





OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA

VOLUME XXIII

TOMO III

FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA
Rua São Clemente, 134 — Rio de Janeiro — Brasil

Presidente

AMÉRICO JACOBINA LACOMBE

Diretor-Executivo

IRAPOAN CAVALCANTI DE LYRA

Diretor do Centro de Pesquisas

HOMERO SENNA

Setor Ruiano

Chefe

NORAH LEVY

Pesquisadora permanente

REJANE M. M. DE ALMEIDA MAGALHÃES

Colaboraram na preparação do presente volume:

Organização do plano geral

Américo Jacobina Lacombe

Prefácio, revisão, notas, bibliografia e índice onomástico

José Gomes Bezerra Câmara

Supervisão

Norah Levy

Pesquisas complementares e atualização ortográfica

Eni Valentim Torres

Solange Campello Taraciúk

Revisão tipográfica

Eni Valentim Torres

Sydnei Cordeiro Kenupp

Coordenação na impressão

Sylvino Gonçalves





OBRAS COMPLETAS
DE
RUI BARBOSA

VOL. XXIII. 1896
TOMO III

POSSE DE DIREITOS PESSOAIS.
O JÚRI E A INDEPENDÊNCIA
DA MAGISTRATURA



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA
FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA

RIO DE JANEIRO — 1976

ID : 016767

TOMBO 017018

*Foram tirados três mil exemplares em papel vergé, do presente volume das **Obras Completas de Rui Barbosa**, mandadas publicar, sob os auspícios do Governo Federal, pelo Ministro Gustavo Capanema, dentro do plano aprovado pelo decreto-lei n.º 3.668, de 30 de setembro de 1941, baixado pelo Presidente Getúlio Vargas, e de acordo 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*



342.1251
B238

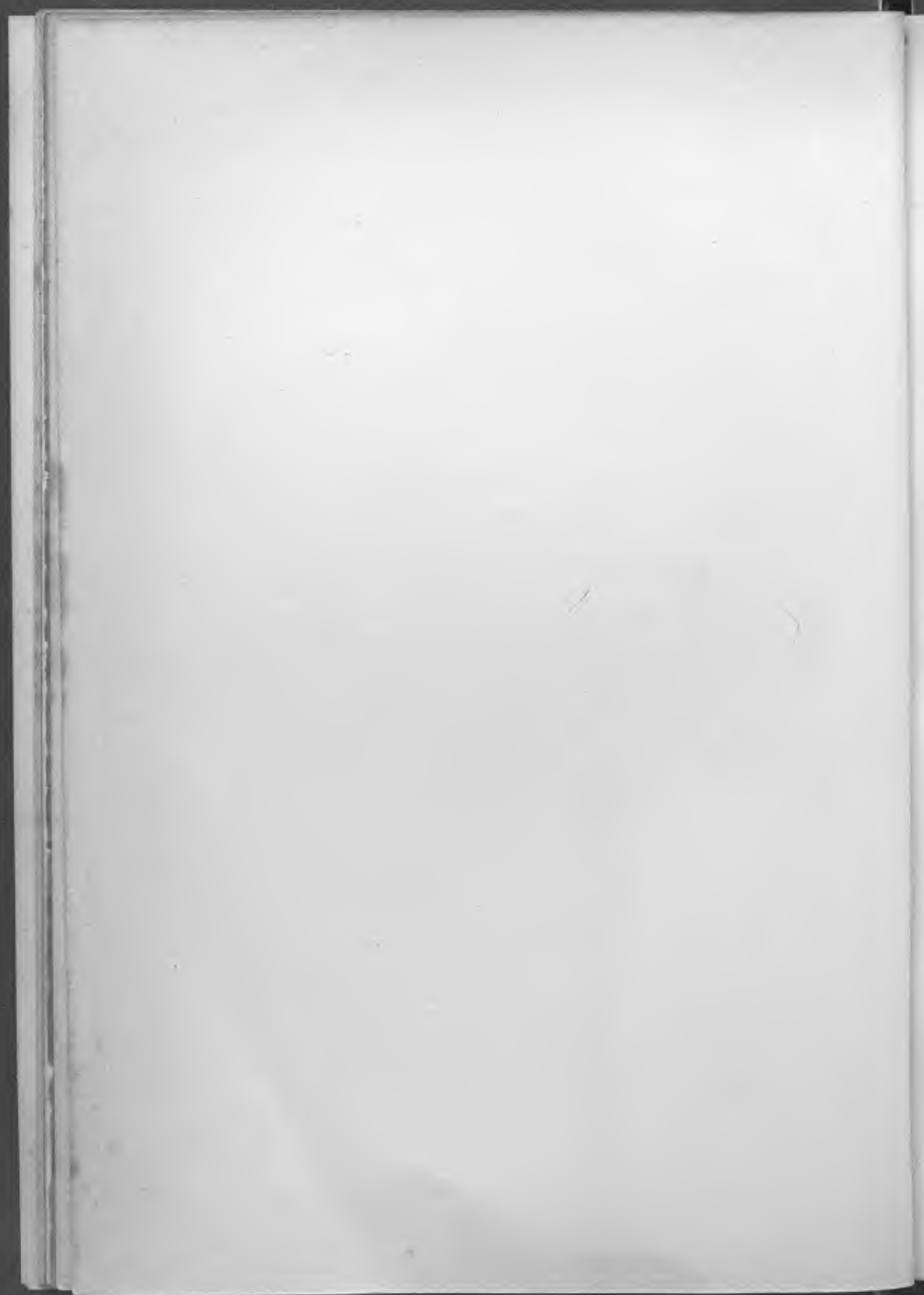
CATÁLOGO 017420

PREFÁCIO, REVISÃO E NOTAS

DE

JOSÉ GOMES B. CÂMARA

Juiz de Direito do Tribunal de Alçada



PREFACIO

Os dois escritos ora reunidos — Posse de direitos pessoais e O júri e a independência da magistratura — constituem o tomo III, do volume XXIII, das Obras Completas de Rui Barbosa, correspondente a 1896, ora divulgado. No primeiro é rigorosamente conservado o título contido no opúsculo saído em 1900, parcela de tudo o que a respeito havia escrito o Autor. O segundo contém rótulo diferente, pois dois ou mais títulos, variáveis entre si, aparecem nas publicações da época, seja em avulso, seja em periódicos, ou obras de referência. Preferiu-se, portanto, o que encerra epígrafe do próprio Rui, inequívoca, qual seja — O júri e a independência da magistratura.

Foi aquele período, na carreira de Rui Barbosa, em seu curriculum, um dos mais fecundos de toda sua vida de advogado e jurisconsulto.

Em seu tantas vezes citado e precioso discurso de 13 de outubro de 1896, revela que, em menos de dez meses, e que precedem àquela data, seus honorários atingiram a expressiva cifra de 680:000\$000, o que vem oferecer uma idéia da intensidade de seu labor nesse ramo de atividade, ao menos para quem considere o valor aquisitivo da moeda na última década do século XIX.

E, note-se, nem todos os arrazoados forenses, ou pareceres, eram remunerados.

Sua produção jurídica em tal período fornece matéria para dois ou três alentados tomos, sem embargo de alguns trabalhos, ante o critério assentado, se transferirem para volumes subsequentes, de 1897 e 1898, como, v.g., ocorre com Anistia inversa, A questão do mercado da Glória, mencionados, apenas, de relance, os de maior relevo.

Não é ocioso repetir que, sendo o critério cronológico, o mais indicado, de qualquer maneira adotado ex vi legis, sempre que possível tem se evitado segui-lo, por assim dizer, literalmente, e, assim, posto que observado, afasta-se, não raro, a dispersão do material a compilar-se.

O tomo que a este há de seguir-se, à semelhança de outros, terá de caracterizar-se como um dos mais fragmentários de toda a ruiana. Contudo, o presente conjunto foi reservado a dois trabalhos que, não obstante versarem teses distintas, hipóteses classificadas em ramos diversos, na dogmática e na doutrina, formam unidades de conteúdo homogêneo, com feição própria em sua esfera de pertinência.

Antes de tudo, uma observação se impõe quanto a cada unidade, publicada em conjunto ou separadamente, em avulso, ou periódico. Os títulos, rótulos, ou cabeçalhos que os identificam, ou precedem o seu conteúdo, nem sempre coincidem. Há casos em que se verificam três, quatro, cinco e mais reproduções, cada uma encerrando rubricas diferentes. De mais a mais, nem todos os títulos eram apostos pelo próprio Autor. As redações de periódicos, os próprios interessados, até mesmo tipografias, não raro, se incumbiam de sua inserção.

O célebre caso do juiz Mendonça Lima constitui expressivo exemplo: Instituição do Júri | Julgamento a Descoberto | (O Direito, v. 73, p. 5); |

Revisão-Crime | — *seguindo-se, apenas, indicação de recorrente ou suplicante, recorrido ou suplicado* (O Direito, v. cit., p. 15); O júri e a responsabilidade penal dos juizes, em *folha de rosto do avulso publicado em 1896: Defesa | do | Dr. Alcides de Mendonça Lima | no | Recurso de Revisão | contra a sentença | do | Superior Tribunal do Rio Grande do Sul |*, é o que encerra o seu frontispício.

Um título se impunha adotar, e o mais indicado, naturalmente, pareceu aquele que indiscutivelmente pertence ao próprio Rui — O júri e a independência da magistratura, conforme o moto que precede o texto.

Preferiu-se inserir a exposição explicativa de cada trabalho como se segue, para que menos difuso se torne o fim primordial: orientação ou esclarecimento para elucidação da matéria, como surgiu, seu curso, seu termo. Tais informações, a alusão aos aspectos de mais relevo, têm como inspiração, sobretudo, a circunstância de cada vez mais problemáticos ficarem os elementos informativos, ante a possibilidade de desaparecimento de peças originais, sem falar-se em tantos outros fatores que, frequentemente, convertem a aquisição de documentos autênticos em algo de caráter por assim dizer proibitivo.

Cumpre, assim, antes de tudo, o relato, em síntese, concernente ao primeiro dos opúsculos, ou seja

POSSE DE DIREITOS PESSOAIS

Envolve esse opúsculo, e que na publicação atual excede talvez tal classificação, dois aspectos: um judicial; outro extrajudicial. O primeiro, consiste

nas peças contidas no processo, autos do interdito de manutenção em que figuravam, como Autores, André Gustavo Paulo de Frontin e outros contra a União Federal, o qual se encerrou com o julgado do agravo de petição número 159. Divulgou-se em letra de forma, apenas, a petição inicial, em 1896, sem falar-se no acórdão proferido a fl. 116 e seguintes, dos autos respectivos, e, num matutino desta cidade, cartas à redação e os artigos que formam o opúsculo impresso em 1900, noutra tipografia, com diversa composição.

São aqui divulgados, sem que o tenham sido no avulso que se publicara em 1896, o Incidente de atentado (fls. 83-84), os Artigos de atentado (fl. 85 a 86 v.), a Contra-minuta de agravo, mais uma petição de fl. 113, e, finalmente, o acórdão proferido no agravo n. 159 (fl. 116 a 118 v.), ao qual foi acrescida a ementa que ora o acompanha, redigida pelo signatário destas nótulas.

Peças por assim dizer desconhecidas, salvo para alguém familiarizado com o mundo forense — e mais do que isso — afeito às buscas em coleções, arquivos e cartórios, nem sempre com êxito, de maneira nenhuma se justificava a sua omissão, tendo-se, como se teve, a ventura de encontrá-las nos autos ou na imprensa da época.

Era Rui Barbosa, por índole, avesso a discussão de controvérsias nitidamente forenses através da imprensa cotidiana, com ressalva de pareceres emitidos, só excepcionalmente o contrário ocorrendo. Contudo, quando o adversário, ou ex adverso, tinha a iniciativa, criticava algum arrazoado ou tema deba-

tido nos autos, sua réplica não se fazia esperar. Foi o que aconteceu mais tarde com a reivindicação do Amazonas quanto ao Acre setentrional, além de outros casos. Esse ângulo da tese concernente à posse de objeto imaterial será referido, em suas generalidades, linhas abaixo.

A controvérsia, do ponto de vista estritamente judiciário, pode resumir-se nos motivos a seguir aduzidos e expostos em seus pontos de maior relevância.

Em 1896, o clima dominante na Escola Politécnica não era de harmonia e espírito de compreensão entre os corpos docente e discente, entre professores e alunos. Desde 1895, tudo prenunciava dissensões sob os mais variados pretextos, os mais insignificantes motivos. Nos primeiros meses do ano letivo seguinte a tensão chegaria ao seu máximo, repercutindo na administração da Escola e além de seu âmbito.

Subscrito pelo aluno de engenharia Arlindo Gomes Ribeiro da Luz e outros, publicou o Jornal do Comércio, edição de 15 de maio de 1896, longo e violento manifesto, no qual se criticava duramente a administração escolar, sistema de ensino, critérios de aprovação, increpando-se alguns lentes, expressamente nomeados, de ignorantes, alcoólatras, incapazes, parciais.

A 18 de maio, três dias após a publicação, reuniu-se a Congregação, decidindo, por unanimidade, solicitar a designação de uma comissão de inquérito, a fim de apurar a veracidade das acusações. Propunha-se, também, a conveniência de não ser reaberta a Escola enquanto não concluído o inquérito, o que foi acolhido.

Por Decreto de 30 de junho, foi nomeado o Dr. Antônio Augusto Fernandes Pinheiro, diretor da Escola, e, em aviso da mesma data, do ministro Antônio Gonçalves Ferreira, titular da Justiça e Negócios Interiores, incumbido de investigar os fundamentos do manifesto dos alunos, propondo ao governo as providências que entendesse necessárias.

Ficara assentado que os trabalhos escolares não se reabririam, enquanto não fosse concluído o inquérito para apuração dos fatos aludidos no Manifesto de 15 de maio. O novo diretor solicitara a reabertura dos trabalhos didáticos, sem demora, o que foi autorizado ou mesmo determinado pelo ministro da justiça. A Congregação reconheceu a legalidade de tal ato, mas considerando-se sem a necessária força moral, segundo suas próprias expressões, sem condições, para que os lentes assumissem suas cadeiras antes da conclusão do inquérito, decidiu-se que não compareceriam os professores às aulas, até que se apurassem as acusações.

Recusou-se o diretor a levar ao conhecimento do ministro de Estado a resolução, sendo esta, com data de julho e publicada na imprensa de 10, subscrita pelos catedráticos Paulo de Frontin e mais dezenove de seus colegas da Congregação.

Pelo diretor foram interpelados os lentes, para que confirmassem até o dia 13 de julho a autenticidade das assinaturas. Prontamente reafirmaram sua decisão Carlos Sampaio e Vieira Souto, e, quanto aos demais, nenhuma contradita ou negativa expressa.

Com o resultado, e alegando o Poder Executivo inversão da hierarquia administrativa, pela Congregação, cujo comportamento, segundo os consideranda, implicava numa infração proposital às

disposições regulamentares, expediu-se o Decreto de 15 de julho de 1896, pelo qual se declaravam suspensos, com perda total de vencimentos, os lentes da Escola Politécnica.

André Gustavo Paulo de Frontin
Luís Rafael Vieira Souto
Manuel Joaquim Teixeira Bastos
Artur Getúlio das Neves
Américo Monteiro de Barros
Viriato Belfort Duarte
Antônio de Paula Freitas
Licínio Atanásio Cardoso
Venceslau Alves Leite de Oliveira Belo
José Agostinho dos Reis
Elisio Firmo Martins
Eugène Tisserandot
Oscar Nerval de Gouveia
Carlos César de Oliveira Sampaio
Joaquim Galdino Pimentel
João Batista Ortiz Monteiro

Foi o decreto assinado pelo presidente Prudente de Moraes e referendado pelo seu ministro da justiça, Gonçalves Ferreira, publicado no Diário Oficial de 16 de julho de 1896.

No dia imediato era conferido ao advogado Rui Barbosa mandato () para tentar o remédio cabível,*

(*) Substabelecido, conforme instrumento de próprio punho de Rui Barbosa, a fl. 69, dos autos, embora só tenha funcionado no processo o solicitador Gaspar Teixeira de Carvalho.

Rui Barbosa, advogado.

Substabeleço nos Srs. Drs. Edmundo Bittencourt, Sancho de Barros Pimentel e solicitador Gaspar Teixeira de Carvalho, com reserva dos mesmos poderes para mim, a procuração, que me foi outorgada pelos Drs. André Gustavo Paulo de Frontin e outros, lentes da Escola Politécnica, na ação de manutenção de posse dos seus cargos, que iniciarem perante o juízo seccional desta cidade.

Rio, 27 de julho, 1896

Rui Barbosa

figurando como constituintes os dezesseis professores suspensos e já enumerados.

Optou Rui Barbosa pelo interdito de manutenção, ultimada petição inicial a 23 de julho e despachada em 25 pelo juiz Aureliano de Campos, que, prontamente, deferiu a medida initio litis, tendo como provada a posse dos suplicantes e demonstrada a turbação por parte do agente do Poder Executivo.

Não era fácil obter o resultado pretendido através de proteção interdital, tratando-se, como se tratava, de direito imaterial, a que tem sido refratária, de certo modo, a nossa formação jurídica — reinícola e pátria — posto que sem fundamentos para essa forma de comportamento doutrinário.

Se era problemático o uso do remédio, sua assimilação em um meio em que se afirma não se estender a posse aos direitos imateriais, porque predomina a chamada teoria objetiva, e não a subjetiva, na qual tem a palavra Jhering, e não Savigny nesse terreno, onde não se distingue espiritualização da posse com seu elemento espiritual — não há, em contraposição, dificuldade em adivinhar-se o impacto ocasionado pelo deferimento da inicial.

Elemento espiritual é o chamado animus, baseado, sobretudo, na corrente liderada por Savigny, de há muito, sob esse ângulo, superada; espiritualização é a proteção interdital aos direitos imateriais ou pessoais, onde o Causalmoment, elemento causal, de Jhering, tem indiscutível pertinência.

A repercussão da medida foi sensível, bastando assinalar que a imprensa quase diariamente se referia ao caso, através de cartas, com pseudônimo ou simples menção a ilustre magistrado ou leitor.

Afirmou Stinzing, em dissertação na qual refutara Krückmann (*), que a decisão, em matéria possessória, contra o mosteiro, não envolve os frades, mas aqui, na hipótese de que se cogita, foi exatamente o contrário que sucedeu. A decisão assentava em norma abstrata, em doutrina, contra uma turbação objetivamente considerada. Restaurou-se uma situação, sem que, propriamente, se anulasse o ato. Se, por um lado, a Congregação, seus integrantes, foram beneficiados, ao menos sob o ponto de vista moral, por outro, considerou-se espécie de capitis deminutio ao Poder Executivo, a ponto de implicar em exoneração do ministro de Estado trinta dias mais tarde, e, antes dele, de um procurador da república.

A defesa do Executivo operou-se, apenas, mediante exceção de incompetência do Juízo, mas ninguém sabia, nem se indicava o nome do órgão judiciário para o qual se declinava da competência. Era, esta, segundo os artigos de exceção, do Poder Executivo, e, jamais, do Juízo Seccional. Nulo, irritado, nenhum, o despacho, nenhum efeito podendo produzir — alegava-se.

De 27 de julho é o auto de manutenção, mas, presentes os impetrantes, na Escola Politécnica, bem como seu diretor, Fernandes Pinheiro, declarou este, quando lido o mandado, não aceitar a ordem judicial, porquanto só recebia ordens do governo, a quem iria comunicar a ocorrência, retirando-se, de imediato, intimada a seguir, a união, na pessoa de seu procurador Graça Aranha (fl. 67-68). Este parece não ter aceitado a orientação que se tentava impri-

(*) Besitz, Gewere, Rechtsschein [Posse, Investidura, Aparência Jurídica] in Archiv für die Civilistische Praxis, v. 109, p. 347 a 435. ano de 1912. A dissertação de Krückmann, a posse como decorrência exclusiva do direito (Rechtsbesitz) se acha no volume anterior, o de número 108, de 1912.

XVIII

mir à controvérsia, pois um ofício por ele endereçado ao ministro da justiça foi de imediato devolvido, demitindo-se o procurador.

Com vista o feito ao procurador Esmeraldino Olímpio de Torres Bandeira, foi através deste manifestada exceção de incompetência, em que se concluía por argüir de ilegal o mandado proibitório ou de manutenção de posse de empregado público, por isso que, sustentava-se,

o remédio contra o ato do governo, reclamado pelos exceptos, não podia absolutamente ser concedido por este respeitável Juízo, uma vez que nos termos do art. 13, § 7º, da Lei n. 221, citada, só ao mesmo governo compete suspender a execução do ato ou medida que houver administrativamente expedido, como se vê dos termos do indicado parágrafo:

A requerimento do Autor, a autoridade administrativa em questão suspenderá a sua execução, se a isso não se opuserem razões de ordem pública.

Só o Poder Executivo, na espécie, entendia-se, teria competência para revogar ou suspender o ato impugnado, apreciando a controvérsia em si mesma.

A pretendida exceção é de 6 de agosto. A 12, seguinte, o patrono dos suplicantes replicou, sendo de próprio punho de Rui Barbosa, como, a final, tudo o que se encerra nos autos com a sua assinatura, excetuada a inicial, cuja letra é do solicitador Gaspar Teixeira de Carvalho.

Anteriormente, a 3 e 11 de agosto, manifestaram os AA. incidente de atentado e seus artigos (fl. 83-84 e fl. 85-86 v.).

Em data de 27 de julho, o ministro de Estado expedira aviso ao diretor da Escola, no sentido de cumprir-se o Decreto de 15 de julho, não obstante

o mandado judicial, pondo, então, à disposição do diretor, força policial. Em memorando de 29, era o engenheiro Paulo de Frontin convidado a deixar ou retirar-se do recinto da Escola, pelo diretor (fl. 88), recusando-se a atender, o que somente faria — declarou — pela força material, empregada pela polícia militar, o que não foi necessário.

O comportamento da administração da Escola ensejou o atentado já referido. A exceção não foi admitida, ou melhor, não chegou a ser decidida, sendo, em consequência, interposto recurso de agravo, invocado o art. 54, inc. VI, alínea a, da Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, minutado a fl. 100 usque 105.

Ofereceram os Autores, por sua vez, contra-minuta, de punho de Rui Barbosa (fl. 106-112), sustentando, sobretudo, que a exceção não foi rejeitada, nem julgada, e, assim, lugar para o recurso não existia.

O incidente de atentado e a exceção, como também o agravo, tiveram prosseguimento nos próprios autos, mas nenhum deles foi apreciado em seu mérito pelo Juízo a quo.

Distribuído o feito, como agravo (n. 159), a 26 de agosto, ao ministro Figueiredo Júnior, foi julgado três dias mais tarde, não se conhecendo do recurso, por maioria, sob fundamento de tratar-se de simples despacho interlocutório, mero ordenamento processual. Muito embora o mérito não se tenha decidido em segunda e última instância, e, na primeira, não tenha passado a controvérsia de sua fase administrativa, como tal se traduzindo o despacho inicial, encerrou-se o pleito com o Acórdão de 29 de agosto de 1896 (fl. 116 v. a 118 v.).

Intensa repercussão tivera o caso da Politécnica, pois duas exonerações, pelo menos, podem-se atribuir à série de contingências dele decorrentes: a do procurador J.P. da Graça Aranha, e, um mês depois da concessão do mandado, a do ministro da justiça, que a 30 de agosto foi substituído pelo sociólogo Alberto de Seixas Martins Torres.

O conflito, afinal, pôde compor-se, serenando os ânimos, sem dúvida ante a circunstância de novo ministro assumir a pasta a que era subordinada a Escola Politécnica.

Do ponto-de-vista estritamente judiciário, estes foram os fatos e circunstâncias de que se revestiu a espécie, que, por sua natureza, pelas controvérsias que tem suscitado a tese em tantos sistemas jurídicos, teria de constituir marco dominante em tema dos mais discutidos.

A atuação de Rui Barbosa não se restringiria à esfera judiciária. A 1º de agosto publicara o Jornal do Comércio, já seqüência de outra, matéria na qual era atacada a tese arrojada, como se sabe, certamente, em face das concepções doutrinárias concernentes ao assunto, não se falando nas repercussões sob o ponto de vista político-administrativo. Seu autor aparecia apenas sob pseudônimo de Civis, e, em edições posteriores, ora sob essa designação, ora sob a de Taney e Marshall.

A partir de 2 de agosto, fez Rui Barbosa inserir naquele matutino, em forma de cartas à redação (), o que seria possível chamar-se um esboço de sustentação da sua tese ainda que, como se tem afirmado,*

(*) Não incluídas no avulso de 1900 sob o título *Posse de direitos pessoais*.

fosse avesso ao debate de questões forenses pela imprensa.

Era, na verdade, como é ainda em nossos dias, inadmissível, para muitos, a proteção interdital, cogitando-se de direitos imateriais ou pessoais. Assentava, como assenta, tantas vezes, a noção da posse, ainda que bastante controvertida a assertiva, o entendimento, exclusivamente no direito romano.

Não é possível desprezar-se o direito canônico e o elemento germânico.

O próprio Autor do primitivo Projeto de Código Civil, o eminente Clóvis Beviláqua, chegaria a afirmar, em escólio ao art. 485:

1º) o Código Civil afastou, inteiramente, a construção de Savigny;

2º) adotou a doutrina de Jhering;

3º) os direitos pessoais são estranhos ao conceito de posse.

Ora, é justamente em face da concepção de Savigny, a quem tantos citam, e que tão poucos leram em seu original, sem embargo de contar sua valiosa monografia nada menos de sete edições em seu idioma, que não se admite a proteção interdital para o fim a que se visa, isto é, extensiva aos direitos imateriais.

Jhering, bem ao contrário, com sua teoria esposada a partir de 1868, melhor desenvolvida em 1889 e resumida no verbete que escreveu para o *Handwörterbuch* (*) de Conrad e outros sustenta justamente o contrário do que se pretende. Ao seu entendimento

(*) Besitz. In *Handwörterbuch der Staatswissenschaft* herausgegeben von Conrad, Elster, Lexis e Loening, v. II, Jena, 1891. Nas edições que se seguiram, a partir da 2ª, não foi mais inserido esse precioso verbete, publicado, também, no v. 32, dos *Anais* (*Jahrbücher*), fundados por Jhering, e já então editados por seu genro Ehrenberg e Regelsberger. Tem sido traduzido como *Teoria simplificada da posse*.

se ajusta plenamente a espiritualização. Savigny tem como um dos pressupostos da posse o elemento espiritual — animus — como se vê de seu escrito de 1803 e sucessivas edições, mas, seja como for, insuscetível de confundir-se com a espiritualização.

O jurisconsulto Paulus (fr. 3, Digesto, 41, 2) afirma que possideri autem possunt, quae sunt corporalia. Tem constituído esse fragmento o ponto de partida de toda a aversão à amplitude que se pretende conferir ao instituto, em relação aos direitos pessoais. Esquece-se, não raro, contudo, que muito deve a posse às antigas fontes germânicas, à sua Gewere ou vestitura, e, em particular, ao direito saxônio, de onde provêm a saisine héréditaire, a seisin dos ingleses, mas, acima de tudo, ao direito canônico.

É através deste último que, desde 325, da famosa questão dos bispos, tem o tema passado a constituir objeto de mais larga indagação. Compreende-se bem a razão pela qual, durante a Idade Média, em tudo quanto dizia respeito ao direito adjetivo ou formal, tão sensível fora a influência canônica, bem mais do que os velhos padrões romanos. O influxo deste não se nega, era evidente, mas, em questões de forma, de fórmulas, as praxes canônicas eram por assim dizer decisivas. O motivo principal residia na circunstância de servirem os clérigos de notários ou em atividade hoje a cargo de escriptores, titulares de ofício de justiça e seus substitutos, pois tinham bem mais habilitações na arte de redigir do que qualquer outra classe. Tanto assim é, que, em Portugal, esse fenómeno existiu até o reinado de D. Duarte. A posse foi sempre instituto em que não se prescinde do direito formal.

O direito reinícola não seria estranho à assimilação de tal instituto com essa forma de amplitude. A tuitiva, com feição própria, introduzida no direito positivo lusitano em 1553, teve inspiração eminentemente canônica.

Assento da matéria, sob o ponto de vista essencialmente dogmático, era, para todos os efeitos, o título 78, § 5º do livro III, das Ordenações de 1603, como se sabe, matéria processual. Contudo, figuras das mais expressivas entre os antigos juristas lusitanos, a começar por Álvaro Valasco, admitiam a proteção interdital aos casos de direitos imateriais. O anteprojeto de Código de Direito Público de Melo Freire igualmente a contemplou, já na penúltima década do século XVIII como se vê de seu próprio contexto e das Provas, conforme edição de 1844.

No mundo germânico teve a matéria a mais larga amplitude, até mesmo na dogmática, como se vê do Landrecht (A.L.R.) prussiano, de 5 de fevereiro de 1794, onde expressamente se dispõe que a proteção interdital é admissível para toda e qualquer espécie de direito, considerando-se detentor deste todo aquele que o exercita como seu titular (tít. VI, part. I, § 5º e 6º). Na esfera doutrinária, ali, se teria de culminar com o trabalho de Randa, a que não teve ensejo de consultar diretamente Rui, conhecendo-o através de menções de tratadistas, mas tudo com base na 3ª edição, pois a 4ª e última, em que muito se teria de ampliar a matéria nesse terreno, saíra em 1895 e no Brasil não era ainda conhecida em 1896.

Tanto relevo assumiu o estudo da matéria naquela área, que se chegaria, mais tarde, ao extremo a que chegou Paul Krückmann, em 1912, em sua

dissertação inserida no v. 108, do *Archiv für die Civilistische Praxis* (p. 179 a 434), em que vai ao ponto de negar a posse de coisa puramente na sua materialidade, pois, para ele, só há posse de direitos.

Também na Itália o tema tem seduzido culminâncias do saber jurídico, sendo de mencionar-se, além de outros, Enrico Finzi, *Il possesso dei diritti*, divulgado em 1915 e de que recentemente apareceu a 2ª edição. Na Espanha justo é salientar o *Tratado de De Olivart, La posesión* (Barcelona, 1884), em que muito se arrimara Rui Barbosa.

No Brasil, injusto seria omitir, neste particular, o nome do conselheiro Ribas, também defensor da tese tantas vezes repelida.

Interminável seria a enumeração de eminentes figuras do mundo jurídico associadas à tese então patrocinada.

Não ficara a matéria restrita ao âmbito doutrinário e judiciário debatido na famosa questão dos lentes da Politécnica. «É de estranhar, diria mais tarde o emérito J.C. de Matos Peixoto, que na elaboração do Código Civil, Rui Barbosa, jurisconsulto, não haja secundado o advogado que, com tanto brilhantismo, pleiteou a extensão da posse aos direitos pessoais.»

Explica-se. Rui Barbosa não cuidou do projeto, senão em sua forma, com ressalva do esboço de parecer, deixado em meio, no ano de 1905.

A ausência de provisão legislativa, suscitou o Projeto n. 252, de 1927, de autoria de Gudisteu Pires, seguido do substitutivo Matos Peixoto, sem dúvida, muito melhor do que o projeto primitivo. Tratava-se — já se teve ensejo de assegurar — de uma das proposições legislativas mais oportunas da última década da primeira república, mas, como quase

todo empreendimento em que se visa mais ao interesse geral do que ao particular, sem que seja possível aos órgãos colegiados medir o seu alcance, por isso que não estava à altura de entendê-lo, não chegaria a converter-se em lei. Foi, não obstante, a origem próxima de remédio que, introduzido em nosso direito positivo em 1934, de origem constitucional, teve o nome de mandado de segurança.

Supriu-se a lacuna, em relação aos atos de autoridade, agentes do Poder Público, subsistindo, não obstante, doutrina em contrário, quanto a particulares.

O advento deste último, ainda que restrito ao âmbito próprio de sua aplicação, obstou, pode-se afirmar, novas tentativas de ordem legislativa atinentes ao tema da posse de direitos pessoais, deixando-se exclusivamente à doutrina a questão, sem embargo de achar-se contemplada em muitas passagens da legislação civil.

O PROCESSO MENDONÇA LIMA

A Constituição da República de 1891, em seu art. 72, § 31, declarava mantida a instituição do júri, subentendendo-se que teria de conservar-se com sua estrutura e soberania, não alterada a sua essência.

Conferiu-se, implicitamente, como é notório, a cada Estado, a atribuição de legislar a respeito do processo civil e criminal, não se falando, como é óbvio, na organização judiciária. Essa dualidade, como se sabe, não teria de produzir, como não produziu, bons resultados. Vários Estados não chegaram a ter sua legislação adjetiva codificada. O Rio Grande do Sul fora o primeiro a promulgar o Código de Processo, na esfera penal em 1898, e, mais tarde, o de Processo Civil.

O presidente do Estado do Rio Grande do Sul, Júlio Prates de Castilhos, sob invocação do art. 20, n. 1, da Constituição local, promulgou a Lei n. 10, de 16 de dezembro de 1895, em cujo articulado se continha boa parte de disposições processuais.

Em seu art. 65 se dispunha que as sentenças do júri eram proferidas pelo voto a descoberto da maioria, podendo ser motivadas, caso em que os fundamentos eram exarados em seguida a cada resposta afirmativa ou negativa do júri às questões formuladas. Aos juizes que divergissem, em minoria, era facultada uma espécie de declaração de voto. Os jurados não podiam ser recusados, facultando-se, apenas, ex vi do art. 66, suspeição motivada, decidida pelo presidente do tribunal.

Tais disposições seriam inseridas no Código de Processo Penal, de autoria do desembargador Antônio Augusto Borges de Medeiros, por incumbência de seu antecessor, e, por ele, mais tarde presidente do Estado, promulgado por Lei n. 24, de 15 de agosto de 1898.

A própria lei de organização judiciária, citada, em seu art. 8º, preceituava que: «Os juizes deixarão de aplicar as leis e regulamentos manifestamente inconstitucionais».

Era juiz de direito da comarca de Rio Grande, Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Alcides de Mendonça Lima, ex-constituente, quando ao abrir a 1ª sessão do júri, aos 28 de março de 1896, declarou contrários à Constituição federal os dispositivos da Lei n. 10, na parte já referida, isto é, em seu art. 65, já citado. Publicada a notícia no jornal Reforma, de 29, foi imediatamente interpelado o juiz Mendonça Lima, pelo chefe do Poder Executivo. O juiz confirmou plenamente a notícia.

Ante a confirmação, o presidente Júlio de Castilhos se dirigiu na mesma data, isto é, 31 de março, ao procurador-geral do Estado, solicitando-lhe promover «com a possível brevidade a responsabilidade do juiz delinqüente e faccioso».

No dia imediato era oferecida a denúncia, capitulados os fatos no art. 207, § 1º do Código Penal, com as agravantes do art. 39, § 2º e 14. Pouco mais de três dias, portanto, mediarão entre a declaração de inconstitucionalidade e o oferecimento da denúncia, criando-se, assim, nova figura delituitosa: Crimen hermeneuticae. ()*

Foram ouvidos e emitiram parecer a respeito da questão além de Rui Barbosa, M.A. Duarte de Azevedo, João Mendes de Almeida, Basílio dos Santos, A.J. Pinto Ferraz, Pedro Augusto Carneiro Lessa e Rafael Corrêa da Silva, todos esposando o acerto do magistrado.

