deixei de apreciar os efeitos do Decreto 12 de novembro e dos que se lhe seguiram em dezembro e janeiro, os quais, ferindo de frente e ousadamente a Constituição da União, são nulos, e, como todos os atos nulos, desde a raiz, desde o início, nenhum efeito jurídico produzem. *Quod ab initio nullum est nullum in jure producit effectum.*

Nem igualmente tem procedência, nem sequer senso comum, a arguição feita ao Supremo Tribunal Federal por não

(*)

Habeas-Corpus nº 1.036

Impetrante: José de Medeiros Albuquerque.

Paciente: Fortunato de Campos Medeiros.

Julgado na sessão de 13 de novembro de 1897, foi negada a ordem, na conformidade do voto do Relator, Exmo. Sr. Ministro Barão de Pereira Franco, por se tratar de crime político com relação ao estado de sítio. Vencido o Exmo. Sr. Ministro Macedo Soares, que conclui pela competência do Judiciário para conhecer de pedido de *habeas corpus* pertinente a crime político. — (N. R.)

(**) V. P. 182 dêste tomo.

guardar coerência com os seus anteriores *acórdãos*, que a ignorância ou a má fé enfaticamente crisma de *arestos*, como se este ou qualquer outro tribunal pudesse formar e firmar arestos porque quer, como quer, ou quando quer. O aresto é um produto espontâneo, inconsciente, da elaboração mental de juizes que, nutridos de idéias e princípios, regras e pra-xes, anteriormente apreendidos, ou formados por estudos de ocasião, reúnem-se, concentram-se, acordam, sem concôrto prévio, no julgar *sempre da mesma maneira*, perpétua e semelhantemente, os casos submetidos ao seu conhecimento. É esse consenso espontâneo, não prevenido nem constrangido, não proposital, nem ocasional, insciente de acôrdo deliberado, o que constitui o *aresto*, cuja noção exata foi perfeitamente definida, há séculos, pelo jurisconsulto romano Callistratus, na L. 38 D. *de Legibus*: — *Nam Imperator noster Severus rescripsit: in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere.*

Eis aí o aresto: *res perpetuo similiter judicata*: o caso julgado sempre na mesma conformidade. Ora, para o primeiro elemento do aresto, *perpetuo*, falta ao Supremo Tribunal Federal a idade; pois, tendo começado a funcionar em 1891, há sete anos apenas, só teve de decidir sôbre estado de sítio em três períodos, a saber: 1892, para reprimir a revolta chamada «dos treze generais»; 1894, para subjugar a revolta da armada, tendente à restauração da monarquia; 1897, para poder o chefe de policia fazer inquérito acêrca de crimes comuns cometidos nesta cidade em março e novembro (!). Bem poucos foram os *habeas-corpus* impetrados nessas três épocas e assim bem poucas as decisões do Tribunal, concedendo-os ou negando-os. Onde as *res perpetuo judicatae*, que tenham formado e firmado aresto? — Quanto ao elemento *similiter*, é tão raro dar-se uniformidade de opiniões em corpos coletivos, cujo pessoal constantemente se renova, que isto só explica a raridade dos arestos, isto é, das sentenças cuja autoridade obtenha força de lei e o grande número de

decisões que a não merecem por não serem uniformes. E cabe já aqui observar que em duas causas idênticas, entre as mesmas partes, patrocinadas pelos mesmos advogados, pode o juiz decidir em uma *sim* e na outra *não*, porque julga pelo alegado e provado. Ora, basta que em uma das causas tenha-se o patrono descuidado de dar a prova que exibiu na outra. E isto só espanta e escandaliza a ignorantes ou a malévolos.

O êrro, neste assunto, procede do falso pressuposto que o acórdão obriga aos juizes, quando só faz lei entre as partes litigantes. A minoria dos juizes, em um feito, não é obrigada a seguir, em feitos posteriores, o voto da maioria ali vencedora. Cada juiz traz para o Tribunal o «notável saber» jurídico que a Constituição, art. 56, exige para a sua nomeação pelo Presidente da República e confirmação pelo Senado. E muitas vêzes se tem visto que a minoria de hoje sustentando a verdadeira doutrina contra o grosseiro êrro da maioria, triunfa amanhã, e é o seu voto consagrado pelo Poder Legislativo, ou pela interpretação dos juriconsultos, ou por novos membros que o Tribunal adquire, mais sabedores ou melhor norteados. E é assim que se forma e firma a jurisprudência dos tribunais.

Acresce que, no nosso regímen judiciário, nem o aresto é obrigatório, nem tem fôrça compulsória. Pretender que meia dúzia de acórdãos, proferidos embora *perpetuo similiter*, ou unânimemente ou por maioria de votos, obriguem não só às partes, mas a terceiros, aos advogados, aos juizes que dissentiram ou que de novo chegam ao Tribunal, seria dar aos acórdãos o efeito dos *Assentos*, outrora tomados pela Casa da Suplicação e pelas Relações de Lisboa e Pôrto, e com fôrça de lei. É de notar, porém, que essa faculdade de tomar *Assentos*, concedida ao extinto Supremo Tribunal de Justiça pela L. de 23 de outubro de 1875, e de que êle jamais usou por julgá-la inconstitucional, pois transferia-lhe, contra a letra expressa da Constituição do Império, uma função privativa do Poder Legislativo (e já desde êsse tempo, existia

tribunal superior que resistia ao cumprimento de leis inconstitucionais) — essa faculdade, digo, de tomar Assentos não foi conferida ao Supremo Tribunal Federal, nem pelo Decreto da sua criação provisória, nº 848, de 11 de outubro de 1890, nem pela lei da sua criação definitiva, qual é a Constituição Federal.

No *habeas-corpus* nº 1.036, impetrado por J. de Medeiros e Albuquerque em favor do prêso político Fortunato de Campos Medeiros, publicado no *Diário Oficial* de 4 de fevereiro último, enumerei vários casos de regicídio e tentativa de regicídio (falta-nos ainda a palavra *presidentocídio*), na Europa e na América, nesta metade do século XIX, não seguidos de decretação de estado de sítio. E tão numerosos são êles que me não ocorreram então dous bem frisantes: Sadi Carnot, na França republicana, e Abdul-Aziz, na Turquia. Pouco antes ou logo depois da data dêsse acórdão, 13 de novembro de 1897, há que acrescentar o fuzilamento de Balta, presidente do Peru, a tentativa contra Cuestas, presidente provisório do Uruguai, o assassinato de Reyna Barrios, presidente de Guatemala, o atentado contra o general Porfírio Dias, contra o presidente eleito de Minas Gerais Dr. Silviano Brandão, etc. Não consta que êsses fatos tenham dado lugar a decretos de sítio. No Brasil, porém, onde aos Traseas foram sempre preferidos os Sejanos, decreta-se assédio, por ter um qualquer bispo tentado matar o chefe do Poder Executivo (foi o pretexto), e prolonga-se até as vésperas das eleições presidenciais; e durante êle, são perseguidos os homens mais eminentes do partido que sustenta a República... E querem que o Supremo Tribunal Federal seja cúmplice com tão insana ditadura, apoiando a continuação dos efeitos de um sítio inconstitucional e já de há muito declarado extinto pelo Poder Executivo.

É assim que tornam a República odiosa ao povo, que tão galharda e generosamente a acolheu, mas (o que é mais lamentável) já começa a descrer dela e a sentir saudades da monarquia. — Manuel Murtinho. — *H. do Espirito Santo*.

— *Pereira Franco.* — *Bernardino Ferreira.* Estou de inteiro acôrdo com a doutrina firmada por êste tribunal em o ano de 1892, de que só ao Congresso compete conhecer dos atos praticados durante o estado de sítio, pelo chefe do Poder Executivo.

Evidentemente esta proposição ressalta das disposições combinadas dos arts. 34, § 21 e 80, § 3º do nosso estatuto político, que assim se exprime: «Compete privativamente ao Congresso aprovar ou suspender o sítio, que houver sido declarado pelo Executivo ou seus agentes responsáveis. Logo que se reuna o Congresso, o Presidente da República lhe relatará, motivando-as, as medidas de exceção que houverem sido tomadas.»

Por conseguinte, se ao Congresso é que privativamente compete o exame de tais medidas, que se resumem «na detenção em lugares não destinados aos réus de crimes comuns», e no destêrro para outros sítios do território nacional, claro está que não pode o Poder Judiciário, sem violência ao sentido natural dessas palavras, conhecer de semelhantes atos até que o Congresso tenha sobre êles manifestado o seu juízo político.

Esta é a única interpretação que se adapta ao nosso direito Constitucional que não permite ao Poder Judiciário dilatar a esfera da sua jurisdição para se imiscuir na função governamental ou política do Presidente da República.

Assim estabelecido êste princípio, segue-se o seu connectário jurídico de que os efeitos do estado de sítio não se extinguem com relação às pessoas que por êles foram atingidas, senão depois que o Congresso conhecer dessas medidas, puramente preventivas, de que usou o chefe do Poder Executivo.

E esta doutrina, de que os efeitos do estado de sítio não desaparecem com a sua terminação, encontra-se também escrita na legislação de muitos países, entre êles: A França Republicana que incorporou na lei de 3 de abril de 1878 a mesma regra da lei de 9 de agosto de 1849, que preceitua:

«Levantado o estado de sítio, os tribunais militares continuam a conhecer dos crimes e delitos cujos processos lhes tenham sido conferidos.»

A Constituição do Equador, em seu art. 61, nº 7 igualmente prescreve que os presos sejam submetidos aos tribunais militares ainda que tenha cessado o estado de sítio: (ALCORTA: *Las garantías constitucionales*, última edição, págs. 171 e 172).

Nos Estados Unidos da América do Norte, a lei de 5 de fevereiro de 1867 proíbe ao Poder Judiciário conceder *habeas-corpus* aos cidadãos que se tenham envolvido na rebelião.

E depois, seria contrário à índole do estado de sítio, medida mais de caráter preventivo do que repressivo, que fôsse lícito por via de recurso de *habeas-corpus* anular os atos que praticou o Presidente da República em bem do interesse e defesa social.

Demonstrado como fica que os efeitos do estado de sítio não se extinguem com a sua cessação, resta-nos agora salientar que a doutrina que adotamos não deixa ao desamparo as liberdades individuais.

Em face de nosso atual régimen, é indiscutível a competência do Poder Judiciário Federal para manter a inviolabilidade da Constituição, que não pode flutuar à mercê dos caprichos dos dous outros órgãos da soberania nacional.

Assim, pois, se as medidas discricionárias do chefe do Poder Executivo, durante o estado de sítio, têm os seus limites na lei fundamental, que da mesma sorte indica nesta grave emergência da vida social qual o procedimento que assiste ao Congresso, é manifesto que a inobservância de tais preceitos abre espaço à intervenção do Poder Judiciário.

O estado de sítio não significa a suspensão de tôdas as garantias, mas tão somente daquelas que se acham mencionadas no art. 80, nº 2, da Constituição, e de cujo emprêgo o

Presidente da República «logo que se reuna o Congresso, motivando-as, lhe relatará».

Por conseguinte, tudo que fôr além de tais medidas dará então lugar a intervenção do Poder Judiciário, antes ou depois do juízo político do Congresso, por não se tratar mais de atos praticados dentro da órbita constitucional, porém de violência à liberdade individual, que tem no *habeas-corpus*, o meio legítimo de fazer cessar êsse constrangimento.

E nem seria admissível que, tendo o nosso estatuto político, por intuitiva precaução, restringido a ação do Poder Executivo, durante o estado de sítio, pretendesse condenar à inércia o Poder Judiciário Federal diante de quaisquer abusos que porventura se pudesse praticar à sombra dessas medidas de salvação pública.