Sem embargo da defesa oferecida pelo denunciado, por Acórdão de 29 de maio de 1896, foi julgada procedente a denúncia, tendo-se o acusado como incurso no art. 226, do Código Penal, que

(*) A noção de inconstitucionalidade tem sido mal assimilada. Antes de tudo, o juiz não revoga, não derroga, nem muito menos anula qualquer preceito de lei. Reconhecendo sua incompatibilidade com um texto a que há de subordinar-se, maior, na hierarquia legislativa, nega-lhe aplicação. O Tribunal, pleno, via de regra, declara-o inconstitucional. É um dever, nunca uma simples faculdade, como tantas vezes se tem pretendido. Não se compreende como um jurista do gabarito intelectual de Klöppel tenha chegado a afirmar constituir essa orientação uma contradição em si mesmo (*Widerspruch in sich*). A narrativa humorística do inglês que teria passado dois dias a procurar na Constituição americana tal amplitude de atribuições, não teria sentido, pois, muito antes, Lancelotti (1522-1590) pudera concluir, com inegável acerto, que *inter discordantia concilia praeponitur sententia eius quod est maioris auctoritatis*. Não é, nunca fora, de mais a mais, atributo de sistema republicano ou federativo, podendo praticar-se em qualquer um. Mera questão de hermenêutica.

XXVIII

cominava a pena de suspensão de emprego, em função pública, por seis meses a um ano, além das demais em que incorresse o réu, sempre que excedesse os limites próprios de seu exercício.

Repeliu o Tribunal a classificação do fato como prevaricação (art. 207), e, bem assim, ao menos tacitamente, as pretendidas agravantes de prática do fato imputado com premeditação criminosa, executado em menos de 24 horas, em auditório de justiça, sessão, ou repartição pública. Não fora unânime o acórdão, pois houve divergência, concluindo alguns pela improcedência, outros pela aplicação do art. 207, citado e agravantes do art. 39.

Por acórdão do Superior Tribunal, de 18 de agosto de 1896, foi o juiz Mendonça Lima condenado a nove (9) meses de suspensão de suas funções, sob invocação do art. 226, grau médio, tendo-se as agravantes articuladas como elementares do caso. Houve ainda um voto divergente, em que seu prolator condenava o acusado às penas do art. 207, § 1º, grau máximo, com as agravantes do art. 39, § 2º e 14.

Por intermédio de seu patrono, advogado Plínio Alvim, pleiteou o juiz Mendonça Lima revisão criminal, sendo esta processada no Supremo Tribunal Federal sob o número 215. Nessa fase, foi constituído patrono do recorrente o advogado Rui Barbosa.

Distribuído, de início, o feito ao ministro Lúcio de Mendonça, teve de ser este posteriormente substituído pelo ministro José Higino, em virtude de sua nomeação para o cargo de procurador-geral da república.

Produziu, então, Rui Barbosa, a defesa que ora se reproduz em terceira impressão, visto como

duas vezes, pelo menos, fora publicada, em *O Direito*, v. 73, p. 46 a 140, ano de 1897, e, em avulso, por intermédio da *Tipografia do Jornal do Comércio* (146 páginas, mais 3 de errata).

Mediante acórdão, de 10 de fevereiro de 1897, decidiu o Supremo Tribunal Federal dar provimento ao recurso, para absolver o recorrente, sem, todavia, manifestar-se a respeito da questão da inconstitucionalidade. O seu texto, com a ementa acrescentada pelo Autor destas notas, é o que foi estampado em *O Direito* (v. 73, p. 140 a 146).

Permaneceu a questão da inconstitucionalidade inalterada, podendo, assim, o intérprete aplicar ou negar aplicação à lei. Sem embargo de expor-se a um constante e latente conflito com o Tribunal, o juiz Mendonça Lima, sempre invocando as leis imperiais de 1832 e de 1871, desprezando o Código Judiciário do Estado, manteve-se coerente com o que decidira a 28 de março de 1896.

Tal comportamento implicou em novo processo, outros nove meses de suspensão, mais uma vez invocado o art. 226, do Código Penal. Daí, novos pedidos de revisão.

A primeira delas (n. 405), para que fosse revogada a pena imposta; a segunda (n. 406), a fim de que se pronunciasse o Supremo Tribunal Federal a respeito da argüida inconstitucionalidade. Após vivo debate, por acórdão de 7 de outubro de 1899, decidiu o Supremo Tribunal absolver o impetrante, desprezando, todavia, mais uma vez, a questão de inconstitucionalidade, contra os votos dos ministros Piza e Almeida, Pereira Franco e Gonçalves de Carvalho, que assim a declaravam.

Foi o próprio Mendonça Lima quem formulou a impetração da Revisão-Crime n. 406, datada de 5

XXX

de abril de 1899, sendo de seu próprio punho as alegações (fl. 2 a 5 v.).

Não ficaria, fosse como fosse, encerrado o debate, a participação de Rui no rumoroso assunto, em face do desfecho da Revisão-Crime n. 215.

* * *

Na sessão da Câmara dos Deputados de 26 de janeiro de 1900, como se teve ensejo de informar em nota inserida no tomo II, do volume XXVII, das Obras completas de Rui Barbosa, apresentou o deputado Pinto da Rocha, com outros, um projeto de Lei (n. 42, de 1900) em que se tentava dar nova estrutura ao júri, na jurisdição federal, e local, esta quanto ao Distrito Federal, e, mais tarde, territórios federais. O texto era nada mais do que reprodução quase literal da Lei rio-grandense, de 1895, e, também, das disposições do Código de Processo Penal de 1898.

Tal projeto suscitou de Rui Barbosa uma série de artigos, que se conservaram manuscritos, em seu arquivo, só em 1950 publicados no volume de suas obras (p. 9 a 32), precedidos de nota explicativa, onde também foram inseridos o texto do projeto (p. 33-34) e do parecer da Comissão de Constituição, Legislação e Justiça, favorável à proposição, embora com restrições de alguns integrantes da Comissão (p. 35-37).

Encerrara-se naquela fase o andamento do Projeto (n. 42 de 1900).

* * *

O texto da matéria ora publicada provém, em sua grande parte, dos avulsos divulgados em 1896

e 1900. Quanto a todo o conteúdo da Posse de direitos pessoais, as três cartas à Redação do Jornal do Comércio, não figurando na matéria contida no opúsculo saído em 1900, saem pela primeira vez em volume. O incidente de atentado, seus artigos, a contra-minuta de agravo, mais petições contidas nos autos, conservados em manuscritos, saem agora em letra de forma, ao que tudo indica, pela primeira vez.

Insere-se, afinal, a bibliografia especialmente elaborada para o volume ora entregue ao público.

Estas, as informações comportadas na divulgação ora realizada.

Laranjeiras (Rio, GB), 17 de julho, 1974

JOSÉ GOMES B. CÂMARA



I

POSSE DE DIREITOS PESSOAIS

Ação de Manutenção de Posse

AA., ANDRÉ GUSTAVO PAULO DE
FRONTIN e OUTROS

Ré, UNIÃO FEDERAL



ESCOLA POLYTECHNICA

ACÇÃO DE MANUTENÇÃO

REQUERIDA

PELOS LENTES SUSPENSOS

EM VIRTUDE

DO

Acto Ministerial de 15 de Julho

RIO DE JANEIRO

Typographia do JORNAL DO COMMERCIO, Rodrigues & Comp.

59-61 RUA DO OUVIDOR. 59-61

1896

Folha de rosto do avulso divulgado em 1896. Tamanho original: 21 x 15 cm

1 — POSSE DE DIREITOS PESSOAIS

Ex.^{mo} Sr. juiz de secção do Distrito Federal

Os Drs.

André Gustavo Paulo de Frontin,

Luís Rafael Vieira Souto,

Manuel Joaquim Teixeira Bastos,

Artur Getúlio das Neves,

Américo Monteiro de Barros,

Viriato Belfort Duarte,

Antônio de Paula Freitas,

Licínio Atanásio Cardoso,

Venceslau Alves Leite de Oliveira Belo,

José Agostinho dos Reis,

Elísio Firmo Martins,

Eugênio Tisserandot,

Oscar Nerval de Gouveia,

Carlos César de Oliveira Sampaio,

Joaquim Galdino Pimentel e

João Batista Ortiz Monteiro,

lentes da Escola Politécnica (Doc. n. 1), vêm, impetrar deste juízo manutenção de posse no exercício desses cargos, de que ilegalmente os suspendeu por três meses, com perda dos vencimentos, o ministro da justiça e negócios interiores, por ato de 15 do corrente (Doc. n. 2).

Após os fatos lastimáveis, que perturbaram e interromperam os trabalhos escolares daquele esta-

belecimento, em circunstâncias que não vêm a ponto recordar, publicaram os seus alunos, pela imprensa, um *manifesto* onde sobressaíam estas palavras (Doc. n. 3):

Quanto à administração na parte relativa aos lentes, o Dr. Paula Freitas, longe de exigir a assiduidade e o zelo tão necessário, muito ao contrário, serve de capa para encobrir todas as faltas, todos os defeitos dos lentes, e como consequência resulta daqui o sensível desleixo que cada vez mais se pronuncia em *todo o funcionamento escolar*. Resulta daqui o motivo porque *todos os lentes* se colocam em qualquer questão ao lado do diretor, porque eles têm certeza que a substituição do Dr. Paula Freitas por um diretor enérgico lhes traria muitos dissabores, que são assim evitados.

Não podendo ser insensíveis, sem quebra da honra profissional e perda, com ela, da autoridade moral dos seus cargos, a essa acusação categórica, irrogada a todo o corpo docente pela generalidade dos seus discípulos, os lentes da escola, unânimes, resolveram, em sessão de 18 de maio, solicitar, como solicitaram, do governo uma comissão investigadora, que apurasse os fatos e responsabilidades. O governo acedeu, instituindo uma comissão, e, como esta não desse cumprimento ao encargo, proveu, aos 30 do mês passado, o Dr. Antônio Augusto Fernandes Pinheiro, no cargo de diretor da Escola, com a incumbência «especial de investigar o fundamento das acusações articuladas pelos alunos contra os membros da congregação». (Doc. n. 4).

Desde então o melindre da situação moral do corpo docente, naquele estabelecimento, era evidentemente de uma delicadeza inconciliável com a con-

tinuação imediata das lições. Anuindo à abertura do inquérito, a administração federal solenizara as acusações assacadas pelos discípulos dos seus mestres, e estes, ante a solução acusatória impendente, não podiam acudir ao expediente diário do ensino, sem que primeiro se liquidasse a veracidade e a incidência das imputações, que envolviam indistintamente a todos. Por isso, quando propuseram ao governo a instauração do inquérito, opinaram, ao mesmo tempo, em congregação, que, antes de concluído, não se reabrissem as aulas, juízo e conselho, que reiteraram na congregação de 7 deste mês. (Doc. n. 5).

As razões, de ordem tão elevada, em que se inspirava esta indicação, não calaram no ânimo do ministro do interior. Entretanto, a medida que acabava de adotar, reunindo as funções da sindicância nas mãos de um só funcionário, simplificava extremamente o curso do inquérito, permitindo que em breve prazo, elucidada a verdade, recomeçassem os trabalhos escolares, voltando sem desprestígio os lentes às suas cadeiras. Não era muito que, estando já interrompido o ensino em consequência das violentas desordens de maio, se dilatasse alguns dias mais a suspensão dos trabalhos a bem da dignidade do magistério, combalida por esse deplorável incidente. Mas o diretor, especialmente nomeado para averiguar da acusação, e propor ao governo as medidas reparadoras, começou por aconselhar, antes do inquérito, a reabertura da Escola, cujos cursos o governo, aquiescendo, mandou imediatamente funcionar.

Em presença dessa decisão inopinada, os supplicantes se achavam moralmente constrangidos nos seus sentimentos mais respeitáveis. Os alunos iam

volver aos bancos; os mestres, à cátedra. Mas as posições estavam invertidas: os alunos eram acusadores; os lentes acusados. O magistério, porém não é só instrução; é autoridade também. E, dos dous elementos, que o compõem, o da palavra está subordinado ao do exemplo. Comprometido este, não há reverência, não pode haver atenção, e, portanto, não há ensino. Professores ameaçados por um inquérito em que os denunciados e as testemunhas acusadoras são os seus discípulos, não podem exercer ação moral sobre estes. Na conjuntura dessa extremidade, não devendo subordinar-se, nem exautorar-se, os suplicantes buscaram nas suas faculdades legais a saída jurídica e conciliadora. Na atitude, que a sua consciência e as tradições do seu magistério lhes ditaram, de protesto contra as resoluções ministeriais sobre o conflito de maio, tinham procurado cingir-se às mais escrupulosas normas de respeito para com a autoridade. Ainda nas moções, a que o zelo do novo diretor tolhera o debate na congregação de 7 do corrente, era esta a sua linguagem, polida e reverente: «A congregação da Escola Politécnica *julga conveniente ponderar ao governo*». Nesta linha queriam manter-se, evitando a humilhação, sem incorrer em rebeldia, acatando os direitos da autoridade, sem abdicar os próprios.

O Código do Ensino, promulgado com o Decreto n. 1.159, de 3 de dezembro de 1892, dispõe, no art. 47:

Os lentes catedráticos, substitutos e professores, que deixarem de comparecer, para exercer as respectivas funções, *por espaço de três meses, sem que justifiquem as suas faltas*, na conformidade deste regulamento, incorrerão nas penas marcadas pelo Código Penal.

O art. 48 acrescenta: «Se a ausência exceder de seis meses, reputar-se-á terem renunciado o magistério, e os seus lugares serão julgados vagos pelo governo, ouvida a congregação».

Em face destas provisões regulamentares é permitido aos lentes faltarem injustificadamente até seis meses menos um dia, sem perder as cadeiras, e até três, menos um dia também, sem incorrer em pena. Dessa tolerância legal deliberaram aproveitar-se os suplicantes, para não comparecer às aulas durante quinze dias, prazo que reputavam suficiente para o inquérito prescrito. Tal resolução poderiam ter assentado entre si, sem comunicação à diretoria. O resultado seria simplesmente perderem as vantagens do exercício proporcionalmente ao número de faltas não justificadas. Para não envolver, porém, em clandestinidade um passo, que não se inspirava em malícia, mas no desejo lícito e nobre de honrar a moralidade do ensino, preferiram dar francamente conhecimento do seu propósito à autoridade, buscando na elevação dos motivos, que o determinaram, a prévia justificação das faltas, que iam dar. (Docs. n. 6 e 7). E tanto não estava no seu pensamento, nem entrava no seu ato a intenção de faltarem aos seus deveres de subordinação legal para com o governo, que, autorizados por um colega, o Dr. M. Pereira Reis, a contar o seu voto em apoio de qualquer deliberação, por eles adotada, «não importando em desobediência» (Doc. n. 8), não hesitaram em associar a assinatura desse às outras.

Tais as circunstâncias, que levaram o Ministério do Interior a expedir o ato de 15 do corrente (Doc. n. 2), que ordenou a suspensão dos suplicantes por três meses, com privação dos vencimentos respectivos, por entender que eles são passíveis

das penas estatuídas no art. 57 do código citado, por terem faltado ao cumprimento dos seus deveres, nos termos do art. 52, e que, pela anormalidade das circunstâncias, compete ao governo tomar conhecimento direto do fato, independente da audiência da congregação, visto constituírem os lentes signatários das declarações indicadas a maioria da mesma congregação.

Mas esse ato, que esbulha os suplicantes do exercício legal de seus cargos, contravém à lei duas vezes:

1º) porque os suplicantes não incorreram nas penas do art. 52, indigitado pelo governo, ou em outra qualquer sanção penal estabelecida no Código do Ensino.

2º) porque, quando incorrido houvessem, o governo não nos poderia privar do exercício, senão mediante os trâmites por esse código estabelecidos nos arts. 53, 54, 55, 56 e 57; sendo absolutamente inadmissível a escusa, com que o governo, confessando a preterição da lei, busca regularizá-la.

O art. 52, citado pelo governo, absolutamente não contém matéria aplicável ao caso. «Qualquer divergência», diz ele, «que a respeito do serviço do estabelecimento houver entre o diretor e algum lente catedrático, substituto, ou professor, deve por aquele ser presente à congregação». Não é manifestamente a espécie. É de ter «faltado ao cumprimento do seu dever» que o ato ministerial explicitamente argui os impetrantes. A cláusula regulamentar, pois, a que se quis referir, mas que a precipitação o induziu a errar, é a do art. 53, que simplesmente diz: «Se algum lente, nos atos do estabelecimento, *faltar*

aos seus deveres, o diretor levará ao conhecimento da congregação o fato, ou fatos praticados».

Nesse texto não se define o que sejam «atos de estabelecimento», expressão desasada e enigmática em linguagem legislativa, nem tão pouco o que seja, por parte dos lentes, «faltar aos seus deveres» em relação a tais atos. A esse respeito o código não se enuncia em todos os seus trezentos e vinte artigos. Mas, como o dever principia, onde termina o direito, claro está que, assistindo ao lente o de faltar durante três meses menos um dia, independentemente de justificativa, sem incidir em pena (artigo 47), não haverá quebra punível do dever de frequência (salvo o prejuízo nos vencimentos, correspondente ao número de faltas) enquanto a ausência não perfizer o trimestre. E, como uma quinzena é apenas a sexta parte desse período, a interrupção da presença durante quinze dias, única falta imputável aos impetrantes e ainda em princípio de execução, não poderia jamais envolvê-los na sanção do art. 53.

A quem é dado abster-se de comparecer durante um quartel, não pode levar-se a crime o faltar duas semanas. A quem se permite ausentar-se por oitenta e nove dias *sem justificação de causa*, não há de vedar-se o não comparecer quinze apenas, autorizando a infrequência com um motivo, não só de dignidade individual, como de interesse geral do ensino. Se a respeitabilidade do mestre não é uma quantidade desprezível no governo da instrução pública, a justificação não podia ser mais completa. Se, porém, a política do ensino abstrai desses valores morais, a consequência unicamente é que as faltas ficavam injustificadas. Mas, como elas em sua totalidade constituiriam apenas a sexta parte

das que sem justificação lhes era lícito dar, não há, neste mundo, tribunal que os possa ter como incursos em transgressão do dever.

Formulada, porém, contra elas a increpação de «*falta aos seus deveres*», avulta contra o ato do governo outro motivo de nulidade na usurpação manifesta da competência da congregação, em que arbitrariamente se imitiu.

São do Código do Ensino estes preceitos:

Art. 53. Se algum lente, nos atos do estabelecimento, faltar aos seus deveres, o diretor *levará ao conhecimento da congregação* o fato ou fatos praticados.

Art. 54. Neste caso a *congregação nomeará uma comissão*, para sindicar dos ditos fatos, e *mandará que o acusado responda dentro de 15 dias*.

Art. 55. Dentro de igual prazo, com a resposta do lente, ou sem ela, *deverá a comissão apresentar o seu parecer motivado*.

Art. 56. À vista do parecer da comissão e da resposta do acusado, a *congregação deliberará se este deve ser advertido camarariamente, ou sofrer as penas do artigo seguinte*.

Art. 57. Se não for bastante essa advertência, o diretor, ouvindo a congregação, o comunicará ao governo, propondo que sejam aplicadas as penas de suspensão de três meses a um ano com privação de vencimentos, e observará o que a tal respeito for pelo mesmo governo determinado, com audiência da congregação.

Diante destas disposições peremptórias, a acusação, irrogada ao lente, de «*faltar aos seus deveres*» tem um processo estabelecido e um juiz indeclinável. Esse juiz não é o governo. Esse processo não é o que ele observou.

O processo legal abrangia:

1º) a comunicação do fato à congregação;

2º) a nomeação, por esta, de uma comissão de sindicâncias;

3º) o termo de uma quinzena ao acusado para a defesa;

4º) o parecer motivado da comissão inquiridora;

5º) a deliberação da congregação, perante o parecer e a defesa, escolhendo entre a censura camarária e a pena de suspensão;

6º) a comunicação do seu voto, no último caso, ao governo, sob a forma de proposta.

Nesse processo o governo intervém apenas depois de proferida a sentença, para lhe autorizar a execução. Mas quem recebe a acusação, quem examina a prova, quem reconhece a culpabilidade, quem elege a pena, é a congregação, que pode concluir pela inocência do acusado, ou aplicar-lhe apenas a admoestação camarária. O governo homologa simplesmente o julgado da congregação, executando-o ou dispensa na pena deliberada, abstenendo-se de aplicá-la. Mas não pode pronunciar um castigo não proposto pela congregação, e muito menos impô-lo a um lente por ela não condenado.

Assim, o processo, que é o descrito nos artigos 53 a 57 do Código do Ensino, foi de todo em todo suprimido.

E o tribunal, que era a congregação, foi completamente substituído pelo arbítrio do Poder Executivo.

Sem decisão dela,
nem parecer de comissão investigadora,
nem inquérito,
nem defesa dos acusados,
nem notificação sequer ao corpo docente,
de que se abria algures um plenário misterioso, acerca da sorte de dezesseis de seus lentes.

O governo condenou os impetrantes a três meses de suspensão.

Isto é: ele foi a congregação; ele foi a comissão sindicante; ele foi o inquérito; ele prescindiu da defesa, fez a acusação, e proferiu a sentença.

A monstruosidade está confessada pelo próprio governo, no ato de 15 do corrente, onde cuida saná-la com a alegação, que ali se faz, de não se poder levar a efeito o processo na congregação, por estar a maioria dela envolvida na culpa.

A alegação é improcedente; porquanto o artigo 17 do Código do Ensino estatui:

Nas questões, em que for particularmente interessado algum lente, poderá este assistir à discussão, e nela tomar parte; abster-se-á, porém de votar, e retirar-se-á da sala nessa ocasião.

Deste texto evidentemente resulta que os impetrantes não poderiam votar no assunto, mas tinham o direito de falar nele; não teriam voto, mas tinham voz na congregação. Em suma, não deliberavam, mas formavam *quorum*. Deviam constituir a congregação, bem que nela não lhes coubesse

parte no escrutínio. A congregação compor-se-ia indistintamente de todos os lentes em exercício, retirando-se, por impedidos, no ato da votação, os que tinham interesse na lide.

É a doutrina expressa no artigo supratranscrito e confirmada pelo art. 8º, onde se estabelece:

A congregação não pode esquecer as suas funções sem a *presença* de mais de metade dos lentes, que estiverem em efetivo exercício do magistério.

Contanto que a maioria esteja *presente*, a congregação é regular, ainda que só a minoria delibere.

E tanto essa é a inteligência real dos dois textos, que o governo acaba de reconhecê-lo; pois as folhas do dia 19 do corrente, quando já os impreterantes estavam excluídos do exercício, convocavam *uma congregação* para o dia 20. (Doc. n. 9). Essa congregação tinha de reunir-se com a minoria remanescente em consequência da eliminação da maioria pelo ato administrativo do dia 15.

Dê-se, porém, o contrário. Suponha-se que, com efeito, deduzidos os dezesseis lentes suspensos, já se não pudesse celebrar congregação. Seguir-se-ia daí que o ministro do interior ficasse *ipso facto* sub-rogado na jurisdição a ela cometida pelo Código do Ensino? De onde surdiu esse direito? Acaso o Poder Executivo é sucessor universal das competências extintas, cessantes, interrompidas em matéria da aplicação do direito?

Se o Código do Ensino particularizou em cinco artigos sucessivos o curso do processo no assunto, se o submeteu a formas quase judiciais, se atribuiu à congregação, para o julgamento e a escolha da pena, uma alçada privativa, não se pode admitir, na com-

petência daí resultante, substituição em outra autoridade, salvo se a lei expressamente a houver determinado. Mas a lei o não fez. E tanto o não fez, que o ato de 15 do corrente não pôde invocar um texto em apoio do arbítrio, a que o governo se aventurou. O seu raciocínio resume-se nesta ilação singular: «O tribunal legal desapareceu; logo, eu sou o tribunal necessário».

Não: essa dialética é falsa e subversiva de todo o direito. Se o tribunal não pode funcionar, porque os juizes estão envolvidos na causa, não se segue que a jurisdição passasse *ipso jure*, como *bem de evento*, ao patrimônio dos poderes do Executivo. Era mister, para isso, que a lei tivesse instituído a sucessão em favor dele. Aliás a autoridade, de que a congregação decaiu, não toca a ninguém. Onde não há tribunal, para julgar, a causa cessa de ser julgada. Se a lei não criou julgadores para os juizes, os juizes ficarão impunes. No que toca à privação de direitos e à aplicação de penas, as omissões da lei não se suprem, as competências expressas não se substituem.

Logo, o ato do governo é usurpatório e indefensável.

Ninguém pode negar o caráter de *pena* propriamente tal à suspensão de um lente por três meses, com perda dos seus vencimentos. O mesmo Código do Ensino, nos arts. 56 e 57, a designa por esse nome.

Essa pena tem a sua forma de aplicação delineada nos arts. 53 a 57, e não pode ser imposta senão mediante juízo da congregação. Mas quem a impôs, foi o governo, e sem observância de nenhuma das garantias ali estatuídas.

Aí está, portanto, materialmente infringida a Constituição da República, art. 72, § 15, onde se determina:

Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada.

O ato de 15 do corrente avocou ao governo uma competência penal, que o Código do Ensino não lhe confere, e aboliu, na espécie, a forma de julgar por ele regulada.

Fica destarte evidenciado palpavelmente o atentado e, ao mesmo tempo, firmada para o caso, em face do art. 60, *a* e *b*, da Constituição, a competência da justiça federal.

Resta examinar a aplicabilidade do remédio impetrado.

Os catedráticos, substitutos e professores são vitalícios desde a data da posse. (Cód. do Ensino, art. 27). Como tais, a inauferibilidade do seu direito está sob a proteção inviolável da Constituição, artigo 74. Em virtude desse predicado, como todos os cargos perpétuos, os do ensino superior entram como bens inalienáveis, salvas as condições legais da sua extinção, no patrimônio dos seus titulares.

Tem-se aqui, pois, uma propriedade, com ambas as faces do direito apropriável: o domínio e a posse.

Em todo emprego há dois elementos: em primeiro lugar, o rótulo, que é a condição de apropriação, o domínio direto do cargo; em segundo, a efetividade, que constitui a sua posse.

A efetividade, manifestação especial da posse neste gênero de haveres, subdivide-se, por sua vez, em três idéias elementares:

Primeiramente, o exercício, a ação docente do magistério, a influência moral e intelectual da função, à exterioridade do direito no seu aspecto mais elevado, na sua expressão inestimável;

Depois, o vencimento, remuneração do serviço; em terceiro lugar, a antigüidade, capitalização do tempo acumulado em benefício da inatividade futura.

Se a suspensão ilegal levasse o professor unicamente na sua remuneração e na contagem da aposentadoria, os prejudicados teriam contra esses abusos remédio suficiente nas ações de nulidade reguladas pelo Decr. n. 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13, e talvez no recurso de revisão, estabelecido pelo pacto federal, art. 59, n. III, e 81, posto que, na espécie vertente, não se possa propriamente considerar que haja «processo findo», não tendo havido processo algum.

Nenhum desses dois meios de restituição, porém, acode à perturbação atual da posse, à indébita interrupção do exercício, à ocupação usurpatória do cargo por incompetentes, à *juris possessio* do lente, à solução de continuidade verificada no domínio útil de seu direito.

Contra esse efeito do atentado o único meio idôneo em direito é o interdito possessório.

Demais, a ação da Lei n. 221, fora tardia, para corrigir a turvação da posse, nos termos em que a perpetrrou o ato de 15 do corrente. A ação para indenização do dano, além de não no reparar quanto ao elemento, que, há pouco, aludiam os impetrantes, seria intempestivo agora, enquanto o prejuízo não se acha consumado.

Tem-se contestado ultimamente entre nós, a benefício de interesses políticos, que direitos incor-

póreos possam constituir objeto de posse. Mas a essa doutrina de ocasião, palmarmente errônea, tem feito este juízo a devida justiça em luminosas sentenças.

Numa delas, que os impetrantes pedem vênia para transcrever, porque encerram em períodos de uma concisão magistral a suma da verdade jurídica no assunto, sentencia este tribunal, cujas tradições tem conseguido firmar em pouco tempo a autoridade venerável das jurisprudências consolidadas pela antigüidade:

O direito nacional tem apresentado casos de posse de direitos incorpóreos: posse de liberdade, que no régimen da escravidão dava direito a manutenção em certos casos, *posses de cargos públicos*, etc.

Sente-se que o espírito jurídico popular, fonte de todo o direito, pretende verificar na prática realidades jurídicas, que teoricamente têm traços comuns como pertencentes à mesma família de institutos.

No direito pré-republicano, alguns dos atos do Poder Público, turbatórios de direitos privados, estavam sujeitos aos interditos; durante a monarquia portuguesa absoluta, veja-se por exemplo Lobão, *Interditos possessórios*, parágrafo e seguintes; durante o régimen imperial brasileiro, veja-se a Lei número 242, de 1841, artigo terceiro.

O direito constitucional da república (artigo 60, *a, b, e c*, do pacto federal) deu maior latitude e submeteu inteiramente à justiça federal os atos do governo, que não fossem meramente *ex jure imperii*, ou que não ofendessem direitos privados fundados na Constituição, nas leis, nos tratados, ou nos contratos.

Por este régimen ficou a União sujeita ao direito civil, à justiça e aos meios judiciários comuns, quando fosse posta em algum litígio.

Se, pois, o particular que ameaça turbar, ou turba direitos corpóreos, ou incorpóreos, está sujeito ao interdito, na mesma posição fica a ré (União) se do mesmo modo proceder quanto aos direitos individuais.

JHERING, numa das suas obras mais recentemente vulgarizadas por MEULENAERE, ocupa-se deste assunto, com a sua eloquência e profundidade habituais: «Grande é o valor da posse dos direitos para a teoria possessória. Aqui é que se manifesta, com uma clareza impossível de iludir-se, uma verdade, a cujo respeito se tem errado em matéria de *posse das coisas*, a saber, que A POSSE NÃO É O PODER FÍSICO sobre o objeto, MAS O EXERCÍCIO, A EXTERIORIDADE DO DIREITO». ⁽¹⁾

Algumas páginas adiante acrescenta o grande jurisconsulto:

Extraordinária é a extensão, que a posse dos direitos tem recebido no direito moderno. Neste caminho o precedeu o direito canônico e a jurisprudência dos tribunais eclesiásticos, que a aplicaram a todas as regalias, dignidades, funções, benefícios e dízimos da igreja, sendo o seu exemplo tão cabalmente seguido pela legislação, bem como pela jurisprudência dos tribunais seculares, que *não há uma relação de direito público e privado, que não fosse posta em comunicação com a idéia de posse*, desde que a esta houvesse meio de adaptá-la. ⁽²⁾

Os termos da Ord. 1. 3, t. 78 § 5º, genericamente extensivos a toda ameaça de turbção de direitos patrimoniais; o emprego comezinho da manutenção, antes da Lei de 3 de maio, nas causas de liberdade; o recurso à proteção possessória, como se recorda na supracitada sentença deste juízo, contra

(1) R. VON JHERING: *Possession. Œuvres choisies* (Paris, 1893), p. 257.

(2) *Ib.*, p. 261.

a usurpação de cargos públicos, são outras tantas provas da aplicação usual dos interditos possessórios, entre nós, em todos os tempos, como amparo judicial à quase-posse, isto é, à posse de cabedais incorpóreos, direitos, elementos imateriais do nosso patrimônio.

A única restrição à aplicabilidade regular desse meio assecuratório ou recuperatório da posse, ameaçada, ou espoliada, está nos atos compreendidos sob a rubrica do *jus imperii*. *Jus imperii* é a denominação antiga do terreno moral, onde se exerce a ação *discricionária* do Estado. Esse vem a ser propriamente o domínio político. É a esfera, onde a ação do poder se move livremente na plenitude do arbítrio governativo, a saber: onde não entende com a personalidade individual, com direitos adquiridos, com garantias constitucionais. Onde quer que exista um indivíduo, um direito legal, ou uma garantia protetora de certas situações estabelecidas, a questão cessa de ser política, e, ainda que se relacione com a administração, o governo, ou a legislatura, assume o caráter judicial. Neste régimen, toda vez que o poder se ache em contradição com a lei, ou esta em conflito com a Constituição, o direito violado na primeira colisão, ou na segunda, tem por si a interferência coercitiva da justiça, restabelecendo a Constituição contra a lei, a lei contra os regulamentos, ou os regulamentos contra as deliberações administrativas.

De acordo com os arts. 59 e 60 da Constituição, o art. 13 § 10, da Lei de 20 de novembro de 1894 prescreveu à magistratura negar observância «às leis manifestamente inconstitucionais e aos regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis, ou com a Constituição». Quando as leis, os regu-

lamentos, ou os atos oficiais não envolvem direitos do indivíduo, ou de personalidades jurídicas, a ação dos tribunais é impossível; porquanto ela não se exercita, senão em reclamo do direito de uma pessoa, individual, ou coletiva. Em não havendo esse direito, a matéria, administrativa, regulamentar, ou legislativa, toca ao *jus imperii*: é de ordem política. Em estando empenhado, porém, o direito positivo de uma entidade, física, ou moral, quanto a relações, que interessem a segurança pessoal, a liberdade, ou o patrimônio, o caso é judiciário.

No que respeita ao patrimônio, o direito individual corre o risco de ser violado por dois modos: na propriedade e na posse. Contra as lesões da propriedade a Lei n. 221 criou o meio redintegrante.

Contra as turbações correspondentes *da posse* iminentes, ou efetivas, porém, a salvaguarda do direito não pode estar senão no interdito proibitório, ou na manutenção.

A aposentadoria, a reforma e a demissão arbitrárias em cargos inamovíveis equivalem ao esbulho da propriedade. Esse esbulho repara-se mediante a ação sumária da Lei de 20 de novembro de 1894, dentro no ano, ou, mais tarde, pela ação ordinária, pois é erro supor que a instituição da primeira houvesse eliminado a segunda.

A suspensão ilegal, porém, importa simplesmente a turbação na posse do direito. Seu remédio está, pois, nos interditos possessórios, instrumentos judiciais de tutela do direito, que, sem mudar de natureza, vão-se adaptando, com a evolução jurídica, às novas aplicações da posse, às necessidades ulteriores de sua proteção.

Foi assim que a jurisprudência americana recebeu da inglesa o *mandamus* e a *injunction*, duas

armas judiciais, defensivas da posse dos direitos, e, sob as exigências da modificação republicana, lhes deu, nos Estados Unidos, larga amplitude.

«Onde quer que exista o direito de exercitar um emprego, desempenhar um serviço, ou uma função», dizia LORDE MANSFIELD o maior magistrado saxonio, «e um indivíduo é mantido fora da posse, ou desapossado desse direito, não havendo legalmente remédio específico, que lhe aproveite, o tribunal pode valer-lhe com um *mandamus*». ⁽³⁾ Por esse meio se corrige ali a turbacão consumada, que a *injunction* previne, e veda. ⁽⁴⁾ O primeiro corresponde, pois, à nossa manutenção; o segundo, à ação de mandato proibitório.

Para manter um sistema de governo capaz de assegurar aos cidadãos os seus direitos, reflete MOSES, no seu tratado acerca deste assunto, necessário é ter pessoas nomeadas, ou eleitas, para executarem a lei. Essas, quando revestem poder tal, assumindo os deveres de funcionários públicos, têm destarte contraído o compromisso de observá-los; e, se negligenciam ou recusam fazê-lo, a todo indivíduo, cujos direitos foram por esse modo ofendidos, assiste o jus de pedir reparação. O remédio ministrado pelo nosso regímen legal, assim como pelo da Inglaterra consiste em um processo, iniciado no ramo judiciário do poder, com o fim de compelir o funcionário a fazer o que lhe impõe o cargo, que ocupa. Esse meio denomina-se alvará de *mandamus*; e, quando existe o direito de exercer um emprego, desempenhar um serviço, ou desfrutar uma franqueza, especialmente em sendo matéria de interesse público (*more especially if it be a matter*

(3) MERRILL: *Law of Mandamus* (1892), p. 1-2, 16.

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

of *public concern*), ou que se envolva vantagem, e o senhor desse direito se acha injustamente destituído da posse dele, ou lha tirarem, o tribunal interferirá mediante *mandamus*, apoiando-se em motivos de justiça e razões de ordem pública, no intuito de preservar a estabilidade e as normas da sua administração regular.

Esse remédio é substancialmente um meio civil, em auxílio dos cidadãos privados do seu direito, conquanto o feito se inicie e processe em nome do estado. O estado figura como parte apenas nominalmente. É, portanto, um desses recursos, a cujo amparo se socorrem aqueles, que desejam reimitir-se na posse de um direito injusta e ilegalmente subtraído.

Cumpra que, em todo governo bem constituído, a mais alta autoridade judiciária tenha necessariamente um poder de superintendência assim sobre os tribunais e juizes subordinados, *como sobre todos os que exercem autoridade pública (and all others exercising public authority)*. Se cometerem erros, emendá-los-á. Se negligenciarem, ou recusarem cumprir o seu dever, constrangê-los-á. No primeiro caso, pelo *writ of error*; no segundo, pelo *writ of mandamus*.

Essa instituição, cuja origem data de longe na história da jurisprudência inglesa, foi engendrada, porque a justiça pública e o bem do governo o exigiam; e desde então se usa, desenvolvendo-se e melhorando por efeito de providências legislativas, à medida das necessidades de uma nação progressiva. Se, na Inglaterra, é um dos florões do tribunal do Banco do Rei, aqui é uma das gemas do nosso regímen judiciário. Por meio dele os servidores do governo se mantêm sujeitos à vontade soberana da lei, o cidadão é restituído aos postos de dignidade, ou lucro, em que foi provido pelos seus concidadãos, e o governo obrigado a restabelecê-lo no gozo das franquias, que lhe assistirem. (5)

(5) MOSES: *The law of Mandamus and the practice connected with it*, p. 14-5.

Outro abalizado tratadista da matéria ensina: «Cabe o alvará de *mandamus* contra todos os funcionários administrativos (*ministerial officers*), para os coagir a executarem os deveres positivos dos seus empregos, e desempenharem as funções, cuja delegação se lhes confiou a bem do público, ainda que a transgressão não os sujeite a penalidade». ⁽⁶⁾

Certamente na aplicação desse remédio possessório, manifesta adaptação do interdito romano em uso entre nós, «os tribunais não examinaram as questões de *conveniência*, resolvidas pelas autoridades administrativas. Este é um dos mais importantes princípios gerais no uso desses meios de proteção judiciária, e interessa fundamentalmente quase todos os casos. Ele prevalece, qualquer que for a situação, ou o caráter do funcionário, cujos atos se pretendam reprimir. Por humilde que seja, se o seu poder for discricionário, no exercício dele não se pode admitir ingerência fiscalizadora. Mas, por mais alta que seja a sua autoridade, em havendo lei, que a restrinja, há de ser obrigado a respeitá-la. Be he never so influential he must act in accordance with the law». ⁽⁷⁾

A diferença entre as duas hipóteses se discrimina ainda melhor noutro lance de um escritor já citado: «Quando os chefes dos vários ramos do Executivo são agentes políticos ou confidenciais do governo, meramente para executar as deliberações

(6) WOOD: *A treat. on the leg. and remedies of Mandamus and prohibition* (2nd edit., 1891), p. 83.

7) GOODNOW: *Comparative administrative law*, v. II, p. 205.

do presidente, NOS CASOS EM QUE, CONSTITUCIONAL, OU LEGALMENTE, A ADMINISTRAÇÃO DISPÕE DE ARBITRIO (IN CASES WHERE THE EXECUTIVE POSSESSES A CONSTITUTIONAL OR LEGAL DISCRETION), claríssimo é que os seus atos só politicamente poderão ser discutidos. MAS ONDE A LEI EXPRESSAMENTE LHES IMPÕE DEVERES OFICIAIS (*but where a specific ministerial duty is assigned by law*), e do cumprimento desses deveres dependerem direitos individuais, parece igualmente óbvio assistir ao indivíduo, que se presume lesado, o direito de recorrer, em busca de remédio, às leis do país; e o remédio adequado então vem a ser o *mandamus*». ⁽⁸⁾

A limitação ao recurso da proteção possessória, pelo *mandamus*, em benefício do direito individual, está em que a intimação tem por objeto unicamente «constranger à observância da lei tal qual é, e não se estende, pois, a casos nela omissos». ⁽⁹⁾ Os tribunais «não podem constranger um funcionário a praticar um ato, que antes da ordem judiciária, ele não estivesse legalmente obrigado a praticar, um ato estranho aos deveres, que, em virtude do cargo, legalmente lhe incumbam, um ato ilegal, ou que a lei não autorize». ⁽¹⁰⁾

O remédio possessório atua, pois, obrigatoriamente sobre toda a hierarquia administrativa, desde o subalterno até ao ministro, logo que haja violação positiva da lei e, com ela, esbulho, de direito individual, para cuja reparação completa não exista outro meio competente. «É regra perfeitamente asentada que, quando os funcionários públicos obram

(8) MOSES: *The law of Mandamus*, c. VI, p. 63.

(9) MERRILL: *Law of Mandamus*, p. 67.

(10) *Ibidem*.

sem autoridade legal, com violação de prescrições legislativas, ou em obediência a disposições inconstitucionais, praticando atos, que materialmente ofendem, lesem, alterem, ou destruam direitos individuais adquiridos (*private vested rights of individuals*), não tendo os prejudicados remédio especial contra o dano, se lhes concederá mandado proibitório (*injunction*), em repressão do infrator.» ⁽¹¹⁾

O último ponto agora por liquidar está em saber se a posse de empregos públicos inamovíveis, ou vitalícios, envolve direito individual.

Também não pode haver dúvida na afirmativa, se atentarmos em que a existência do direito individual se determina pelo interesse legal da pessoa, da liberdade, ou do patrimônio. O emprego vitalício, ou inamovível, é uma aquisição permanente no patrimônio individual. Valor jurídico e material a um tempo, ele representa um capital empregado, uma autoridade adquirida e uma renda assegurada. As constituições e as leis afiançam-lhe a inviolabilidade, não só contra a espoliação absoluta, senão também contra a turbação transitória; isto é: contra a destituição e as suspensões ilegais. O emprego, no funcionário indemissível, é, portanto, objeto incontestável de posse civil. Logo, não se lhe pode negar a proteção possessória. A administração não se lhe poderia opor em nome do *jus imperii*. O *jus imperii*, equivalência da soberania, quer dizer faculdade discricionária e não há discricção, onde a autoridade do administrador se circunscreve a manter direitos particularizados na lei.

Por isso a jurisprudência americana assegura os remédios usuais da posse em auxílio do empregado

(11) MECHEM: *A treatise on the law of public offices and officers*. (Chicago, 1890), 662, § 995.

arbitrariamente exonerado, ou removido. «Sustentam os tribunais», diz GOODNOW ⁽¹²⁾, «que, onde a lei não autoriza a exonerar do cargo o funcionário, sem causa, compete à justiça decidir o em que consista a causa admissível, contrastando assim o arbítrio da autoridade, que exonera. Verdade seja que os tribunais não fundam esses julgados no intento de superintender a discrição das funções administrativas, mas na tese de que o verificar a realidade jurídica da causa não é matéria de arbítrio, e sim de legalidade (*the question, what is cause, is not a question of discretion, but a question of law*). Esta consideração, porém, não altera o fato de que, em última análise, a justiça exerce contraste sobre a discrição dos funcionários administrativos, e isto em ponto, onde muitos cuidariam ser necessário que a administração disponha de arbítrio ilimitado.»

Mais precisamente ainda encontramos elucidada a questão nos praxistas judiciários e administrativos.

MECHEM ⁽¹³⁾, por exemplo, no seu tratado das funções públicas, diz, com referência aos mandados proibitórios (*injunctions*): «Bem que este remédio não se conceda para verificar a legitimidade do título a um cargo, pode utilizar-se com o fim de proteger no seu exercício os atuais ocupantes, obstando a que outros o assumam, enquanto pelos meios competentes não for liquidada a validade do direito. *While the writ will not be granted to try the title to an office, it may be issued to protect the actual incumbents in their exercise of it by preventing others from interfering until the title can be determined by the proper proceedings.*»

(12) *Comparat. administr. law*, v. II, p. 206.

(13) MECHEM: *On public officers*, p. 662, § 994.

E WOOD: «A estes alvarás (de *mandamus*) se recorre, às vezes, com o intuito de restabelecer um indivíduo no cargo, de cuja posse foi ilegalmente privado. *This writ is sometimes resorted to for the purpose of restoring an individual to an office, where he has been illegally deprived of the possession thereof.*» (14)

E LAWSON: «Procede o *mandamus*, para o efeito de repor no cargo o funcionário ilegalmente exonerado. *It will lie to restore an officer, who has been unlawfully removed.*» (15)

Tendo assim demonstrado os impetrantes:

1º) que a sua suspensão é contrária à lei expressa;

2º) que os cargos, em cujo exercício foram perturbados por esse ato, são objeto de posse, no sentido jurídico da palavra;

3º) que os interditos possessórios, se aplicam à posse de direitos;

4º) que entre esses direitos se compreendem os correspondentes às funções públicas inamovíveis;

5º) que o uso da proteção possessória, em relação a cargos públicos, tem na jurisprudência das nossas leis existência conhecida;

6º) que o emprego desse remédio para tais fins encontra novo e ainda mais sólido apoio nas tradições de nosso direito constitucional;

(14) WOOD: *Mandamus and prohibition*, p. 11.

(15) LAWSON: *Rights, remedies, and practice*, v. VII, § 4030, p. 6335.

requerem a V. Ex^a que, autuada e distribuída a presente, os mande manter na posse legal dos ditos cargos, contra o atentado do ato de 15 do corrente, passando-se-lhe o respectivo mandado, sob as penas da lei, com intimação do Dr. procurador da república, para os fins de direito.

Rio, 23 de julho, 1896.

E. R. Mcê.

RUI BARBOSA

2 — RÉPLICA

Ao mesmo tempo que me chegam às mãos estes autos, para responder à exceção inaudita e *sui generis* oposta, não ao juízo, mas à justiça, me é apresentada uma petição do Dr. procurador seccional, em cujo despacho o Ex.^{mo} juiz determina que os meus constituintes digam sobre o assunto em 24 horas.

Ora, nesse requerimento, sobre o qual este juízo manda ouvir a parte, o que se pretende, é justamente que a exceção de incompetência proposta prefira ao incidente de atentado. Devo concluir, pois, que a vista me é dada, não para contestar a exceção, mas para dizer acerca da preferência entre os dois incidentes, no tocante à qual ainda não se pronunciou o juízo, resolvendo sobre a petição.

Labora em equívoco o honrado órgão do ministério público, imaginando que o processo da exceção tem precedência ao do atentado.

Oiçamos a LOBÃO:

O atentado é um espólio, e mais privilegiado que o espólio. Ele faz suspender a causa principal (Peg. 2. For. Cap. 15. P. 1013, col. 1): enquanto se não restitui, e purga, não é ouvido o atentante sobre a causa principal, ainda mesmo que ela seja possessória.

(Ações sumárias, § 286, p. 249).

BORGES CARNEIRO não é menos peremptório:

Enquanto se não decide essa questão (o atentado) e se não torna tudo ao primeiro estado, não prossegue a causa principal.

(Direito civ., v. IV, § 63, n. 9)

Dizer, como diz o procurador seccional, que «a exceção de incompetência suspende o andamento do feito» é confirmar essa doutrina elementar e inconcussa, pois é pressupor que o feito está em andamento. Ora, o efeito, material e jurídico, do atentado é exatamente suspender o feito, interromper-lhe o andamento; porque o atentado desorganiza o processo, e elimina o juízo. O atentado quer dizer que a parte salta pelo processo, e superpõe-se ao tribunal, fazendo-se a si mesma justiça por suas mãos. Aquele que deste modo se coloca fora da lei, das formas judiciais e das regras do processo, não pode simultaneamente apelar para elas, opondo exceções, e interpondo recursos.

Tudo isto são conseqüências da falsa e incongruente posição, em que se colocou o atentante, descatando a justiça, e, ao mesmo tempo, simulando submeter-se à sua decisão futura.

Enquanto se não liquidar o atentado, isto é, enquanto o turbador se não purgar da increpação de desobediente à justiça, não pode ser admitido perante ela na situação de excipiente.

Em todo o caso, protesto por vista para contestar a exceção, quando oportunamente este juízo houver de conhecer dela.

Rio, 12 de agosto, 1896.

RUI BARBOSA

3 — INCIDENTE DE ATENTADO (*)

O Dr. André Gustavo Paulo de Frontin e outros, todos lentes da Escola Politécnica, propuseram ação de manutenção, por este juízo, contra o governo da União, para não continuar na turbação da posse legal infligida aos suplicantes com a suspensão indébita dos cargos vitalícios, que ali exercem. V. Ex^ª concedeu-lhes o mandado de manutenção, que foi expedido, fazendo-se as citações ao diretor daquele estabelecimento, ao procurador da república e às autoridades policiais, e sendo os suplicantes mantidos na sua posse pelos oficiais de justiça.

Acontece, porém, que os suplicados, com violação brutal e escandalosa do ato judiciário praticado por V. Ex^ª e em prejuízo do estado desta questão, submetida ao seu conhecimento, opuseram-se materialmente à observância do mandado, mandando, pela

(*) O rótulo que encima o que não se contém a fls. 83 e seguintes, dos autos originais, de punho do próprio RUI BARBOSA, não se acha na peça manuscrita, ao que se sabe, não reproduzida até hoje em letra de forma. Corrigiu-se a menção a PEREIRA E SOUSA, pois quer na 1ª edição, de 1810, (Tip. Lacerdina), raríssima, de que possui exemplar o Autor destas notas, quer nas subseqüentes, sendo a segunda de 1819 (Tip. Rollandiana), o número da nota que acompanha o § 94 é 230. A nomenclatura de então nem sempre coincide com a moderna terminologia, nem com o rito processual, mas, de qualquer maneira, *Incidente de Atentado* (fls. 83-84) pareceu mais adequado que simplesmente *atentado*, pois a *atentado* se refere o conteúdo acima, de natureza incidente, por ter sido antes da contestação, conforme lição de PEREIRA E SOUSA (tomo I, § 279, nota 562, da 1ª ed., *ne varietur* nas demais), sendo aquele eminente reinícola, ainda na época, uma espécie de *speculum*, em que se arrimava RUI BARBOSA bem mais do que em qualquer outro. [N. do Pref.].

força policial armada, obstar aos peticionários, não só o exercício dos seus cargos, como até o ingresso no edifício da Escola; o que constitui atentado (P. E SOUSA: *Proc. Civ.*, n. 240), revestido das circunstâncias mais agravantes.

À vista do exposto,

P. os suplicantes que seja citado o governo da União, na pessoa do Dr. procurador da república, a fim de falar a artigos de atentado, que os suplicantes oferecerão na 1ª audiência deste juízo, não se recebendo embargos, ou qualquer outro meio de oposição, ou recurso, contra o mandado, antes de cumprido este, e intimando-se, outrossim, o suplicado e seus agentes para não persistirem na turbação, pena de desobediência; correndo o incidente de atentado por dependência na ação de manutenção, com preferência a qualquer outro.

E. R. Mcê.

Rio, 3 de agosto, 1896.

RUI BARBOSA

4 — ARTIGOS DE ATENTADO

Por artigos de atentado dizem os Drs. André Gustavo Paulo de Frontin e outros, lentes da Escola Politécnica, contra o governo da União.

E S.N.

Porque, em 23 do mês passado, requereram, perante este juízo, manutenção de posse no exercício de seus cargos, em que haviam sido turbados ilegalmente por ato do ministro da justiça; o que lhes foi deferido, lavrando-se o respectivo mandado, que, nos termos de direito, devia executar-se sem embargo de quaisquer embargos; mas

Porque, feitas as devidas intimações, comparecendo os oficiais de justiça, com os impetrantes do mandado, à Escola Politécnica, recusou-se o governo a obedecer-lhe, expedindo o ministro da justiça aviso terminante, publicado no *Diário Oficial* (Doc. n. 1), ordenando aos seus agentes que se opusessem por todos os meios ao cumprimento da determinação deste juízo, para o que se requisitou o concurso da força policial, pondo-se em cerco a Escola, a fim de impedir o ingresso aos lentes, cuja posse o mandado se destinava a manter;

Porque, tendo alguns deles conseguido penetrar no edificio, frustrando a vigilância dos empregados subalternos do estabelecimento e da força reunida

para os auxiliar, foram pelo diretor, a princípio em nome do ministro *da agricultura*, depois no do ministro da justiça intimados a retirar-se, declarando-lhes o oficial incumbido da execução dessa violência estar encarregado de levá-la a efeito pelas armas, se os lentes persistissem na execução do mandado;

Porque esses atos grosseiramente criminosos não se fizeram ocultamente, mas às escâncaras, na praça pública, ostentando o ministro e seus subordinados a sua prática indefensável como legítimo direito do governo;

Porque, em consequência, longe de serem os lentes suspensos mantidos na posse, que este juízo lhes mandou assegurar, ficaram privados, não só de exercê-la como até de penetrar no edifício da Escola, onde possuem, nos seus gabinetes, coleções, livros e objetos de seu uso e propriedade particular, agravando-se assim a turbação primitiva, não só com o desacato ao mandado judicial, como também com essa infração adicional do direito dos prejudicados;

Porque esses fatos constituem atentado, revestindo-o das circunstâncias mais agravantes; consequentemente;

Porque, nestes termos, devem estes artigos ser recebidos, para se cumprir o mandado de manutenção, sendo condenados os turbadores a desfazerem o atentado, que perpetraram, e estão perpetrando, sob as penas de desobediência, correndo o incidente na causa principal, com suspensão desta. (BORGES CARNEIRO: *Dir. Civ.*, t. IV, § 63, n. 8-11) (Com 4 documentos).

Rio, 11 de agosto, 1896.

RUI BARBOSA

5 — CONTRAMINUTA DE AGRAVO

Este agravo assenta em um falso testemunho contra a verdade material dos autos.

Para impugná-lo, não há que discutir direito: basta pôr o dedo nos fatos, e mostrar como o agravante os confunde, balbudiando as noções mais elementares.

Funda o agravante o seu recurso expressamente no Reg. n. 221, de 20 de novembro de 1894, art. 54, V, letra a. Ora essa disposição reza:

«Além dos embargos, só tem lugar na justiça federal os seguintes recursos:

«VI Os agravos dos seguintes despachos e sentenças do juiz seccional

«a) do que *rejeita* ou *julga* a exceção de incompetência.»

Foi *rejeitada*, ou *julgada* a exceção de incompetência?

Nem uma, nem outra coisa.

Afirmar o contrário é adulterar grosseiramente a realidade do feito.

Acusada a manutenção no dia 29 de julho (fl. 64), em face do monstruoso desacato, com que o governo a recebeu, dando pela primeira vez neste país o escândalo de uma opposição a baionetas contra um ato judiciário, requereram os agravados, em 3 do

corrente, a citação do procurador da república, para vir oferecer na primeira audiência, artigos de atentado. A intimação efetuou-se no dia 8. (Petição, despachos e certidão a fl. 83). Mas já no dia 6, data em que o procurador seccional veio com a sua exceção, o juiz mandara cobrar os autos, que com ele estavam, para se proceder aos artigos de atentado. (Doc. junto).

Dada vista aos agravados no dia 11 (fl. 78v.), só no dia imediato, às 2 horas da tarde foram os autos ter às mãos do seu patrono (fl. 79). Nessa mesma data, porém, ao meio-dia, em audiência do juízo seccional, tinham os agravados oferecido os artigos de atentado. (fl. 82 e fl. 85).

No mesmo dia em que lhe foram apresentados os autos, isto é, no dia 12, e em ato contínuo, o patrono dos advogados ponderou contra a inopertunidade da exceção o que consta da cota a fl. 80. Nessas observações alegava ele (sob o protesto de vista, para impugnar a exceção, caso elas não fossem atendidas) que, estando já apresentados em audiência os artigos de atentado, para oferecimento dos quais pedira a citação do procurador seccional desde o dia 3, esse incidente preferia, pela sua natureza, a qualquer outro, inclusive o da exceção. Conquanto isso fosse noção de primeiras letras em matéria de ações possessórias, o patrono dos agravados esteou as suas observações no apoio expresso e terminante de jurisconsultos de irrecusável autoridade. (folhas 80-81). Respondeu o agravante, sustentando a oportunidade da exceção com as considerações usuais, mas inaplicáveis à espécie, de que o efeito imediato da exceção é sobreestar o curso da causa, e suspender quaisquer outros incidentes.

O que o juiz ia decidir, portanto, era a precedência entre o incidente da exceção e o incidente do

atentado. O procurador da república, na petição de fl. 95, submetida ao juízo no dia 17, requereu que se conhecesse primeiro da exceção. O despacho do juiz, em resposta, foi este:

«Indeferido: a suplicante teria razão, se ela não tivesse desfeito o ato fundamental da manutenção de posse, ou se a causa estivesse *re integra*.»

Este despacho, como se vê, não julga a exceção, não a recebe, nem a rejeita. Apenas estabelece a precedência do processo do atentado sobre o da exceção, fundando-se em que a parte, cujo procedimento obstava à instauração do juízo possessório, não podia utilizar-se de recursos que pressupõe intacta a autoridade judicial.

Pois bem: é desses dois despachos, o de fl. 93, que mandou ouvir a União sobre a cota de fl. 80, e o de fl. 95, que subordina o conhecimento da exceção à liquidação do atentado, que o órgão do ministério público agrava, dizendo que o juiz, por eles, *rejeitou a exceção*.

Isto não é só advocacia de aldeia: é negação da verdade notória, é inexatidão palmar contra o rosto dos autos.

Um atentado gera outros atentados.

A agravante começou por atentar contra a autoridade dos tribunais, contrapondo à execução de um mandado a força militar, instituída para amparo e defesa da justiça.

Como esse atentado, porém, não resolvesse a questão, pretendeu esquivar-se à dificuldade mediante outro, isto é, sobrepor a zombaria à violência exercida contra o magistrado, requerendo, articulando e recorrendo perante o juízo, cujos atos desrespeitava com escândalo nas ruas. Deste modo reunia em seu proveito, por um curioso consórcio,

a dupla e contraditória vantagem de negar na praça e confessar no pretório a obrigação de obediência ao tribunal.

Como a irrisão não vingasse, como o juiz não admitisse o recurso legal ao desobediente, antes de rendida a homenagem legal à justiça, atenta agora afoitamente contra os fatos, desfigurando como *rejeição da exceção* um despacho, que não se pronunciou sobre ela.

Facílmo teria sido aos agravados pulverizar a heteróclita e inaudita exceção de fl. 71. A exceção de incompetência opõe-se ao juiz, ou ao juízo (Reg. n. 737, de 25 de nov. de 1850, art. 74). E a de fl. 72 opõe-se à *justiça*, cuja competência em absoluto nega, atribuindo a matéria à esfera privativa do Poder Executivo. A exceção de incompetência é *dilatatória*: destina-se a dilatar a demanda, removendo o feito de um tribunal para outro, excluindo-o do foro incompetente, para abrir ensejo à sua proposição no competente. E a exceção de fl. 71 seria, quando admitida, *peremptória*; porque excluiria a ação, mataria a lide, impossibilitaria a renovação da causa noutro qualquer tribunal. Da exceção de incompetência, quando recebida, como quando rejeitada, o recurso competente é o de agravo. Se o juízo seccional, julgando afinal a exceção, se conformasse com ela, era, pois, o agravo o recurso, que aos agravados caberia. E quem já viu ser o agravo o remédio jurídico contra uma decisão judicial, que põe termo não só à instância, como à ação, excluindo o direito de intentá-la noutro juízo?

Logo, o que a agravante deduzia por artigos de exceção, era simplesmente matéria para a sua defesa na contestação. Era aí que se poderia travar o debate sobre a admissibilidade do interdito proposto na

espécie vertente, e resolverem os tribunais sobre a competência discutida entre a justiça e o governo.

Como quer que seja, porém, o certo é que o juiz, tolhido pelo atentado, cujos artigos estavam propostos em audiência, não despachou sobre a exceção, *julgando-a* ou *rejeitando-a*: mandou apenas seguir o processo do atentado, antes de cuja reparação o juízo, exautorado pela desobediência do excipiente, não podia funcionar dentro na ordem legal.

Teve razão o eminente magistrado em resolver assim?

É indubitável. Não carecemos de invocar novas autoridades, além das citadas na cota de fl. 80 a fl. 81. A manutenção não admite obstáculos à execução do seu mandado. Ao réu não é lícito evitá-lo nem mesmo com o *jus domini*, com a exceção de domínio provado incontinenti, «sem que a turbção e a hostilidade denunciadas à justiça sejam primeiramente julgadas e reprimidas.» (PAULA BATISTA: *Proc. civ.*, § 30, n. 3). Antes de obedecido o mandado, não há de que recorrer, nem a que excetuar. Os embargos, recurso curial nos interditos *retinendae* interpõem-se da manutenção. A exceção opõe-se ao juízo, que a operou. Frustrada a manutenção, falta o elemento, de onde terão de decorrer os meios de oposição regular. Aquele que resiste pela força a uma sentença, ou a um ato judicial, não pode ser admitido a impugná-lo pelos meios de praxe legal. O atentado, que é a forma material da desobediência nas ações possessórias, subverte pela base o juízo. «Atentado é tudo aquilo que é edificado depois da denunciação da obra, o qual mandará o juiz desfazer, e depois de tomado ao primeiro estado, tomará conhecimento da dúvida. Ord. L. 3, t. 78, § 4º.» (Re-

pertório, v. I, p. 179). Este princípio é comum a todo o processo possessório, pois emana da essência dele. A manutenção é a medida preliminar, antes de verificada a qual não há discussão possível sobre a causa. Obedeça, e recorra, é o preceito. O ministério público, aconselhando mal à sua cliente, quer recorrer, desobedecendo. Os artifícios, com que presume coonestar esse absurdo, não toleram exame. O incidente da exceção precede, sim, ao conhecimento da causa. Mas não há causa, há anarquia, há crime, há tumulto, onde a diligência inicial do feito se vê burlada pela oposição violenta da parte ao ato do juiz. Os recursos judiciais não se fizeram, para sancionar o atentado daquele, que, contra a justiça, pretende fazer-se justiça a si mesmo, por suas próprias mãos.

Seja qual for, porém, a opinião, que se tenha, sobre a precedência entre o incidente de atentado e o incidente da exceção, o fato é que do despacho do juiz, atribuindo preferência ao primeiro, ou ao segundo, não cabe agravo. E tanto o reconhece o agravante, que adulterou a realidade, alegando inexatamente que o despacho agravado *rejeitara a exceção*.

Entre os privilégios da União não se conhece o de faltar à verdade conhecida por tal.

Longe de recusar a exceção, o despacho que manda ventilar primeiro o atentado, se limita a indicar à parte o meio de apressar-lhe o julgamento: abra mão da violência, e a exceção será julgada.

Manter, ao mesmo tempo, o atentado e a exceção, encartar uma questão de competência num feito desorganizado pela resistência às funções do tribunal, é um desplante de audácia, uma combinação

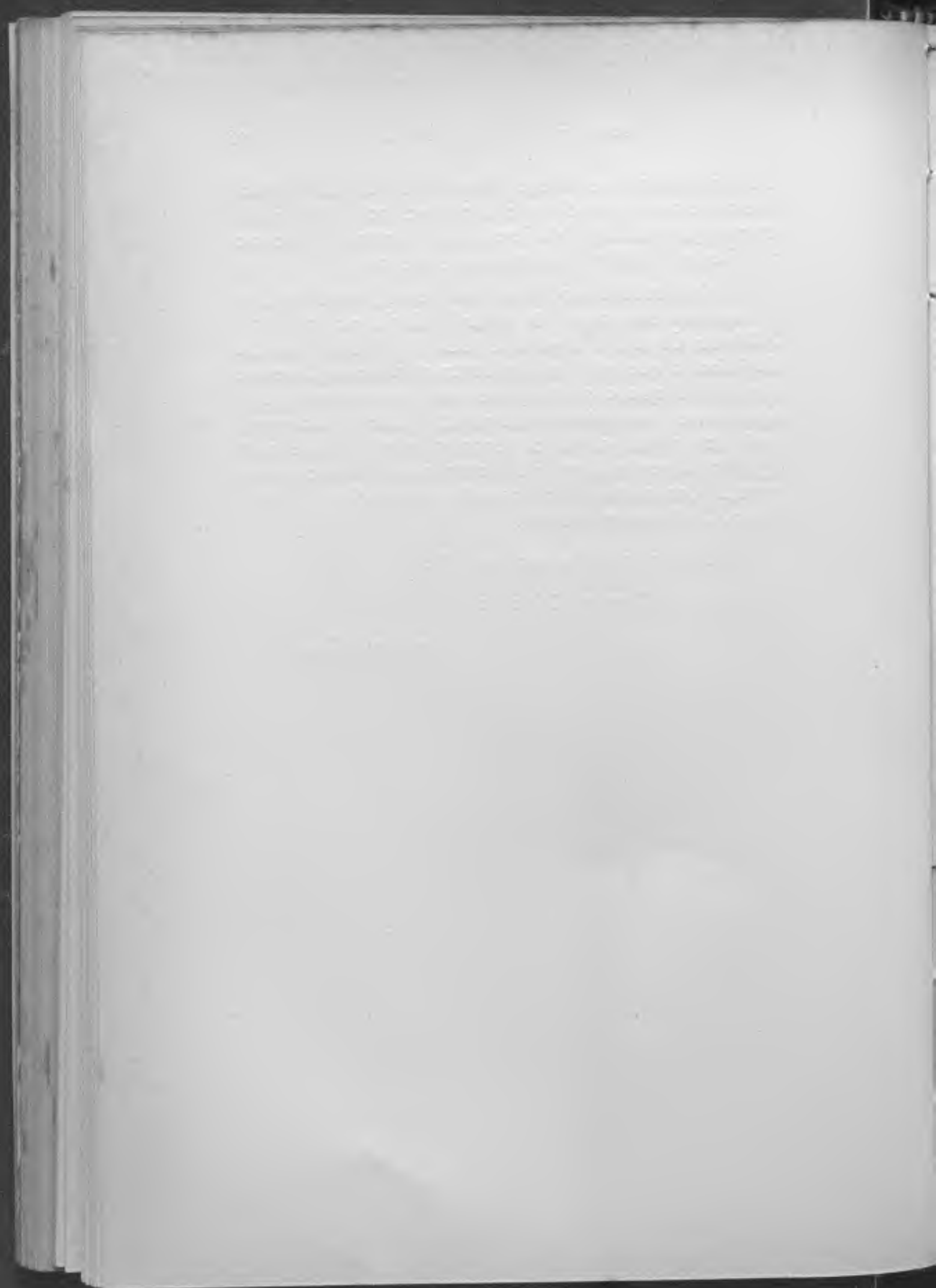
de tortuosidade e arrojo, uma inversão tão assombrosa de todas as idéias elementares no direito judiciário, que a história do foro há de immortalizá-lo como um dos mais tristes sintomas do tempo.

Seja qual for a opinião, que se tenha, no tocante à matéria da causa, à aplicabilidade ou inaplicabilidade da ação, à competência ou incompetência do juízo, o que não pode encontrar contestação entre juristas, é que o subterfúgio imaginado agora pela agravante, para triunfar no atentado, revolta o senso jurídico, assim como o senso comum; é que este agravo, assente numa adulteração palmar do testemunho dos autos, num desafio escandaloso à verdade, ludibria a justiça.

Pede-se, pois, a sua rejeição.

Rio de Janeiro, 20 de agosto, 1896.

RUI BARBOSA



6 — PETIÇÃO (fl. 113)

Il.^{mo} Ex.^{mo} Dr. Juiz Seccional.

O Dr. André Gustavo Paulo de Frontin e outros, na ação de manutenção de posse que têm contra o governo da União, tendo requerido vista dos autos, para virem com artigos de atentado, obtiveram de V. Ex.^a ontem o despacho, pelo qual ordenou que o incidente prossiga na causa principal, depois do último ato judiciário, que estiver praticado. Acontece, porém, que os autos se acham com vista ao Dr. procurador da república. E, como os artigos de atentado, já pela sua própria natureza, já pelo despacho de V. Ex.^a, preferem a qualquer diligência, ou recurso, intentados, ou pretendidos pelo turbador,

P. os Suplicantes a V. Ex.^a que se digne mandar cobrar os autos, onde se acharem, para se proceder na forma do Direito (*)

E.R. mercê.

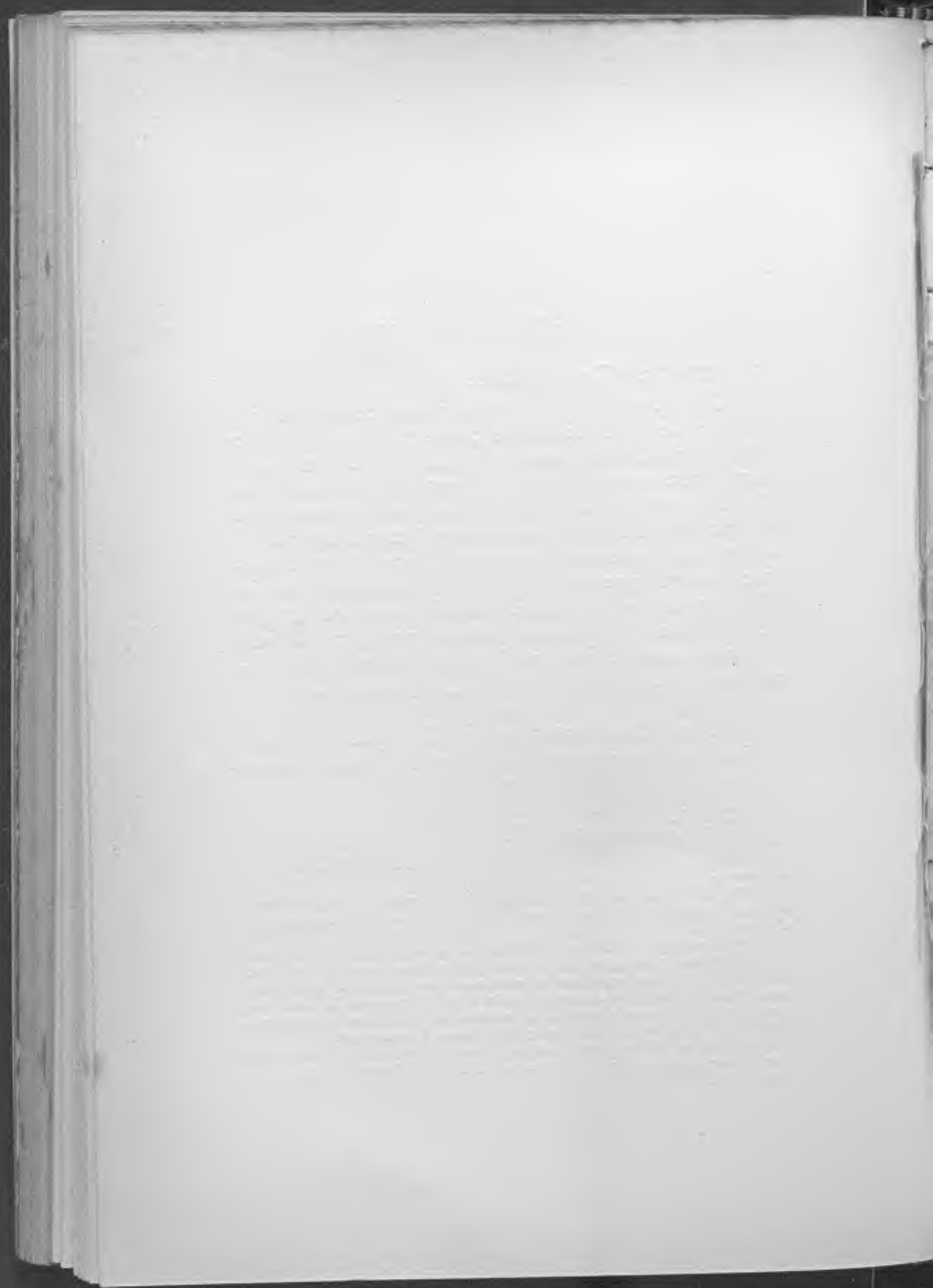
Rio, 5 de agosto, 96.