Esta tem sido a jurisprudência assentada pela Côrte Suprema dos Estados Unidos da América do Norte, a cujas instituições precisamos sempre recorrer, porque por elas foi modelado o nosso atual regímen.

Com efeito, encontra-se também ali firmada a regra que o Poder Judiciário Federal tem competência para *in specie* conhecer da inconstitucionalidade das leis, exceto das que se originam das atribuições políticas confiadas pela Constituição aos órgãos da soberania nacional; sendo, a êste respeito, notável a sentença proferida pela Côrte Suprema no litígio levantado por um dos Estados que impugnou de inconstitucionais as leis de reconstrução do sul, votadas pelo Congresso no período de 1866 a 1867, em que o *chief justice* Chase declarou: «É verdade que a intervenção da Côrte Suprema é reclamada porque se pretende que as leis em questão são inconstitucionais, mas não podemos compreender como esta circunstância possa alterar o princípio que proíbe o Poder Judiciário de intervir nas funções políticas do Poder Executivo».

Entretanto, êste princípio foi depois modificado pela mesma Côrte Suprema em proteção à vida e à liberdade de

um cidadão do Estado da Indiana de nome Milligan, que durante o estado de sítio que apenas dá ao Govêrno o direito de prender, com justa causa, por tempo indeterminado, tinha sido julgado e condenado à morte por uma comissão militar.

Eis como ela decidiu: «As disposições constitucionais relativas à administração da justiça não podem deixar dúvida sobre o seu verdadeiro sentido. A Constituição afirma que, salvo o caso de acusação perante a câmara dos Representantes da Nação, todos os crimes devem ser julgados pelo Júri, e esta garantia foi mantida nas emendas à Constituição. Nestes termos nem o Presidente da República, nem o Congresso podia ordenar o estabelecimento de comissões militares».

E referindo-se a esta diversidade de jurisprudência, observa De Chabrun, um dos publicistas que melhor estudaram a organização judiciária dos Estados Unidos da América do Norte:

«Se é impossível estabelecer regras fixas entre as relações do Poder Executivo com o Poder Judiciário Federal, todavia, pode-se afirmar que a Côrte Suprema intervém sempre para proteger contra os atos do Executivo os direitos dos cidadãos que são garantidos pela Constituição.» (*Le Pouvoir Executif aux Etats Unis.*)

E isto basta para explicar e legitimar a doutrina que sustento e que de modo algum se opõe à coexistência harmônica dos poderes tão necessária à marcha regular das instituições democráticas.

Ora, atualmente alegam os pacientes que estão sofrendo constrangimento ilegal, porque foram desterrados para um sítio em que se acham os sentenciados em crimes comuns.

Verifica-se da justificação por êles junta aos presentes autos: que a ilha de Fernando de Noronha foi considerada presidio pelo decreto estadual de 6 de agosto de 1897, que ordenou que fôsse naquela ilha observado o decreto nº 9.356 de 10 de janeiro de 1885, que deu regulamento para o presi-

dio de Fernando de Noronha; que para ali são remetidos os condenados pela justiça local; e que finalmente, nesse presídio não se pode entrar sem licença do governador do Estado de Pernambuco.

Mas, o que cumpre agora indagar é se em virtude do art. 80, § 2º, nº 2, da Constituição, que genéricamente preceitua «durante o régimen de exceção poderá o Presidente da República *desterrar para outros sítios do território nacional*», está implicitamente compreendida a faculdade de se desterrar presos políticos para qualquer presídio destinado a cumprimento de pena dos réus condenados em crimes comuns.

Para resolver com maior segurança esta delicada questão, faz-se mister apreciar a relação íntima e científica que existe entre esta disposição e a de nº 1 do citado art. 80, que assim se exprime: «Durante o sítio, o Presidente da República *restringir-se-á nas medidas de repressão contra as pessoas a impor: a *detenção em lugar não designado aos réus de crimes comuns*.*»

Não precisa grande esforço de raciocínio para desde logo se divulgar que a permissão de desterrar, outorgada pelo nosso estatuto político ao Presidente da República está logicamente subordinada ao mesmo motivo de justiça e equidade, que não tolera que os presos políticos sofram a ignomínia de serem equíparados a êsses indivíduos criados e educados na escola do crime, e para os quais a sociedade tem o direito de exigir a reclusão.

E haveria sempre, pondera De Chassat, grande iniquidade em não proclamar a vontade da lei (*intentio legis*) só porque as palavras tomadas isoladamente não a exprimem: *Interprétation des lois*.

E não fôra assim, dar-se-ia margem a frustrar-se completamente o pensamento do legislador, porque, sob a denominação de desterro, seriam detidos em promiscuidade, e com os sentenciados em qualquer presídio do território nacional, os adversários políticos de uma situação dominante que du-

rante o regímen de exceção fôsem colhidos nas malhas da policia.

Portanto, sem formal transgressão do espirito da lei fundamental, não pode o Presidente da República arrogar-se o direito de desterrar a presos políticos para sítios destinados aos sentenciados em crimes comuns.

E o próprio Govêrno assim o reconheceu, porquanto, em sua primeira informação, aludindo à ilha de Fernando de Noronha, textualmente declara: «No caso sujeito, o lugar designado é um dos mais confortáveis pelas suas condições conhecidas, *não sendo para tomar em consideração o fato de ter servido de presídio de réus de crimes comuns*, porque não se ignora que a lei nº 226 de 3 de dezembro de 1894, mandou extinguir o dito presídio e retirar dali os presos existentes, o que já foi inteiramente executado.»

Verdade é que presentemente o Govêrno modifica essa sua informação dizendo que, pela lei nº 124, de 3 de julho de 1895, o Congresso do Estado de Pernambuco autorizou o respectivo governador a dividir metade da ilha de Fernando de Noronha em pequenos lotes de terra que deveriam ser arrendados, ficando a outra parte pertencendo à penitenciária.

E daí tira-se esta consequência: que a ilha de Fernando de Noronha, pã obstante a existência ali de um presídio, constitui uma parte do território nacional sujeita ao regímen legal.

Mas, esta segunda informação sugere a seguinte dúvida: onde se ergue na ilha a fronteira que separa o presídio do regímen legal?...

E sôbre êste ponto que diretamente interessa ao assunto, os esclarecimentos oficiais guardam silêncio.

Entretanto, sem embargo do muito respeito que me merece a palavra do Govêrno, não posso deixar de reconhecer que, do confronto dos documentos exhibidos, resulta que a ilha de Fernando de Noronha é um verdadeiro presídio.

E esta convicção ainda é fortalecida com o officio que em 28 de março do corrente anno, o governador do Estado de Pernambuco dirigiu a êste tribunal, e assim concebido: «Passo às vossas mãos a inclusa petição em que o sentenciado Hermenegildo Gomes da Silva, actualmente no presídio de Fernando de Noronha, em cumprimento de sentença, solicita dêsse tribunal a revisão de seu processo.»

Por êstes fundamentos concedi aos pacientes a imprudada ordem de soltura, visto o constrangimento que estão sofrendo não ser autorizado pela Constituição Federal. — *Ribeiro de Almeida*, vencido. Não aceito os considerandos e a conclusão do acórdão, pelas seguintes razões:

1ª Autorizando as medidas repressivas do art. 80, § 2º, a Constituição não as limitou às pessoas que não exercem mandato legislativo; e tal limitação tornaria illusórias as referidas medidas, desde que deputados ou senadores estejam envolvidos nos fatos que produziram a comoção intestina.

Esta interpretação adotada pelo Congresso, que approvou as prisões ordenadas durante o estado de sítio, no quadriênio presidencial findo, e mantidas depois de levantado o sítio, se conforma com a letra e o espirito da Constituição.

A figurada hipótese de abuso, por parte do presidente contra o Poder Legislativo, não dá competência ao tribunal para criar uma limitação, de que a Constituição não cogitou; nem foi fundamento bastante, nos Estados Unidos da América do Norte, para serem cercados os deputados e senadores de absoluta imunidade, pois ali elles podem ser presos por traição, felonía ou perturbação da paz pública, conforme a respectiva Constituição. (Sec. 6, nº 1.)

2ª No *habeas-corpus* nº 1.063 se decidiu, em 26 de março próximo passado, que o destêrro dos pacientes não cessou, em consequência do levantamento do estado de sítio; e o mesmo fato — levantamento do estado de sítio — não dá direito aos mesmos pacientes a segundo *habeas-corpus*; seria violação do caso julgado. Se a êsse respeito não temos juris-

prudência assentada, é caso de se recorrer à dos tribunais dos Estados Unidos da América do Norte, onde não se admite segundo *habeas-corpus*, quando os fatos alegados são os mesmos. Fundado em decisões judiciais, diz Church (*On habeas-corpus*, § 369): «*While the decision on a writ of habeas-corpus, independently of statutory provisions is not a final judgement, and therefore not subject to review on a writ of error or appeal, it is entitled to some consideration on a second application, and may warrant the refusal of the second. This occurs where the case has already been heard upon the same evidence, where the facts and circumstances are the same. When this is so, the first judgment will be undisturbed.*»

3ª O território da ilha de Fernando de Noronha foi outrora um presídio, onde cumpriam sentença os condenados às penas de galés e degrêdo; mas, deixou de o ser, desde que as ditas penas foram abolidas. É o que reconheceu e declarou o decreto nº 4.133, de 11 de fevereiro de 1891, que, considerando extinto o presídio, por ter cessado a sua razão de ser, mandou entregar a ilha ao Estado de Pernambuco, o qual cuidou logo de arrendá-la, conservando, porém, uma parte do território, onde mantém uma penitenciária; tudo de conformidade com a lei estadual nº 124, de 3 de julho de 1895, e decreto de 6 de agosto de 1897. Se, por abuso, que deve ser coibido, os presos que devem estar reclusos, vagam, soltos, pelo território da ilha, não é razão para serem considerados presos os indivíduos que, no gozo da liberdade, ali residem temporária ou permanentemente. — *André Cavalcante*, vencido, pelos mesmos fundamentos do voto do Sr. Ministro Ribeiro de Almeida. — *Pindaíba de Matos*, vencido, pelos fundamentos do voto acima, do Sr. Ministro Ribeiro de Almeida, como expus na ocasião do julgamento. — *Américo Lôbo*. Conforme disse na hora do julgamento, deixo de examinar as questões complexas dêste *habeas-corpus*, para atender somente à principal, que, aproveitando a todos os pacien-

tes, assume as proporções de uma verdadeira declaração de direitos. E seja-me lícito observar que compreendendo como a atribuição privativa do Congresso Nacional — de aprovar ou suspender o estado de sítio, impeça a ação do Poder Judiciário, em se tratando de uma suspensão de garantias constitucionais *atual*; não compreendo, porém, como o impeça, quando se tratar de uma suspensão de garantias, já de todo finda e acabada; na segunda hipótese, nem por um milagre a expectativa do exercício da faculdade legislativa retrospectiva ressuscitará o ato findo para sacrifício da liberdade individual tão favorecida nos arts. 61, nº 1 e 81 do Pacto Federativo que contra ela não prevalece a ficção da infalibilidade do caso julgado.

Foi de voto vencido o Sr. Ministro Augusto Olinto.

VIII

PRERROGATIVAS
PARLAMENTARES

Carta à *Gazeta de Notícias*



Prerrogativas Parlamentares

Sr. redator

Não obstante o meu hábito de não opôr embargos à crítica, por menos justa que seja em relação a mim, sou obrigado a protestar contra a opinião, que, ontem e hoje, nesta fôlha, me atribui o autor dos escritos sôbre a questão das imunidades parlamentares.