RUI BARBOSA

(*) Essa petição (fl. 113), de próprio punho de Rui, teve o seguinte despacho: Sim, em termos. 6-VIII-96. — (a) *Aureliano de Campos*.

Feita, ou não, a cobrança, restituídos os autos ao cartório, conclusos a 21 de agosto, proferiu o Juiz da causa longo despacho a fl. 114-114v., a 24 de agosto, em que não se declarava mantido, aliás não havia, positivamente, despacho a manter, senão o de deferimento da *initio litis*, nem a reformar fosse o que fosse, concluiu o Juízo com a *costumeira* declaração de não ter feito qualquer agravo à agravante.

Foi esta a última atuação de RUI BARBOSA na esfera judicial, daí por diante acompanhando o feito o Solicitador GASPAR TEIXEIRA DE CARVALHO.



7 — CARTAS AO JORNAL DO COMÉRCIO (*)

I

Ex.^{mo} Sr. redator

Em uma defesa de teoria contrária aos mandados de manutenção em espécies da natureza da vertente se transcrevem hoje, nesta folha, alguns trechos da minha monografia escrita a propósito da ação civil dos reformados e demitidos pelos decretos de 1892.

Quando incongruência houvesse entre as minhas idéias de então e as de hoje, em época de tamanhas inconseqüências e conversões a benefício do poder e do absolutismo, eu não me envergonharia de uma variação e uma inconseqüência a favor da liberdade e do direito individual. Contradizer-se, recuando e servindo aos interesses da força e da opressão, é que me parece imperdoável. Mas de reformar uma opinião, para alargar a justiça, defender a liberdade, e servir aos oprimidos, nunca me pesaria.

A divergência, que me atribuem, porém, é imaginária. «Não pedia», escrevia eu, num dos tópicos

(*) As três cartas que se seguem, publicadas no *Jornal do Comércio* do Rio de Janeiro, em suas edições de 2, 3 e 5 de agosto de 1896, não fizeram parte do avulso divulgado em 1900, sob o título *Posse de Direitos Pessoais*, por intermédio da Tip. e Lit. Olimpio de Campos & Cia. [N. do Pref.]

citados, «não pedia à justiça federal que ab-rogasse os atos de 9 e 12 de abril, que restituísse os oficiais reformados ao quadro do exército, que *reintegrasse* os lentes demitidos nos quadros do magistério». Ali se tratava, pois, de funcionários e militares, cuja reposição nos cargos, de que estavam definitivamente esbulhados, se procurava indiretamente por uma ação de perdas e danos. A indenização seria, para esse caso, um sucedâneo da reintegração. Reintegrar por ato da justiça seria revogar judicialmente um ato administrativo.

Na questão possessória, porém, o caso muda completamente de figura. O mandado judicial reconhece a posse existente, negando obediência ao ato administrativo que a turba. Não o ab-roga: recusa-lhe observância, apoiando o fato legal da posse verificada.

E é por isso que, na mesma jurisprudência americana, onde fui buscar as doutrinas expendidas, em 1892, no caso dos lentes exonerados, encontrei igualmente as autoridades, com que, agora, no requerimento de manutenção, justifiquei o cabimento do mandado em favor dos lentes suspensos.

Depois o Direito pátrio mudou sensivelmente de 1892 para cá.

Em 1892 eu sustentara que a reparação contra os atos ilegais ou inconstitucionais não devia ser promovida *por ação direta e principal*.

A Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, firmou, porém, outra doutrina.

Instituindo, no art. 13, a ação sumária especial, para se processarem e julgarem, no primeiro ano do atentado, — «as causas, que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisão das auto-

ridades administrativas da União», essa lei prescreve, no seu § 9.º:

«Verificando a autoridade judiciária que o ato, ou resolução, em questão é ilegal, o ANULARÁ *no todo ou em parte*, para o fim de assegurar o direito do autor.»

Se o juiz, pois, tem o dever de «anular» não só em parte, como «*no todo*», um ato administrativo, ao prejudicado pelo ato ilegal assiste o direito de *pedir a sua nulidade*, não parcial somente, *mas total*.

Ora, *pedir a nulidade, total, ou parcial, de um ato administrativo*, é promover a anulação dele *por ação direta e principal*.

A Lei de 1894, pois, assentou Direito diferente do que eu advogava em 1892. O que eu sustentava, portanto, em 1892, antes da Lei de 1894, já se não pode alegar contra o meu procedimento em 1896, depois dela.

A Lei de 1894 é igualmente categórica a respeito da questão debatida sobre se as ações possessórias são, ou não, meios reparatórios contra os atos ilegais do governo.

Consagrando, com efeito, especialmente o art. 13, aos meios judiciais de reparação das ilegalidades cometidas pelo governo, estabelecendo ali a ação própria, sua forma, seus efeitos, conclui, no § 16, assim:

As disposições da presente lei não alteram o direito vigente quanto:

- a) ao *habeas-corpus*;
- b) ÀS AÇÕES POSSESSÓRIAS;
- c) às causas fiscais.

É, portanto, a própria Lei n. 221 que, entre os remédios jurídicos admissíveis contra os atos administrativos incursos em ilegalidade, consagra, a par da ação, não simplesmente de perdas e danos, como aventura o ministro do interior nas suas instruções de ontem, mas *de nulidade, os interditos possessórios*.

E que a competência judicial, regulada no art. 13 da Lei de 1894, se estende aos atos de jurisdição administrativa ainda na parte discricionária desse poder, expressamente o estatui esse mesmo artigo, no § 9º, letra *b*, onde se diz:

A medida administrativa tomada em virtude *de uma faculdade discricionária* somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva, *ou do excesso de poder*.

Toda a trapalhice oficial das instruções de ontem cai diante deste simples texto, enquanto os advogados ministeriais não resolverem a quadratura do círculo, mostrando que não excedeu o seu poder o governo, que por ato de sua iniciativa e arbítrio exclusivos pronunciou contra os lentes da Escola Politécnica uma pena forçosamente dependente, segundo a lei, de um processo e julgamento na congregação.

RUI BARBOSA

1º de agosto de 1896.

(*Jornal do Comércio*, 2 de agosto de 1896).

II

Sr. redator

Pelo processo, por que o ilustre jurisconsulto que me replica na folha de hoje, descobriu no meu breve escrito de ontem quatro equívocos, podia ter-lhe achado quarenta, ou quatrocentos. S. Ex^a foi parco e condescendente em demasia para comigo. Se todas as proposições que enfia, na sua carta de hoje, são impugnativas do que eu disse, o eminente jurisconsulto errou na conta; os equívocos passam de uma dúzia. E, se eu lhe submetesse a resposta à mesma operação, de perpassar em silêncio o que ela encerra, e redargüir ao que ela não contém, fácil, conquanto injustamente, poderia mostrar que o mestre é a equivocação em pessoa.

Quem me tiver lido, há de recordar-se, de que o único ponto discutido por mim foi «o de apurar se, jurídico, ou não, o ato da justiça federal, tinha o Poder Executivo o direito de desrespeitá-lo». O eminente jurista afirmara que sim, e afoitara-se ao extremo de sustentar que um mandado de manutenção é uma ordem ilegal, e, podendo, como tal, ser desobedecido por qualquer parte, não tinha, da parte do governo, direito a mais acatamento. Revidei-lhe que não: que um ato judiciário não se pode equiparar, em caso algum, às ordens ilegais, cuja desobediência



o Código Penal autoriza, e que não há senão um meio de opor-se à sua execução: o de promover-lhe a reconsideração, a reforma, ou a nulidade, na mesma instância, ou na superior, mediante os recursos competentes.

A isso não retrucou uma palavra o ilustre jurisconsulto; o que prova que a minha contestação era bem fundada. Mas, como eu, enunciando a sentença, de praxe comezinha, segundo a qual o mandado de manutenção se há de cumprir, para então se embargar, falei em RIBAS, simplesmente para dizer que a ação imperativa do interdito possessório não se suspende nem mesmo por embargos de domínio (o que lá está literalmente expresso, no art. 753, combinado com o art. 755 da *Consolidação das leis do processo civil*), entendeu S. Ex^a que eu faria «da respeitável autoridade do Cons. RIBAS uma muralha de defesa», e, para não me deixar dela pedra sobre pedra, acarretou do eminente civilista brasileiro todas as suas opiniões em matéria de posse, relevantes ou irrelevantes ao ponto ferido por mim, deixando-me tonto com os equívocos esfusiados contra a minha inocência pela equivocada imaginação do meu douto contraditor.

Se ele me houvesse lido com calma, sem me atribuir o intento de desfazer na sua autoridade, tratada por mim com a cortesia e a reverência que lhe tocam, não rebuscaria, para falar por último, uma citação acessória na justificação do meu parecer, dando-lhe a importância de baluarte da minha opinião, e muito menos, a propósito do ponto que discuti, viria armar-me bulha sobre os que explicitamente declarei que tinha ventilado e só continuaria a ventilar nos tribunais.

O público discerne bem, e tem interesse em discernir, para seu governo, um ato judiciário de uma

ordem ilegal. E é por isso que eu, sem deslizar das regras de curialidade profissional, estudei e demonstrei, numa carta a um periódico, a confusão do mestre, embrulhando idéias tão distintas. Mas apelar para a opinião comum em matéria de praxe civil, discutindo nos seus auditórios delicadezas sutis de processo, como as que se referem à natureza da posse, ao objeto dos interditos possessórios, às formas judiciais da sua observância, é enleá-lo, sem esclarecê-lo.

Contudo, para se não supor que busco nestas considerações uma evasiva, por não me exculpar dos equívocos argüídos, em razão de não poder desmentilos, em poucas palavras mostrarei que eles não têm realidade.

Primeiro equívoco — Eu não neguei, nem contestou ninguém as formas, a que está sujeito o processo possessório, nem também houve quem pusesse em dúvida que os efeitos definitivos da manutenção, ou da restituição da posse, pressuponham a observância das formas. O que eu sustentei, e não se pode contestar, é que o mandado tem efeitos imediatos, de natureza transitória, os quais não se confundem com o império da sentença, que põe termo à ação. Esta pode ser contrária àquele, e, nesse caso, as conseqüências legais da presunção jurídica inerente à posse cessam em resultado da discussão e da prova, quando uma e outra mostrarem a inexistência da posse, que o interdito se destina a assegurar.

Se houve «tumulto e negação de direito»; se «não se procedeu *juris ordine servata*»; se «a posse conferida sem citação é *ipso jure nulla*», é judicialmente que se há de verificar a existência desses defeitos, e deduzir-lhes as conseqüências. LOBÃO, citado pelo mestre, não disse, nem podia dizer, que a nulidade se resolve por desobediência da parte

aos atos formais da justiça. LOBÃO, portanto, não me contradiz. Quem está em equívoco, pois, não sou eu.

Nem eu também aventurei palavra, por onde se pudesse inferir que confundo «manutenção e esbulho». Bem sei que são cousas «contrárias e repugnantes». E por distingui-las é que, em vez de esbulho, aleguei *turbação*, quebra de direito, cujo remédio é a *manutenção*. Quem se equivoca, logo, é o meu respeitável mestre, quando afirma que eu peço a manutenção, «e ao mesmo tempo afirmo o *esbulho* sofrido», «acumulando propósitos incongruentes e contraditórios». Leia S. Ex^a a minha petição, e verá que estribo o pedido expressamente na *turbação da posse*. *Esbulho é a subtração definitiva da coisa, ou do direito*. A interrupção passageira sofrida na sua fruição, ou no seu exercício, chama-se *turbação*, não esbulho. É o que se deu na suspensão dos lentes.

Em quantos equívocos, da parte do meu increpador, não se converte, pois, o equívoco, de que ele me increpa!

Segundo equívoco — Esse equívoco, não é meu, mas do mestre. A ação de que se trata, não é, como ele diz, «a de preceito cominatório», com a qual se ocupa o Cons. RIBAS, no seu tratado *Da Posse*, p. 243 a 250, mas a de «manutenção, ou de força nova turbativa», de que trata esse autor, no capítulo que vai da p. 260 a p. 272.

Terceiro equívoco — Não esqueci, como, por equívoco, adverte o ilustre jurisconsulto, que RIBAS limita os interditos possessórios à posse de cousas, ou servidões. Mas, como invoca a autoridade de RIBAS meramente enquanto à *forma do processo*, porque outra coisa não é invocá-la sobre os casos de embargos, não tinha nada que ver com o meu

propósito o sentir de RIBAS no tocante ao *objeto ou matéria da ação*.

À opinião de RIBAS, tenho autoridades muito superiores que contrapor, como oportunamente farei. E, se podem averbar-me de equívoco em citar RIBAS num ponto onde ele me é favorável, unicamente, porque noutros, distintos desse, ele diverge do meu parecer, então em grave equívoco incidiu o mestre, ao invocar no seu primeiro escrito, CORREIA TELES, o qual, contra a teoria de S. Ex^a, positivamente admite a manutenção em posse de direitos. Lá ensina ele, com efeito, no *Digesto português*, t. I, n. 260:

«O possuidor de *cousas incorpóreas*, como são os *direitos de jurisdição de padroado*, de cobrar foros, ou de exercer alguma servidão ativa, se for perturbado, pode intentar essa ação.»

Quarto equívoco — São três, todos do meu respeitável antagonista, em vez de um meu. Na minha carta ao *Jornal do Comércio* não me ocupei em demonstrar que «não houve infração nem inobservância da ordem do juízo». Primeiro equívoco de S. Ex^a. Também não fui eu quem «se fundou na Ord. 1.3, t. 78, § 5º». Segundo equívoco do mestre. Eu apenas inverti contra ele a ordenação, em que *ele* se fundara. Nem eu afirmei, ou neguei, que, em face desse texto, se houvesse «violado, ou invertido a ordem do juízo». Terceiro equívoco do meu eminente argüidor. São entes de razão seus, que injustamente me assaca. O que eu disse, o em que eu teimo e bato fé, é que a Ord. 1.3, t. 78, não confere à parte, ao turbador da posse, o direito de conculcar o despacho judiciário, sob o pretexto de que na decisão «não houve ordem, nem figura de juízo».

Se as não houve, que o decida o julgador, não a parte.

E basta de equívocos. Mas, como o eminente jurisconsulto acaba, dando-se por filósofo, deixe-me dizer-lhe humildemente: «*Anch'io*». Não respirasse em mim o fôlego dessa filosofia resistente às misérias da realidade, e eu não estaria a advogar o direito dos perseguidos neste jubileu dos desabrimentos da força, em vez de cortejar as simpatias fáceis dos que a sufragam, para herdá-la. Em tais esforços, tão despremiados e ingratos, que interesse pode haver ao menos dos que se pesam nas balanças do mercado?

Eu acredito que SÊNECA, aludindo, nas palavras lembradas pelo meu antagonista, aos *verem philosophiam, non falsam affectantes*, não tinha em mira assinalar entre os maus filósofos os que se recusavam a comungar com os auxiliares das brutalidades dos três déspotas, a cujo reinado assistiu a sua filosofia, nem sempre independente.

A teoria que autoriza o governo a opor baionetas aos mandados judiciais, é pior do que a arte da tirania de TIBÉRIO, que corrompia os tribunais, mas salvava os princípios da justiça, continuando a apelar, se TÁCITO não mente, para o *forum et jus*.

RUI BARBOSA

(*Jornal do Comércio*, 3 de agosto de 1896).

III

Ex.^{mo} Sr. redator

Por me ter eu defendido da imputação, materialmente contrária aos fatos, dos equívocos, com que me quis acabrunhar o meu ilustre contraditor, exclama S. Ex.^a: «Não se equivocou, como se o equívoco, o erro e outras contingências não fossem a triste partilha da humanidade!» De sorte que, como o equívoco, o erro e outras contingências são a triste partilha da humanidade, o ilustre jurisconsulto conclui que um acusado falsamente de erros e equívocos não tem o direito de provar que os não cometeu. A lógica é excelente. E para autorizá-la com o peso do seu exemplo, o meu antagonista envida hoje os seus esforços em se mostrar inocente dos equívocos, que eu lhe imputara. «Como se o equívoco, o erro e outras contingências não fossem a triste partilha da humanidade!»

Estranha S. Ex.^a que eu pretenda circunscrever a questão a este ponto: «se o Poder Executivo pode desrespeitar um ato da justiça federal». Mas, se esse era o ponto errôneo do seu primeiro escrito, e se só nesse ponto o impugnei, que direito lhe assistia de atribuir-me coisas que eu não dissera, para me constranger a discutir pontos, em que eu não tinha tocado?

Volta o mestre à empresa inaudita de demonstrar que *uma sentença nula é uma ordem ilegal*. Eis o

inconveniente de se debaterem ante o público profano questões técnicas de direito e praxe judiciária. Num auditório de jurisconsultos ninguém ousaria aventurar proposição tal, e muito menos haveria quem se pudesse julgar obrigado a rebatê-la.

Para lhe dar cor de verdade aos olhos da multidão alheia a estes assuntos, o sábio jurisconsulto cita ordenações, regulamentos, leis e códigos, meramente por designação do número dos artigos e parágrafos, sem transcrevê-los; porque, se os transcrevesse, o público, que não tem tempo de ir compulsá-los nas bibliotecas, veria que esses textos não contêm uma palavra favorável à tese, em cujo apoio se invocam.

Senão vejamos.

Que diz o Reg. n. 737, de 1850, arts. 672, § 2.º, e 673 § 2.º citados contra mim?

A primeira disposição reza:

«São nulos os processos:

Faltando-lhes alguma forma ou termo essencial».

E a segunda:

«São formas e termos essenciais do processo criminal:

A primeira citação na causa principal e na citação».

Que dispõe a Lei n. 221, de 1894, art. 478, § 1º, n. 1?

«A lei só considera insupríveis as nulidades seguintes:

1.º) «A falta de primeira citação».

Que estatui o Código Penal no art. 207?

«Cometerá crime de prevaricação o empregado público, que por afeição, ódio, contemplação, ou para promover interesse pessoal seu:

1.º) Julgar, ou proceder, contra literal disposição da lei».

Que prescreve o mesmo código, no art. 211?

«Serão considerados em falta de exação no cumprimento do dever:

§ 2.º O que infringir as leis, que regulam a ordem do processo, dando causa a que o mesmo seja reformado».

Desses textos conclui o meu censor: «Portanto, a decisão, o despacho, a ordem contrária a direito expresso, é ilegal, e por isso nula».

Otimamente. Indubitavelmente. Irrecusavelmente. Nem ainda houve, neste debate, quem o negasse. O despacho contrário a Direito expresso é ilegal. O despacho ilegal é nulo. Até aí estamos de acordo. A questão está em saber onde reside a competência, para conhecer da nulidade, se na parte, que, na hipótese, é o governo, ou na própria justiça, provocada pelos recursos regulares.

Concluir daquelas duas proposições incontestáveis que, «a resistência a um ato judicial é um direito para o particular, *ex vi* do art. 35, § 2º, do Código Penal», nunca ninguém o fez, nem se pode admitir que tão eminente jurisconsulto o faça.

Que diz o art. 35, § 2º, do Código Penal?

«Reputar-se-á praticado em *defesa própria, ou de terceiro*:

O crime cometido em resistência a ordens ilegais, não sendo excedidos os meios indispensáveis para impedir-lhes a execução».

O legislador penal, depois de estabelecer, no art. 32, a justificativa de legítima defesa, para os que «*praticarem crimes*», particulariza, no art. 33, certos requisitos concorrentemente exigidos «para que

o crime seja justificado no caso do § 1º do artigo antecedente», e no art. 34 especifica os requisitos que devem intervir, «para que o crime seja justificado no caso do § 2º do mesmo artigo».

Esses últimos requisitos vêm a ser:

«agressão atual;

«impossibilidade de receber o socorro da autoridade pública;

«emprego de meios adequados para evitar o mal, em proporção da agressão;

«ausência de provocação, que ocasionasse a agressão».

Em seguida a esses vem imediatamente o art. 35, cujo § 2º, acima transcrito por mim, é precedido por este;

«§ 1º O crime cometido na repulsa dos que à noite entrarem, ou tentarem entrar, na casa onde alguém morar, ou estiver, ou nos pátios e dependências da mesma, estando fechados, salvo os casos em que a lei o permite».

Evidentemente, pois, nesta série de disposições, o que o legislador autoriza, é a legítima defesa do indivíduo e do seu domicílio, equiparado este pelo art. 35 àquela, contra os atos de agressão material, ou invasão criminosa, praticados com ânimo de injuriar, ferir, matar, furtar ou roubar. Em repulsa de tais atentados, assegura a lei impunidade aos crimes que o agredido praticar.

Quando, portanto, no § 2º do art. 35, o Código «reputa praticado em defesa própria, ou de terceiro, o crime cometido em resistência a ordens ilegais», o que o legislador tem em mira, é a inviolabilidade da pessoa humana, a da liberdade, a do domicílio individual, contra os abusos da força, que a violarem:

as prisões arbitrárias, as buscas ilegais, as invasões noturnas do lar, a entrada na propriedade particular sem a observância das formas tutelares.

Ordens ilegais são os atos de força material, praticados em conculcação desses direitos individuais.

Crimes desta ordem, só os pode praticar a autoridade, que dispõe da força: o Executivo, a polícia, a administração militar. «Sob a qualificação de abuso de autoridade contra a causa pública, o Código Penal», diz GARRAUD, «prevê o fato, da parte dos funcionários, de *requisitarem* ou *ordenarem* o emprego da força pública, a fim de impedir a execução de uma lei, a arrecadação de um tributo, a aplicação de uma ordem da autoridade competente». (*Dr. Pénal*, t. III, p. 464). «O primeiro grau do crime», continua esse criminalista, «consiste na *ordem* ou *requisição ilegal*, independentemente do seu efeito e de qualquer ato de execução». E, enumerando «os seus elementos constitutivos», assinala, em quarto lugar: «Que ela tenha por objeto o emprego da força pública, a fim de obstar a execução de uma lei, a cobrança de uma contribuição legal, a *aplicação de um mandado da justiça*». Por último, adverte: «Se a ordem se levou a efeito, a saber, se a execução da lei, do mandado, etc., ou a percepção do imposto não se realizou, a pena é agravada». (*Op. cit.*, p. 464-5).

Não é, portanto, o juiz seccional que incorreu no art. 207; é o governo quem está incurso no art. 228: «Expedir ordem ou fazer requisição ilegal».

Nem as Ordenações, nem o Reg. n. 737, nem a Lei n. 221, de 1894, citados pelo meu adversário, reconhecem a ninguém o direito de desobedecer a sentenças nulas. Nenhuma dessas leis dá à parte o direito de ser juiz do juiz, e violar por atos materiais as decisões da justiça, sob o pretexto de que elas não

observaram as formas do processo. Pelo contrário, todas elas determinam os casos, as ocasiões e os meios de promover, *nos tribunais*, a declaração das nulidades ocorrentes.

O Reg. n. 737, poucos artigos após os mencionados pelo mestre, diz no art. 674:

«As referidas nulidades podem ser alegadas em qualquer tempo e *instância*».

No art. 675:

«As demais fórmulas não referidas no art. 673 se haverão por supridas, *se as partes as não argüirem*».

No art. 676:

«Deve o *juiz* suprir, ou pronunciar a nulidade, logo que as partes as argüirem».

No art. 678:

«Ainda que as nulidades não fossem argüidas no termo competente, e não possam produzir a anulação do processo, *devem os tribunais* de apelação e revista pronunciá-la».

E no art. 679:

«Se as fórmulas não mencionadas no art. 673 forem em prejuízo de menores e pessoas semelhantes, tem lugar a restituição».

O art. 681, enfim, prescreve:

«A sentença pode ser anulada:

§ 1º Por meio de apelação;

§ 2º Por meio de revista;

§ 3º Por meio de embargos à execução;

§ 4º Por meio de ação rescisória».

Se o mandado de manutenção não se pode considerar propriamente sentença, está sujeito a vias de

recurso da mesma natureza que os empregados para a anulação delas. A sua nulidade alega-se por embargos na mesma instância e mediante recurso na superior. O único meio de resistir-lhe é esse. O particular não dispõe de outro. Não pode dispor de outro o governo.

Transcreve o douto mestre meia página de VON JHERING, para me mostrar que «está muito bem amparado, quando liga ao processo o seu inconteste e saliente valor». Mas quando neguei eu o valor das formas processuais? Não é, pelo contrário, em homenagem à sua inviolabilidade, que se estigmatiza como a maior heresia possível em direito a dos que atribuem às partes a faculdade de infringir os mandados judiciais, em vez de impugná-los pelos trâmites legais? Que restará mais dessas formas, se, como se pretende agora, os interessados nos pleitos forem os árbitros da validade ou nulidade dos atos dos juizes? Admitir que o governo, em vez de articular as nulidades judicialmente, as mande opor ao juiz por contínuos, alferes e baionetas, é que é acabar de uma vez com a justiça, o processo e os tribunais. A única forma salva por essa doutrina é a da manobra militar.

Sou eu, é o humílimo aluno quem está defendendo as formas protetoras de toda organização judicial e de toda civilização, contra a transviada autoridade do mestre, que as sacrifica ao arbítrio do poder. No trecho meu, que S. Ex^a citou, sublinhando, contra a manifesta expressão dele, não há a menor referência de menospreço ao valor dessas garantias supremas. O que eu ali acentuei simplesmente, é a inconveniência de discutir questões melindrosas e técnicas de direito fora dos tribunais, ou do círculo dos competentes. Sou obrigado a reproduzir

as minhas palavras: «Apelar para a opinião comum em matéria de praxe civil, discutindo nos seus auditórios delicadezas sutis de processo... é enleá-lo sem esclarecê-lo.» E dessa verdade é prova toda esta discussão, que em presença de juristas não seria possível.

É por isso que S. Ex^a insiste em me argüir de haver alegado esbulho, em vez de turbação. Para autorizar este asserto contrário ao fato verificável, cita expressões e frases avulsas da minha petição, sem ao menos buscar o meu pensamento em alguma sentença completa, que o traduza. Porque eu qualifiquei, por exemplo, de «usurpatório o ato do governo», ou falei em «solução de continuidade», segue-se que aleguei *espoliação*. Mas turbação é o que aleguei formal e categoricamente. À p. 15 da petição (*) digo eu: «Nenhum desses dois meios de restituição, porém, acode à *perturbação atual da posse*.» À p. 19: «Contra as *turbações* correspondentes da posse, iminentes ou efetivas, porém, a salvaguarda do direito não pode estar senão no interdito proibitório, ou na manutenção.» (**) Ainda nessa página: «A *suspensão ilegal*, porém, *importa simplesmente a turbação* na posse do direito.» E no final do requerimento: «Têm assim demonstrado os impetrantes que os cargos em cujo exercício foram *perturbados* por esse ato...»

Desde que a minha intenção, portanto, se acha formulada assim do modo mais inequívoco, desde que eu *positiva e literalmente* aleguei *turbação e não esbulho*, não era lícito a ninguém ir esquadrinhar adjetivos, complementos e incidentes destacados,

(*) P. 18 da presente edição.

(**) Cf., p. 22 desta edição.

para me atribuir a mente de alegar esbulho, em vez de turbação.

O Dr. RIBEIRO DE MAGALHÃES pode ser o maior dos oragos no assunto, conquanto não seja o mais conhecido, ou invocado. Mas as palavras, que da sua obra transcreve o mestre, não lhe valem. Certamente, em havendo *privação*, há *esbulho*. Mas os lentes não foram privados das suas cadeiras. A suspensão é um obstáculo passageiro ao exercício. Logo, não passa de uma turbação da posse.

Não discuto com o mestre a questão de saber se RIBAS é «o mestre dos mestres». Ninguém o acata mais do que eu. Mas é a primeira vez que o vejo colocar acima de todos, e proclamar pontífice. Eu creio que «os manes do velho jurisconsulto» não têm essa pretensão. As suas obras atestam, a cada página, que ele se considerava aluno de VALASCO, PORTUGAL, MENDES, GUERREIRO, CORREIA TELES, os quais todos, contra a opinião dele, estendiam os interditos possessórios à posse dos direitos incorpóreos.

Diga o que quizer o ilustre jurisconsulto; mas nunca logrará demonstrar que enveredou pelo verdadeiro caminho a defesa do governo. Dizer que um mandado de manutenção «não impõe absolutamente a ninguém, particulares, ou autoridades, e é como se não existisse», é embeber a sua pena de jurisconsulto na maior blasfêmia que já se proferiu em tempos de anarquia geral. Nessa proposição se encerra a semente do mais cru despotismo, da supressão radical da justiça.

Bem sei que, sob a monarquia, se soube algumas vezes resistir a atos ilegais do governo. A arma dessa resistência, porém, foi precisamente a justiça.

MONSERRATE, CALMON e SILVA COSTA recusaram observância a deliberações inconstitucionais do Executivo. Mas essa resistência era exatamente uma função judiciária; e essa função teria sido vã, se então já se houvesse inventado a teoria que faz do governo o árbitro da nulidade das sentenças nos processos em que é parte.

Não volverei a este inútil incidente, que foi para mim mais uma decepção. Vou-me, porém, sem receio de que me acusem de atentado «contra a paciência alheia»; porque, se intervim no debate, foi chamado, provocado e forçado.

RUI BARBOSA

(*Jornal do Comércio*, 5 de agosto de 1896)

RUY BARBOSA

POSSE

DE

DIREITOS PESSOAES



RIO DE JANEIRO

Typ. e Lith. de OLYMPIO DE CAMPOS & C

SUCC. DE CARLOS GABRIEL DA SILVA & CAMPOS

113 — RUA DA QUITANDA — 113

1900

Frontispício do avulso publicado em 1900. Tamanho original: 20 x 14 cm

8 — POSSE DE DIREITOS PESSOAIS(*)

[Artigos no *Jornal do Comércio*]

I

«Em obras de jurisconsultos brasileiros de incontestável merecimento», escreve-me um ilustrado membro deste foro, em preciosa nota com que me obsequiou nesta questão, «se acha consagrado o princípio de que só cabe interdito ou ação possessória no *jus in re propria*, ou *in re aliena*, isto é, no domínio e seus desmembramentos. Mas semelhante doutrina, se pode apoiar-se no Direito romano, não constitui o Direito pátrio, o nosso Direito consuetudinário, constante e vivo, rompe com o passado, afronta o presente, desatenta no progresso do Direito: é uma heresia jurídica. E, como aqueles jurisconsultos não formaram o nosso Direito, encontraram-no feito, e se limitaram a expô-lo, é consequente não poderem ser acatados os que escrevem

(*) Por iniciativa de alguns amigos do Autor, saem hoje a lume neste folheto os artigos, em que, há quatro anos, no *Jornal do Comércio*, o Dr. RUI BARBOSA, por ocasião do litígio entre os lentes da Escola Politécnica e o governo, desenvolveu a tese, que aplica os meios da proteção possessória aos direitos pessoais.

Quisera ele aditar hoje esse trabalho, corroborando a sua opinião com outros elementos e outros aspectos, de que o princípio é susceptível. Mas infelizmente a ocasião não lho permitiu.

Junho de 1900.

[Nota contida no avulso — ed. de 1900.]

contra ele, contra a nossa praxe ininterrupta, contra o ensinamento dos jurisconsultos pátrios, que os precederam, e foram seus mestres, uma vez que, para mudar, ou alterar o existente, não apresentam uma lei nova, em que se apóiem».

Esta é a verdade, que demonstrarei.

Não há dúvida nenhuma que, entre os romanos, a noção da posse não transpunha o círculo dos direitos reais. Além do senhorio direto e exclusivo das coisas materiais, reconheciam os grandes jurisconsultos daquela idade as conseqüências jurídicas da posse a certos elementos destacados da propriedade, certos direitos sobre as coisas, capazes de exercício continuado, como as servidões, e, na opinião de muitos, a enfiteuse e a superfície. «O exercício desses direitos reais fracionários gera efeitos jurídicos análogos ao poder físico, assumindo também o nome de posse, a saber, posse de direitos, ou *juris quase possessio*.» ⁽¹⁾ Além de tais direitos, porém, subordinados ao poder físico e circunscritos às manifestações elementares da propriedade, não ia a posse ou quase-posse romana.

Mas, continua o romanista italiano, de cujas palavras acabo de servir-me, «o direito canônico e a *prática do foro* estenderam a quase-posse aos direitos episcopais, aos *dízimos*, aos *direitos aduaneiros e outros direitos*; o que também fez o *Código Civil*». ⁽²⁾

Esses vestígios, que o direito canônico deixou na Itália, como nos países germânicos e na Espanha,

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

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

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

É, pois, no Direito canônico, cuja influência histórica na legislação pátria não podem ocultar os mais decididos romanistas, ⁽⁵⁾ a que tantas vezes se referem as Ordenações, ⁽⁶⁾ e que durante séculos desfrutou a autoridade de subsidiário ao civil, é no Direito canônico, não no romano, por ele vencido nesta parte, ao menos entre nós, que se acham as

(3) *Fondement des interdits possessoires*, IX, n. 4.

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

(5) RIBAS: *Curso de dir. civil brasil.*, t. I, p. 187 [2ª ed., Rio, 1880].

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

fontes imediatas da jurisprudência possessória na tradição portuguesa.

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

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

No *Digesto português* ⁽⁷⁾ reproduz ele a mesma lição: «O possuidor de coisas *incorpóreas*, como são os direitos de *jurisdição*, de padroado, de cobrar

(7) T. I, n. 660.

foros, ou de exercer alguma servidão ativa, se for perturbado, pode intentar esta ação.»

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

«O uso moderno», diz ele, ⁽⁸⁾ «admite a manutenção pela posse das coisas corporais e pela quase-posse das incorporais, servidões rústicas e urbanas, etc.» A menção das servidões rústicas e urbanas é aqui meramente exemplificativa; porquanto, em sequência a esse trecho, cita o autor um de RETES, *De interdict.*, onde se estende a manutenção a todas e quaisquer coisas incorpóreas, especificando-se as prerrogativas, as precedências, as honras, os direitos de apresentação a benefícios e outras dignidades, ou funções: «*Denique usu fori ac censura pragmaticorum competit (hoc remedium) pro quibuscumque, rebus, tam corporalibus quam incorporalibus, JURIBUS, PRAEROGATIVIS, PRAECEDENTIIS, ET HONORIBUS, veluti praesentandi ad beneficia, suffragandi in conciliis, et aliis, etc.*»

Como se não bastara esposar esse juízo, para exprimir o seu, ALMEIDA E SOUSA explicitamente o descobre, condensado neste tópico, subsequente à transcrição: «Assim especialissimamente, e pelo uso das nações, vemos competente o remédio *retinendae possessionis* para tudo que é possessível, ou quase possessível. Seria preciso copiar aqui MENOCHIUS *De Retinendae possessionis Remed.*, 3, RUDOLFIN *in Prax Roman. Cur.*, p. 2, c. 12, POSTIUS, *de manut.*, obs. 10, 11 e 12, RET., disp. 3, *de Jud. Possessor*, c. 4, a n. 9, STRYCHIUS *infra*, para relatar todas as posses e quase-posses, pelas quais compete este

(8) *Trafado dos interdictos*, § 95.

remédio da manutenção. Alguns casos, substanciou GUERREIRO, *Trat.* 3, e 6, cap. 43 a. n. 56» ⁽⁹⁾. E, depois de reportar-se a várias monografias suas, no que respeita à quase-posse das pensões eclesiásticas, das censuárias e das enfitêuticas, remata assim: «Sobre outras posses de diversos objetos, e que muitos dos citados doutores não atingiram, se veja PEGAS, t. 2, *Tor. c.* II e t. 7, *Forens. c.* 215 e 226.» ⁽¹⁰⁾

Adotado assim expressamente por LOBÃO o sentir desses escritores quanto à aplicabilidade do interdito *retinendae*, já se não poderá duvidar que ALMEIDA E SOUSA o estendia, não só à posse dos direitos corpóreos, ou reais, como à quase-posse dos incorpóreos e pessoais.