Bem que os meus discursos de agosto de 1893 no senado não passassem pela minha revisão, e por isso nem sempre a versão dos anais reproduza fielmente a minha linguagem, basta ler com atenção o de 26 dêsse mês, de onde o correspondente da *Gazeta* extrai as suas citações, para chegar à certeza de que o único ponto constitucional por mim debatido foi o da competência quanto ao julgamento do caso Wandenkolk, cujo processo o govêrno queria levar ao fôro militar, e eu sustentava pertencer ao civil.

Da simples circunstância, acessória, accidental, de ter eu dito que o senado era um tribunal de consciência, e que, na dúvida, a solução havia de ser fatalmente pela liberdade, inferiu o escritor das *Prerrogativas parlamentares* que eu pretendia transformar a função do senado, no assunto, "em função judiciária".

Peço licença ao autor para declarar que tal pensamento não se contém nas minhas palavras, e con-

tradiz essencialmente a minha maneira de sentir sobre a autoridade constitucional das câmaras em matéria de imunidades parlamentares.

Também o Sr. Quintino Bocaiúva, que o articulista desta fôlha tanto fêz por distanciar de mim na questão, diz, no próprio discurso invocado, que "o fato político se impõe à *consciência* de todos os que aqui exercem um mandato político", acentuando assim como no exercício do mandato político entra naturalmente uma função da consciência. Não se aplica a expressão *tribunal de consciência* exclusivamente ao júri e aos tribunais judiciais, mas a todos os tribunais, que, no julgar, não se acham adstritos às regras legais, ou jurídicas da prova. Se, no dizer dos autores hoje citados pelo correspondente da *Gazeta*, as câmaras, deliberando sobre a licença para processar um de seus membros, "têm de examinar se, sob o processo, não se oculta a *intenção* de lhe roubar o mandato", têm de verificar "se o pedido é *leal, sincero*, e não pretexto para arrancar um deputado à sua cadeira", claro está que, procedendo assim, ainda que sem perder o caráter político, obra como tribunal, e tribunal de consciência; porque de fatos peculiares ao fôro da consciência, como são êsses, só um tribunal de consciência pode julgar.

Nunca reclamei, portanto, para as casas do Congresso o arbítrio de se subrogarem à justiça. Se êsse fôsse o meu sentir, teria pugnado pela denegação da licença para o processo, e não, como fiz, simplesmente pela sua entrega a fôro comum. Eu não queria, para o acusado, a absolvição parlamentar, mas apenas o voto do senado na questão do fôro. Pronunciando-se pelo fôro civil, o senado elegeria, entre as duas opiniões, a mais favorável à liberdade, razão por que, no trecho mal interpretado pelo arti-

culista, apelei para a velha regra que manda resolver *in dubiis pro libertate*.

E dois parágrafos após o transcrito pelo meu crítico, lá está o tópico seguinte, onde eu formalmente repelia a solução que atribui ao parlamento o direito de proferir sentenças absolutórias a favor de senadores, ou deputados:

“Não se quer, repelem todos com horror, a idéia de graça, a oferta da denúncia em benefício do colega roubado individualmente da sua cadeira de representante de um dos Estados da República. NÃO SE RECLAMA PARA ÊLE SENÃO O FÔRO E OS JUÍZES NATURAIS.”

No tocante “à expressão do ato da licença”, pois, nunca tive em mira senão fixar a jurisprudência, consagrada na emenda pela qual terminou o meu discurso, de que, paisano ou militar, o membro do Congresso responde sempre no fôro civil.

E, neste particular, o Sr. Quintino Bocaiúva, relator do parecer que impugnei me deu a honra de apoiar com o seu sufrágio a minha conclusão, levantando, com êsse ato de independência e sinceridade, uma tempestade entre os seus amigos. Com êsse concurso triunfou na votação nominal de 28 de agosto daquele ano a minha doutrina, a que se opõe o governo de hoje, como se opôs o de então.

Se é injurídica essa doutrina, cuja procedência aliás ainda hoje mantenho com a mesma convicção, não vejo necessidade para combaterem as minhas aberrações, de me sobrecarregarem com o peso das alheias.

Muito obrigado ficarei a V. pelo serviço, que me prestar, e prestará juntamente à verdade, admitindo às honras da imprensa na sua fôlha esta retificação.

RUI BARBOSA.



IX

TÍTULOS DA DÍVIDA DO
BRASIL

Acôrdo Celebrado sem Aquiescência de Antigos Devedores com Garantia Legal e sua Eficácia Jurídica

Consulta formulada pelas Cias. E. F. do Brasil

PARECER



vantajando-os assim os outros, "o rendimento das alfândegas, por lei", depois o ultimo desses actos officiaes, "o maior e mais seguro de todos os rendimentos do imperio".

Esses factos reiterados evidenciam que o governo brasileiro nunca abrenou de si, nos impetimentos nos saneamentos, o arbitrio de contractar futuros compromissos de dinheiro sob a camisa do melhor das suas vendas, e q^o os seus credores no exterior nunca lhe desconfiaram em directo.

A situação legal das estacões de ferro garantidas, no Brasil, tem o seu regimen definido nos decretos 641, de 26 de jun. 1852, 816, de 10 de jul. 1855, 1.664, de 27 de set. de ^{1^{mo}} anno, 1.930, de 26 de abr. 1857, 362, de 22 de ag 1857, 2.450, de 24 de set. 1873, 5.565, de 28 de fev. 1874, 6.995, de 10 de agosto 1878, 7.959, de 29 de dez. 1880, 944, de 5 de dez. 1895, bem como nos actos officiaes e noturnos de contracto particularmente relativos a cada uma delleas. E em nenhum desses actos officiaes ou commerciaes explicito, declarados ou interpretados, o direito, de cuja violação se queixa, as companhias, se importam com a sua consulta.

Das 14 v^{as}, por, boas juradas.

Rio de J., 26 de jan. 1895. R.B.

Última fôlha do original do parecer acêrca dos títulos da dívida do
Brasil.

NOTA DO REVISOR

O parecer que se segue é reprodução de um autógrafo existente no arquivo da Casa de Rui Barbosa. A parte final, e bem assim o aditamento, são de próprio punho do Autor; a que a estas antecede, em manuscrito cuja caligrafia identificamos.

Trata-se de uma consulta, envolvendo duas questões: preliminarmente, qual o tribunal competente para decidir o mérito da lide a ser por ventura intentada; e, se cabe às consulentes ação contra o Govêrno da União pelos motivos a que se alude no título e sub-título com que encimamos o opúsculo.

Não havendo base jurídica para o que se pretende litigar, estão implicitamente prejudicadas ambas as questões a que se reduz o problema. Não nos foi possível colher qualquer roteiro pertinente a ulterior desenvolvimento do caso que se ofereceu à crítica do Jurisconsulto, presumindo-se, destarte, ter a pretensa controvérsia morrido quando ainda simplesmente potenciais eram os elementos de sua consistência.



Parecer

Dizem as companhias de caminho de ferro garantidas pelo govêrno brasileiro que, não tendo sido celebrado com a aquiescência delas o anunciado acôrdo com os portadores de títulos da dívida do Brasil no exterior, necessitam de saber se podem proceder judicialmente contra êste país, caso não vingue a tentativa de arbitramento, que pretendem fazer, por considerarem violado o seu contrato.

Não indica a consulta, dirigida por telegrama, às justiças de que país se refere o pensamento da ação judicial, nem as razões da quebra de contrato, que se acusa.

Dêstes dois pontos depende, porém, a resposta, que se houver de dar à questão.

Quanto ao primeiro ponto:

Há, em direito internacional, uma escola, em cuja opinião os tribunais do país, a que pertencem os credores de outro, são competentes para conhecer das obrigações por êste contraídas para com êles. (LAURENT: *Droit Civil International*, v. III, p. 59-108. — DÉMANGEAT sur FELIX, v. I, p. 420. — CH. ROYER: *Dissertation*, em DALLOZ, *Recueil*, 1867, 2, 50. — VERGÉ: *Consultation*, em DALLOZ, 2, 51. — PRADIER FODÉRÉ, em DALLOZ, *ibidem*. — SPÉE, *Belgique Judiciaire*, 1875, págs. 1.441-1.451. — JOZON, *Revue de droit international et de legislat. comparée*, v. I, p. 281.)

Mas, se a doutrina conta neste sentido parece-res eminentes, com os quais eu por minha parte estou de acôrdo, a jurisprudência, como reconhece o próprio LAURENT (*loc. cit.*) lhe é contrária quase unânimemente em tôda a parte, nomeadamente na França, na Bélgica, na Itália, na Inglaterra. (BAR: *The theory and practice of private international law*. GILLESPIE, *translat.* 2nd. ed. Págs. 1.125-6 — VINCENT ET PÉNAUD: *Dictionnaire de droit internat. privé.*, págs. 814, 821).

WESTLAKE firma o princípio inglês nestes termos:

"Foreign states, and those persons in them who are called sovereigns. . . cannot be sued in England on their obligations, whether *ex contractu*, *quasi ex contractu*, or *ex delictu*." (*A treat. on private international law*. 3rd. ed. pág. 226, § 190.)

E PHILLIMORE, frisando a questão do remédio judicial à impontualidade no pagamento de obrigações correspondentes a empréstimos estrangeiros, escreve de modo ainda mais categórico:

"The english courts have decided that bonds payable to bearer, issued by the Government of a State, only create a debt in the nature of a debt of honour *which cannot be enforced by any foreign tribunal*" (*Commentaries upon international law*, vol. II, pg. 18, IX a.)

De acôrdo com o direito estabelecido na Inglaterra, acrescenta o ilustre juiz do almirantado que tais litígios nem nos próprios tribunais do Estado devedor se podem mover sem o consentimento do seu governo. (*Ibidem.*)

Não prevalece, porém, essa regra no direito brasileiro, onde as ações contra o governo do país não dependem absolutamente do seu assentimento.

É provávelmente, pois, de acionar o govêrno brasileiro nos tribunais brasileiros que cogitam as companhias de estradas garantidas.

Mas claro está que, para tentar, nos tribunais de um país estrangeiro, um pleito contra o govêrno dêsse país com probabilidades razoáveis de bom êxito, necessário seria que a causa do litigante se apresentasse com sólidos fundamentos.

Será, porém, sòlidamente fundada a pretensão das companhias *como objeto a uma tentativa judicial*?

Por outra, representa essa pretensão um direito legal, juridicamente demonstrável?

Isto é: houve positivamente, verificadamente, infração pelo govêrno brasileiro das obrigações contraídas para com essas companhias?

Não dizendo onde, em que circunstância, em que elemento do acôrdo a que não aderem, se lhes afigura estar a transgressão do contrato, as companhias deixam entregue às conjecturas do advogado, a quem consultam, êsse ponto, o último dos dois indicados por mim no comêço dêste parecer.

Naturalmente, para as companhias, a matéria do seu agravo consiste na diferença de situação, em que ficam relativamente a outros credores do Brasil, ao pagamento de cujos títulos a convenção agora ultimada, ou em têrmos de se ultimar, consigna garantias certas e determinadas.

Haverá, porém, nessa vantagem dada a uma classe de credores atentado ao direito dos outros?

Antes de responder, para não se enxergar na minha resposta vislumbre de suspeição, devo declarar que não sou favorável a êsse acôrdo, e que êle não tem o meu voto.

Mas uma coisa é considerar moral, política ou financeiramente êsse ajuste, e outra examinar-se porque êle beneficia especialmente a posição de certos credores, ofende o direito dos outros.

Circunscrita assim, pois, tôda a questão se reduz a saber se um Estado, que não conta no seu passivo senão empréstimos puros e simples, inibido está por êles de favorecer com garantias privilegiadas sobre certas partes dos seus bens, ou certos ramos da sua receita, a futuros credores.

E formular dêste modo a questão é resolvê-la, porquanto, se os primeiros credores não se garantiram com privilégio algum sobre os bens do devedor, em nome de que privilégio poderão obstar a que o devedor o conceda a outros credores? Se os bens do devedor não se acham especialmente empenhados a suas dívidas atuais, que vínculo de direito lhe tolhe o empenhá-los às suas dívidas ulteriores? E, se, não estando empenhados às primeiras, não se podem, contudo, empenhar às segundas, que diferença haverá então entre a ter os seus haveres desembargados e o tê-los embargados? Se os empréstimos pre-existentes sem penhor, nem hipoteca, vedam aos empréstimos futuros a hipoteca e o penhor, que adianta o refôrço dêsses privilégios ao credor por êles garantido? que adianta a sua ausência ao devedor isento dêles? Desde que os empréstimos anteriores celebrados sem garantia especial, produzem, não obstante, o efeito de estabelecê-la, chegaremos à conclusão extravagante de que tôda garantia especial é inútil, porque tôda dívida cria *ipso facto* uma garantia especial.

Espíritos eminentes, entretanto, há, que pensam diversamente, entendendo que os portadores dos títulos dos antigos empréstimos, emitidos sem garantia

especial se podem opor, em nome dos seus direitos, à emissão ulterior de um empréstimo privilegiado.

Assim opinava, há anos, o sr. PAUL LEROY BEAULIEU:

"Quand le gros de la dette publique", dizia êle, "est constitué sans autre gage que celui qui resulte implicitement de l'ensemble de la solvabilité de l'état. . . toute emission postérieure d'un emprunt avec un gage spécial est au détriment des créanciers anciens, diminue les ressources sur lesquelles ils pouvaient compter, et accroît les risques auxquels ils sont exposés. Notre confrère *l'Economist* [de Londres] se demandait même récemment si une pareille constitution de gage spécial, quand il existe une grosse dette générale, peut être regardée comme légitime. Nous tenons, quant à nous, qu'on ne devrait la considérer comme équitable que dans quelques rares cas de force majeure, s'il s'agit par exemple de défendre le pays d'une invasion. En dehors de cette circonstance exceptionnelle, toute institution de gage précis pour une dette nouvelle est une façon de dépouiller ses anciens créanciers." (*L'Economiste Français*, 26: sept. 1891, p. 387.)

Não obstante, porém, o alto mérito do seu autor, facilimo é de refutar êste juízo, que não tem o mínimo fundamento em direito. Em França mesmo encontrou êle cabal resposta na única monografia especial até hoje existente em direito internacional.

Eis as palavras do sr. POLITIS:

"Cette opinion, nous semble-t-il, n'est pas fondée en droit. Quand il s'agit d'un débiteur simple particulier, personne ne doute qu'il ne puisse constituer un gage, ou consentir une hypothèque, à un nouveau créancier. C'est même pour ces dernières dettes que les suretés sont très utiles car elles viennent

consolider et fortifier un crédit déjà atteint. Sans elles un débiteur trop chargé de dettes ne trouverait pas à emprunter. Pour quelle raison en serait-il autrement lorsque ce débiteur est un état? Ses anciens créanciers n'ont pas à se plaindre: ils auraient dû être plus prévoyants, et demander aussi des sûretés pour l'argent prêté; ils n'ont à s'en prendre qu'à eux mêmes, si le gouvernement emprunteur peut contracter de nouvelles dettes qui passeront devant leurs créances. L'argument qu'on avance, en disant que cette nouvelle émission avec gage spécial, serait faite au détriment des anciens créanciers, et diminueraient les ressources sur lesquels ils ont pu compter pour être payés, n'est pas bon, car, s'il était vrai, il faudrait conclure qu'un état ne peut pas, après avoir émis un emprunt, en contracter un autre, fût-il, comme le premier, pur et simple et sans gage, car il augmenterait par là son passif au détriment des anciens créanciers: l'argument ne prouve rien, car il prouverait trop, s'il était vrai. Nous admettons par conséquent qu'un état *peut parfaitement émettre un nouvel emprunt avec gage spécial, lorsqu'il en a déjà émis d'autres sans gage, et que les anciens créanciers ne peuvent pas avoir le droit de s'en plaindre.*" (*Les emprunts d'état en droit international*. Paris, 1894. Ps. 172-3.)

As considerações do economista francês, portanto, não resistem ao menor esforço da crítica, e foram pulverizadas sem esforço pelo jurista francês.

Tôdas as objeções do sr. BEAULIEU no caso dos empréstimos de Estados teriam a mesma aplicação no caso dos empréstimos entre indivíduos. Todo particular, que tendo no seu passivo empréstimos sem garantia, contrair um empréstimo garantido, poderá incorrer na censura de que "obra em detrimento dos seus antigos credores, diminui os recursos em que

êles confiavam, e agrava os riscos, a que êles estão expostos." E, contudo, ninguém disse jamais que, porque eu, nas minhas primeiras dívidas, tive a vantagem de evitar o penhor e a hipoteca da minha fortuna, me houvesse obrigado a não aproveitar essa vantagem, para dar mais tarde em hipoteca ou penhor os meus bens por outras operações, que não poderia obter sem êsse gravame. Antes o benefício de ter forrado o meu patrimônio a êsses ônus reais, enquanto o meu crédito me bastava para obter dinheiro emprestado, consiste precisamente em ter êsse patrimônio desimpedido, para reforçar com garantias privilegiadas o meu crédito, noutros tempos, quando outros capitalistas o não julgassem suficiente, para assegurar novas transações. Ora, em relação aos empréstimos que contraem, a situação dos Estados não pode ser pior que a dos particulares.

E não é só contraindo empréstimos garantidos após empréstimos desgarantidos que o devedor abala as garantias do credor. Todo aquêlê, que, tendo dívidas, contrai outras dívidas, ainda que sem garantias, torna menos garantidas pelas segundas a condição das primeiras, reduz os meios, com que contavam para seu pagamento os credores antigos, e lhes aumenta os riscos. Logo, a procederem as considerações do sr. LEROY-BEAULIEU, aliás sugeridas pela autoridade respeitável do *Economist*, a sua consequência logicamente inevitável seria que, contraindo um empréstimo puro e simples, o Estado devedor implicitamente teria renunciado o direito de recorrer outra vez ao crédito sem licença do seu primeiro credor. E, em direito das gentes, os singulares corolários dessa opinião injurídica iriam ainda mais longe, onerando até os bens dos súditos do Estado devedor, e tirando-lhes a liberdade de aliená-los, e gravá-los, se é verdade, como ensina *sir* ROBERT PHILLIMORE,

(*Commentaries* II, pág. 17), que "it is a clear maxim of international law that the property of the subject is liable for the debts contracted by the state of which he is a member."

Os credores brasileiros, que falam agora em "quebra de contratos", não podem pretender para os seus contratos regras diferentes das que imperam no direito geral dos contratos. A emissão de um empréstimo de Estado é, com efeito, um contrato entre o país, que o emite, e os capitalistas, que lhe emprestam. E os princípios de direito e moralidade que regem essa espécie de contratos, não diferem dos admitidos nos contratos privados; porquanto, nos empréstimos públicos, não é o *soberano* quem deve, é a *pessoa civil*, que êle revestiu, para contratar. Ora, a primeira lei de todo e qualquer contrato está em que êle não obriga *senão ao que se contratou*. E ninguém dirá que quem contraiu um simples empréstimo, fique obrigado como quem contraiu um empréstimo sob penhor ou hipoteca, isto é, que não se reserve o direito de dar em hipoteca, ou penhor, os seus bens, a outros credores, não os tendo dado a êsses. Porque, em última análise, a idéia envolvida na teoria do sr. BEAULIEU vem a ser, nem mais nem menos, a de que todo empréstimo de Estado envolve tácitamente, a benefício dos seus credores um privilégio real, ou especial, sobre os bens do devedor.

A consequência não poderia ser mais absurda. E, sendo, como é, lógica, demonstra o absurdo grosseiro da premissa. O patrimônio de todo devedor constitui a garantia comum da execução das suas obrigações; isso como consequência essencial da própria natureza do direito. Daí o princípio, inconcusso em direito civil, que considera todos os haveres do devedor obrigados ao credor. (TROPLONG: *Privile-*

ges et hypothèques, n.º 1 — PONT: *Privil. et hypoth.*, n.º 1 — CANNADA-BARTOLI: *Il sistema ipotecario italiano*, v. I, § 25, p. 42-3.) “Chiunque sia obbligato personalmente”, diz o cod. civ. ital., a. “1948, è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni *con tutti i suoi beni mobili ed immobili, presente e futuri.*” Mas êsse penhor *geral*, que, por obra da lei, recai indistintamente sôbre todos os elementos do patrimônio do devedor, tem apenas como meio jurídico de se resolver a ação pessoal, que se exerce sôbre o *universum jus* do devedor (TROPLONG: *loc. cit.*, n.º 4 — AUBRY et RAU sur ZACHARIAE, § 259, 430-34.) Apesar de obrigado, porém, pessoalmente por êsse vínculo *geral*, o devedor conserva intacto o direito de obrigar especialmente certas e determinadas partes do seu patrimônio, que dêste modo se submeteu a um ônus *real*, bem que já envolvidos na obrigação pessoal do devedor. O penhor *geral* inerente a tôda e qualquer dívida, não obsta ao penhor *especial*, com que se favorecem as dívidas privilegiadas por contrato.

Nem a moral condena o que tão solenemente o direito admite. O que em boa moral se reprova, é contrair obrigações sem a expectativa razoável de solvê-las. Mas, enquanto essa expectativa subsiste, enquanto continua a ter motivos bem fundados, para crer na própria solvência, o mais escrupuloso dos moralistas não enxergaria nas suas dívidas antigas razão, para não consentir, a benefício de uma dívida nova, que as circunstâncias lhe impõem, em uma hipoteca sôbre parte dos seus bens.

Nem se pode extrair de uma convenção o que nela não se contém. O devedor, pelo contrato, não deve senão o que prometeu. O credor não tem direito senão ao que exigiu. E não se pode sustentar que, por um contrato onde nada se deve, nem pediu, em

garantia especial do débito, se suponham dados em garantia especial a êle os bens do devedor. "Devem interpretar-se os contratos", diz o recente cód. civ. alem., "como exigir a boa fé e a intenção das partes determinada pelos usos". (Art. 157. Trad. MEULENAERE, pág. 41). (*) Ora, a nos guiarmos pela história financeira dos povos modernos, nunca se contestou a uma nação, que deve sem garantias especiais, o direito de outorgá-las em futuras operações de crédito, quando as não consiga realizar sem êsse sacrificio às exigências do mercado. Tal direito, não cogitaram os antigos credores do Brasil em lho tirar, nem o Brasil em abrir mão dêle nos seus antigos contratos.

Concluindo, pois, direi (salvo circunstâncias de que eu não tinha conhecimento):

Não há, no acôrdo anunciado com os antigos credores do Brasil, infração do contrato das companhias garantidas.

Qualquer procedimento judicial intentado sob êsse pretexto não teria probabilidades de bom resultado.

Êste o meu parecer.

Rio de Janeiro, 21 de junho, 98.

RUI BARBOSA.