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

No § 97 discorre ele acerca das *cartas tuitivas conservatórias da posse*. Dessa instituição dá-nos idéia clara, VALASCO, na consulta 79 *circa remedium possessorium cartae tuitivae regal, quo utimur*. ⁽¹¹⁾ O célebre praxista exemplifica o caráter e os efeitos dessa medida acautelatória da posse com o caso de um eclesiástico, provido e empossado em certo benefício por ato episcopal, a quem outro residente na cúria romana e posteriormente instituído por delibe-

(9) *Tratado dos interdit.*, § 96.

(10) *Ibid.*

(11) *Consultationum ac rer. iudicatar.*, t. I, p. 178-83.

ração pontifícia, queria turbar no uso do seu direito, *intendebat eum in sua possessione titulata perturbare*. O rei, *viso titulo ac instrumento possessionis*, expediu a favor do impetrante carta tuitiva: «Se, presentes as partes, a que tocar, achardes que é assim o que ele diz, vós o sustentai na posse do dito benefício, e não consintais que o dito N., nem outra alguma pessoa, de qualquer qualidade e condição que seja, lhe faça mal, nem força sobre a dita posse, e, querendo-lha fazer, vós não consintais, e lhe levantai logo, e tomai a dita posse, e o sustentai nela. E, se o dito N., ou outra alguma pessoa, contra ele pretender haver algum direito sobre a posse do dito benefício, que o demande como e por onde deve, e ele faça de si direito.»

Destarte, com ser o que era no século XVI a autoridade do Santo Padre, a mais alta e poderosa assim no século como na igreja, os remédios civis possessórios eram opostos aos seus decretos; e, graças a esse amparo, a posse estribada em uma provisão do ordinário, prevalecia, pela sua simples anterioridade, ao título fundado em letras apostólicas. Nem se me objete que se tratava ali de manifestações peculiares à função política do padroado. Este não fazia mais do que aplicar à posse de situações eclesiásticas, sob uma forma sumaríssima, o interdito usual em defesa da posse de direitos meramente seculares. É o que expressamente reflexiona VALASCO ⁽¹²⁾: «*Nihil aliud intendit rex in hujusmodi auxilio tuitivarum, quam majore auctoritate, nempe regia, id facere, QUOD JUDICES CANTI SECUNDUM JUS COMMUNE FACERE SOLENT*.

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

quando vident, aut saltem suspicantur rixas et arma contemdentium super possessione.» Eram verdadeiros mandados de manutenção, expedidos sumariissimamente contra a turbação da posse, assim de benefícios, como de outros direitos pessoais. A proteção, que representavam, subsistia, pendente a lide, não só em proveito de clérigos, senão também de beneficiados e leigos, com a propriedade, até, de sobrestar a execução da sentença durante a apelação, posto se não tratasse da posse de benefícios, mas de qualquer outro fato pessoal sujeito à pena religiosa da excomunhão, ou às cominações civis de privação da liberdade.

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

Se é certo que, mais tarde, sob o novo regímen em que entrou a metrópole, discriminando-se melhor os poderes, se extinguiu, com a abolição do Desembargo do Paço, ⁽¹⁵⁾ essa intervenção da autoridade

(13) VALAÇO: *ib.*, n. 2, p. 178.

(14) LOBÃO: *Interditos*, § 97.

(15) Lei de 22 de setembro de 1828.

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

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

Tentam apadrinhar esse imperdoável desvio com o texto da Ord., 1, 3, t. 78, § 5º onde se lê: «Se alguém se temer de outro, que o queira ofender na pessoa, ou lhe queira sem razão ocupar, e tomar suas coisas, poderá requerer ao juiz que segure a ele, e as suas cousas, do outro, que o quizer ofender; a qual segurança lhe o juiz dará.» Mas esta tentativa é vã.

(16) *Interditos*, § 95.

O texto citado não era desconhecido dos reinícolas, e nenhum destes, a começar pelos contemporâneos à promulgação dele, viu jamais nas palavras da Ordenação obstáculo ao uso dos interditos em defesa dos direitos pessoais. Antes o consideravam como fonte e apoio da nova doutrina; tanto que ALMEIDA E SOUSA, depois de a expender nos §§ 94 a 97 do *Tratado dos interditos*, reproduz justamente na sua íntegra a Ord. 1, 3, t. 78, § 5º, nos períodos supratranscritos, como quem tinha em mente autorizar o ensino dos praxistas com a invocação da palavra legislativa. Essa foi a inteligência, que sempre se deu ao texto, de que se trata. Neste sentido o entenderam os autores, e nele o praticaram os magistrados. O uso é o melhor intérprete das leis; *usus optimus interpres legum*. Já sob os romanos era defeso, em boa hermenêutica, *alterar a inteligência das leis, que tiveram sempre interpretação certa: «Minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt.»* ⁽¹⁷⁾ Como é que, depois de séculos e séculos de praxe ininterrupta em sentido contrário, há de a interpretação de escritores brasileiros impor a um velho texto português uma significação, que o ensino dos doutores e a jurisprudência dos tribunais, em Portugal, nunca admitiram?

O Direito não jaz na letra morta das leis: vive na tradição judiciária, que as atrofia, ou desenvolve. Mas, na hipótese, não há contradição, não há divergência entre a praxe plurissecular e o texto legislativo, por ela comentado. A Ord. 1, 3, t. 78, § 5º, contempla evidentemente, na idéia da posse, dois ramos distintos, bifurcados pela disjuntiva *ou*: a pessoa e as coisas; os atentados contra estas e os

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

contra aquelas. Se se admitir que na concepção de coisas só cabe a propriedade, com os seus desmembramentos, na de pessoa se incluem inegavelmente todos os direitos pessoais.

Mas entre antigos e modernos, seja no uso comum, seja no estilo legislativo, a expressão *coisas*, quando não restrita, por limitações explícitas ou implícitas, envolve na latitude da sua acepção todos os objetos corpóreos ou incorpóreos do direito, tudo o que se retém, e possui, tudo o que se adquire, e aliena. *Coisa*, na fraseologia dos civilistas portugueses, tomada à dos romanos, não traduzia esse conceito de materialidade, que lhe é peculiar na acepção mais estreita do vocábulo. Na tecnologia que as *Institutas* definiram, as *coisas* se dividiam em corpóreas e incorpóreas, compreendendo-se nestas as que consistem em direitos, como a herança, o usufruto e as obrigações de qualquer origem. *Quaedam praeterea RES corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt quae tangi possunt... Incorporales autem sunt quae tangi non possunt; qualia sunt EA QUAE IN JURE CONSISTUNT, sicut hereditas, ususfructus obligationes quoquo modo contractae...; nam ipsum jus utendi fruendi et ipsu jus obligationis, incorporale est.* ⁽¹⁸⁾ Coisas eram, pois, os direitos, como as obrigações; coisas incorpóreas, mas coisas.

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

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

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

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

Quando, portanto, a Ord. 1, 3, t. 78, § 5º, manda assegurar a posse àqueles, a quem outrem quiser «ocupar e tomar as suas coisas», razão é concluir que teve em mente, não só a retenção dos objetos materiais, como a dos direitos, que tanto quanto aqueles se abrangiam sob a designação jurídica de coisas. Tais raízes tem essa nomenclatura na linguagem civil, que ainda nos códigos hodiernos se lhe descobrem por toda a parte vestígios. O holandês, por exemplo, definindo, no art. 585, a

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

(21) *Código Civil. Esboço*, p. 213, not. ao art. 317. «Esta distinção ou divisão», continua ele, «que os legisladores não têm podido dispensar». *Ibidem*.

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

posse como «a retenção, ou o gozo de uma coisa», precisa, no art. 603, o modo, como se perde «a posse dos bens *incorpóreos*». Não obstante a sua imaterialidade, pois, isto é, o seu caráter de simples direitos, contraposto ao de realidades corpóreas, esses bens são objetos de posse. E, desde que o são, vêm a entrar, pela definição do art. 585, na categoria de coisas.

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

Agosto, 1896

(*Jornal do Comércio*, 15 de setembro de 1896)



II

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

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

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

Pro quacumque re possessa, sive immobili, sive mobili; sive corporali, sive incorporali, sive rustica, sive urbana. Ideo pro manutentione frumenti, *jurisdictionis, gubernii*; pro quasi possessione *libertatis et exemptionis*; pro jure *elegendi, praesentandi, et nominandi*; pro possessione *faciendi pro-cessionem*; pro possessione *ingrediendi, assistendi, interessandi* in capitulo; pro quasi possessione *admittendi seu aggregandi alias ad collegium et non idoneos regiciendi ac reprobandi*; pro possessione *tutela seu curae*; pro quasi possessione *servitutis*; pro possessione *exercitii procuratoris*; pro *juribus quae quis possidet*; pro quasi possessione *macinandi et admittendi fornarius et alios ad molendum in aliquo indendino*; pro quasi possessione *filiationis*; pro quasi possessione *exigendi quamlibet annuam praestationem seu respon-sationem vel redditum annuum*; pro quasi possessione *exigendi*

(1) *De Munere Iudicis orphanorum tract III. T. II, p. 107, 1, 6, c. 43, n. 56 e 57.*

pensionem ecclesiasticam; pro quasi possessione perceptionis decimarum, vel primitiam aut oblationem; pro possessione confinium usque ad certum locum et certos fines; pro possessione vel quasi possessione rerum ecclesiasticarum; et denique pro possessione vel quasi possessione *rerum quae possideri vel quasi possideri possunt*. POSTH dita obs. 10 per tot quam vide circa relatos casos et alios quos refert REYNOSO, Obs. 62.

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

Eis a inteligência da Ord. 1, 3, t. 78, § 5º, firmada por uma autoridade muito mais próxima à fonte legislativa do que os juristas brasileiros da segunda metade do século dezanove, autoridade que não se inspirava em abstrações de escola, ou teorias individuais da cátedra, mas bebia direta e copiosamente nos mananciais da praxe, que o espírito da lei recente preservava puros.

Ela estabelecera a proteção geral da posse fosse tangível, ou intangível o seu objeto. Esse

amparo estende-se tanto à apropriação da matéria, como à do direito, e, no exercício do direito, assim aos pessoais, como aos reais, assim aos individuais, como aos coletivos, assim aos públicos, como aos simplesmente civis. Esse imenso progresso realizara o Direito português, o nosso Direito pátrio (porque nem as leis, nem a praxe brasileira o modificaram depois, como teremos ocasião de ver), sobre o Direito romano, que circunscrevera os interditos à defesa das coisas corpóreas e dos direitos vinculados ao solo. E havemos de perder todo esse terreno ganho para a civilização, para a simplificação da defesa e do Direito, há mais de três séculos, unicamente por servil submissão às prevenções escolásticas de um romanismo pedantesco e morto, encarnado em alguns juristas modernos, cujo único título de abono é a legenda savigniana, mal justificada, mal entendida e mal aplicada?

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

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

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

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

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

CABEDO ⁽⁵⁾, citando a Ord. 1. 2, t. I, § 3º, depois de mencionar vários direitos de ordem espiritual, compreendidos na esfera da tutela possessória, acaba advertindo que é por uma adaptação da praxe secular que os direitos de natureza religiosa desfrutam o benefício dos remédios contra a turbacão da posse. «*Haec ordinatio non solum locum habet quando laicus clericum ob spoliū factum intra annum et diem convenit, sed etiam quando clerici inter se et super possessione beneficii, seu alicujus rei spiritualis. CERTUM NAMQUE DE JURE EST QUOD CAUSA POSSESSORIA, QUANTUMQUE SPIRITUALIS, PROFANA EST.*».

(2) *Practica lusitana*, I. IV, c. 10. *De interdictis*. § 2º, t. I, p. 195.

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

(4) *Decisionum*, 213.

(5) *Decision.*, p. I, dec. 82.

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

STRYCHIUS ⁽⁷⁾, pronuncia-se assim: «*Materia interdictorum adhuc hodie summe necessaria ac utilis est pro defendenda, consequenda et recuperanda possessione RERUM, tam corporalium QUAM INCORPORALIUM*». Ainda aqui se vê como no vocabulário da jurisprudência civil, sob o regime das Ordenações, coisa era tanto o objeto material, quanto o objeto incorpóreo; o que irresistivelmente nulifica o argumento buscado pelos adeptos da idéia romanista em matéria de posse nas palavras «ocupar e tomar as suas coisas», da Ord. 1, 3, t. 78, § 5º.

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

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

(7) L. XLIII, § 1º.

RIS periculum immineati... quartus, si quis in carcere CUM FAME, SQUALORE ET INEDIA, CUM SALUTIS, SANITATIS AC VITAE DISCRIMINE detineatur».

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

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

Os escritores europeus dessa época, releva ainda notar, nas aplicações do interdito possessório à turbação da liberdade, cogitavam apenas das violências materiais a ela e da sua privação temporária: *si quis in carcere, cum fame, squalore et inedia, detineatur*. Não conhecendo, entre as nações para que escreviam, o cativo legal, a escravidão civil, a perda absoluta do direito à liberdade, as relações de senhor e escravo, não consideraram o interdito possessório na sua adaptabilidade aos atentados,

muito diferentes na sua essência e nos seus efeitos, da escravização de um indivíduo a outro. Quando, porém, no Brasil começou a se produzir este outro gênero de casos, não obstante a sua diversidade a tantos respeitos, a praxe não hesitou em procurar no remédio tradicional da posse analogias, que autorizassem a sua invocação contra as invasões da propriedade no domínio da liberdade humana. A adaptação operou-se espontaneamente, mostrando, por um lado, a elasticidade natural da instituição, por outro a sua extensibilidade inevitável, com a evolução dos tempos, às necessidades emergentes do direito, independentemente do concurso das leis, ou do beneplácito dos expositores.

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

maioria dos casos, por analogias forçadas com as servidões».

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

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

Agravado é o agravante pelo corregedor em o mandar tirar da posse do ofício até a decisão dos embargos, provendo em seu agravo, vistos os autos; e como o agravado não tivesse posse, nem direito que lhe competisse por alvará ou carta do dito ofício de procurador, não tinham os seus embargos efeito de responderem à execução da sentença. Portanto, mandam que o corregedor faça *restituir a posse do ofício* ao agravante e com efeito seja *metido nela*, com as perdas e danos por quem de direito for. Lisboa, 15 de setembro de 1681.

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

(8) *Resolutiones for. L. VII, c. 25 e 26*. «Suas obras... subministram muitas vezes preciosas informações sobre o estilo e praxe forense, que facilitam a solução de importantes e árduas questões». RIBAS: *Curso de dir. civ.*, I, p. 383.

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

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

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

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

Que, vista a petição de força do A. executor-mor do reino, contestação do réu. Mostra-se, por parte do autor, que, estando de *posse* seus antecessores de *cobrar todos os anos quarenta mil réis de ordenado do correio-mor*, em razão das execuções que lhe fizeram nas consignações que tem na fazenda real, o pagamento dos quais fazia o réu como oficial-maior do dito correio-mor, e pedindo o A., depois de entrar no dito ofício, o dito ordenado, lhe não quis dar satisfação, *fazendo-lhe força em o privar da posse*, que tinha por seus antecessores, a que devia ser *restituído*; defendeu-se o réu como mostra na sua contestação e razões finais. O que tudo visto e o mais dos autos, e, como por parte do A. *se não prove legalmente a posse de cobrar do réu*, por fazer os pagamentos o tesoureiro-mor do reino, e alguns o réu por ordem do correio-mor; não podia ter lugar contra o réu a ação intentada. — 6 de fevereiro de 1683.

Em um agravo entre dois abades ⁽¹²⁾ reconheceu o tribunal superior o caso de força contra a

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

(12) Domingos Coelho contra Pantaleão de Barros.

posse, estabelecida a favor do agravante, no direito de assistir aos officios de defuntos, matéria espiritual. Eis a sentença:

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

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

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

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

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

princípio da possessibilidade dos direitos incorpóreos perdera, pois, a especialidade do caráter de sua origem, revestindo a expressão geral de uma noção de processo comum.

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

RUI BARBOSA

Agosto, 1896

(*Jornal do Comércio*, 16 de setembro de 1896)



III

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

Mas esta situação excepcional, a despeito de toda a sua superioridade, não o eleva acima da crítica; e o resultado notório desta é capitular-se a *Teoria da posse* como o menos feliz dos trabalhos do insigne romanista. Antes de JHERING já o seu valor sofrera impugnações, que o foram sucessiva-

(1) A. RIVIER: *Revue de droit international et de législation comparée*, t. XI (1879), p. 218.

(2) *Fondement des interdits possessoires* (trad. MEULENAERE), p. 1.

mente diminuindo, até se reduzir às proporções em que o deixa a severa análise de JHERING, condigno retificador da obra gigantesca do sábio sistematizador do Direito romano.

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

(3) VON JHERING: *Besitz*. No *Handerwörterbuch des Staatswissenschaften* herausgegeben von CONRAD, ELSTER, LEXIS, LOENING, 2º v. (Jena, 1891), p. 426.

(4) *Ibidem*.

(5) *Ibid*.

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

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

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

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

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

até o uso contemporâneo, arredou para os arquivos do passado.

«Em Direito romano», diz o escritor germânico, «a posse só se referia à propriedade dos *jura in re*. Ao depois, sobretudo no Direito canônico, deliberaram estendê-la em geral a *todo direito*. Ora, toda a teoria da posse tirava fundamento da proteção concebida ao simples exercício de um direito contra certas perturbações, existisse, ou não, realmente esse direito. Nessa proteção, pois, só se podiam abranger os direitos, que admitiam a possibilidade de tal gênero de turbações; e outros não podiam ser eles que a propriedade e os *jura in re*. Mas a constituição da igreja cristã e dos vários Estados europeus deu nascimento a certos direitos, que intimamente se ligavam à posse e à fruição do solo, direitos *que os romanos não conheceram*, ou estavam longe de supor capazes de apropriação particular. É assim que o *exercício do poder episcopal* depende da posse da sé episcopal com os bens que lhe tocam. Analogamente ora o *poder supremo*, ora *certos ramos desse poder* se ligam à soberania territorial do príncipe, ou às *jurisdições territoriais*. O mesmo sucede com os encargos territoriais estabelecidos pelo Direito germânico, tais como as rendas territoriais, dízimas e corvéias. *Todos esses direitos admitem, como os concernentes à propriedade, a proteção do seu mero exercício...* Até em casos, nos quais a violência interessa apenas o exercício de parte desses direitos, *em algum ramo*, por exemplo, *da jurisdição*, se nos deparará, não no tocante à posse do solo, mas a respeito de coisa análoga, uma relação, que lembra a *juris quasi possessio* do Direito romano. Tais direitos são, como as servidões, suscetíveis de se molestarem por atos de violência, dado

o que, *lógico era* amparar-lhes o simples exercício, como o Direito romano fizera com as servidões.»

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

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

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

objetos, a que o Direito canônico a estendeu, jurisdição, tributos, privilégios senhoriais, direitos incorpóreos da mais variada natureza, se *Roma os houvesse conhecido*.

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

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

Dirão que os romanos não chegariam até aí. Mas o certo é que eles não chegaram até onde é opinião de SAVIGNY que teriam chegado, se o campo

das relações, a que houveram de prover, já se tivesse enriquecido com o uso dos direitos, a que o Direito canônico teve de acudir. E, se o insigne jurisconsulto alemão respeitava e legitimava nesse progresso uma dilatação natural da idéia romana, como é que nem a estas conseqüências da evolução da posse quiseram atender os escritores brasileiros, e, eliminando o curso desse vasto desenvolvimento, acatado e justificado pelo mestre, recuam até Justiniano, limitando a posse aos *jura in re*, como se o Direito pátrio nascesse diretamente das *Institutas*, e, entre o termo onde elas ficaram e o ponto onde ele começou, não se desdobrasse toda essa importante transformação jurídica, de cujos dados sucessivos é repositório a literatura dos praxistas?

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

Extraordinária é a extensão, diz ele, num dos seus escritos mais recentes, que a posse dos direitos tem recebido *no desenvolvimento do Direito moderno*. *Precedeu-o*, neste caminho, o Direito canônico e a praxe das justiças eclesiásticas, que reconheceram posse a todas as regalias, dignidades, funções, benefícios e dizimos da igreja. Tão bem imitado foi esse exemplo pelas leis e pela jurisprudência dos tribunais seculares, que não há uma relação de direito privado, ou público, a que se não adaptasse a idéia da posse, em sendo possível, como quer que fosse, aplicar-lha. *Kein Verhältnis des öffentlichen oder Privatrechts bei dem der Gedanke des*

Rechtsbesitzes sich nur irgend wie zur Anwendung bringen liesz, nikt mit ihm in Verbindunggesetzt worden wäre.

A idéia diretriz era esta. O indivíduo que se acha no gozo tranqüilo de um direito, seja de que espécie for, a que corresponda um exercício continuado, monopólio, privilégio, direito banal, patrimonial, ou familiar, etc., consistente em um estado de fato, em atos daquele que representa o possuidor do direito, ou em prestações do obrigado, tais como a obrigação de pagar rendas territoriais, tributos, etc., deve ser provisoriamente amparado nesse gozo, se lho impugnarem, até que judicialmente se prove a inexistência do direito. Foi com este ânimo que, até em casos de contestação da validade do matrimônio, ou legitimidade da prole, se admitiu ação destinada a proteger a quase-posse da condição de marido, ou pai. Objetos de quase-posse vieram a ser o próprio direito de usar brasões, as honras da nobreza e, até, o título de doutor. Se a autoridade administrativa contrariava o emprego de títulos tais, assistia ao interessado o direito de apelar para a justiça, que o apoiava na quase-posse até solução definitiva. Essa proteção *chegava a favorecer o funcionário contra o governo, se este lhe retinha os vencimentos, lhe deixava de embolsar as pensões, ou lhe vedava perceber emolumentos*, enquanto a pendência não fosse resolvida pela autoridade competente. ⁽⁸⁾

Linhas adiante acrescenta JHERING:

Está por fixar ainda o âmbito preciso à extensão, que possa reclamar o conceito da quase-posse nas regras do nosso Direito e do nosso processo, tão cabalmente alterados em todos os sentidos. *Não concebo que de futuro o direito venha jamais a abandonar idéia tão sã.* O que toca à legislação agora, é extremar-lhe as raias exatas. Sirva-se, ou não, para esse efeito, da expressão *posse jurídica*, é indiferente: o

(8) VON JHERING: *Besitz*. No *Handwörterbuch der Staatswissenschaften* de CONRAD, v. II, p. 425.

jurista saberá como se haver, e de que vocábulos usar, toda a vez que a lei assegure provisoriamente uma situação de fato, cuja legitimidade esteja por verificar. Em realidade *haverá sempre posse de coisas e de direitos*.

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

Não era possível que a jurisprudência pátria no século dezenove abstraísse dessa vasta região anexada a si pela idéia de posse além do marco assentado pelos romanos nos *jura in re*, para lhe fixar os limites. Por isso vemos continuar o fio dessa tradição nas obras de ALMEIDA E SOUSA, CORREIA TELES e MELO FREIRE, não obstante pretender valer-se da grande autoridade deste um dos juristas brasileiros aditos à limitação da posse aos direitos reais.

Eis como se exprime «esse homem de gênio» (na frase de A. HERCULANO), o máximo dos jurisconsultos portugueses:

Interdictum retinendae adplicatur non solum ad res immobiles, de quibus fuit conceptum, et ad mobiles, quarum in possessione sumus, veluti si servum vel jumentum ducere prohi-

beamur, l. un D. utrubi, MENOCH., de retinendae possessionis Remed. II; sed etiam ad iurium, quae nobis competunt, quasi possessionem tuendum, quo pertinent interdicta de itinere, actuque privato, de aquaeducto etc., quae ad generale retinendae interdictum referri debent. ⁽⁹⁾

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

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

Essa cláusula é geral: não encerra limitação, nem exceção: *Interdictum retinendae applicatur . . . etiam ad iurium, quae nobis competunt, quasi possessionem tuendum*. Isto é: aplica-se também a ação de manutenção a defender a quase-posse «dos direitos que nos competem». Nenhum desses direitos, pois, se excluiu da intenção do autor, que, se quisesse reduzir a manutenção aos direitos decorrentes do desmembramento da propriedade, teria particularizado os direitos reais, *jura in re*, em vez de envolver na mais

(9) Fr. 3 D de servitutibus (XLI, 2).

compreensiva das fórmulas todos os direitos reais, ou pessoais, *jura quae nobis competunt*.

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

O Direito romano, que dividira todo o domínio da ação jurídica em coisas, *res*, umas corpóreas, *corporales*, categoria em que se compreendiam todos os objetos palpáveis, *quae sui natura tangi possunt*, outras abstratas, *incorporales*, os objetos intangíveis, *quae tangi non possunt*, envolvendo sob esta caracterização todos os direitos, *quae in jure consistunt*, reservara propriamente a posse às coisas corpóreas. «*Possideri autem possunt quae sunt corporalia*», sentenciava PAULUS.⁽¹⁰⁾ Os direitos, matéria incorpórea, tinham-se: não se possuíam. «*Neque ususfructus neque usus possidetur, sed magis tenetur*», ensinava ULPIANO. Tais sutilezas não podiam resistir à necessidade lógica dos fatos e à ação prática da realidade. Essas distinções foram-se delindo com a ação do tempo e o medrar dos princípios semeados, generalizando-se a idéia da posse, ainda que muitas vezes sob a discriminação inútil de *quase-posse*, à fruição de simples direitos. O instrumento desse desenvolvimento foi o Direito canônico. Mas com a ação

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

penetrante, que a confusão entre as coisas espirituais e as temporais favorecia nessas eras, a reforma por ele operada se infiltrou profundamente na jurisprudência civil, desviando-a da concepção romana.

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

RUI BARBOSA

Agosto, 1896.

(*Jornal do Comércio*, 20 de setembro de 1896)

11) DE OLIVART: *La posesión* (Barcelona, 1884, p. 57).

IV

Os autores do Código Civil português não repudiaram a tradição pátria. «Diz-se posse», estatui ele, no art. 474, «a retenção ou fruição de qualquer coisa ou *direito*». No mesmo sentido se pronuncia o código espanhol ⁽¹⁾, conformando-se com as idéias geralmente reinantes na península, ⁽²⁾ o

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

(2) Na lei I^a, tit. 30, partida III se diz: «Ca las cosas que non son corporales, assi como las servidumbres que han las unas heredades en las otras y los *derechos* porque un hombre demanda sus *debdas*, y las otras cosas que no son corporales semejantes destas no se pueden poseer ni tener corporalmente; mas usando de ellas aquel á quien pertenece el uso, y consintiendo la aquel en cuya heredad lo ha, es como manera de posesión. Estes principios, «que estabelecem uma como quase-posse de direitos incorpóreos, verdadeiro adiantamento sobre o Direito romano», prova de que «o sábio rei inspirou o seu código nas mais sãs idéias do canónico», «foram desenvolvidos pela praxe e jurisprudência». (DE OLIVART: *La posesión*, p. 57, n. 10).

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

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

código francês ⁽³⁾, o italiano ⁽⁴⁾, o holandês ⁽⁵⁾, o chileno. ⁽⁶⁾ Nas legislações alemãs contemporâneas, excetuadas a saxônia e a bávara ⁽⁷⁾, era, por via de regra, admitida a posse de direitos. ⁽⁸⁾ No Direito civil russo a doutrina é a mesma. ⁽⁹⁾

«A maioria dos autores modernos», nota DE OLIVART, «admite a posse com aparência do exercício do direito, *seja qual for o gênero deste*». ⁽¹⁰⁾ Segundo SANCHEZ ROMAN, «todo aquele, que mostra um direito, *qualquer que seja a sua natureza*, tem verdadeira posse jurídica na mais lata acepção da palavra». ⁽¹¹⁾

(3) «Art. 2228. La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit, que nous tenons ou exerçons par nous mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom».

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

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

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

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

(8) BRAUN, HEGENER e VER HESS: *Traité prat. de droit civ. Allemand*, p. 434, n. 2092.

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

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

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

(10) DE OLIVART: *op. cit.*, p. 60, n. 43.

(11) SANCHEZ ROMAN: *Estudios de derecho civil* (Madrid, 1891), v. III, p. 429.

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

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

Na Alemanha muitos dos romanistas se afastam, quanto a este ponto, da noção romana da posse. BRUNS, no livro indigitado por JHERING como «a obra mais preciosa de todo o nosso século na bibliografia da posse», ⁽¹⁴⁾ admite a posse de direitos pessoais, incluindo entre estes os que se verificam nas relações de pai a filho, de súdito a soberano. ⁽¹⁵⁾ Eis a sentença pronunciada, sobre a controvér-

(12) «Ma poiché il possesso, como innanzi abbiamo accennato, é l'esercizio o godimento del diritto di proprietà quando si riferisce a cose corporali, così l'esercizio ed il godimento di meri diritti o di cose incorporali deve anche aguardarsi come possesso. Perciò alla massima sopracennata devesi aggiugere la seguente limitazione od essezione: Che è possibile il possesso anche delle cose incorporali, assimilando il godimento dei diritti al godimento della cosa». DE FILIPPIS: *Corso completo di diritto civile italiano comparati*, v. II, p. II.

(13) «Non vi ha diritto che non sia suscettibile di possesso: il quale ha luogo rispetto ai diritti personali (C.I. 242, 1598), di successione (C., 933), di famiglia (C. 120, 121, 171-4), ed in speciale modo ai reali». CHIRONI: *Istituzioni di diritto civile italiano*, v. I, p. 142, § 83.

(14) «... die wissenschaftlich wertvollste Leistung auf dem Gebiete der Besitzliteratur in unserm ganzen Jahrhundert». JHERING: *Besitz*. CONRAD'S *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, v. II, p. 426.

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

sia, nesse tratado, que na suprema opinião de JHERING, «resolveu o problema para sempre», ⁽¹⁶⁾ e após o qual «nada está por dizer». ⁽¹⁷⁾ RIEDMATEN aceita a teoria de BRUNS. ⁽¹⁸⁾ WINDSCHEID ⁽¹⁹⁾ reconhece que a posse de direitos cabe na mesma noção que a de coisas e servidões. RANDA ao lado da posse das coisas trata a de direitos, considerando as duas como classes de uma noção superior, que o ilustre lente da Universidade de Praga define como a possibilidade efetiva, assente em um ato, do exercício iterativo de um direito. ECK, em sua colaboração no esboço do moderno Direito romano estampado por BRUNS na *Enciclopédia* de HOLTZENDORFF, admite a posse de direitos inclusive os de obrigações. ⁽²⁰⁾ JHERING, afinal, a suma autoridade, o retificador de SAVIGNY, depois de render homenagem ao «grande valor da posse dos direitos para a teoria possessória», enuncia-se assim: «Toda noção genérica deve conceber-se em termos, que se apliquem com a mesma exatidão a todas as espécies encerradas no gênero: a noção da posse há de cobrir a posse das coisas e a dos direitos. Não satisfez a esse requisito a ciência romanista... Em vão lhe pedireis uma concepção geral, que abrace as duas espécies de posse». ⁽²¹⁾

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

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

(18) Apud DE OLIVART: *ibid.*

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

(20) *Das heutige Römische Recht von C. G. BRUNS. Neu durchgesehen von Pro G. ECK in Berlin.* §§ 30 e 32. HOLTZENDORFF's *Encyclopädie de Rechtswissenschaft*, p. 434-9.

(21) JHERING: *Besitz*, n. 10. CONRAD's *Wörterbuch*, v. II, p. 424.

Salvo uma ou outra exceção, portanto, o Direito civil contemporâneo em matéria de posse não é o que a jurisprudência romana herdou à média idade, mas o que as instituições seculares dos tempos modernos herdaram do Direito canônico. O profundo sulco aberto por ele na teoria e na praxe possessória ramificou-se por quase toda a Europa. É a ciência jurídica dos nossos dias, iluminada pela erudição de investigadores severos e pela razão de grandes pensadores, confrontando a obra dos jurisconsultos com a dos canonistas, reconhece que, se não fosse o progresso realizado por estes, a obra daqueles não satisfaria às exigências da vida hodierna, em que a garantia dos direitos pessoais assumiu uma importância desconhecida aos antigos.

Verdade seja que nem sempre, no ânimo dos textos legislativos e científicos a idéia de posse anda associada à dos interditos. Bem que o Código Civil italiano, por exemplo, ligue o conceito jurídico da posse assim à «*detenzione di una cosa*», como ao «*godimento di un diritto*», a jurisprudência italiana dos direitos pessoais,⁽²²⁾ a que aliás reconhece efeitos particulares, quais os que aquele código lhe atribui nos arts. 1.242 e 1.598. Evidentemente, porém, essa limitação é arbitrária, incoerente e contraditória com o próprio princípio romano, que não concebia a posse senão associada à proteção possessória, e, se restringia os interditos à defesa dos direitos reais, é porque não conhecia a posse dos direitos pessoais. De sorte que esses jurisconsultos e esses legisladores ficaram a meio caminho entre a idéia romana e a moderna, pecando contra a lógica em relação a uma

(22) MATTIROLO: *Diritto giudiziario civile ital.*, c. I, p. 298-9, n. 256-7.

e a outra. Não quiseram limitar, como as *Institutas*, a posse aos *jura in re*; e, contudo, circunscreveram aos *jura in re* as ações defensivas, com que as *Institutas* asseguravam a posse. Do Direito canônico adotaram a ampliação da posse aos direitos incorpóreos; mas, ao mesmo tempo, ficaram com os juristas latinos na mutilação da tutela possessória, reduzida exclusivamente aos direitos corpóreos. É a superstição antiga em luta com as necessidades fatais do progresso: repudiou-se, em teoria, a estreiteza do conceito primitivo; mas praticamente não se ousou chegar às conseqüências, que ele mesmo determina. Nós, porém, estávamos salvos dessa anomalia; porque foi justamente a praxe muitas vezes secular dos tribunais na metrópole e no Brasil antes e depois da independência o que assentou na jurisprudência brasileira o uso dos interditos em proteção da posse nos direitos pessoais.

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

Desmentida pela tradição da nossa jurisprudência, a novidade dessa teoria no Direito pátrio não se sustenta melhor ante a filosofia da sua própria defesa. Expondo o motivo lógico da noção romana que exclui da posse os direitos incorpóreos, atribui SAVIGNY essa particularidade à circunstância de que a respeito dessa espécie de posse não se pode verificar a intrusão turbativa, que justifica a proteção

possessória. ⁽²³⁾ Semelhante restrição, porém, está intimamente ligada à teoria falsa, aluída pela impugnação irresistível de JHERING, que assenta a origem de posse na ação direta do agente sobre o objeto material. Se há uma noção hoje firmada, neste assunto, é a de que a posse «não reside no poder físico sobre a coisa, mas no exercício, na exterioridade do direito». E é no tocante à posse dos direitos que essa verdade «se manifesta com uma clareza impossível de se obscurecer». ⁽²⁴⁾ Desde que se não considere a posse como *poder físico, mas como a simples exterioridade do exercício do direito, «basta para a proteção possessória a exterioridade do direito e a possibilidade do seu exercício»*. ⁽²⁵⁾ Ora não se pode negar que os direitos incorpóreos se realizam exteriormente, exercendo-se. Não se lhes pode negar, pois, a condição essencial da posse e da sua segurança civil: o exercício exterior, a possibilidade de ação e a visibilidade dela.

JHERING diz: «É um dos erros mais peçados de conseqüências e mais fatais, que se têm cometido na teoria possessória, o haver-se estribado a sustentação da posse e, com ela, a posse mesma na concepção da segurança mecânica, do poder físico. A segurança da posse descansa essencialmente na *proteção jurídica outorgada à relação de direito do homem sobre*

(23) *Traité de la possession*, §§ 12 e 29.

(24) «Der Rechtsbesitz für die Besitztheorie von hohem Werte. Eine Wahrheit, über die man sich beim Sachbesitze hinwegtäuschen kount dazs nämlich der Besitz nicht physische Gewalt über die Sache, sondern Ausübung Thatsächlichkeit des Rechts ist, tritt hier mit einer Deutlichkeit zu Tage, die jede Möglichkeit des Verkennens ausschlieszt». JHERING: *Besitz*, CONRAD'S *Handerwörterbuch der Staatswissenschaften*, v. II, p. 423.

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

a *cousa*». ⁽²⁶⁾ O grupo de jurisconsultos brasileiros aderentes, nesta parte, à idolatria savigniana deixou-se, pela sua fidelidade escolástica ao mestre, induzir à mesma erronia, reduzindo a base da posse e dos interditos ao *elemento físico*, sem atentar na frequência dos casos, em que, ainda no que pertence à ocupação e fruição de coisas materiais, «a segurança da posse assenta *exclusivamente* nas suas garantias morais e jurídicas» ⁽²⁷⁾, «no elemento jurídico e moral, a saber, no receio, inspirado pelo senso jurídico, ou pela lei, de lesar direitos alheios». ⁽²⁸⁾

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

Felizmente o erro desses jurisconsultos brasileiros representa apenas uma espécie de quisto na jurisprudência pátria, em cujo progresso ficou insulado pela evolução, que sempre o repeliu. Para que mo não pudessem contestar, bastaria termos em mente a larga aplicação, que se fez no Brasil, enquanto existiu o cativoiro, do interdito *retinendae* em defesa da liberdade.

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

(27) *Ibidem*.

(28) *Op. cit.*, p. 160.

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

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

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

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

Era a *manutenção sumaríssima* do Direito romano, de antiga implantação no Direito pátrio, remédio imediato para a defesa da posse certa, à qual se concedia para logo o mandado de manutenção, sustentando *pendente lite* na fruição do direito alegado

o possuidor, justo, ou injusto, até que, mediante discussão e processo regular, se sentenciasse acerca da continuação definitiva da posse provisoriamente assegurada ao autor.

Não havia nada mais comum, durante esse meio século, no foro brasileiro, do que a prática desta espécie peculiar do interdito *uti possidetis* contra as usurpações. Não obstante, porém, a trivialidade contínua e a legitimidade histórica deste uso, a que todos os nossos formulários judiciais abriam espaço, os jurisconsultos brasileiros, fanatizados por uma exageração quase fóssil do romanismo, passaram cegos e surdos através desse protesto vivo da realidade contra o anacronismo da sua teoria. O foro assistia quotidianamente à praxe do interdito *sumaríssimo* de manutenção, requerido e outorgado em todos os tribunais a favor da liberdade. E, contudo, esses jurisconsultos iam seu caminho, semeando, imperturbáveis, a lição de que o remédio possessório não se aplica senão à garantia dos direitos sobre as coisas.

Diversos outros direitos, porém, além desse, alheios à propriedade e aos seus desmembramentos, obtinham, ao mesmo tempo, ante as justiças brasileiras, a proteção possessória. E, mais bem inspirados no exemplo dos tribunais que certos jurisconsultos, aliás de mais alta esfera, em preocupações de escola, os nossos formulários aconselham:

Quando qualquer for ameaçado de esbulho, ou efetivamente for esbulhado da posse de *qualquer dos seus direitos*, pode requerer ser nele *manutenido*. . . Tomarei por exemplo, por ser um dos casos mais comuns em nosso foro. (30)

As nossas revistas jurídicas arquivam cópia considerável de casos, em que se vê correr continuamente

(30) CORDEIRO: *Formulário de todas as ações civis conhecidas no foro brasileiro*. (Ed. de 1883), p. 284.

o fio da praxe quatro vezes secular dos interditos, applicados ao uso e gozo de todo gênero de direitos.

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

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

Em 1873, por exemplo, a presidência de Pernambuco, então exercida pelo Dr. Henrique Pereira de Lucena, depois barão deste nome, ordenara à Câmara Municipal do Recife que, tendo a Misericórdia daquela cidade contratado com a firma Agra & C., privilegiada pela Lei provincial n. 1.121, de 17 de julho desse ano, o serviço funerário daquela capital, houvesse de cassar as licenças concedidas para a exploração dessa indústria a outras casas comerciais. Mas Paula & Mafra, que tinham ali uma empresa do mesmo gênero, solicitaram da 1ª vara cível mandado de manutenção a favor dos seus direitos, aos quais antes de previamente indenizados não queriam renunciar. O juiz substituto era o Dr. José Higino Duarte Pereira, cujo preclaro merecimento luz hoje no Supremo Tribunal. Esse magistrado não hesitou em anuir à petição, fazendo expedir o mandado. ⁽³¹⁾

Em 1887, o Dr. Joaquim Barbosa Lima, juiz de direito na capital do Ceará, concedeu várias vezes o interdito *retinendae* a consumidores de gás, prejudicados no gozo do direito ao fornecimento desse produto pela *Ceará Gas Company*, que arbitrariamente lho suspendera. A questão subiu até ao Conselho de

(31) O *Direito*, v. IV, p. 475.

Estado; e, tendo-se ali censurado o procedimento do magistrado, cuja responsabilidade foi proposta pelo relator da secção de justiça, o imperador, conformando-se com o parecer divergente do visconde de Paranaguá, indeferiu o recurso da companhia contra o ato do Poder Judiciário, cuja competência reconheceu. ⁽³²⁾

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

Esses fatos judiciários são decisivos.

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

RUI BARBOSA

Agosto, 1896

(*Jornal do Comércio*, 27 de setembro de 1896).

(32) *O Direito*, v. XLIII, p. 468-78.

(33) *O Direito*, v. XLV, p. 443-9.

(*) Usucapião é, em verdade, do gênero feminino, sem embargo de haver RUI BARBOSA, quando redigiu o *Parecer* sobre o Proj. de Cód. Civil brasileiro, em 1902 (p. 247), corrigido para o gênero masculino, sem, aliás, justificar essa forma de entendimento, como se vê da rubrica que precede o art. 555, mais tarde convertido no art. 550, do Cód. Civil. [N. do Pref.]

V.

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

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

Julguemo-lo pelas suas próprias palavras.

O trecho do escritor brasileiro, a que se obriga a fidelidade dos seus adeptos, é este;

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

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

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

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

«MEND. 2 P. l. 4 Cap. 10 n. 22; MELO Fr.: cit. § 33; ALMEIDA E SOUSA: *Interd.* §§ 95 e seg.; SAVIGNY: *Tr. da posse.*» ⁽²⁾

A primeira indicação aí feita é a de MENDES: *Practica lusitana*, 2. 4., cap. 10, n. 22. Mas nesse lance, já exarado neste estudo, a doutrina ensinada pelo velho praxista, é *justamente* o *avesso* da que RIBAS *propugna*. «Dá-se também esse interdito» (é a versão literal das suas palavras) «em favor de QUAISQUER DIREITOS INCORPÓREOS, tais como os de *jurisdição*, *dignidade* e *obediência*.» ⁽³⁾

O segundo arrimo, a que se apóia RIBAS, é o de MELO FREIRE, de cujas *Instituições* alude ao § 33 do 1. IV, tit. 6º. No § 33, porém, não há nem referência indireta à manutenção de posse. Ocupa-se todo ele exclusivamente com a *nunciação de obra nova: de nuntiatione novi operis, interdicto demolitorio, quod vi aut clam*. O que RIBAS teria em mente, pois, deve ser o § 30 (já transcrito em outra parte deste estudo), o único da obra de MELO FREIRE, onde se discorre acerca do interdito *retinendae*. Ora o que, no § 30, escreve o grande jurisconsulto português, é: «Aplica-se o interdito de manutenção, não só às coisas imóveis, a propósito das quais foi concebido, e às móveis, em cuja posse estamos, senão também a assegurar a quase-posse DOS DIREITOS, QUE NOS ASSISTIREM». Não diz *ad iurium quae nobis competunt quasi possessionem*

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

(3) Eis o original latino: «*Itam hoc interdictum etiam datur pro quibuscumque iuribus incorporalibus, veluti jurisdictionis, honoris et obsequiorum.*»

tuendan. (4) Refere-se, pois, a todos os direitos, que nos possam competir, sem excetuar espécie nenhuma. E, se ilustra a doutrina com o exemplo de alguns direitos reais, naturalmente os de ocorrência mais comum, acaba por encerrar a enumeração com a cláusula *et coetera*, e outros; e esta deve considerar-se coextensiva ao alcance da fórmula estabelecida pelo autor, cuja redação abrange quaisquer direitos, que nos couberem: *jura quae nobis competunt*.

Nem outro pensamento se poderia atribuir a MELO FREIRE, atendendo a que os juristas portugueses seus contemporâneos e os que o precederam, desde, pelo menos, o começo do século dezesseis, em que floresceu VALASCO, cujas obras a Bélgica, a Itália e a Alemanha se honraram em reeditar, haviam substituído a noção romana pela noção canônica da posse.

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

Pois bem: ALMEIDA E SOUSA, nessa parte da obra citada, com a qual já me ocupei, é a contradição mais absoluta, que se poderia formular à teoria do jurista brasileiro. O praxista português, com efeito, resume ali o seu sentir, esposando o de RETES, cujas palavras reproduz. Ei-las, tiradas à letra em vulgar: «Afim, segundo o uso forense e a crítica dos praxistas, cabe este remédio» (o de *manutenção*

(4) «Interdictum retinendae adplicatur non solum ad res immobiles, de quibus fuit conceptum, et ad mobiles, quarum in possessione sumus, veluti si servum vel jumentum ducere prohibeamur, l. *un D. utrobi*, MENOCH. de *retinendae, possessiones Remed. II; sed etiam AD JURUM QUAE NOBIS COMPETUNT quasi possessionem tuendum*, quo pertinent interdicta de itinere, actuque privato, de aquaeducto etc., quae ad generale retinendae interdictum referri debent.» MELO FREIRE: *Institutiones iuris civilis lusitani*, I, IV, t. 6, §. 30. Ed. de Coimbra, 1828, v. V, p. 8 e 9. Ed. de 1866 (Coimbra), v. IV, p. 77.

sumaríssima) «a respeito de todas e quaisquer coisas, corporais, ou *incorpóreas*, *direitos*, *prerrogativas*, *precedências*, *honras*.» ⁽⁵⁾

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

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

Passando, porém, a estudar as modificações operadas no Direito civil pela praxe canônica, cuja influência histórica no Direito português bem assinalada se acha nos escritos de RIBAS, SAVIGNY enumera os direitos incorpóreos, a que essa evolução estendeu os interditos, acrescentando: «Ninguém jamais pôs em dúvida que a *jurisdição* ou outros *direitos públicos* devam ser tão protegidos contra a *violência*, quanto o *direito de propriedade*, posto que na antiga Roma nunca se cogitasse na posse de

(5) «Denique usu fori ac censura pragmaticorum competit (hoc remedium) pro quibuscumque rebus, tam corporalibus, quam incorporeis, juribus, praerogativis, praecedentiis, et honoribus, veluti praesentandi ad beneficia, suffragandi in conciliis, et aliis etc.» ALMEIDA E SOUSA: *Interditos*, § 95, p. 70.

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

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

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

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

(8) JHERING: *Fondement des interdits possessoires*, p. 1.

cepção romana, antes era o seu lógico desenvolvimento.

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

Destarte é de citações erradas, trasfegadas, sem o menor exame, de umas compilações em outras, que se tem alimentado a propagação de um erro, cuja tenacidade ignora com inconcebível escândalo toda a história do nosso Direito.

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

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

Nada mais efêmero que um ministro. Mas essas criaturas de um dia têm, pela sua identificação transitória com o poder, o condão fácil de converter as suas passageiras veleidades em necessidades de salvação geral. E, invocada esta fórmula suprema, o tributo que se lhes rende, abafando quatro séculos de Direito pátrio, imolados à vitória de um erro oportuno, não nos deve doer mais na consciência, afeita a essas considerações, do que o sacrifício de

um magistrado intransigente nos seus deveres, sobre cuja cabeça os intérpretes togados da razão de Estado hajam proferido a sentença fatídica, dizendo, sem recato, nas antecâmaras dos tribunais: «É preciso inutilizar este juiz, que está criando embaraços ao governo.»

Felizmente, enquanto certas devoções se esboçam em dar verniz jurídico às conveniências do Poder Executivo e às reações contra a magistratura independente, a verdade histórica repercute nas eminências mais altas do nosso foro, uma das quais, o Dr. JOSÉ HIGINO, tem, desde 1873, voto solene na questão, outra, o conselheiro LAFAYETTE, a cuja autoridade se quer abordar a teoria ministerial da posse, aconselhava, ainda este ano, aos concessionários de loterias nesta capital o uso do interdito proibitório contra a violência iminente a direitos pessoais por um decreto do governo. Eis os termos da sua consulta:

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

O mandado proibitório, se a parte contrária lhe opuser embargos, dará lugar à discussão regular (*Doutrina das ações*, § 201), na qual se poderão alegar as razões de ilegalidade e inconstitucionalidade do decreto, e destarte provocar a decisão do Poder Judiciário acerca da inaplicação da disposição do art. 11, do Decreto n. 1.941, ao caso ocorrente.⁽⁹⁾

A consulta endereçada ao eminente juriconsulto era esta:

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

2º) É, ou não, contrária à liberdade de trabalho, de comércio e de indústria, a disposição do art. 11 do Decr. n. 1.941, de 17 de janeiro de 1895, dando à polícia o arbítrio de fechar escritórios comerciais de vendas de bilhetes, ou escritórios de comissões e consignações de mercadorias, sob pretexto de que tais escritórios podem aviar encomendas, fazer pedidos de bilhetes de loterias estaduais, e efetuar o pagamento dos prêmios de tais bilhetes?

3º) Na hipótese de ser inconstitucional o art. 11 do Decr. n. 1.941, de 17 de janeiro de 1895, qual o remédio de direito a aplicar contra a violência, que se reputa iminente, do fechamento de escritórios comerciais por mandado da polícia?

Dir-se-á que o interesse dos prejudicados, na hipótese, consistia em se acautelarem contra a violência das autoridades policiais, por cuja ordem se mandavam fechar os escritórios, onde eles comerciavam. Certamente. Mas não era *nem na propriedade* dos edifícios, *nem na sua posse*, ou na de serviços civis a ela inerentes, que o atentado policial

(9) *A inconstitucionalidade do Decr. n. 1.941, de 17 de janeiro de 1895. Pareceres de juriconsultos.* Rio de Janeiro, 1896, p. II.

iria ferir os consultantes. O de que o arbítrio policial mirava a esbulhá-los, era o direito a exercerem certo e determinado ramo de comércio, cujas operações tinham no escritório o seu centro. O escritório constitui apenas um acidente. O objeto do mandado estava em assegurar aos comerciantes, não a retenção da casa, onde comerciavam, mas a posse do direito de comerciarem. E, como este direito é pessoal, não me parece temerário, hoje, alistar o insigne jurisconsulto entre os que consideravam extensiva a idéia jurídica de posse e sua defesa pelos interditos aos direitos pessoais.

Se me não engano, nesta operação não ficará o ilustre autor do *Direito das coisas* mal acompanhado com a opinião de FELÍCIO DOS SANTOS, que, no art. 1.297 do seu *Projeto do Código Civil*, compreende no conceito legal da posse os direitos pessoais. Eis as suas palavras:

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

Comentando esse texto, escreve o próprio autor:

A definição do art. 1.297 *abrange a posse de todo e qualquer direito, seja pessoal, ou real. É erro supor que só possa haver posse de direitos reais*. Assim o art. 758 fala da *posse do estado de filiação materna*. Dessa posse resultam direitos importantíssimos, como sejam os das relações de família...

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

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

A definição do art. 1.297 ABRANGE AINDA A POSSE DOS OFÍCIOS E EMPREGOS PÚBLICOS. *E por que não será posse, quando as leis até regulam o momento, em que ela começa?*

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

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

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

Só os obcecados na prevenção romanista desconhecem esta notável realidade, estudada com erudição e critério por um ilustrado professor de S. Paulo, o Dr. HIPÓLITO DE CAMARGO, na brochura que escreveu sobre *Manutenção de direitos*. ⁽¹¹⁾ «O Direito canônico», diz ele, «por um desenvolvimento racional imprimido à quase-posse, influiu verdadeiramente, foi o extraordinário fator da perfeição, a que tinha de atingir agora, no momento do Direito moderno, essa notável instituição romana.» ⁽¹²⁾

(10) J. FELÍCIO DOS SANTOS: *Projeto do Código Civil brasileiro e comentário*, t. III (1886), p. 20 223.

(11) S. Paulo, 1895.

(12) *Ib.*, p. 17.

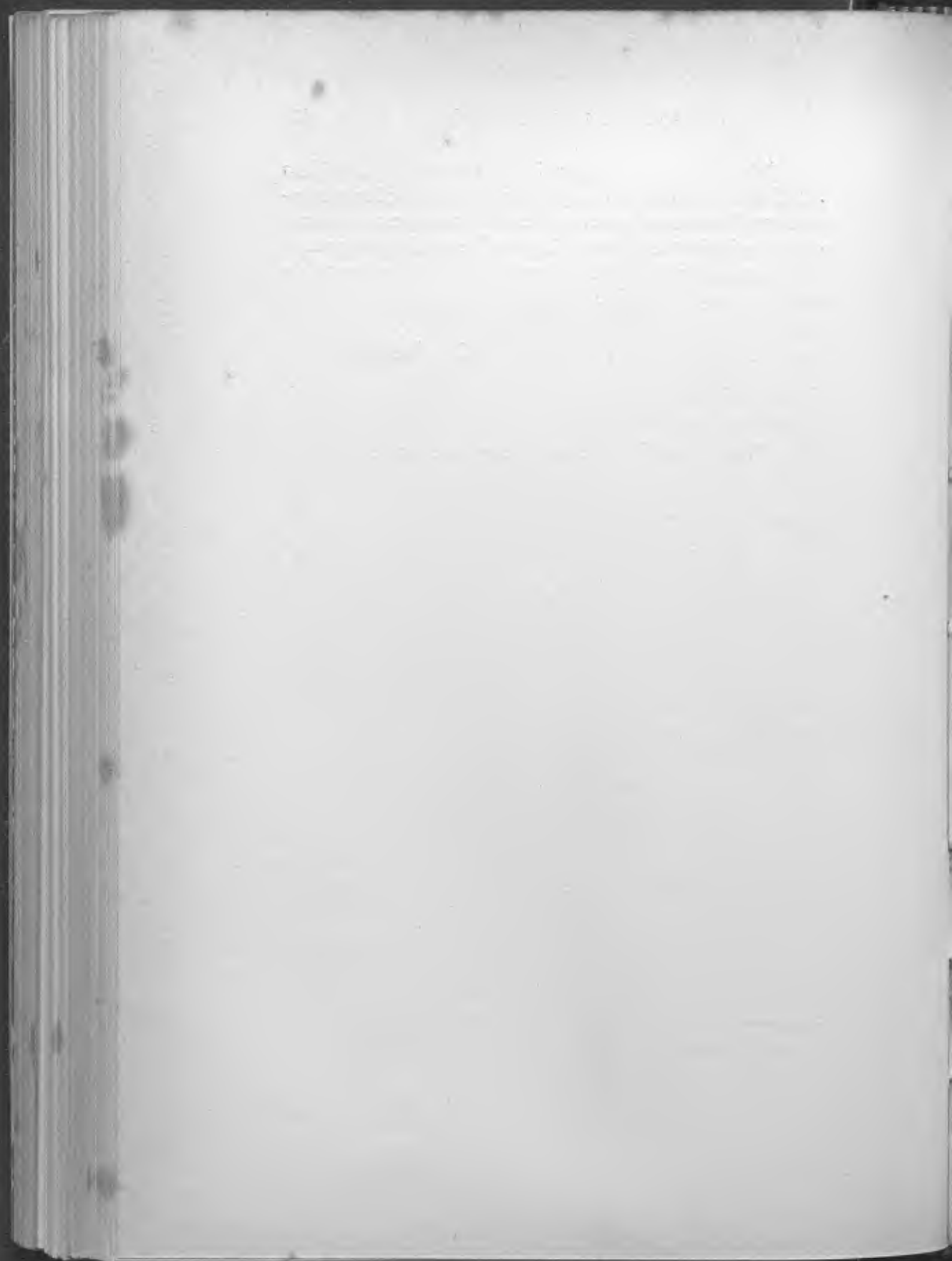
Modificada por essa imensa expansão, a idéia atual da proteção possessória nas instituições nacionais, pode-se condensar na fórmula em que a traduziu o douto jurisconsulto paulista: «*O mandado é procedente, quando se trata de garantir a quase-posse de um direito constituído.*» ⁽¹³⁾

RUI BARBOSA

Agosto, 1896

(*Jornal do Comércio*, 30 de setembro de 1896)

(13) *Ib.*, p. 20.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

ACÓRDÃO PROFERIDO NO AGRAVO N. 159

Agravante: União Federal

Agravados: Drs. André Gustavo Paulo de Frontin e outros

Agravo de petição de que se não conhece, por maioria, visto como, o despacho que indefere requerimento da agravante, para que, em face de exceção de incompetência e de artigos de atentado, tenha prioridade aquela e não esta, constitui mera providência ordenatória, não se compreendendo entre as decisões que rejeitam ou julgam a exceção, sendo, assim, inaplicável à hipótese; o art. 54, inc. VI, a, da Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894.

N. 159. Vistos, expostos e discutidos esses autos de agravo de petição, em que são — Agravante a União Federal e Agravados os Drs. André Gustavo Paulo de Frontin e outros:

Acordam não tomar conhecimento do recurso; porquanto, tendo este sido interposto do despacho pelo qual o juiz *a quo* indeferiu o pedido da Agravante para que, na concorrência da exceção de incompetência de juízo por ela oposta e dos artigos de atentado com que vieram os Agravados, fosse aquela processada primeiramente, — tal despacho, de simples ordenação do processo na suscitada questão de prioridade da exceção ou do atentado, nem constitui caso particular de agravo, dos enumerados na lei, nem pode evidentemente filiar-se ou equiparar-se ao das decisões que rejeitam ou julgam a exceção de incompetência, para

se lhe aplicar, como pretende a Agravante, o art. 54, n. VI, letra a da Lei n. 221 de 20 de novembro de 1894.

Assim julgando, condenam a Agravante nas custas.

Supremo Tribunal Federal, 29 de agosto de 1896.

Aquino e Castro — Presidente

Figueiredo Júnior [Relator]

Pindaíba de Matos

Lúcio de Mendonça

Ribeiro de Almeida

Américo Lobo: conheço do agravo porque, dado o fato de ter o juiz *a quo* assumido o direito honorário de impor ao Presidente da República a *maxima capitis deminutio* de não ser ouvido judicialmente sem que preste antes passiva obediência ao mandado proibitório expedido sem forma nem figura de juízo, quando aliás é certo que em regra não há atentado nas causas cíveis de manutenção contestada, evidentemente irrompe do ventre dos autos uma gravíssima questão de competência que sai dos moldes comuns, exorbita das normas comuns, e formando uma antítese com o dispositivo da letra a do art. 13, *alínea* 7ª, da Lei especial n. 221, interessa o jogo regular, ora em início dos poderes políticos e afeta viva e essencialmente a Constituição da República, *signanter* nos arts. 15, 48, 60, letras *b* e *c* e § 2º.

Fazendo eu parte do tribunal incumbido de guardar e interpretar a lei constitucional, sinto-me na imperiosa obrigação de concorrer com o meu voto para a resolução do iniludível e palpável conflito, que sem absurdo, não pode deixar de estar incluso no texto material do Reg. n. 737, art. 669, § 1º, e da Lei n. 221, art. 54, *alínea* 6ª, letra *a*.

Desde que requer o procurador seccional que não seja preterido o andamento do processo pelo incidente do atentado, lega ao juiz *a quo* o poder extraordinário de impor ao órgão eminente e privativo do governo presidencial servil

obediência a seus mandados preliminares, poder que o juiz afirma categórica e peremptoriamente quando exige a submissão governamental como condição *sine qua non* da defesa do presidente: se de um lado dirá o magistrado que seu mandado concerne precisamente a turbação singular proveniente da medida administrativa em questão, a seu turno responderá o chefe da Nação que não se lhe contestando a competência, mas somente a forma como deliberou essa medida, seu decreto produz todos os efeitos enquanto não for anulado, ou revogado, pelos meios regulares.

Pereira Franco

Macedo Soares. Acrescentei que, em face do art. 72 da Lei n. 221 de 1894, nem o Dr. juiz a quo devia ter admitido o agravo.

Herminio do Espírito Santo,

vencido. Opinei pelo movimento do recurso, o único admissível no caso; tendo o juiz a quo indeferido o pedido da Agravante = que de preferência decidisse a exceção *declinatoria fori*, e continuado a funcionar no feito, implicitamente reconheceu-se competente. Daí a oportunidade do agravo. Em que lei, ou jurisprudência se fundou o despacho agravado, não permitindo que se discutisse a dilatória da incompetência do foro, que como prejudicial precede ao conhecimento da causa? Os autos não o dizem. Nenhum princípio jurídico sufraga semelhante doutrina. «O juiz, de cuja jurisdição se declina, não pode funcionar no feito, antes que se decida de sua competência.» Este é o direito.

José Higinio



II

O JÚRI E A INDEPENDÊNCIA
DA MAGISTRATURA

REVISÃO CRIMINAL N. 215

Recorrente: ALCIDES DE MENDONÇA LIMA.

Recorrido: SUPERIOR TRIBUNAL DO ES-
TADO DO R. G. DO SUL.



DEFESA

DO

Dr. Alcides de Mendonça Lima

NO

RECURSO DE REVISÃO

CONTRA A SENTENÇA

DO

SUPERIOR TRIBUNAL DO RIO GRANDE DO SUL

Ofury

Palmes

RIO DE JANEIRO

Typ. do JORNAL DO COMMERCIO, de Rodrigues & C.

59-61, RUA DO OUVIDOR, 59-61

1896

*Frontispício do memorial publicado na época em que tinha curso a causa
MENDONÇA LIMA. Tamanho original: 20 x 14 cm*

CONSULTA

Em face dos arts. 34, n. 23 (legislar, etc.) e 72, § 31 (é mantida, etc.), da Constituição federal, podem os Estados:

- a) abolir a instituição do júri?
- b) reformá-lo, abolindo algum dos seus caracteres essenciais?

Entre esses caracteres compreende-se o escrutínio secreto na votação dos juizes de fato, e o direito a recusações peremptórias por parte do acusado e do acusador?



1 — PARECER

INSTITUIÇÃO DO JÚRI

JULGAMENTO A DESCOBERTO

Quando a Constituição diz: «É mantida a instituição do júri» (art. 72, § 31), sua intenção manifesta é determinar que ele, nos seus elementos substanciais, continue a existir tal e qual era sob o regimen de que saímos. A frase «é mantida» exprime evidentemente um laço de *continuidade*, e tem por fim obstar à solução dela. Não quis o legislador constituinte simplesmente que a república fosse dotada com a instituição do júri, a que, sob esse nome, se pudessem infligir modificações de caráter: manteve a existente instituição, isto é, prolongou a duração a uma entidade precriada, consolidou-a, perpetuou-a, fixou-a.

«Onde se dispõe» (são de um dos mais recentes comentadores do direito público americano estas palavras), «que se *manterá* o direito ao julgamento pelo júri, ou que *ficará intacto*, quer-se dizer que esse direito subsistirá tal como era, ao tempo em que foi adotada a Constituição. *And where it is provided that the right of trial by jury shall 'be preserved', or shall 'remain inviolate', it is meant that this right shall continue as it existed at the adoption of the Constitution*». (BLACK: *Americ. constit. law.*, 1855, p. 494).

E «essa garantia», acrescenta o publicista norteamericano, «veda ao Poder Legislativo, como aos tribunais, a introdução de restrições, ou embaraços, que possam prejudicá-la». (*Ibidem*).

Redigida, portanto, como se acha essa cláusula na Constituição brasileira, ela envolve virtualmente uma limitação, não só às faculdades do Congresso Nacional, como ao Poder Legislativo, ou constituinte dos Estados em defesa dos princípios essenciais à instituição do júri.

As leis e constituições dos Estados, que a alterarem nos seus atributos capitais, são nulas perante a Constituição da República, e das sentenças proferidas, sob tais leis ou constituições, nos tribunais dos Estados caberá, para o Supremo Tribunal, o recurso da Constituição, art. 59, § 1.º.

Há, com efeito, no processo do júri, condições «que interessam a essência do direito. *Many of the incidents of a common-law trial by jury are essential elements of the right*». (COOLEY: *Limitations*, p. 392).

Uma dessas condições inseparáveis do júri é o direito à recusa peremptória de certo número de jurados: «... *challenges... not only for cause, but also peremptory without assigning cause*». (COOLEY: *ibidem*. BLACK: *op. cit.*, p. 494).

São, a meu ver, condições substanciais ao direito, que essa instituição representa, todas aquelas, cuja omissão possa deixar menos amparadas a imparcialidade e independência dos membros do conselho. Neste caso se acha o sigilo do voto na adoção do *verdictum*.

De largas considerações seria susceptível a defesa deste parecer, a que sinto não me ser possível dar agora maior desenvolvimento.

Rio, 7 março, 1896.

RUI BARBOSA

Não é só a defesa de um magistrado
que neste rápido improviso se empreende,
mas a dos dois elementos, que, no seio das
nações modernas, constituem a alma e o
nervo da Liberdade: o júri e a independên-
cia da magistratura.



2 — ALEGAÇÕES

SRS. JUÍZES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A questão, que neste feito se vai resolver, decidirá dos destinos do júri entre nós, determinando se a república o acolhe, nos termos da nova Constituição, como um dos elementos estáveis do regime atual, ou se o arrisca ao variar das escolas, das facções e das seitas, a que a fortuna política entregar o governo, na União, ou nos Estados.

O espírito da lei, a que o acusado resistiu, em cumprimento do seu dever, teve a mais clara expressão no arrazoado oficial, com que o governador buscou justificar a sua reforma contra as emendas alvitadas pela opinião dos competentes no foro rio-grandense. «A simples observação comum», diz ali o Sr. Júlio de Castilhos, «reconhecerá facilmente o iniludível declínio dessa instituição, cujo destino histórico se aproxima cada vez mais do seu termo fatal». ⁽¹⁾

Conquanto o legislador rio-grandense, no uso das funções ditatórias, que lhe confere a constituição positivista, onde pela primeira vez se ensaia na administração de um povo o sistema político de COMTE, encarnação moderna, segundo MILL, do gênio das teocracias, declare que pretende apenas «corrigir os

(1) Lei n. 10, de 16 de novembro de 1895. Organização judiciária. Estado do Rio Grande do Sul. Ed. ofic. 1895, p. 47.

defeitos do júri, para melhor o conservar», afirmando-se alheio a «preocupações escolásticas» e «imbuído unicamente no pensamento de concorrer para a regeneração de uma instituição decadente»; conquanto se defenda contra a increpação, que lhe atribui «o pensamento velado de ferir de morte o júri», assegurando que «soerguê-lo do seu abatimento atual é o único objetivo» desse ato, ⁽²⁾ as opiniões, os argumentos e as autoridades, a que se arrima, evidentemente lhe definem a filosofia, a tendência, a inspiração, filiando as medidas, ali recomendadas como «reformas oportunas e úteis, para dilatar o ciclo» ⁽³⁾ de existência do júri, à propaganda empenhada, não em melhorá-lo, mas em suprimi-lo.

A impugnação do presidente legislador às emendas sugeridas em defesa do júri tem o seu ponto expresso de apoio na superioridade da «nova escola penal»; e esta (é ele mesmo quem diz), «aplicando o método positivo às investigações criminais, tem chegado à conclusão de que é necessária a *eliminação* do júri, em nome da defesa social, já que, em vez de ser um fator de repressão, ele tem sido um elemento protetor do crime». ⁽⁴⁾ A este conceito de GAROFALO ajunta ele o de FERRI, quando escreve que «o júri é uma instituição regressiva, segundo os dados da história e da sociologia; porque representa a fase medieva e instintiva da justiça penal». ⁽⁵⁾

Deste modo evidentemente a legislação rio-grandense firma a solução adotada num ponto de vista oposto ao da Constituição brasileira, que, inscrevendo na sua *Declaração de direitos* a manutenção do

(2) *Ib.*, p. 47, 49.

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

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

(5) *Ibidem.*

júri, assinalou assim a mente de considerá-lo uma necessidade moderna, um dos elementos permanentes do progresso e um dos princípios racionais da justiça repressiva.

Dizer que o júri nos atrasa a um período instintivo da civilização, nos reconduz à idade média é, não obstante os nomes de LOMBROSO, FERRI e GAROFALO, um desses abusos da logomaquia dos sistemas, tão autorizado pela verdade, quanto o que denunciasses uma entidade retardatária e medieval no governo representativo, cujas remotas origens se perdem, também muito longe, na Germânia de TACITUS e na luta dos barões ingleses com João sem Terra em princípios do século treze. São duas teses irmãs, em que os panegiristas da autocracia política estariam naturalmente de acordo com «os novos terroristas do magistério penal». ⁽⁶⁾ As duas instituições descem das mesmas vertentes para o mundo contemporâneo, apresentam mais ou menos a mesma antiguidade; e o paralelismo da sua evolução, da sua consolidação, da sua propagação evidencia uma afinidade quase orgânica, de que a história de mais de um século nos mostra indícios constantes.

Se o júri, de que já se encontra a prefiguração longínqua nos *judices* romanos, ⁽⁷⁾ senão nos dicas gregos, e nos *centeni comites* dos primitivos germanos, imortalizados por TACITUS, ⁽⁸⁾ autorizando historiadores e entusiastas seus a gabarem-no de

(6) LUCCHINI: *I semplicisti*, p. 257.

(7) «Le jugement par de véritables jurés». GUÉRIN: *Étude sur les droits et libert. du citoyen aux Et. Unis. Bulletin de la Soc. de Legisl. Comp.* 1892, p. 320 n. — LESSER: *Jury system*, c. III.

(8) TACITUS: *De situ et populis Germaniae*, XII.

medir o curso da civilização ⁽⁹⁾ se o júri, associado, na investigação das suas origens históricas, ora aos teutões, ora aos eslavos, já aos normandos, já aos dinamarqueses, ⁽¹⁰⁾ recebeu os primeiros traços da sua forma definitiva no solo britânico, depois da conquista normanda, sob Henrique II, extinguindo-se na França, de onde fora transplantado nos seus mais grosseiros rudimentos com as *Capitulares* ⁽¹¹⁾, na média idade inglesa, é que ele revestiu a imagem, sob que a era moderna o adotou. Contudo, é contemporâneo o momento da sua culminação jurídica, o período da sua universalidade, a época da generalização dos seus benefícios a toda parte culta da espécie humana.

Antes de passar das Ilhas Britânicas ao continente, a velha inspiração do gênio legista dos anglo-saxônios estabeleceu a sua segunda pátria no solo americano. O júri foi uma das instituições mais antigas das colônias inglesas na América do Norte. ⁽¹²⁾ Já o consagrava formalmente a carta-régia, outorgada ao primeiro grupo de emigrantes que da Inglaterra veio civilizar aquelas paragens. ⁽¹³⁾ A patente dada, em 1629, aos colonos de Plymouth, os pais da América atual, assegurava-lhes entre «as livres liberdades

(9) «The development of the jury may justly be said to measure the march of civilization». LESSER: *The historical development of the jury system* (New York, 1894), p. 14. — «... the jury thus gained ground with advancing civilization, gradually superseding the more ancient and barbarous customs...» MACCLACHLAN: *Engl. Cycl.* III, 26 — «The jury system is both the cause and proof of civilization and liberty.» COX: *Three decades of federal legislation*, p. 604.