ADENDO

Em aditamento ao meu parecer de hoje sôbre a consulta das companhias de caminhos de ferro es-

(*) No § 133 do B.G.B. o legislador tedesco repetiu quase literalmente o que se continha no Direito romano, *ut* PAPINIANO, fr. 219, *De Reg. Juris*. Idêntico princípio no Cód. Civ. Brasileiro, art. 85. (N. R.)

trangeiras, farei ainda, antes de entregá-lo, algumas ponderações, que reforçam a minha conclusão.

Não é a primeira vez que o govêrno do Brasil, tendo empréstimos sem garantias, contrai com garantias especiais outros empréstimos no estrangeiro.

Já tinha credores em Londres o govêrno brasileiro, quando contraiu, naquela mesma praça:

O empréstimo de 1829 (26 de junho), na importância de £ 2.400.000;

O empréstimo de 1839, no valor de £ 312.500;

O empréstimo de 1852 (27 de junho), no valor de £ 1.040.600.

Em todos êsses empréstimos o govêrno de S. Magestade o Imperador "*hipotecava*" (é a expressão da lei orçamentária de 8 de outubro de 1828 e do decreto executivo de 27 de junho de 1852) aos novos credores, avantajando-os assim aos outros, "o rendimento das alfândegas, *por ser*", dizia o último desses atos oficiais, "*o maior e mais seguro de todos os rendimentos do império*".

Êsses fatos reiterados evidenciam que o govêrno brasileiro nunca alienou de si, nos empréstimos não caucionados, o arbítrio de contrair futuros compromissos de dinheiro sob a caução do melhor das suas rendas, e que os seus credores no exterior nunca lhe desconhecaram êsse direito.

A situação legal das estradas de ferro garantidas, no Brasil, tem o seu regímen definido nos decretos ns. 641, de 26 de junho 1852, 816, de 10 de julho 1855, 1.664, de 27 de outubro do mesmo ano, 1.930, de 26 de abril 1857, 362, de 22 de agosto 1861, 2.450, de 24 de setembro 1873, 5.561, de 28 de fevereiro 1874, 6.995, de 10 de agosto 1878,

7.959, de 29 de dezembro 1880, 344, de 5 de dezembro 1895, bem como nos atos oficiais e nos termos de contrato particularmente relativos a cada uma delas. E em nenhum desses atos oficiais ou convencionais encontro, declarada ou interpretativamente, o direito, de cuja violação se queixam as companhias, que me honram com a sua consulta.

Não lhe vejo, pois, base jurídica.

Rio de Janeiro, 21 de junho 1898.

RUI BARBOSA.

BIBLIOGRAFIA

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

AGRAVO

- CHIRONI, G. — *La Colpa nel Diritto odierno — Colpa Contrattuale*. Torino, 1897.
Code Civil [Code Napoléon]. Texto.
GIORGI, Giorgio. — *Teoria delle Obligazioni nel Diritto moderno italiano*. Esposta con la scorta della doctrina e della giurisprudenza. Firenze, 1890-92.
LAURENT, F. — *Principii di Diritto Civile*. Trad. italiana. Milano, 1889-90.
Pandectes Françaises. — Recueil Mensuel de Jurisprudence et de Législation. Paris, 1886-96.
PONT, Paul. — *Spiegazione Teorica e Pratica del Codice Napoleone*.
POTHIER, J. R. — OEUVRES — II — *Traité des Obligations*. Paris, 1890.
Processo Civil e Comercial. — Decreto n° 737, de 25 de novembro de 1850.

NOVUM JUS

RESTITUIÇÃO DE VENCIMENTOS POR EXECUTIVO FISCAL

- BERGMANN, — *Das Verbot rückwirkend Kraft neuer Gesetze in Privatrecht*. Apud GABBA, C. F. e SAVIGNY, F. C.
Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Imp. Nacional.
CONTUZZI, Francesco. — *Trattato de Diritto Costituzionale*. — *Manuale*, Torino, 1895.
Corpus Juris Civilis. Editio Stereotypa Septima. Recognovit Paulus Krueger [et] Theodorus Mommsen. Berolino, 1895.
DALLOZ. — *Répertoire Méthodique et Alphabétique de Législation et de Jurisprudence*. Paris, 1847-18... Vol. XXX.
GABBA, Carlo Francesco. — *Teoria della Retroattività delle Leggi*. Torino, 1884-89.

- MANTELLINI, Giuseppe. — *Lo Stato e il Codice Civile*. Torino, 1883.
 RIBAS, Antônio Joaquim. — *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 1ª edição.
 SAVIGNY, F. C. von. — *Traité de Droit Romain [System des heutigen römischen Rechts]*. Trad. par Guenoux. Paris, 1840-51.
 WÄCHTER, — Vide GABBA, Carlo Francesco.

LEIS RETROATIVAS E INTERPRETATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

- Annuaire de Législation Étrangère* — 1889. Paris, 1890.
 ARNTZ, E. R. N. — *Cours de Droit Civil Français*. Bruxelles, 1879-80.
 AUBRY, C. et RAU, C. — *Cours de Droit Civil Français d'Après la Méthode de Zachariae*. Paris, 1869.
 BACON, Francis. — *The Work*. Vol. IV. London, 1875.
 BIANCHI, Francesco Saverio. — *Principii generali sulle Leggi. [Corso di Codice Civile Italiano]*. Torino, 1888.
 BLACK, Henry Campbell. — *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*. St. Paul, 1896.
 BORSARI, Luigi. — *Commentario del Codice Civile Italiano*. Torino, 1871-81.
 BRUNS, — *Das heutige römische Recht [Encyclopädie der Rechtswissenschaft]*. Leipzig, 1870.
 CICERONIS, M. T. — In C. *Verrem Actiones [Oeuvres Complètes]* VII. Paris, 1830, C. L. F. Panckoucke.
 Code Civil [Code Napoléon].
 Codice Albertino. [De 20 de junho de 1837].
 Codice Civile Generale Austriaco [versão italiana].
 Codice pel Regno delle Due Sicília [1819, legge del 26 marzo].
 Codice Civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla [1820].
 Código Civil [de España]. Madrid, 1889. Ed. oficial.
 Código Civil Holandês [versão francesa].
 Código Civil Português. Aprovado por carta de lei de 1 de julho de 1867. Porto, 1871.
 Codice Civile del Regno d'Italia. Ed. Barbera.
 Corpus Iuris Canonici. Editio Lipsiensis secunda post Aemilii Ludouici Richter. Lipsiae, 1879-81.
 Corpus Juris Civilis. Editio Stereotypa septima. Recognovit Paulus Krueger [et] Theodorus Mommsen. Berolino, 1895.
 DARESTE, P. — *Constitutions Modernes*.
 DELILE, — *Interprétation des Lois...*
 DEMOLOMBE, C. — *Cours du Code Napoléon*. Paris, 1854. Vol. I.

- Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa* [Santos Valente ou Caldas Aulete]. 1ª ed. Lisboa, s/d.
- DURANTON, M. — *Cours de Droit Français suivant le Code Civil*. Paris.
- IORE, Pascoale. — *Delle Disposizione generali sulla Plubicazione, Applicazione ed Interpretazione delle Leggi* [Il Diritto Civile Italiano — Vol. I e II]. Napoli, 1890.
- GABBA, Carlo Francesco. — *Della Retroattività in Materia Penale*. Studi Teorico-pratici. Pisa, 1869.
- GABBA, Carlo Francesco. — *Teoria della Retroattività delle Leggi*. Torino, 1884-89.
- GLÜCK, Anton Friedrich. — *Commentario alle Pandette* [Pandekten nach Hellfeld. Ein Commentar]. Direttori Filippo Serafini e Pietro Cogliolo. Milano, 1888-18...
- LANDUCCI, — Vide AUBRY, C. et RAU, C.
- LASSALLE, Ferdinand, — Vide GABBA, C. F.
- LAURENT, F. — *Principii di Diritto Civile*. Trad. Italiano. Torino, 1889-1890.
- LIEBER, Francis. — *Legal and Politics Hermeneutics*. St. Louis, 1880.
- LITTRÉ, Ernest. — *Dictionnaire de la Langue Française*. Paris, 1885.
- LOMONACO, Giovane. — *Interpretazione di Diritto Civile Italiano*. Ed. de 1894.
- MACHIAVELLI, Nicolo. — *Il Principe*. Milano, s/d.
- MORELLI, Alberto. — *La Funzione Legislativa*. Bologna, 1893.
- MOURLON. — *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*. Paris, 1863-64.
- Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. Recopiladas per mandado Del Rei D. Filipe o Primeiro, Coimbra, 1851.
- PLATON. — *Tetetro*. Trad. Franç.
- PACIFICI-MANZONI, Emidio. — *Codice Civile Italiano Commentato col la legge romana, de sentenze dei Dottori e la Giurisprudenza*. Firenze, 1882-85.
- PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano. — *Primeiras Linhas Sobre o Processo Civil*. Acomodadas ao Foro do Brasil por Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro, 1880.
- Processo Civil e Comercial. — Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850.
- RIBAS, Antônio Joaquim. — *Consolidação das Leis do Processo Civil*. Rio de Janeiro, 1879.
- SAREDO, Giuseppe. — *Trattato delle Leggi, dei loro conflitti di luogo e di tempo e della loro applicazione*. Firenze, 1886.
- SAVIGNY, F. C. von. — *Traité de Droit Romain* [System des heutigrömschen Rechts]. Trad. par Guénoux. Paris, 1840-51.

STORY, Joseph. — *Commentaries on the Constitution of the United States*. Boston, 1873.

TIBAUT, Anton Friedrich Justus. — *Teoria dell'Interpretazione logica del Diritto in generale e del Diritto romano in particolare* [*Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts*]. Vers. Italiana. Napoli, 1872.

THIRY, Victor. — *Cours de Droit Civil Professé à l'Université de Liège*. Paris, 1892-93.

A CULPA CIVIL DO ESTADO

O EMPASTELAMENTO DO O Comércio de São Paulo

BELLAVITE, — *Della Responsabilità dello Stato pei danno aventi attinenza diretta o indiretta con esso*. Ed. de 1894.

BORSARI, Luigi. — *Commentario del Codice Civile Italiano*. Torino, 1871-81.

CHIRONI, G. — *La Colpa nel Diritto Civile odierno — Colpa Contrattuale*. Torino, 1897.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Imp. Nacional.

Corpus Juris Civilis Editio Stereotypa septima. Recognovit Paulus Krueger [et] Theodorus Mommsen. Berolino, 1895.

FILIPPIL DE, Francesco. — *Il Filangieri*, 1877.

FILIPPIL DE, Francesco. — *Corso Completo di Diritto Civile Italiano comparati*. Napoli, 1878-91.

GANS, Edward. — *System des römischen Civilrechts in Grundrisse*. Nebst einer Abhandlung über Studium und System des römischen Rechts. Berlin, 1827.

MANTELLINI, Giuseppe. — *Lo Stato e il Codice Civile*. Firenze, 1883.

MASSÉ, G. — *Vide ZACHARIAE, K. S.*

MEUCCI, Lorenzo. — *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Ed. de 1892.

PROVENZANO, Palazzo. — *Teoria della Responsabilità Civile dello Stato per gli atti legali del potere*. Ed. de 1889.

RICCI, Francesco. — *Indole e Fonti delle Obrigazione e dei Contratti*. Torino, 1892.

VERGÉ, Ch. — *Vide ZACHARIAE, K. S.*

ZACHARIAE, K. S. — *Le Droit Civil Français* [*Handbuch des Französischen civil Rechts*]. Trad. de l'allemand par G. Massé et Ch. Vergé. Paris, 1854-60.

HABEAS-CORPUS

ESTADO DE SÍTIO — TÉRMO DE SEUS LIMITES

- ALCORTA, Amancio. — *Las Garantias Constitucionales*. Buenos Aires, 1881.
- BARBOSA, Rui. — *Habeas-Corpus*. — Petição dirigida ao Supremo Tribunal Federal [a 30 de agosto de 1893]. — Rio de Janeiro, 1893.
- BARBOSA, Rui. — *O Estado de Sítio. Suas condições, seus Limites, seus Efeitos. Habeas-Corpus* requerido ao Sup. Trib. Federal a 18 de abril de 1892. Rio de Janeiro, 1892. Tip. Gaz. de Noticias.
- BARBOSA, Rui. — *O Estado de Sítio. Suas condições, seus Limites, seus Efeitos*. Capital Federal, 1892.
- BARROT, Odilon. — *Mémoires Posthumes*. Paris, 1875.
- BERRYER, M. — *Oeuvres. — Plaidoyers*. Paris, 1854-85.
- BLACK, Henry Campbell. — *Handbook on the Construction and Interpretation of Laws*. St. Paul, 1896.
- BRUSA, Emilio. — *Della Giustizia Penale eccezionale ad occasione della presente dittatura militare*. Torino, 1846.
- CARVALHO, Carlos Augusto de. — *O Estado de Sítio e os Tribunais de Exceção*. IN *Revista de Jurisprudência* — Fevereiro de 1898.
- Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Imp. Nacional.
- CONTUZZI, Francesco P. — *Trattato de Diritto Costituzionale Manuale*. Torino, 1895.
- CRÉMIEUX, Adolphe. — *Liberté. Plaidoyers et Discours Politiques*. Paris, 1869.
- DONELLUS, — *Commenti de Jure Civili*. Lib. I. Luche, 1762.
- FAVRE, Jules. — *Discours du Batonnat. — Défense de Félix Orsini. Quatre Discours prononcés au Corps Législatif*. Paris, 1867.
- HENNEQUIN, Émile. — *La Critique Scientifique*. Paris, 1888.
- MAJORANA, Angelo. — *Lo Stato di Assedio*. Catania, 1894.
- REINACH, Theodore — *De l'État de Siège. Étude historique et juridique*. Paris, 1885.
- ROMAGNOSI, Giandomenico. — *La Scienza delle costituzione. Opera Postuma*. Torino, 1848.
- RUIZ, Arangio. — *Stato di Assedio Politico*. (Art. in *Enciclopedia Giuridica Italiana*. Vol. I, Part. IV.)
- SAREDO, Giuseppe. — *Trattato delle Leggi, dei loro conflitti di luogo e di tempo e della loro applicazione*. Firenze, 1886.
- Stato d'Assedio*. — *Digesto Italiano*. Vol. XXII, Págs. 215.
- THIRING, Lord. — *Manual of Martial Law*.

*A Lição dos Dois Acórdãos**Estudo Crítico*

ALCORTA, Amancio. — *Las Garantías Constitucionales*. Buenos Aires, 1881.

BARBOSA, Rui. — *O Estado de Sítio. Suas Condições, seus Limites, seus Efeitos*. Capital Federal, 1892.

BARBOSA, Rui. — *O Estado de Sítio. Sua Natureza, Seus Efeitos, seus Limites*. Capital Federal, 1892.

BIRKHIMER, William E. — *First Lieutenant and Adjuvant Third United States Artillery*.

BIRKHIMER, William E. — *Military Government and Martial Law*. Washington, 1892.

BLAINE, Jones G. — *Twenty Years of Congress*. From Lincoln to Garfield. Norwich, 1884-86.

BRUNIALTI, Attilio. — *Il Diritto Costituzionale e la Politica nella Scienza nelle istituzioni*. Torino, 1896.

CARSON, Hampton L. — *The Supreme Court of the United States: its history and its centennial celebration*. S/1. 1892.

CICERONIS, M.T. — *De Legibus*.

Ciceronis, M.T. — *Pro Gluentio*.

Congressional Globe — Vol. 76 (1867) — Appendix.

Constitución de la República del Ecuador, dada por la Asamblea Nacional. 3ª edición. Quito, 1892. Imprenta del Gobierno.

Corpus Juris Civilis. Editio Stereotypa septima. Recognovit Paulus Kruegeri et Theodorus Mommsen. Berolino, 1895.

DEMOSTHENES. — *Opera. Recensuit Graece et latine*. Parisiis 1857. A. Firmin Didot.

DUFOUR, Gabriel. — *Traité Général de Droit Administratif Appliqué*. Paris, 1854-57.

GREVY, Albert. — *Rapport à l'Assemblée*. S/1. 1875.

HAURANNE, Duvergier de. — *De l'Ordre Legal en France et des Abus d'Autorité*. Paris, 1826-28.

HESÍODO. — *Obras e Dias*.

HUME, David. — *Essays Literary, Moral and political*. London, S/1.

MALGARINI, — *Della Libertà Civile nelle costituzione moderne*. IN *Archivio Giuridico*. Vol. XXXII, 1884.

MARTIN'S. — *Statesman's Year-Book*.

MITTERMAIER, K.J.A. — *Die Gesetzgebung über Belagerungszustand in Archiv des Kriminalrechts*. 1894. I.

POBEDONOSTZEFF, C. P. — *Questions Religieuses, Sociales et Politiques*. Paris, 1897.

REINACH, Theodore. — *De l'État de Siège. Étude historique et Juridique*. Paris, 1845.

RUIZ, Arangio. — *Lo Stato de Assedio in Sicilia e nella Lunigiana*. IN *Rassegna di Scienza Sociale e Politiche*, An. XI, Vol. II.

THAYER, Jones Bradley. — *Cases on Constitutional Law with notes*. Cambridge, 1894-95.

VIEIRA, Antônio — *Sermões*. Vol. II. Ed. de 1854.
WINTHROP. — *Military Law and Precedents*.

DÍVIDA PÚBLICA DO BRASIL

PARECER

- AUBRY, C. et Rau, C.: *Vide ZACHARIAE, K. S.*
BAR, L. von.: *The Theory and Practice of Private International Law* [*Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*]. Translated by G. R. GILLESPIE. Edinburgh, 1892.
BARTOLI, G. Camada. : *La Ratifica riguardo alla inesistenza e ella rescindibilità degli atti giuridici*. Napoli, 1885.
DALLOZ. : *Répertoire Méthodique et Alphanétique de Législation et de Jurisprudence*. Paris, 1847: 18...
DEMANGEAT. *Vide FOELIX*.
FOELIX, M. : *Traité de Droit international privé ou du conflit des Lois des différentes nations en matière de Droit privé*. Paris, 1856.
LAURENT, F. — *Droit Civil International*. Bruxelles, 1880-81
LEROY-BEAULIEU, Paul. — Art. in *L'Economiste Français*, Sept. 1891.
PÉNAUD, EDOUARD. — *Dictionnaire de Droit International Privé*. S/1. 1889.
PHILLIMORE, Robert. — *Commentaries upon International Law*. London, 1879-89.
POLITIS, Nicolas. — *Les Emprunts d'État en Droit International*. Paris, 1894.
PRADIER FODÉRÉ. — *Vide DALLOZ*.
Revue de Droit International et de Législation Comparé. Volume I.
ROYER, Ch. : *Dissertation*. — *Vide DALLOZ*, Vol. de 1867.
SPÉE. — *Belgique Judiciaire*, 1875.
TROPLONG. — *Privilèges et Hypothèques*. Commentaire de la Loi du 23 Mars 1885 sur la Transcription en matière hypothécaire [*Droit Civil Expliqué*]. Paris, 1864.
VERGÉ, Ch. *Consultation*. *Vide DALLOZ*.
VINCENT, René. — *Vide PÉNAUD, Edouard*.
WESTLAKE, John. — *A Treatise on Private International Law*. London, 1890.
ZACHARIAE, K.S. — *Le Droit Civil Français* [*Handbuch des Französischen civil Rechts*]. Trad. de l'allemand par G. Massé et Ch. Vergé. Paris, 1854-60.



INDICE ONOMASTICO

- ABDUL -AZIZ, p. 349.
ALBA, Duque de, p. 229.
ALBUQUERQUE, José de Medeiros, ps. 346, 349.
ALBUQUERQUE, Tomás Cavalcanti de, ps. 187, 189, 331, 341.
ALCORTA, Amâncio, ps. 245, 333, 341.
ALMEIDA, Ribeiro de, ps. 185, 188, 280, 288, 357.
ALMEIDA, Cândido Mendes de, p. 91.
ALMEIDA, Osório de, p. 31.
ALVES, Francisco de Paula Rodrigues, p. 44.
AMARAL, Ubaldino de, p. 91.
ARARIPE, Tristão de Alencar, p. 44.
ARCOS, Marcos de Noronha e Brito, Conde dos, p. 194.
ARINOS, Afonso, p. 167.
ARNTZ, E.R.N., p. 138.
AROSEMEMA, Justo, ps. 304,320.
AUBRY, G., ps. 135, 379.
AULETE, Caldas, p. 130.
BACON, Francis, ps. 137, 151.
BÄHR, O., p. 322.
BANDEIRA, Esmeraldino Olimpio de Tôrres, ps. 38, 68, 71.
BANDEIRA, Sousa, ps. 67,81.
BAR, Ludwig von, p. 372.
BARBALHO, João, V.: CAVALCANTI
BARBOSA, Francisco Dantas de Moraes, ps. 104, 111, 117.
BARBOSA, Maria Adélia Rui, p. XIII.
BARBOSA, Rui, ps. IX, X, XI, XIV, XVI, 5, 9, 32, 37, 38, 50, 64, 84, 98,
104, 114, 123, 143, 162, 167, 168, 180, 184, 186, 187, 188, 195,
215, 276, 280, 281, 284, 285, 330, 331, 343, 363, 380, 382.
BARBOSA LIMA, Alexandre José, ps. X, 184, 187, 189, 331, 341, 342.
BARBOSA LIMA, João Paulo, p. 186.
BARDoux, A., p. 298.
BARNEVELT, p. 221.
BARRADAS, Joaquim da Costa, ps. XIV, 188, 252, 270, 290, 293,
341.

- BARRIOS, Reyna, p. 349.
BARROS, Prudente José de Moraes, p. 183.
BARROT, Odilon, p. 267.
BARTOLI, G. Cannada, p. 379.
BASTOS, Teixeira, p. 31.
BELLAVITE, Luigi, p. 174.
BERGMANN, p. 48.
BIANCHI, Francesco Saverio, p. 140.
BIRKHIMER, William E. p. 318.
BITTENCOURT, Carlos Machado, ps. X, 183, 184, 274, 275.
BITTENCOURT, Edmundo, ps. XII, 5, 11.
BLACK, Henry Campbell, ps. 141, 231.
BLAINE, J. G., ps. 314, 315.
BOCAIUVA, Quintino, ps. 325, 362, 363.
BONAPARTE, Napoleão, ps. 148, 320.
BORSARI, Luigi, ps. 140, 174.
BRAGA, Mariana de Sousa, p. 104.
BRANDÃO, Francisco Silviano de Almeida, p. 349.
BROUGHAM, p. 329.
BROWN, Antônio de Castro, ps. 7, 8, 19, 20, 21, 22, 25, 27.
BRUNIALTI, Attilio, p. 324.
BRUNS, p. 152.
BRUSA, Emilio, ps. 248, 250, 251, 255, 257, 269.
BRUTUS, p. 221.
CALLISTRATUS, 347.
CARACALA, p. 221.
CARRARA, Francesco, p. 221.
CARSON, Hampton L., p. 317.
CARVALHO, Carlos Augusto de, ps. 183, 245, 260.
CARVALHO, José de, p. XIII.
CASTRO, Gentil José de, p. 167.
CATÃO, p. 221.
CAVALCANTI, Amaro, ps. 185, 262.
CAVALCANTI, André, ps. 185, 186, 288.
CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa, ps. 186, 287.
CELSUS, p. 149.
CÉSAR, Antônio Moreira, p. 167.
CHABRUN, Adolphe de, p. 353.
CHASSAT, p. 354.
CHAVEAU, Frank, p. 300.
CHIRONI, G., ps. 12, 17, 18, 173, 176.
CHURCH, Samuel Harden, p. 357.
CÍCERO, Marcos Túlio, ps. 150, 283, 328, 329, 330.