(10) ELLIS STEVENS: *Sources of the Constit. of the United States*, p. 233-4. — FRANQUEVILLE: *Le système judiciaire de la Grande Bretagne*. I, p. 490-92.

(11) STUBBS: *The constitutional history of England*, v. I, p. 612-15.

(12) GOURD: *Les chartes coloniales et les constitutions des Etats Unis*, v. II, p. 176.

(13) GRANE and MOSES: *Politics*, p. 92.

do livre povo inglês», (14) santificadas quase na mesma linguagem da Magna Carta quatro séculos antes, o julgamento pelo júri. Já então se reputava, entre americanos, uma das leis fundamentais. (15) Todos os núcleos de população européia acrescentes ao primitivo, no Massachusetts, em Connecticut, em New York, selavam a inauguração da sua existência debaixo deste céu com a declaração dessa garantia. (16) Só uma exceção se abriu, a princípio, em New Haven. (17) Mas já nesta pequena circunstância, aliás, passageira, se poderia observar a relação, invariável em toda parte, entre o júri e a liberdade; porque essa derrogação à generalidade americana tinha a sua causa na feição teocrática, de que se revestia ali a sociedade colonial: prescindiu-se do júri em razão de não se lhe encontrar apoio nas leis de Moisés. (18) Mediante a Constituição da Virgínia, adotada pela assembléia da colônia em 1621 e imitada, ao depois, como padrão comum pelas outras províncias reais, «o sistema de governo representativo, com o processo do júri, adquiriu foros de direito reconhecido em o novo hemisfério»; (19) de modo que, muito antes de constituírem nação independente, «o julgamento geral de todas as causas pelo júri se achava tão universalmente estabelecido nas colônias como na metrópole». (20)

(14) «... the free liberties of the free-born people of England...» STORY: *Comment.* I, p. 33.

(15) «... what may properly be deemed the fundamental laws of their jurisprudence.» *Ib.*

(16) STORY: *Comment.* I, p. 46, 49, 60, 80.

(17) GOURD, II, p. 178. — ALEX. JOHNSTON: *The genesis of a New England State. Johns Hopkins University Studies in hist. and pol. Science.* First Series, XI, p. 17.

(18) JOHN FISKE: *The beginnings of New England*, p. 136, 250.

(19) GEOR. BANCROFT: *Hist. of the Un. Stat. of Amer.*, v. I, p. 117-8.

(20) STORY: *Comment.* I, p. 117.

Prezavam-no os colonos ingleses «como uma das suas instituições mais caras». ⁽²¹⁾ Era um direito ingênito aos americanos, a sua primogenitura, o seu patrimônio hereditário, *their birthright*. ⁽²²⁾ Encravavam-no como «a parte mais preciosa da sua herança». ⁽²³⁾ E, quando se separaram da mãe pátria, um dos agravos «trovejados pelo Congresso Continental aos ouvidos do mundo, como afronta suficiente para justificar a revolta» ⁽²⁴⁾, foi o de que o governo de Jorge III «os privara, em muitos casos, do benefício do júri». São palavras da Declaração de Independência. ⁽²⁵⁾

«Caminha para a sua ruína, tentado por algum espírito maligno», dizia, a respeito do júri, um panfleto publicado ao tempo dos debates sobre a Constituição americana, «aquele que, em oposição ao gênio dos Estados Unidos, se atrever ao pensamento de subvertê-lo». ⁽²⁶⁾ Deste privilégio os americanos nunca se despiram, dizia JOHN MACLAY, escrevendo o diário do primeiro senado, em que se sentaram os representantes da União constituída. ⁽²⁷⁾ A Constituição americana, portanto, «não podia deixar de consagrá-lo nos mais solenes termos, sem incorrer na mais irresponsável censura». ⁽²⁸⁾ «Ter-se-iam coberto de infâmia» ⁽²⁹⁾ os autores daquele famoso documen-

(21) WHITBRIDGE: *Jury*. LALOR's of *Cycl. pol. science*, v. II, p. 657.

(22) *Pamphlets on the Const. of the Un. Stat., published during its discuss.*, p. 186, 241. — STORY: *Comment.* II, p. 559.

(23) «... the most precious part of their inheritance.» JEREMIAH BLACK: *Defense of the trial by jury*. SNYDER's *Great Speeches*, p. 490.

(24) *Ib.*, p. 491.

(25) «... for depriving us in many cases of the benefit of trial by jury».

(26) JOHN DICKINSON: *The letters of Fabius*. FORD's *pamphlets*, p. 186.

(27) *Journal of JOHN MACLAY*, p. 109.

(28) STORY: *Comment.* II, p. 559.

(29) SNYDER's *Great Speeches*, p. 491.

to, se não sigilassem as suas conquistas com essa garantia. Mas, como no pacto americano ela se circunscreve aos litígios de natureza federal, as constituições dos Estados à porfia, reafirmando a legislação preexistente, capricharam todas em acautelar com as definições mais precisas o antigo Direito ⁽³⁰⁾,

(30) *Alabama*. Constituição de 1819, a. I, secç. 10 e 28; *Constit.* de 1865, a. I, Secç. 7; *Constit.* de 1867, a. I, secç. 8; *Constit.* de 1875, a. I, secç. 7 e a. VIII, secç. 3. (POORE: *The feder. and states constitutions and colonial charters of the Un. States*, 2^a ed., v. I, p. 33, 34, 49, 65, 77, 90). — *Arkansas*. *Const.* de 1836, a., II, secç. 8 e 11; a. VI, secç. 12; *Const.* de 1864, a. II, secç. 11; *Const.* de 1868, a. I, secç. 77, a. VII, secç. 11; *Const.* de 1874, a. II, secç. 6 e 7, a. VII, secç. 23. (POORE I, p. 102, 103, 112, 122, 135, 144, 155, 165). — *California*. *Constit.* de 1849, a. I, secç. 8; *Const.* de 1879, a. I, secç. 7. (POORE I, p. 195). — *Annuaire de Législ. étrang.* 1879, p. 836). — *Colorado*. *Constit.* de 1876, a. II, secç. 16. (POORE I, p. 221). — *Connecticut*. *Const.* de 1818, a. I, secç. 7 e 9. (POORE I, p. 259). — *Delaware*. *Const.* de 1792, a. I, secç. 4; *Const.* de 1831, a. I, secç. 4 e 5. (POORE I, 278, 279, 289). — *Florida*. *Constit.* de 1838, art. I, secç. 10; *Const.* de 1865, a. I, secç. 6; *Const.* de 1868, a. I, secç. 9 (POORE I, 317, 332, 333). — *Georgia*. *Const.* de 1798, art. III, secç. 5; *Const.* de 1868, a. I, Secç. 7 e a. V, secç. 13. (POORE I, 395, 413, 422). — *Illinois*. *Const.* de 1818, a. VIII, p. e secç. 6; *Const.* de 1848, a. XII, secç. 6; *Const.* de 1870, a. II, secç. 5 e 9. (POORE I, 431, 441, 446, 461, 466, 471). — *Indiana*. *Const.* de 1851, a. I, secç. 13 e 19 (POORE I, 513). — *Iowa*. *Const.* de 1846, a. I, secç. 7 e 9; *Const.* de 1857, a. I, secç. 9 e 10. (POORE I, 537, 573). — *Kansas*. *Const.* de 1855, a. I, secç. 5 e 10; *Const.* de 1857, *bill of rights*, pr. e secç. 6 e 8; *Const.* de 1859, pr. secç. 5 e 10. (POORE I, 581, 609, 615, 630, 631). — *Kentucky*. *Const.* de 1792, a. XII; *Const.* de 1799, a. X, secç. 6 e 10; *Const.* de 1850, a. XIII, secç. 8 e 12. (POORE I, 654, 665, 666, 685). — *Maine*. *Const.* de 1820, a. I, secç. 6. (POORE I, 789). — *Louisiana*. *Const.* de 1812, a. VI, secç. 18; *Const.* de 1864, tit. VII, a. 105. (POORE I, 707, 749). — *Maryland*. *Const.* de 1851, a. 19; *Const.* de 1864, a. 21; *Const.* de 1867, a. 21. (POORE I, 838, 860, 889). — *Massachusetts*. *Const.* de 1780, a. XII. (POORE I, 958). — *Minnesota*. *Const.* de 1857, a. I, secç. 4 e 7. (POORE I, p. 1029). — *Michigan*. *Const.* de 1835, a. I, secç. 7, 9 e 10 (POORE I, 983). — *Mississippi*. *Const.* de 1817, a. I, secç. 10 e 28; *Const.* de 1832, a. I, secç. 8, 10 e 28; *Const.* de 1868, a. I, secç. 3, 7 e 12. (POORE I, 1067, 1068, 1069, 1081). — *Missouri*. *Const.* de 1820, a. I, secç. 8, 9 e pr.; *Const.* de 1865, a. I pr., secç. 17 e 18; *Const.* de 1875, a. II, secç. 22. (POORE I, 1114, 1138, 1167). — *Nebraska*. *Const.* de 1866-7, a. I, secç. 5 e 7; *Const.* de 1875, a. I, secç. 6 e 11. (POORE II, 1204, 1214, 1215). — *Nevada*. *Const.* de 1864, a. I, secç. 3 e 8 (POORE II, 1247, 1248). — *New Hampshire*. *Const.* de 1792, a.

cuja santidade não concebem os americanos em seu país tirania capaz de violar. ⁽³¹⁾

E não se enganava a geração, que o dotou com a lei constitucional. Quando, oitenta anos mais tarde, acesos ainda os ódios da luta, que conflagrara a nação na mais tremenda guerra civil que a história conhece, três cidadãos americanos se viram condenados à força por uma comissão militar, a suprema corte, em uma sentença unânime, os salvou, afirmando a inviolabilidade do direito ao júri, não obstante a pressão do sentimento geral, que se pronunciava pela morte dos condenados; e, curadas as chagas da campanha fratricida, a oração do advogado, que ousara arrostar a impopularidade da causa suplantada, cresceu, e imortalizou-se na consciência nacional «como um monumento, para onde terão de volver-se

15 e 16. (POORE II, 1295). — *New Jersey. Const.* de 1876, a. I, n. 5, 7, 8. (POORE II, 1314-5). — *New York. Const.* de 1821, a. VII, secç. 2; *Constit.* de 1846, a. I, secç. 2. (POORE II, 1344, 1351). — *North Carolina. Const.* de 1776, *Declaration of rights*, IX; *Const.* de 1876, a. I, secç. 13. (POORE, p. 1049, 1410, 1420, 1437). — *Ohio. Const.* de 1802, a. VIII, secç. 8 e 10; *Const.* de 1851, a. I, s. 5. (POORE 1462, 1465). — *Oregon. Const.* de 1857, a. I, s. 11 e 17. (POORE, 1492-3). — *Pennsylvania. Frame of government*. 1683, n. VIII; *Constit.* de 1776, *Plan of government*, s. 25; *Const.* de 1790, a. IX, s. 6 e 9; *Const.* de 1838, a. IX, s. 6 e 9; *Const.* de 1873, s. 6 e 9. (POORE, 1524, 1546, 1554, 1564, 1570). — *Rhode Island. Const.* de 1842, a. I, s. 10 e 15. (POORE, 1604-5). — *South Carolina. Const.* de 1790, a. IX, s. 6; *Const.* de 1865, a. IX, s. 7; *Const.* de 1868, a. I, s. 11 e 12. (POORE, 1633, 1643, 1646-7). — *Tennessee. Const.* de 1796, a. X, s. 6 e 9; *Const.* de 1834, a. I, s. 6 e 9; *Const.* de 1870, a. I, s. 6 e 9. (POORE, 1674, 1678, 1695). — *Texas. Const.* de 1836, *Declarat. of rights*, n. 6; *Const.* de 1868, a. I, s. 6 e 8; *Const.* de 1868, a. I, s. 6 e 68; *Const.* de 1876, a. I, s. 10 e 15. (POORE, 1762, 1801-2, 1825). — *Vermont. Const.* de 1777, cap. I, a. X e XII; *Const.* de 1786, cap. I, a. XIV, c. II, a. XXVIII; *Const.* de 1793, cap. I, a. XIV. (POORE, 1860, 1863, 1869, 1873 e 1876). — *Virginia. Bill of rights*, 1776, s. 8; *Const.* de 1850, *bill of rights*, VIII; *Const.* de 1870, a. I, s. 10. (POORE, 1909, 1920 e 1954). — *West Virginia. Const.* de 1861-63, a. II, s. 8; *Const.* de 1872, a. III, s. 8, 10 e 14. (POORE, 1978, 1995 e 1996). — *Wisconsin. Const.* de 1848, a. I, s. 5 e 7. (POORE, 2028).

(31) *Pamphlets on the Constitution*, p. 362.

os olhos da humanidade, toda vez que os seus direitos forem assaltados». ⁽³²⁾ De sorte que essa instituição declinante, cujo destino histórico, na opinião da ditadura rio-grandense, se vai aproximando aceleradamente do seu termo inevitável, é a mesma, cuja autoridade vemos dominar soberanamente o Direito constitucional dos quarenta e oito Estados, que compõem a maior nação do mundo, desvanecendo-se da universalidade e da solidez desse resquício da barbaria medieva ⁽³³⁾ no seio do regímen, cujas virtudes os ensoberbecem. ⁽³⁴⁾

Se os americanos realistas de 1765, na declaração do Congresso reunido em Nova York contra a tirania tributária da Grã-Bretanha, reivindicavam o júri como «um direito orgânico e inauferível dos súditos ingleses nas colônias americanas» ⁽³⁵⁾, os democratas americanos do último quartel do século dezenove continuam a ver nessa instituição «o baluarte da sua liberdade» ⁽³⁶⁾; e a mínima infração dela melindraria ali gravemente o senso popular. ⁽³⁷⁾

(32) SNYDER: *Great Speeches*, p. 482.

(33) «Dissero, ossia ripeterono, che è il giudizio della 'cieca sorte' che è un malaugurato ricorso delle età barbariche, che è 'una pianta esotica' che è l'ignoranza fatta sovrana, che è un peso insopportabile ai cittadini, che la corruzione regna su tutta la linea...» LUCCHINI: *I semplicisti*, p. 257.

(34) «... in this country the system of trial by jury is universal.» LALOR'S *Cyclopaedia*, II, p. 657.

(35) «That trial by jury is the *inherent* and invaluable right of every British subject in these colonies.» *Journal of the Stamp-Act Congress*. NILES: *Principles and acts of the revolution in America*, p. 163.

(36) «We are bound to the jury trial by all the holiest traditions of our past history; we esteem it as the very bulwark of our liberties.» POMEROY: *Municipal law*, introd., § 6º.

(37) «Trial by jury is justly dear to the american people. It has always been an object of deep interest and solicitude, and every encroachment upon it has been watched with great jealousy.» *Parsons V. Bedford*.

Bebendo na fonte inglesa e na fonte americana a idéia das garantias individuais, a revolução francesa assimilou a grande instituição tutelar da justiça criminal, posto que lamentavelmente alterada pelas preocupações da democracia nascente, que, rejeitando o princípio inglês da capacidade, excluiu a noção das categorias, hoje dominante por toda parte ⁽³⁸⁾, confundindo o jurado com o eleitor. De Constituição em Constituição ⁽³⁹⁾, estabelecido pela de 1791 (c. IV, art. 1º, n. 9) e continuado pela de 1793 (art. 96), pela de 1795 (arts. 222, 237, 240 e 251), pela de 1799 (art. 62), pela de 1814 (art. 65) e pela de 1830 (art. 36), organizado, entre outras, nas leis de 1793, 1795, 1817, 1820, 1827, 1848, 1872, o júri francês chegou até aos nossos dias através de variações e eclipses, que assinalam a sua correspondência natural com o caráter político dos tempos, a inclinação destes para a liberdade, ou o despotismo. O consulado napoleônico retirou-lhe, no ano X, a competência quanto aos crimes políticos e delitos de imprensa, que se lhe restituiu em 1814. A restauração, definindo o seu pendor reacionário, subtraiu-lhe de novo, em 1822, aquela autoridade, em que foi reintegrado, ao assomar das idéias liberais, com a monarquia de julho. ⁽⁴⁰⁾

Na Bélgica o júri, criado pela Constituição francesa de 3 de setembro de 1791 e confirmado pela de 18 frutidor ano III, foi abolido, por decreto do príncipe soberano dos Países Baixos, em 6 de novembro de 1814. ⁽⁴¹⁾ Era um tipo de antigo César, cínico

(38) PALMA: *Corso di diritto costituz.*, 3ª ed. II, p. 606-7.

(39) LAFERRIÈRE: *Constitutions*, p. XXIII, XXVIII, LXI, LXIII, LXIV, LXXX, CXII, CXXIX.

(40) DE NOVELLIS: *Il giuri*, p. 157, 159.

(41) GIRON: *Le droit publ. de la Belg.*, p. 136. — THONISSEN: *La Constitution belge*, p. 295.

e brutal, esse chefe de Estado. Rei aparentemente adstrito a uma Constituição, costumava responder aos propugnadores da responsabilidade ministerial que os seus ministros não valiam para ele mais do que os seus estribeiros. Se lhe falavam em opinião pública, não a reconhecia: «Opinião pública! Cada qual tem a sua». O uso do direito de petição exasperava-o como atentado às prerrogativas da sua coroa. «É uma cabeça de ferro, de onde seria impossível deslocar uma prevenção», dizia, definindo-o, o homem que mais longa e intimamente o tratou. ⁽⁴²⁾ Conhecido esse temperamento, ninguém estranharia a linguagem de GUILHERME à legislatura do seu reino: «Refundi, como quizerdes, o Código Penal, contanto que não me restaureis a instituição do júri». ⁽⁴³⁾

Todas as classes da nação, porém, lhe resistiram energicamente, e a abolição do júri foi uma das causas principais da revolução, que, em 1830, derribou o trono, e libertou o país. É o que vigorosamente declararam, no Congresso Constituinte de 1831, os oradores, de todas as opiniões, lembrando a insurreição americana, indicando na supressão daquela garantia um dos atentados mais odiosos do governo subvertido, afirmando que sem júri não poderia haver liberdade religiosa, e sustentando que «se devia desesperar do povo, que, supondo-se maduro para a liberdade, não soubesse adotá-lo». ⁽⁴⁴⁾ Tal era, porém, a ansiedade nacional pela reconquista desse direito que, sem aguardar a lei constitucional, o governo provisório, instituído pelo movimento popular de 24 de setembro, tinha, dentro em menos de um mês,

(42) THONISSEN: *La Belg. sous Léopold I*, v. I, p. 3-4.

(43) HUYTTENS: *Discussions du Congrès National de Belgique* (1830-31), v. II, 235.

(44) *Ib.*, p. 229, 232, 233.

restabelecido a instituição proscrita. ⁽⁴⁵⁾ Organizado o governo constitucional sob a influência desses sentimentos, a assembléia belga não se contentou em renovar a garantia decretada na Constituição de 1791: alargou-a aos delitos políticos e aos delitos de imprensa.

Introduzido na Itália com o domínio francês, o júri não se manteve ali, senão nas províncias que lograram preservar a sua autonomia: na Sicília e na Sardenha. De Nápoles baniu-o o governo de Murat. A situação política desse país tolhera-lhe, na primeira metade deste século, o gozo das liberdades, que outras nações européias desfrutavam. ⁽⁴⁶⁾ Só de 1859 para cá se restabeleceu o júri, e com a sua reimplantação definitiva na península, observa LUCCHINI ⁽⁴⁷⁾, coincide eloqüentemente o movimento nacional, que dissolveu os principados, criou o governo popular, e construiu a Itália.

Semeado na Áustria pelo sopro liberal de 1848, o júri caiu pouco depois, ao recrescer do antigo régimen. O código de 1853, que se inspirava na legislação francesa, desapareceu, substituído pelo de 1803, que se restabeleceu, e com o qual se extinguíram os jurados. Mas a corrente reacionária refluuiu, a monarquia constitucionalizou-se seriamente, e, ao influxo dessa tendência progressista, a instituição liberal lançou ao solo raízes duráveis com a Lei de 21 de dezembro de 1867, a de 19 de março de 1869 e o Código do Processo Criminal de 23 de maio de 1873. ⁽⁴⁸⁾

(45) THONISSEN: *La Belgique*, v. I, p. 27.

(46) BUSCHE: *Etude sur la Loi du 8 juin 1874. Bullet. de la Soc. de Lég. Compar.*, 1877, p. 402.

(47) *I Semplicisti*, p. 265.

(48) DARESTE: *Les constitutions modernes*, I, p. 378 *Bullet. de la Soc. de Législ. Compar.*, v. I, p. 150, v. II, p. 159, v. VI, p. 61-2.

Razão tinha, portanto, o barão BEYTS em dizer, há sessenta e seis anos, na constituinte belga: «Todos os povos, mal lhes cabe a fortuna de reconquistarem a liberdade, apressam-se em assegurar a posse do julgamento por jurados». ⁽⁴⁹⁾ Uma das cabeças mais políticas da revolução francesa dizia que o júri valia mais do que toda a Constituição da Inglaterra. Essa instituição, acrescentava SIÉYÈS «é a verdadeira garantia da liberdade individual, em todos os países do mundo, que aspirarem a ser livres». ⁽⁵⁰⁾ Não se pensava diversamente, da outra parte da Mancha, onde o espírito mais eminente da política inglesa nos fins do século dezoito chamava ao júri o esteio fundamental da liberdade, *the buttress of liberty*. Mas antes do grande PITT já BLACKSTONE, refutando prognósticos sinistros contra a Constituição inglesa, escrevia que as suas liberdades não se perderiam, como as de Roma, Esparta e Cartago, porque a Inglaterra estava defendida pelo júri, que aquelas nações não conheceram. ⁽⁵¹⁾ Quase meio século depois de lorde CHATHAM o bom senso britânico dizia ainda, em terra inglesa, que, enquanto não se violasse esse paládio as franquezas do governo livre não pereceriam de todo. ⁽⁵²⁾ «A liberdade, qual a concebemos, não pode existir sem o processo pelo júri», afirma, ainda mais tarde, um dos intérpretes mais altos das instituições americanas. ⁽⁵³⁾ Aquela raça, a que o mundo contemporâneo deve as suas

(49) HUYTTENS: *Congrès National*, II, p. 234.

(50) SIÉYÈS: *Qu'est-ce que le Tiers-état?*, p. 100, 101.

(51) BLACKSTONE: *Commentaries*, 349, 350.

(52) «So long as this palladium remains sacred and inviolate, the liberties of a free government cannot wholly fall». STORY: *Comment.* II, p. 560, § 1780.

(53) «Liberty, as we conceive it, can no more exist without the trial by jury». LIEBER: *On civil liberty*, ed. de 1883, p. 233.

instituições livres, ainda não deixou, pois, de ver na do júri «o grande baluarte das liberdades estabelecidas pela Magna Carta.» ⁽⁵⁴⁾

Longe de se ter enfraquecido com a experiência, esse sentimento naturalmente se foi aprofundando entre os observadores despreocupados e inteligentes dos fatos políticos do século dezenove. Eles mostram que «o júri é de origem moderna: nasce com a verdadeira liberdade». «Sua aparição foi consequência natural da volta dos povos à vida livre. É uma instituição, que surge e morre com a liberdade». ⁽⁵⁵⁾ Esta realidade notória, atestada pelos publicistas e jurisconsultos que mais seriamente se entregaram ao estudo dessa entidade constitucional (e entre esses apontaremos as sumidades de BIENER e BRUNNER), ainda entre os adversários do júri tem encontrado confessores. Num livro de acerba crítica, escrito contra ele, há poucos anos, na Itália, o autor não pôde contestar que, «em todas as lutas deste século o júri acompanhou, quase sempre, a vitória dos povos, sucumbindo com eles». ⁽⁵⁶⁾ Ora, o objeto dessas lutas foi sempre a liberdade. Não exagerou, pois, o egrégio professor de Direito Constitucional na Universidade de Roma, afirmando que o júri tem sido companheiro inseparável da liberdade, e que o dia da sua abolição seria certamente um dia retrógrado na liberdade civil ⁽⁵⁷⁾, nem o grande crimina-

(54) STEPHEN'S *New commentaries on the laws of England*, v. IV, p. 398.

(55) MANDUCA: *El procedimiento penal y su desarrollo científico*, Trad. de ANGEL PINTOS, p. 186.

(56) «In tutte le lotte accadute in questo secolo il giuri seguì quasi sempre il trionfo dei popoli e soggiacque com esso». DE NOVELLIS: *Il giuri*, p. 99.

(57) «È innegabile che il giuri ci si presenta compagno inseparabile della libertà... Perciò il giorno in cui, per qualsiasi motivo, siabolisero [il giurati] sarebbe senza dubbio un giorno di regresso nella libertà civile.» PALMA: *Corso*, v. II, p. 619.

lista francês, que, examinando os motivos da estabilidade dessa instituição através das vicissitudes legislativas de seu país, resume a lição histórica, dizendo que «verdadeira liberdade, não pode havê-la sem júri». ⁽⁵⁸⁾

Está, portanto, na ordem lógica das causas e efeitos que, sob uma constituição, como a rio-grandense, onde o governo absorve o Poder Legislativo, o Poder Municipal, e até, o Poder Constituinte, a política se impacienta contra essa última barreira à sua onipotência. Há incompatibilidade essencial entre o mecanismo daquele régimen e essa forma da justiça, que «é uma das mais conspícuas feições do Estado moderno» ⁽⁵⁹⁾ «entre as nações livres, e em todas as redistribuições da autoridade política neste século tem sido especificada como um dos direitos do povo». ⁽⁶⁰⁾

Não é, com efeito, o júri unicamente uma instituição jurídica: é uma criação política de suprema importância no governo constitucional. Quando a Europa quis adotar este régimen, não imitou o patriato, nem os juizes de paz, nem os xerifes, nem os tribunais régios: nacionalizou o júri. ⁽⁶¹⁾ Os jurados são *uma forma da liberdade política*. ⁽⁶²⁾ Desde os seus primórdios «a instituição do júri assentava numa idéia representativa», e foi «associando-se às instituições representativas preexistentes» que penetrou

(58) «... cette grande institution du jury... elle donne à la liberté civile son plus énergique appui. Il n'y a point de vraie liberté sans le jury, car elle ne saurait avoir un autre rempart.» FAUST. HÉLIE: *Traité de l'instruction criminelle*, v. VII, p. 117, 118, n. 3142.

(59) WHITBRIDGE: *Trial by jury*. LALOR's *Cycl.*, v. II, p. 653.

(60) *Ibid.*

(61) PALMA: *loc. cit.*

(62) *Ibidem.*

na Grã-Bretanha. É o que nos ensina a maior de todas as autoridades na história constitucional do Reino Unido.⁽⁶³⁾ O sábio GNEIST, na Alemanha, como o sábio STUBBS na Inglaterra, referindo-se aos grandes tratados de BRUNNER, BIENER e FORSYTH sobre o júri, sublinha a importância considerável, na história constitucional, da conexão entre os elementos técnicos, de cuja combinação ele resultou, e a organização política da nacionalidade.⁽⁶⁴⁾ Na América, diz por sua vez, MITTERMAIER, «por toda a parte se revela o conhecimento rigoroso da estreita correlação entre as disposições do processo criminal e as instituições políticas, protetoras da liberdade». Daí vem a consagração *constitucional* do júri.⁽⁶⁵⁾ Instituição política, ele não pode ser corretamente apreciado, sem que o consideremos também desse ponto de vista.⁽⁶⁶⁾ O júri e o processo penal constituem inegavelmente «ramos do Direito público, e por isso participam, nem poderiam deixar de participar, na orientação deste e nos seus cânones fundamentais.»⁽⁶⁷⁾

«Base do Direito público e privado»⁽⁶⁸⁾, a própria escola positiva não lhe sabe negar as relações, que o vinculam a certos princípios cardeais no moderno organismo, ao papel do povo no governo,

(63) STUBBS: *Constitution, history*, v. I, p. 608.

(64) GNEIST: *The history of the english Constitution*, versão ASHWORTH (Lond., 1886), v. I, p. 182.

(65) MITTERMAIER: *De la procéd. crimin. en Angleterre, en Ecosse et dans l'Amér. du Nord*, p. 46-7. (Trad. CHAUFARD).

(66) «Le jury est donc avant tout une institution politique. C'est à ce point de vue qu'il faut toujours se placer pour le bien juger.» TOCQUEVILLE: *Démocrat. en Amér.*, II, p. 179.

(67) LUCCHINI: *I Semplicisti*, p. 280.

(68) L'existence du jury est le fondement du droit public et privé.» CH. PERINS: *Lois de la société chrétienne*, II, p. 243.

à defesa da liberdade, à cultura moral da nação. (69) O contismo, entronizado na Constituição rio-grandense, não podia deixar, portanto, de ser fatal a essa instituição preservadora. Era necessário averbá-la então de decadente, para facilitar passagem às reformas, que deviam reduzi-la a impotente simulacro. Mas, decadente como, se até hoje todas as nações, que têm pretendido a iniciação no regimen livre, conferem, nas suas leis orgânicas, ao júri lugar de honra, e em todas elas a opinião geral o sustenta contra as veleidades das escolas radicais?

Da Grã-Bretanha passou o júri aos Estados Unidos, dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha aos dois continentes. A França comunicou-o à Bélgica, aos países germânicos desde a invasão das províncias renanas em 1791, e à Europa meridional. Quase em todas as nações cultas o encontramos: na Prússia (70); na Baviera (71); no Hanover (72); no Württemberg (73); em Baden (74); na Saxônia (75); na Alsácia-Lorena (76); nos tribunais do Império Alemão

[6]

69) «Gli stessi 'Nuovi orizzonti' riconoscono esser innegabile che il giuri 'rende omaggio alla sovranità del popolo' — nientemeno! —; che 'nella giuria potrebbesi inoltre ammettere la virtualità di preservare la libertà civile e politica dagli abusi e dagli attentati' — anche cio parmi sia qua'che cosa! —; e che infine può eziandio il giuri rafforzare il sentimento della uguaglianza e della dignità nei cittadini... e può agevolare e spandere la educazione politica del popolo.' Se non erro, ce n'è abbastanza» LUCCHINI: *I Semplicisti*, p. 272.

(70) Desde 1819, pelo decreto real desse ano. (LALOR's *Cyclop.* II, p. 660. — LESSER, p. 159) Constituições de 5 de dezembro de 1848 *ib.*) e de 31 de janeiro de 1850, art. 94 (DARESTE: *Constit. modernes*, I, p. 175).

(71) Desde 1848. (LESSER, *ib.* LALOR's *Cyclop.*, *ib.*).

(72) Desde 1848. *Ib.*

(73) Desde 1849. *Ib.*

(74) Desde 1849. *Ib.*

(75) ARANGIO RUIZ: *Delle guarentigie costituzionali*, p. 401.

(76) LEDERLIN: *Organisat. judic. de l'Alsace Lorraine*, *Bullet. de la Soc. de Lég. Comp.*, t. II, p. 360-61.

(⁷⁷); na Suíça, para os tribunais federais (⁷⁸), e para os cantonais de Genebra (⁷⁹), Berna (⁸⁰), Zurique, Friburgo, Soleure, Argóvia, Turgóvia, Tessino, Vaud, Neuchâtel (⁸¹); na România (⁸²); na Sérvia (⁸³); na Noruega (⁸⁴); na Suécia (⁸⁵); na Dinamarca (⁸⁶); em Portugal (⁸⁷); na Espanha (⁸⁸); na Grécia (⁸⁹); até na Rússia (⁹⁰); na Índia (⁹¹); no Japão (⁹²); na generalidade das ilhas e colônias inglesas, Jérsei, Maurícia, Cabo, Guiana, Austrália

(77) Cod. Pen. do império alemão, p. 1^a, t. VI (DUBARLE, II, p. 57 e seg.)

(78) Const. feder. de 29 de maio de 1874, art. 106. (HILTY; *Les Constitut. fédérales de la confédération Suisse*. Neuchâtel, 1891. P. 472.)

(79) Const. de 24 de maio de 1847, art. 96. (*Recueil des constitutions fédérales et cantonales*. Edit. officielle. Bern. 1880. P. 958.)

(80) Const. de 31 de jul. de 1846, art. 63. (*Recueil*, p. 209.)

(81) *Bull. de la Soc. de Lég. Comp.*, v. X, p. 62.

(82) Const. de 30 de jul. de 1866, art. 105. (DARESTE, II, p. 282.)

(83) Const. de 20 de junho de 1869, art. 117. (DARESTE, II, p. 309.)

(84) Desde 1 de julho de 1887. (LESSER, p. 157-8.)

(85) SENTUPÉRY: *L'Europe politique*, t. III, p. 1020. — *Encyclopaedia Britannica*, 9th. ed., v. XXIII, p. 743.

(86) Constituiç. de 28 de jul. de 1866, art. 74. (DARESTE, II, p. 74.)

(87) Const. de 29 de abril de 1896, art. 119. (DARESTE, II, 39.)

(88) ANGEL PINTOS, n. 9 à p. 246, *op. cit.*

(89) Desde 1834. Garantido pela Constit. de 28 de nov. de 1864, art. 94. (DARESTE, II, 335. — LALOR'S *Cycl.* II, p. 660. — *Encycl. Britann.*, v. XI, p. 85.)

(90) Ukase de 1864. (*Encycl. Britann.*, XXI, p. 71). Celebrou-se ali o primeiro julgamento pelo júri em 8 de ag. de 1866. (LALOR'S *Cycl.* II, 660.)

(91) ARANGIO RUIZ: *Op. cit.*, p. 406.

(92) BOISSONADE: *Proj. de code de procéd. crimin. pour l'empire du Japon*. Tóquio, 1882. P. 706 e seg.

(⁹³); Canadá (⁹⁴); no estado livre de Orange (⁹⁵); nas ilhas de Havaí (⁹⁶); no México (⁹⁷); em quase todas as repúblicas sul-americanas (⁹⁸), inclusive o Paraguai (⁹⁹), e especialmente na república Argentina. (¹⁰⁰)

A área geográfica do júri é, portanto, a da civilização moderna. Onde quer que ela reponte, ou desponte, vereis, quase logo, com o cristianismo, a escola popular e o sistema representativo, a magistratura dos jurados. Só um país verdadeiramente livre a não conhece: a Holanda. Mas para essa exceção, definida pela sua singularidade, só poderia apelar «quem acreditasse possível criar, noutros estados, magistratura permanente, dotada de prestígio tal, qual o da que existe nesse país.» (¹⁰¹) Não será demasia, pois, afirmar, com o mais recente expositor da história dessa instituição, que «a necessidade e a eficácia do júri de julgamento, em matéria crime, estão aclamadas hoje pelo consenso universal.» (¹⁰²)

(93) AVALLE: *Notices sur les colonies anglaises* (Par., 1883), p. 43, 139, 161, 424, 453, 479, 551.

(94) MUNRO: *The Constitution of Canada* (Cambridge, 1889), p. 69.

(95) Constit. de 8 de maio de 1879, art. 49. (DARESTE, II, 604.)

(96) LESSER: *Jury system*, p. 158.

(97) *Ann. de lég. étrang.*, 1891, p. 981.

(98) LALOR'S *Cyclop.*, II, p. 660.

(99) Constituiç. art. 11 (AROSEMENA: *Estudios constitucionales*, I, p. 264.)

(100) Constitución nacional de 1866, art. 24. Constituições das províncias de Buenos Aires, art. 14, Córdoba, art. 134, Entre Rios, arts. 12 e 179, Salto, art. 14 e 188, San Juan, art. 127. (*Constituciones de la Republica Argentina*, Buenos Aires, 1885, p. 4, 44, 73, 90, 114, 188, 236.)

(101) *Sul nuovo positivismo nella giustizia penale* (Torino, 1860), p. 45. «Quantos outros países poderiam enumerar-se, em condições semelhantes às que permitiram, na Holanda, atribuir aos juizes o poder de graduarem a pena desde a prisão perpétua até ao mínimo de seis dias?» *Ib.*

(102) LESSER: *Jury system*, p. 175.