- COGLIOLO, Pietro, p. 148.
COKE, p. 221.
CONCEIÇÃO, Jovita Maria da, ps. 109, 119.
CONTUZZI, Francesco, ps. 77, 209, 214, 251, 255, 298.
CORDAY, Carlota, p. 221.
CORDEIRO, João, ps. X, 184, 187, 189.
COSTA, Alfredo Antônio da, ps. 111, 117, 119.
COSTA, Amélia Coutinho César, p. 109.
CRÉMIEUX, p. 220.
CRÍSIPO, p. 328.
CRISTO, Jesus, p. 266.
CRITO, p. 328.
CROMWELL, Olivério, p. 314.
CUESTAS, p. 349.
CUNHA, Euclides Rodrigues da, p. 167.
CUNHA, Godofredo Xavier da, ps. 38, 70, 186.
DALLOZ, Désiré, ps. 77, 371.
DELISLE, p. 137.
DEMANGEAT, p. 371.
DEMOLOMBE, C., p. 135.
DEMÓSTENES, ps. 221, 328.
DIAS, Júlia Saraiva de Paula, p. 109.
DONELLUS, Hugo, p. 230.
DOOLITTLE, p. 312.
DREYFUS, Alfredo, p. 291.
DUFURE, ps. 296, 298.
DURANTON, p. 134.
ESCOREL, Manuel Clementino de Oliveira, ps. 165, 169, 174.
ESPÍNOLA, Eduardo Gondim, p. XIII.
ESPÍRITO SANTO, Herminio do, ps. 185, 285, 287.
FAVRE, Jules, p. 220.
FÉLIX, p. 371.
FIGUEIRA, Domingos de Andrade, p. 91.
FIGUEIREDO, Jesuína de Lima, p. 109.
FIGUEIREDO, João Maximiano de, p. 6.
FIGUEIREDO JÚNIOR, Joaquim Antunes de, p. 174.
FILIPPIS, Francesco de, p. 174.
FIORE, Pasquale, ps. 139, 142, 230.
FONSECA, Manuel Deodoro da, p. 44.
FOURCARD, p. 134.
FREITAS, Augusto de, p. 260.
GABBA, Carlo Francesco, ps. 138, 140.
GANS, Edward, p. 173.

- GARFIELD, James Abraam, p. 313.
GILLESPIE, p. 372.
GIORGI, Giorgio, p. 16.
GLICÉRIO, Francisco, ps. 184, 260.
GLÜCK, Anton Friedrich, ps. 140, 148.
GRACOS, p. 221.
GRÉVY, Alberto, p. 297.
GUANABARA, Alcindo, ps. 184, 187, 189, 331, 341, 342.
GUIMARÃES, José Pereira, ps. XIII, 33, 37, 41, 44, 69, 85.
HAURANNE, Duvergier de, p. 327.
HENNEQUIM, Emílio, p. 220.
HENRIQUE VIII, p. 221.
HESÍODO, p. 328.
HOMERO, p. 264.
HUME, David, p. 329.
JACOBINA José Eustáquio Ferreira, p. 281.
JOÃO VI, ps. 194, 199.
JOHNSON, ps. 313, 318.
JOZON, p. 371.
KLINK, Júlia Gonçalves, ps. XIII, XIV, 99, 104, 105, 109.
LABEÃO, ps. 221, 224.
LACERDA, Maia, p. 20.
LACERDA, Sebastião de, p. 260.
LACOMBE, Américo Jacobina, p. 281.
LANDUCCI, ps. 135, 136.
LASSALLE, Ferdinand, p. 140.
LAURENT, François, ps. 16, 152, 371, 372.
LEMONS, João Alves de Azevedo, p. 25.
LEROY-BEAULIEU, Paul, ps. 375, 376, 377, 378.
LESSA, Engrácia Luísa de Lamare, p. 109.
LIEBER, Francis, p. 133.
LIMA E SILVA, Francisco de, p. 199.
LINCOLN, Abraão, p. 221.
LITTRÉ, Ernest, p. 130.
LÔBO, Américo, ps. 186, 287.
LOMONACO, Giovanni, ps. 151, 152.
LÖNING, Edgar, p. 168.
LUÍS XVI, p. 221.
MACEDO SOARES, Joaquim Antônio de, ps. 38, 185, 186, 285, 287, 346.
MACHADO, Irineu de Melo, p. 184.
MACHIARELLI, Nicolo, p. 150.
MAC MAHON, ps. 297, 321.
MAGALHÃES, Olinto de, p. 288.

- MAJORANA, Angelo, ps. 207, 232, 243, 244, 250, 251, 255, 301.
MALGARINI, p. 294.
MANTELLINI, Giuseppe, ps. 54, 173.
MARANHÃO, José de Albuquerque, ps. 187, 189, 331.
MARCADÉ, ps. 15, 134.
MARCIANO, p. 52.
MARCOU, ps. 299, 300.
MARIA ANTONIETA, p. 221.
MARINHAS, Antônio Martins, p. 168.
MARQUES, Antônio Rodrigues do Vale, p. 109.
MARSHALL, JOHN, ps. 269, 270.
MARTIGNAC, p. 220.
MARTIN, p. 304.
MASSÉ, G., ps. 173, 180.
MEDEIROS, Fortunato de Campos de, ps. 346, 349.
MELO, Marcelino Bispo de, ps. 183, 184.
MELO MATOS, José Cândido de Albuquerque, ps. XIV, 186, 187, 188, 270, 341.
MENDONÇA, João Damasceno Pinto de, ps. XIV, 186, 270, 289, 341.
MENDONÇA, Lúcio de, ps. XII, 186, 187, 188, 280, 287.
MEUCCI, Lorenzo ps. 168, 171, 172, 173, 176.
MEULENAERE, O. de, p. 380.
MIRANDA, Afonso Lopes de, p. 5.
MITTERMEIER, K. J. A., ps. 295, 296.
MONTENEGRO, Caetano Pinto de Miranda, p. 6.
MORAIS, Eugênio Vilhena de, p. XIII.
MORAIS, Evaristo de, p. 183.
MOREIRA, Torquato, p. 184.
MORELLI, Alberto, p. 136.
MORENO, Garcia, p. 320.
MORNAC, p. 137.
MORUS, Tomas, p. 221.
MOURLON, p. 153.
MUNIZ, Salvador, p. 105.
MURTINHO, João Cândido, ps. XIV, 1, 5, 6, 7.
MURTINHO, Manuel José, ps. 185, 285, 287, 339, 340.
NAPOLEÃO, Luís, ps. 220, 296, 320.
NEIVA, Vicente Saraiva de Carvalho, ps. X, 183, 184.
NEVES, João Batista das, ps. 280, 339.
NEY, Michel, p. 220.
OFFENBACH, p. 302.
OLINTO, Adolfo Augusto, ps. 185, 358.
OLIVEIRA, Manuel Gomes de, ps. 91, 95.

- OLIVEIRA, p. 322.
OURO PRETO, Afonso Celso de Assis Figueiredo, Visconde de, p. 91.
PACIFICI-MAZZONI, Emídio, p. 140.
PAIVA, Ataulfo Nápoles de, p. 6.
PALAZZO, Provenzano, ps. 174, 176.
PAPINIANO, ps. 221; 380.
PAULA BATISTA, Francisco de, p. 67.
PAULUS, ps. XI, 52.
PEDRO I, ps. 193, 194, 199.
PEIXOTO, Floriano Vieira, p. 260.
PÉNAUD, Edouard, p. 372.
PEREIRA, Antônio Batista, p. XIII.
PEREIRA, José Higino Duarte, ps. 91, 167, 174.
PEREIRA, Lafayette Rodrigues, p. 91.
PEREIRA FRANCO, Luís Antônio, barão de, ps. 185, 186, 285, 287, 346.
PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano, p. 127.
PHILLIMORE, Robert, p. 377.
PINDAÍBA DE MATOS, Eduardo, ps. 38, 185, 288.
PINHEIRO, Fernandes, ps. 25, 30.
PINHEIRO, Fernandes, p. 105.
PINHEIRO, Otacílio, p. XIII.
PISA E ALMEIDA, Joaquim de Toledo, ps. 186, 200, 280, 285, 287, 288, 337, 344.
PITANGA, Sousa, p. 104.
PLATÃO, p. 150.
POBEDONOSTZEFF, C. P., p. 321.
POLITIS, Nicolas de, p. 375.
PONT, Paul, ps. 15, 379.
PORTELA, Bartolomeu, p. 281.
POTHIER, Joseph Robert, p. 14.
PRADIER FODERÉ, P., p. 371.
RAU, C. ps. 133, 379.
REINACH, Theodore, ps. 206, 294, 296, 297, 301.
RIBAS, Antônio Joaquim, ps. 77, 127.
RICCI, Francesco, ps. 174, 175.
RODRIGUES, Antônio Coelho, p. 167.
ROLAND, Mme. p. 221.
ROMAGNOSI, Giandomenico, p. 217.
ROYER, Charles, p. 371.
RUIZ, Arangio, ps. 196, 248, 251, 301.
SÁ, Artur Ambrosino Herédia de, ps. 1, 5, 7.
SADI-CARNOT, p. 349.

- SANTANA NÉRY, Frederico José de, ps. 187, 189, 331.
SANTOS, Domingos Francisco dos, p. 25.
SAREDO, Giuseppe, ps. 138, 139, 230.
SAUZET, p. 220.
SAVIGNY, Frederico Carlos von, ps. 47, 137, 150.
SEWARD, p. 316.
SENA, Ernesto, p. 183.
SERAFINI, Filippo, p. 148.
SILVA, Artur da Costa, p. 109.
SILVA, Bernardino Ferreira da, ps. 184, 185, 280, 288.
SILVA, Custódio Barros da, p. 91.
SILVA, Teodoro Machado Freire Pereira da, p. 5.
SIMON, Júlio, p. 298.
SÓCRATES, ps. 150, 328.
SOUSA, América Cândida da Rocha, p. 109.
SPÉE, p. 371.
STORY, Joseph, p. 155.
STUARTS, p. 284.
TÁCITO, Públio Cornélio, p. 221.
TANEY, p. 316.
TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, p. 127.
THAYER, James Bradley, ps. 311, 317.
THIBAUT, Anton Friedrich Justus, p. 148.
THIERS, Adolphe, p. 321.
THRING, Lorde, p. 243.
TROPLONG, ps. 378, 379.
TUDORS, p. 284.
ULPIANO, ps. 171, 221.
VASCONCELOS, Mariano de, p. 20.
VASCONCELOS, Bernardo Pereira de, p. 199.
VEIGA, Pinto & Cia., p. X.
VERGÊ, Ch. ps. 173, 180, 371.
VIANA, Antônio Ferreira, p. 91.
VIEIRA, Antônio, Pe., p. 283.
VIEIRA, João Pedro Belfort, p. 38.
VIEIRA, Júlia dos Santos, p. 109.
VINCENT, René, p. 372.
WAECHTER, p. 48.
WANDENKOLK, Eduardo, p. 361.
WESTLAKE, John, p. 372.
WILKES, p. 291.
WINTHROP, p. 311.
ZACHARIAE, Karl Salomo, ps. 173, 180, 379.



ÍNDICE

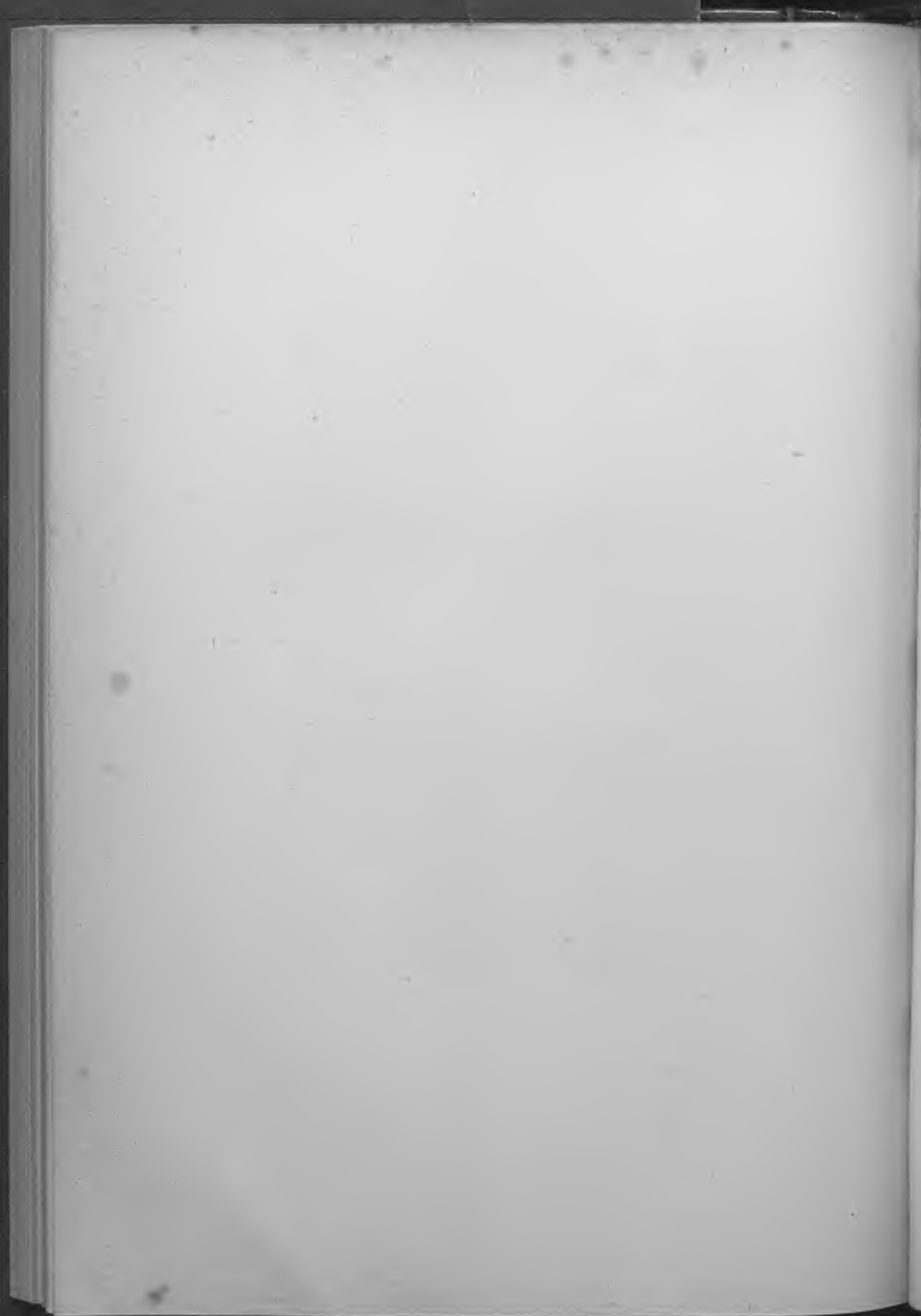
PREFÁCIO	IX
I. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. Agravo. Exeqüente: Artur Ambrósio Herédia de Sá; Executado: Engenheiro João Cândido Murtinho	
Nota do Revisor	1
1 — CONTESTAÇÃO	5
2 — MINUTA. ADITAMENTO	7
I — A Hipótese do Dano	11
II — O Arbitramento	11
	22
II. <i>NOVUM JUS</i> . Restituição de Vencimentos por Executivo Fiscal. Exeqüente: a Fazenda Nacional; Executado: Alnte. J. Pereira Guimarães	
Nota do Revisor	33
Advertência do Autor	37
1 — EMBARGOS	39
2 — RAZÕES FINAIS DO EXECUTADO	41
Apenso — Razões Finais da Fazenda Exequente	51
Sentença	65
Razões de Apelação pela Fazenda	69
3 — RAZÕES DE APELAÇÃO PELO EXECUTADO	71
Acórdão do Supremo Tribunal Federal	73
	85
III. O MONOPÓLIO DE CARNES VERDES. Parecer ..	
Nota do Revisor	87
Consulta	91
PARECER	93
	95
IV. LEIS RETROATIVAS E INTERPRETATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO. Ação Ordinária. Júlia Gonçalves Klink e outros, AA. v. Fazenda Municipal, Ré ..	
Nota do Revisor	99
Advertência do Autor	103
1 — PETIÇÃO INICIAL	107
2 — RAZÕES FINAIS	109
3 — INCIDENTES DA ASSISTÊNCIA	115
4 — RAZÕES DE APELAÇÃO. a) Pelos AA. como Apelados	125
b) Pelos AA. como Apelantes	145
	159
V. A CULPA CIVIL DO ESTADO. O Empastelamento do O Comércio de São Paulo e a Responsabilidade do Governo Local. Parecer	
Nota do Revisor	163
PARECER	167
	169

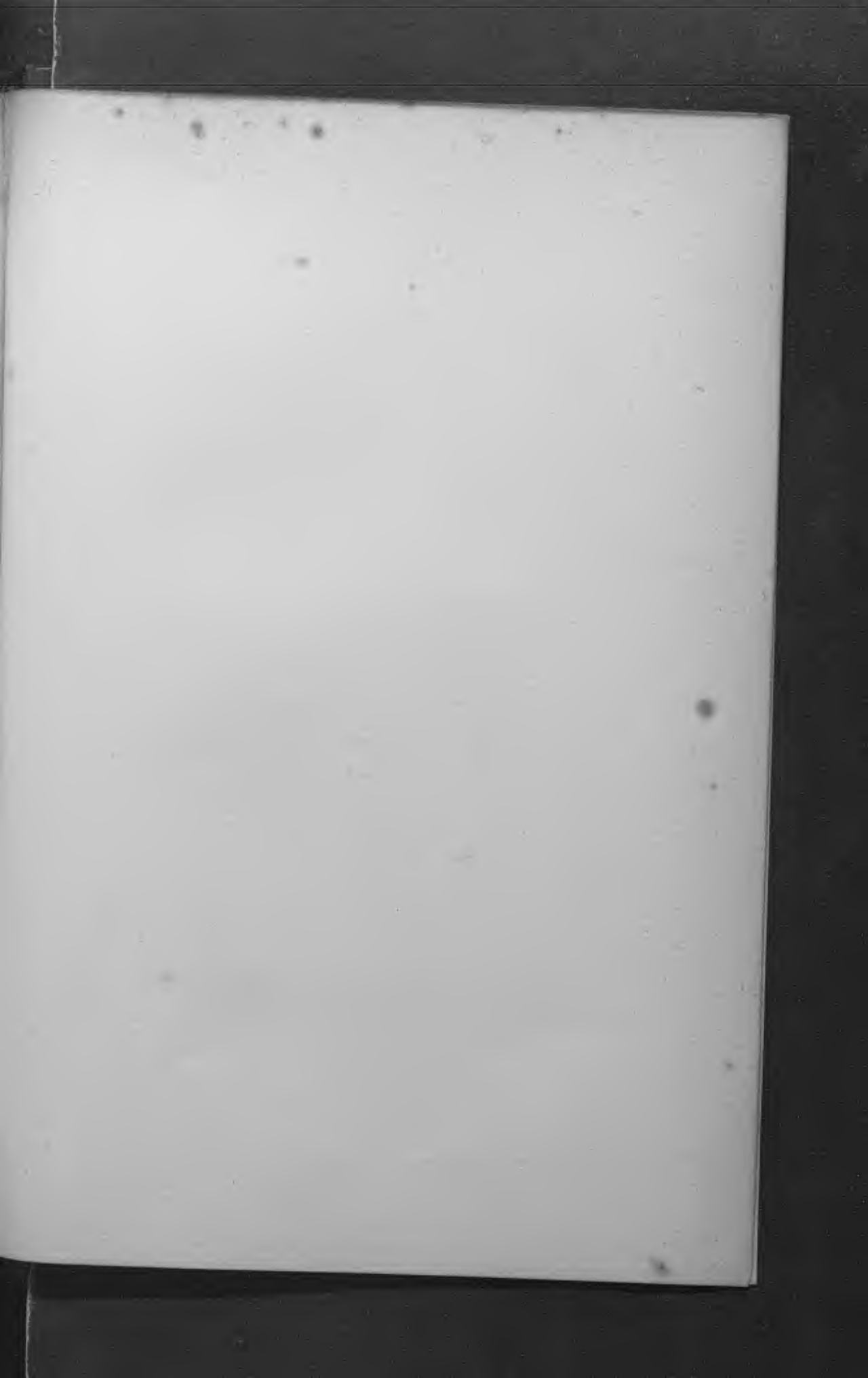
VI.	<i>HABEAS-CORPUS</i> . Estado de Sítio. Termo de seus Efeitos	181
	Nota do Revisor	183
	1 — PETIÇÃO DE « <i>HABEAS-CORPUS</i> »	189
	2 — DISCURSO PROFERIDO NA SESSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE 26 DE MARÇO	217
	3 — CARTA AO «JORNAL DO COMÉRCIO»	273
VII.	A LIÇÃO DOS DOIS ACORDÃOS. Estudo Crítico acêrca da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria de <i>Habeas-Corpus</i> contra Atos do Poder Executivo	277
	Nota do Revisor	279
	A LIÇÃO DOS DOIS ACÓRDÃOS	283
	<i>Habeas-Corpus</i> nº 1.063. Acórdão de 26 de março de 1898	331
	<i>Habeas-Corpus</i> nº 1.073. Acórdão de 16 de abril de 1898	341
VIII.	PRERROGATIVAS PARLAMENTARES. Carta à <i>Gazeta de Notícias</i>	359
IX.	TÍTULOS DA DÍVIDA DO BRASIL. Acôrdo Celebrado sem Aquiescência de Antigos Devedores com Garantia Legal e sua Eficácia Jurídica. Consulta Formulada pelas Cias. E. F. do Brasil. Parecer	365
	Nota do Revisor	369
	PARECER	371
	BIBLIOGRAFIA	383
	ÍNDICE ONOMÁSTICO	391

AOS 26 DO MÊS DE MAIO DO ANO DE
1948, ACABOU-SE DE IMPRIMIR NAS OFICINAS
GRÁFICAS DA IMPRENSA NACIONAL, NA
CIDADE DO RIO DE JANEIRO, ÊSTE TOMO,
O 4.º DO VOLUME XXV

DAS

OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA
MANDADAS PUBLICAR PELO GOVÊRNO DA
REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL.





1948

IMPrensa NACIONAL
RIO DE JANEIRO — BRASIL