Grande fundamento faz contra ele a escola antropológica e, à sombra desta, o governador do Rio Grande do Sul ⁽¹⁰³⁾, nos trabalhos do Congresso dos juristas suíços reunido em 1881. Não tenho presente a obra de FERRI, de onde o legislador rio-grandense extraiu a citação, exarada naquele documento oficial, como «conclusões apresentadas pelos relatores FAYET e SCHNEIDER». ⁽¹⁰⁴⁾ Mas no livro de ARANGIO RUIZ, hostil ao júri, vêm transcritas literalmente as mesmas proposições, a que se apóia o Sr. JÚLIO DE CASTILHOS, não, porém, como *conclusões*, mas como «quesitos» ⁽¹⁰⁵⁾, o que lhes altera fundamentalmente o valor. Adversário do júri, não há motivo para supor que RUIZ se privasse de um argumento útil, convertendo as conclusões do Congresso, formuladas pelo relator, em interrogações dirigidas pelo relator ao Congresso. Como quer que seja, porém, entre essas sentenças, a supô-las afirmativas, duas há, que singularmente contradizem e nulficam as outras: a de que, «apesar dos seus defeitos, o júri praticamente não tem exercido influência perigosa sobre a repressão dos delitos», e a de que, «nas democracias, o júri é sobretudo uma escola para os cidadãos». ⁽¹⁰⁶⁾ Acresce que a primeira das sentenças ali enunciadas atribui o falseamento do júri, na Suíça, às *medidas adotadas por desconfiança contra ele* ⁽¹⁰⁷⁾, asserto com o qual nos parece estranha

(103) JÚLIO DE CASTILHOS: *Emendas ao projeto de organização judiciária*, p. 47.

(104) *Ib.*

(105) «Nella reunione dei giuristi svizzeri il relatore FAYET poneva i seguenti quesiti.» *Delle guarentigie*, p. 405. — RUIZ verte do original alemão. «*Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins*. 1881.»

(106) J. DE CASTILHOS: *loc. cit.* — RUIZ: *loc. cit.*

(107) «*I provvedimenti presi in senso di diffidenza contro il giuri, hanno falsato in svizzera questa istituzione.*» — RUIZ: *ib.* — J. DE CASTILHOS: *ib.*

lógica a de quem com aquela autoridade pretende justificar novas providências, inspiradas exclusivamente no mesmo sentimento de restrição e suspeita. Em boa razão, o que desse documento se poderia coligir, é que a opinião da assembléia lamentava as alterações introduzidas no tipo continental dessa garantia, e fazia votos por vê-la realizada na sua pureza e amplitude originais, tal como as nações anglo-saxônias a praticam. E, depois, aos que nos apontarem, na Suíça, pareceres de jurisconsultos desfavoráveis ao júri, poderíamos contrapor sumidades helvéticas duma altura excepcional, como a de RÜRTIMANN, que, em vez de reduzir o círculo dessa instituição, quereriam ampliá-lo imensamente, agregando-lhe à competência criminal a jurisdição civil. ⁽¹⁰⁸⁾

Na Alemanha não arrefeceu a opinião, que, em 1847, no Congresso jurídico de Lübeck, reclamava a instituição do júri: ainda o décimo Congresso dos jurisconsultos alemães, reunido em Frankfurt, no ano de 1872, com o concurso de GNEIST, «mui energicamente se pronunciou pela manutenção do júri com a sua missão própria e independente.» ⁽¹⁰⁹⁾ E a nata do sabor político alemão, apurado no *Staatewörterbuch* de BLUNTSCHLI ⁽¹¹⁰⁾, sufraga o princípio do júri como verdadeira «necessidade relativa» no regime constitucional, acrescentando que «ainda os escritores não particularmente aditos ao processo pelo júri, confessam que ele, na Alemanha, tem pro-

(108) «Die Ausdehnung der jury auf alle wichtigern Zivil- und Criminal-Sachen würde es möglich machen, im Bunde und in den Kantonen mit einer Kleinen Anzahl von Richtern, die dann gehörig besoldet und in eine ganz unabhängige Lage gebracht werden könnten, auszureichen.» — RÜRTIMANN: *Das nordamericanische Bunderstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweizer*, V. I, p. 376.

(109) *Bullet. de la Soc. de Lég. Comp.*, 1873, p. 265, 266.

(110) IX, 365. — *Apud LESSER*, p. 198.

vado sempre bem.» (111) Assim na Itália, onde apesar de todos os vícios, que o inquinam, estudos conscienciosos, estribados em documentos oficiais, demonstram que esse tribunal «não tem sido inferior à sua tarefa, mantendo-se na altura da sua missão», em emergências muito graves. (112)

Na Inglaterra já vimos em que estima o têm as autoridades mais preclaras. Se DE LOLME, no século passado, o celebrava como «uma das partes mais preciosas do Direito inglês» (113); se BLACKSTONE, antes de DE LOLME, via nessa instituição «o melhor critério jamais estabelecido para investigar a verdade dos fatos» (114), não pensam de outro modo, no século atual, os BROUGHAMS, os COLERIDGES, os STEPHENS. O primeiro escreveu uma das mais calorosas apologias das suas virtudes políticas (115), e proferiu, na Câmara dos Pares, o maior elogio do seu valor judiciário, que aos olhos do célebre magistrado toca à perfeição. (116) O segundo, num discurso memorável, citado nos livros americanos como igualmente verdadeiro para ambos os continentes, atribuía em boa parte a essa interferência do elemento popular na judicatura o apreço da opinião pública, na Inglaterra, pela sua Justiça. (117) O terceiro afinal o encarece como o método mais eficaz deste mundo para a averiguação da verdade. (118) A tudo isso

(111) *Staatewörterbuch*, *ib.*, p. 367. — LESSER, p. 174.

(112) PIZZAMIGLIO: *Dei giurati in Italia*. — *Bullet. de la Soc. de Législ. Comp.*, v. III, p. 350.

(113) DE LOLME: *The Constitution of England*, l. I, e II.

(114) *Commentaries*, III. COOLEY'S ed., p. 384.

(115) *De la Démocratie*. Trad. *Regis*. P. 234-5.

(116) «...an almost perfect invention for the purposes of judicial inquiry.» *Apud* LESSER, p. 223.

(117) LALOR'S *Cyclop.* II, 661-2.

(118) STEPHEN: *New comment. on the laws of Engl.*, t. III, p. 557.

não basta opor um artigo anônimo da *Revista de Westminster*, que, num país tão fértil em revistas, e mais consideradas que essa, não pode constituir de per si só autoridade infalível. Para os ingleses o júri continua a ser «a arca santa». ⁽¹¹⁹⁾ Ali «mal se ousam pronunciar investidas contra o júri». ⁽¹²⁰⁾ Nada, por enquanto, contradiz os votos de HALLAM, quando, na sua grande obra sobre a idade média, aspirava a que a Inglaterra nunca se desviasse «do grande princípio de política saxônia: o julgamento dos fatos pelo país». Ainda não se lhe vê no horizonte indício nenhum de que ela se resolva «a tocar nos grandes cânones de seu processo criminal, mormente no júri, que é a sua alma.» ⁽¹²¹⁾ A grande obra de GLASSON atesta que o júri criminal continua a ter ali grande popularidade. ⁽¹²²⁾

Na poderosa democracia anglo-saxônia, cuja grandeza representa a América aos olhos do universo, a opinião continua a venerar no júri «a grande instituição histórica entretecida, por toda parte, à estrutura da sociedade e do governo entre os povos de raça inglesa.» ⁽¹²³⁾ Pode-se assegurar que não existe ali pendor algum por modificar os textos constitucionais, que asseguram a durabilidade dessa garantia. ⁽¹²⁴⁾ A idéia de aboli-la exprime, quando muito, na-

(119) *Bullet. de la Soc. de Lég. Comp.*, v. I, p. 154.

(120) *Ib.*, p. 107.

(121) *Ibidem*.

(122) *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, v. VI, p. 769.

(123) WHITBRIDGE: *LALOR'S Cyclop.* II, 661.

(124) CHAMBRUN: *Droits et libertés aux Etats-Unis* (1891), p. 442.

Em seu apoio menciona o autor uma recente decisão, proferida, «com extrema energia» pela Suprema Corte Federal no pleito *Hurtado V. The people of California*. (*Ib.*, p. 444).

quele país, «uma veleidade puramente acadêmica», sem o mínimo princípio de vida no sentimento popular. ⁽¹²⁵⁾

Termômetro específico da grande vitalidade das instituições judiciais, a opinião dos magistrados americanos apóia essa conclusão em testemunhos de supremo valor. Aqui é o juiz BARRETT enaltecendo, em alocução a um conselho de jurados, a sagacidade desse tribunal: «Ele chega ao fundo e âmago dos fatos muito melhor do que nos outros juizes.» ⁽¹²⁶⁾ Ali é o juiz BROWN atestando que o culto das tradições nacionais por essa forma de processos não tolera ainda sequer a crítica dos seus defeitos. ⁽¹²⁷⁾ O ex-juiz DILLON, no seu livro recentíssimo acerca do direito anglo-americano, encarecendo essa instituição como parte *essencial e vital* do sistema judiciário nos Estados Unidos, afirma que, tendo presidido a milhares de júris, raras vezes se lhe ofereceu motivo de desgosto pelos veredictos. ⁽¹²⁸⁾ O juiz TANEY, uma das celebridades históricas da magistratura americana, deixou consignada nas suas sentenças a

(125) The question of abolishing the jury can hardly be called a living one, and its discussion at the present day is *purely academical*.» LESSER: *The jury system*, p. 220. O livro de LESSER data apenas de dois anos.

(126) «They get at the heart, and bottom of things far better than we judges do.» *The People V. Cleary*. (Apud LESSER, p. 179.)

(127) «Trial by jury is still to the average legislator the embodiment of the wisdom of all the ages, and is so firmly entrenched in the traditions of the people that another generation at least may pass before its defects will even be accorded a respectful consideration.» 20 *Am. L. Review*, 340. (Ap. LESSER, p. 223.)

(128) «I consider the trial by jury an essential part of our judicial system... It is a vital part of it. Its short comings are not inherent. If judges will do their full duty, juries will do theirs. I have tried literally thousands of cases with juries, and the instances are few where I had reason to be dissatisfied with their verdicts.» DILLON: *The laws and jurisprudence of England and America* (Boston, 1895), p. 122.

convicção de que as liberdades populares estão intimamente ligadas à existência do júri. ⁽¹²⁹⁾ O juiz MILLER, não menos notável pelos seus comentários da Constituição que pelas suas sentenças, professando, antes de entrar na magistratura, idéias contrárias ao júri nas causas cíveis, mais tarde, esclarecido pela prática dos tribunais, veio a se retratar, confessando a excelência dessa combinação no exame das questões de fato. ⁽¹³⁰⁾ O juiz COOLEY, enfim certifica que a reverência americana por essa instituição, encarada como «parte necessária das liberdades do povo», mal sofreria que se lhe questione o valor. ⁽¹³¹⁾

Se os ingleses acatam no poder confiado aos jurados «o melhor instrumento da justiça», frase de lorde CAMDEN no Parlamento ⁽¹³²⁾ os americanos, pela boca dos seus juristas mais eminentes, o recomendam como «o melhor abrigo da inocência e o mais seguro meio de punir o crime.» ⁽¹³³⁾ O que RUDHART sustentava, na Alemanha, em 1831, escrevendo que o júri «é um fator essencial à constituição das monarquias limitadas e à pureza da administra-

(129) «He has left on record his deliberate opinion that our liberties are closely bound up with the preservation in full vigor and usefulness of the great principles of the common-law and trial by jury.» DILLON: *op. cit.*, p. 167.

(130) MILLER: *The system of trial by jury in Amer. Law Review*, v. XXI, p. 861, 863.

(131) «The privilege (of trial by jury) in criminal cases has looked upon as a necessary part of the liberties of the people, and a sentiment attaches to it which will scarcely suffer its value to be questioned.» COOLEY: *Gener. princ. of const. law*, p. 238.

(132) JAMES PATERSON: *The liberty of the press* (Lond., 1880), p. 81.

(133) «Like every thing human it has its imperfections, I only say, that it is the best protection for innocence and the surest mode of punishing guilt that has yet been discovered.» JEREMIAH BLACK (SNYDER'S *Great Speeches*, p. 490).

ção da justiça» ⁽¹³⁴⁾ pensam ainda hoje, na democracia americana, os espíritos mais provectoros na ciência das leis e na experiência do foro, venerando nessa garantia uma condição de perpetuidade para as instituições republicanas. ⁽¹³⁵⁾

Das críticas a ele opostas não se deve inferir que a sua existência se ache ameaçada. ⁽¹³⁶⁾ Todas as instituições modernas estão expostas ao embate violento da contradição humana, que julga afoitamente a terra e os céus. Mas os povos livres sentem nessa profunda criação da história um desses órgãos essenciais do Direito, que se malsinam, mas não se poderão substituir. Não é fácil desarraigar da consciência humana esta idéia superior na sua simplicidade, em que o júri assenta as suas bases, de que a humanidade não permite aplicar uma pena grave, «enquanto a culpa não for manifesta aos olhos do senso comum.» ⁽¹³⁷⁾ A observação todo dia está mostrando que, «se há cidadãos incapazes no júri, também nos tribunais se encontram juizes incompetentes», ⁽¹³⁸⁾ e que, se as sentenças da toga não se proferissem, pela natureza da sua jurisdição, numa atmosfera menos sonora que a dos jurados, não seria difícil dar com as mesmas aberrações nos dois siste-

(134) Citado no *Staatewörterbuch* de BLUNTSCHLI, vº *Scwuhgericht* (IX, p. 344).

(135) «It is a historical and essential part of the free institutions of England. It equally belongs to our own free institutions. It springs out of them, and tends to perpetuate them.» DILLON: *Laws and jurisp. of England and Am.*, p. 123.

(136) CHAMBRUN: *Dr. et lib. aux Et.-Unis*, p. 449.

(137) BLUNTSCHLI: *Droit publ. génér.*, p. 223.

(138) «... ignorant persons are sometimes found in a jury and incompetent judges on the bench.» WOOLSEY: *Political science*, v. II, p. 339.

mas. ⁽¹³⁹⁾ Os que se irritam com certos males da grande instituição liberal, não cogitam nas consequências, muito mais graves, da extinção dela. ⁽¹⁴⁰⁾ «Não é nos tempos tranqüilos, mas nos dias procelosos, nas épocas de opressão», que se lhe podem aqui-latar justamente as vantagens. ⁽¹⁴¹⁾ Defesa popular, com que, nas democracias, se ampara a inocência contra os excessos do povo ⁽¹⁴²⁾, quando a opressão vem do Poder Executivo o valor tutelar do júri excede então incomparavelmente o da magistratura. ⁽¹⁴³⁾ E ainda aqueles, que divisam nos longes do porvir, como resultado natural do progresso, a eliminação dessa forma protetora, se não tiverem o espírito obscurecido por obsessões de sistema, hão de reconhecer, como o professor SIDGWICK ⁽¹⁴⁴⁾, que no estado atual das sociedades, ao menos para os casos de atentados graves, é indispensável o concurso dos jurados. «Não há, para eles, sucedâneo aceitável aos juristas, ou tolerável pelo povo.» ⁽¹⁴⁵⁾

A zona ocupada pelo júri através do mundo contemporâneo traça quase exatamente o meridiano jurídico da civilização, e, pela nitidez com que a sua

(139) «I verdeti de la giuria hanno il torto di essere troppo in evidenza, per la natura delle cause in cui essa pronuncia; che se del pari lo sieno talora le sentenze dei giudici togati, non è difficile l'imbattersi in aberrazioni simili a quelle che si dovettero deplorare in alcuni recenti clamorosi processi.» LUCCHINI: *I Semplicisti*, p. 257.

(140) «Nor are those, who feel irritated at some results of the trial by jury acquainted with the operations of trials without jury.» LIEBER: *Civil liberty*, p. 233.

(141) PALMA: *Corso*, II, 617.

(142) LIEBER: *op. cit.*, p. 236: «It stands, in republics, as a committee of the people between the accused and the people themselves.»

(143) PALMA: *loc. cit.* — A. BRUNIALTI: *Rassegna di scienze sociali e politiche*, 1886, v. II, p. 189.

(144) *The Elements of politics* (1891), p. 474.

(145) «In criminal cases there is no substitute for the jury that would be acceptable to the profession or endured by the people.» DILLON: *op. cit.*, p. 124.

realidade se acentua de país a país, se poderia determinar a situação da liberdade individual no seio de cada povo. Não é uma instituição retrocessiva, descaindo para o ocaso, como se cuida no mundo oficial rio-grandense, mas um instrumento universal da dignidade humana, em plena atividade entre as nações livres. Se as raízes da sua idéia mergulham, sete séculos atrás, no profundo subsolo das origens inglesas, à sua sombra se abriga hoje uma centena de constituições, uma infinidade de leis, toda a família das raças criadas no regímen moderno. Na sua fisiologia «há razões de ser, que sobrevivem às que o produziram» ⁽¹⁴⁶⁾, continuando-lhe a vida, como um princípio de atualidade sempre renovada, por entre as maiores diferenças sociais do tempo, meio, organização e cultura. Nem a praxe, nem a filosofia da jurisprudência ainda lhe descobriram equivalente. ⁽¹⁴⁷⁾ Desanimados ante a pujança da sua seiva, quase tão robusta em nossos dias como a do governo popular, os seus inimigos dissimulam sob a aparência atenuante de reformas os artifícios imaginados para lhe operar a supressão. A seu respeito BLACKSTONE escreveria como SÊNECA ⁽¹⁴⁸⁾ e BROUGHAM, COLERIDGE, TANEY, MILLER, COOLEY como BLACKSTONE. Os séculos variaram; mas a lição dos séculos aprofundou no homem os instintos de defesa contra o poder organizado, os quais têm no júri a sua expressão mais completa. Quando Alfredo o Grande, glorificado pelos saxônios como o mais sábio dos soberanos, fazia subir ao patíbulo, com observância estrita das formas legais, quarenta e quatro juízes,

(146) CHAMBRUN: *op. cit.*, p. 446.

(147) *Ibid.*

(148) «Questões há, em que o jurado, não sendo jurisconsulto, pode opinar otimamente, quando se trata de apreciar a realidade de um fato.» SÊNECA: *De beneficiis*, 1. III, c. 7.

por haverem recusado a homens livres as garantias tutelares do júri, não era para o seu reino, nem para o seu tempo, que o seu cetro abria na história da magistratura esse sulco de terrível severidade: era para uma cadeia de gerações inumeráveis, cujo termo ainda não se divisa. Nos livros de educação elementar ensinam os americanos aos alunos das suas escolas, como reminiscência inolvidável, que o primeiro ato da primeira colônia estabelecida pelos expatriados ingleses em terras deste continente foi a decretação do júri. ⁽¹⁴⁹⁾ As revoluções constitucionais do século dezanove, na sua quase totalidade, têm procedido, até hoje, do mesmo modo, selando sempre com o princípio do júri a pedra angular da liberdade, que edificam. Se há, portanto, um dado positivo na situação moral da nossa idade, é a certeza de que a consciência liberal dos povos modernos não toleraria a supressão do júri. ⁽¹⁵⁰⁾ Coroas, aristocracias, igrejas, tradições imemoriais, formas venerandas têm caído, ao tumultuar das revoluções; mas a justiça dos jurados passa ilesa através das catástrofes políticas, como se uma dessas necessidades inconscientes e irresistíveis da nossa natureza, agulha fiel no delírio das tempestades, não cessasse de lembrar às nações que, «perdido esse direito, com ele se perderiam todos os outros». ⁽¹⁵¹⁾

O legislador, que, cego a esta imensa verdade, enxerga no júri «uma instituição, cujo destino histórico se aproxima cada vez mais do seu termo final»,

(149) «The first legislative act on record is the establishment of trial by jury.» GEORGE H. MARTIN: *A text-book of civil government in the United States*, p. 76.

(150) BRUSA: *Sul nuovo positivismo nella giustizia penale*, p. 45.

(151) «The right of trial by jury being gone, all other rights are gone with it.» JEREMIAH S. BLACK. (SNYDER'S *Great Speeches*, p. 504).

(¹⁵²), bebendo inspirações unicamente na escola célebre pela guerra a essas garantias do processo, onde os povos modernos se habituaram a ver os sustentáculos da liberdade, é natural que não seja o melhor intérprete do espírito desta instituição, o mais avisado médico para os seus males, o reformador mais leal dos seus defeitos.

Esse legislador, porém, estabelece o seu ponto de mira em direção oposta ao da nossa Constituição. Se os autores dela vissem no júri uma instituição prestes a transmontar-se, não teriam coroado com ela a *declaração de direitos*, tábua de inviolabilidades, a cujos interesses é destinada a servir a estrutura constitucional, em todo o mecanismo das suas combinações. Tê-la-iam ignorado, como a ignorou a Constituição imperial, entregando-lhe os destinos à autoridade dos parlamentos. Se, porém, tomando essa instituição às leis ordinárias, a entesoiraram no sacrário do direito constitucional, é que a julgavam mais radicada nos sentimentos do país, é que supunham a sua idéia mais adiantada com o adiantamento da nossa cultura, é que a consideravam como elemento fundamental de renovação, prosperidade e justiça, é que a tinham por condição valiosa de força, durabilidade e prestígio entre as bases do novo regímen.

Dessa oposição flagrante entre as duas maneiras de ver na constituinte brasileira e na organização rio-grandense natural é que emanassem efeitos opostos. Honrado pela primeira como um poder benfazejo, com a veneração devida às cousas perpétuas, o júri viu-se tratar pela segunda, como um paciente valetudinário, com as liberdades da grande cirurgia.

É o que vamos demonstrar.

(152) LUCCHINI: *I Semplicisti*, p. 290.

A LEI RIO-GRANDENSE

A Lei rio-grandense n. 10, de 16 de dezembro de 1895, projetada, discutida, votada e promulgada pelo governador, em exercício das funções legislativas e executivas, que nele concentra a constituição daquele Estado, começa, em matéria de júri, por fixar em cinco o número dos seus membros. «O tribunal do júri compor-se-á», diz o art. 54, «de cinco juízes de fato.»

O autor da reforma não quis conservar o número doze, porque, ainda na Inglaterra, onde aliás esse número «tem a sua explicação em um fato histórico», a manutenção dele até hoje só se compreende «talvez por um supersticioso respeito à tradição, tão próprio do gênio inglês». Entre nós, porém, «a fixação do número de jurados foi arbitrária, ou adotada do júri francês, por mal entendido espírito de imitação.» ⁽¹⁾

Há, realmente, um traço de superstição na escolha primitiva desse número entre os bretões. Ele exprimia originariamente, entre os povos do norte, uma espécie de mistério religioso: «*Nihil sanctius, nihil antiquius fuit; perinde ac si in ipso hoc numero secreta quadam esset religio.*» ⁽²⁾ Mas esse reflexo

(1) JÚLIO DE CASTILHOS: *Lei n. 10, de 16 de dez. de 1895*, p. 49-50.

(2) BLACKSTONE: *Comm.*, v. III, p. 366. — STEPHEN: *New commentaries* (ed. de 1890), v. III, p. 558 n.

histórico do sobrenatural, que doira o berço de tantas instituições, de tantos costumes não os desautoriza na estima do filósofo, ou do estadista, quando a tradição, o consenso, a praxe inveterada, a prova da experiência secular selou a poesia das origens com o cunho de uma longa utilidade.

Os *duodecim legales homines de vicineto*, fixados, em 1164, na Constituição de Clarendon, os *XII legaliores homines de hundredo*, estipulados, dez anos mais tarde, na *assise* de Clarendon, os *duodecim liberos legales homines*, taxados, em 1176, nos estatutos de Northampton⁽³⁾, reproduzem-se hoje quase em toda a parte nos doze jurados, cujo concurso atualmente compõe o júri na generalidade dos países. que o admitem.

Esse número não é britânico, não é francês: é belga, é alemão, é austriaco, é suíço, é italiano, é espanhol, é português, é americano, é universal. E era brasileiro desde 1822, tinha setenta e três anos de existência no Brasil, e, se, considerado em relação à sua primeira escolha, poderia qualificar-se de arbitrário, hoje, após três quartos de século de duração continuada, era já uma tradição. Ora, arbitrários são os que se abalançam a demolir antigas tradições, não podendo contra elas alegar mais que o arbítrio da sua remota procedência.

Adotando o júri, as nações contemporâneas admitiram o número doze, não por arremedilho fútil, ou servil, da imagem saxônia, mas porque esse número, nem muito amplo, nem muito estreito, comportando certa média de variação nas capacidades, nas atitudes, nas opiniões, nos interesses, assegurava razoavelmente as vantagens de uma deliberação

(3) LESSER, p. 137-41.

coletiva no julgamento, e dificultava as pressões da corrupção, ou da força. Qualquer alteração dele, autorizado, como está, pelo assenso geral e pelo nosso próprio uso, dificilmente poderia abonar-se com razões desinteressadas e positivas.

O legislador rio-grandense, porém, supôs justificar a redução, que decretou, ao número de cinco, simplesmente com dizer:

Uma das bases de reforma é a redução ao mínimo possível do pessoal, que deve compor o tribunal, como meio de tornar mais perfeita a seleção.

Mas abaixar ao mínimo possível o pessoal de um corpo coletivo como meio de lhe assegurar escolha mais pura, vem a ser novidade, que mal se entende. Não é o número, grande, ou pequeno, evidentemente, o que determina a inferioridade, ou excelência da seleção. Do seu processo, ou das condições de capacidade, a que ele sujeitasse os elegendos, sim, dependeria, em grande parte, o valor do resultado. Mas, não se alterando as regras de aptidão, nem o processo seletivo, diminuir o pessoal é, incontestavelmente, diminuir os elementos de probabilidade favoráveis à competência do tribunal. Se a escolha se opera pelo mesmo sistema, em um corpo de doze membros haverá duas vezes e meia mais probabilidades de boa composição que noutro de cinco.

Diminuindo, pois, de doze a cinco o número dos jurados, o único resultado certo é estreitar-lhe nessa proporção a esfera, tornando o júri, na mesma razão, mais acessível às influências impuras, ou opressivas, em que a política se fia, para o avassalar.

Ao legislador rio-grandense não bastou, sequer, o modelo mexicano, que os fixa em nove. ⁽⁴⁾ PORFIRIO DÍAZ é liberal demais. Havia dous padrões mais perfeitos: o do júri colonial na Índia que é de cinco ⁽⁵⁾, e o da *porota*, o júri sérvio, de quatro. ⁽⁶⁾

Aprouve-lhe o tipo do colonato indiano, apesar da proveniência inglesa. Não se sabe porque não chegou até a *porota*. Mas, como «uma das bases da reforma é a redução do pessoal ao *mínimo possível* ⁽⁷⁾, a linha da perfeição jaz, ainda abaixo da *porota*, em o número três. Esse é que seria o *mínimo possível*; pois não se há mister de mais, para constituir o corpo coletivo, e permitir a deliberação por maioria de votos.

Ela então ficaria em *dois*. Mas, afinal, como seja de *três* pela reforma em vigor, a sorte dos acusados não sofrerá, com a diferença, prejuízo sensivelmente maior.

Atualmente, no Rio Grande do Sul, para condenar um homem pelo júri, bastarão *três* jurados, quando a *superstição* do sistema inglês, enraizado no Brasil, nos protegia com o requisito de *sete*.

Sete era a maioria, que a Constituição republicana encontrou na lei brasileira do júri. Quem, sem o mais cruel desprezo do senso comum, poderá sustentar que um júri, onde três votos bastam, para sacrificar a liberdade e a honra de um homem, seja a mesma instituição, onde menos de sete sufrágios não poderiam sentenciar?

(4) *Annuaire de lég. étr.*, an. 1891, p. 891.

(5) Ruiz: *op. cit.*, v. I, p. 405.

(6) *Annuaire*, 1891, p. 854.

(7) JÚLIO DE CASTILHOS, p. 149.

Não nos demoramos, entretanto, nesta particularidade, senão porque ela seria suficiente, para caracterizar as intenções da lei rio-grandense.

Os pontos, em que lhe resistiu o juiz da comarca do Rio Grande, não estão nesta cláusula, mas no art. 65, § 1º, e no art. 66.

O primeiro estatui:

As sentenças do júri serão proferidas pelo voto a descoberto da maioria.

O segundo prescreve:

Os jurados não podem ser recusados; à medida, porém, que forem sorteados, poderão as partes opor-lhes suspeição motivada, que será decidida pelo presidente do tribunal.

É com estas duas inconstitucionalidades que especialmente nos devemos ocupar.



O ART. 72, § 31, DA CONSTITUIÇÃO

«É *mantida* a instituição do júri», declara ali o pacto de 1891.

A atenção do intérprete deve fixar-se na expressão *manter*, aqui excepcionalmente empregada pelos autores da Constituição.

Manter é conservar o que está, em condições que lhe não alterem a identidade. O legislador, nesta parte, não se limita a assegurar a instituição do júri, à semelhança do que faz em relação a outras garantias liberais: manda respeitá-la na situação em que a encontrou. Isto é, não contente de lhe afiançar a existência, *caracteriza-o*, prorrogando a duração da entidade preexistente.

Essa cláusula tem, portanto, o duplo valor de uma garantia e uma definição. Resolve continuar as formas tutelares do júri, tais quais as fixara o uso nacional, apoiado no das outras nações.

A palavra adotada nesse texto significa o apreço extraordinário, que, entre todas as formas protetoras da liberdade, merecia aos constituintes esse tribunal. Ela não fossiliza o júri, cerrando-o hermeticamente a alterações acessórias, que possam melhorá-lo, fortalecendo-lhe, e aprimorando-lhe as virtudes: melhorá-lo na direção das suas qualidades essenciais é, sem dúvida, conservá-lo. Mas obsta de modo inflexível a inovações, que, sob o nome

de reforma, o modifiquem organicamente, demudando-lhe as feições características, e interessando-lhe os elementos substanciais.

Há, em verdade, na questão do júri, duas classes de reformadores distintas: a dos seus adeptos, que, crentes na eficácia da instituição, se empenham em aperfeiçoá-la, e a dos seus antagonistas, que, mediante providências inspiradas no pensamento oposto, buscam cercear e desnaturar progressivamente essa tradição, até que a eliminem. Os segundos usam também o nome de reformadores, quando o que realmente lhes cabe, seria o de abolicionistas: porque a tendência dos seus alvitre é, se nem sempre confessada, ao menos sempre manifesta, a *abolição do júri*. ⁽¹⁾

Na Inglaterra, nos Estados Unidos, na Alemanha, os principais defeitos discutidos no sistema do júri se referem às condições de capacidade dos jurados, à facilidade das escusas, às relações entre o presidente do tribunal e os juizes de fato, à exigência da unanimidade para a condenação. ⁽²⁾ Ninguém dirá que, abolindo a condição irracional da unanimidade nos veredictos, modificando o papel do juiz na direção dos debates, circunscrevendo o círculo das isenções, ou estabelecendo condições de idoneidade mais severas para a escolha dos jurados, se abastarde a instituição na sua substância, ou nas funções orgânicas, que lhe distinguem a individualidade.

Estudando-a, um dos oráculos da escola positiva enumera como característicos, que diferenciam o

(1) «The radical remedies, which have been proposed look toward the complete abolition of the jury». LALOR's *Cycl.*, II, p. 660.

(2) LESSER, p. 180, 183, 184, 187. — DILLON, p. 125, 129. — WOOLSEY: *Political science*, II, p. 340. — WHITBRIDGE: LALOR's *Cycl.*, II, p. 661.

júri inglês do italiano «a segregação completa dos jurados desde o princípio do julgamento até ao veredicto» e «a unanimidade das suas deliberações.»⁽³⁾ Graças a essas qualidades, acrescenta, «o júri inglês se regula de um modo incomparavelmente superior ao nosso.»⁽⁴⁾ Ora, dessas duas peculiaridades do regímen inglês, a primeira se introduziu entre nós com o sistema do júri; a outra, a condição da unanimidade, há muito que se acha estigmatizada, na Inglaterra e nos Estados Unidos como «o grande defeito intrínseco da instituição»⁽⁵⁾, «uma relíquia anacrônica de barbaria»⁽⁶⁾, uma anti-gualha «repugnante à experiência das ações e paixões humanas». ⁽⁷⁾ Mas não é por efeito da mesma inversão visual, cuja falácia lhe figurou uma admirável superioridade saxônia na absurda excentricidade, tão maltratada pela opinião dos competentes nos países ingleses, que o egrégio criminalista prega «a restrição do direito de recusa».⁽⁸⁾ Ele discerne claramente, e francamente confessa, que essa reforma «seria o primeiro passo para a abolição completa do júri nos delitos comuns.»⁽⁹⁾

Ora, como, em presença de uma constituição que determina *manter o júri*, se poderá considerar

(3) GAROFALO: *Criminologia*, p. 355.

(4) *Ib.*, p. 356.

(5) LESSER: *Jury system*, p. 187, 189, 190.

(6) HALLAM: *Middle Ages*, II, supplement. — LIEBER: *Civil liberty*, p. 237.

(7) CHRISTIAN'S BLACKSTONE, p. 375 n. Ap. LESSER, p. 188. — LALOR'S *Am. Cyclop.*, II, p. 661. — COOLEY: *Principles*, p. 238.

(8) GAROFALO: *Criminologia*, p. 372.

(9) «Tutti gli uomini seri farebbero plauso a tali riforme, le quale però sarebbero da considerarsi come il primo passo verso l'abolizione completa del giuri pei reati comuni.» GAROFALO: *ib.*, p. 373.

Note-se que é o próprio autor quem sublinha as palavras o primeiro passo.

constitucional uma reforma qualificada pelos seus inspiradores como «o primeiro passo para a abolição dele?»

Certamente não foi nas doutrinas da «nova escola penal», bebedouro da reforma rio-grandense, que se moldou a nossa Constituição republicana. O espírito liberal, que nesta palpita, está no mais acen- tuado antagonismo com as inspirações daquela. Para nos harmonizarmos com a ciência da criminolo- gia, cujas opiniões se simbolizam nos célebres nomes de LOMBROSO, GAROFALO e FERRI, patronos da lei rio-grandense, teríamos de subverter *ab imis fundamentis* as garantias mais respeitáveis do pro- cesso penal entre nós, os dados elementares da sua dogmática, favorecendo a ampliação do cárcere pre- ventivo, diminuindo os casos de liberdade provisória, abolindo a publicidade na formação da culpa, cer- ceando as conseqüências naturais à presunção cons- titucional de inocência, mutilando o direito de graça, amesquinhando a anistia, e restaurando a pena de morte. ⁽¹⁰⁾

Rumo oposto ao da Constituição, portanto, se- guem os que se aproximam das conclusões dessa escola em matéria penal. Se o pacto da União dis- sesse simplesmente que garantia o júri, por aí teria deixado, talvez, aberta a que se lhe fossem buscar variantes na teoria abstrata da instituição. Mas, declarando que o *mantinha*, evidentemente se repor- ta a um estado anterior, para o consolidar com o reforço constitucional.

(10) LUCCHINI: *I Semplicisti*, p. 273, 280, 282, 283. — BRUSA: *Nuovo positivismo*, p. 14-20, 26-8, 36-7. — MANDUCA: *El procedi- miento penal*, p. 215.

Procedeu a Constituição brasileira à semelhança das dos vários Estados na república americana. Quase todas em relação ao júri, preestabelecido no organismo judicial das colônias, usam de fórmulas equipolentes à nossa. Diz uma delas que «a antiga forma do processo pelo júri se considerará sagrada, e inviolável ficará o Direito correspondente.»⁽¹¹⁾ Outra declara que «ficará para sempre inviolavelmente preservado o julgamento pelo júri, qual em uso até aqui.»⁽¹²⁾ Estas asseguram que esse Direito «permanecerá ileso em todos os casos, nos quais se usa até agora.»⁽¹³⁾ Aquelas determinam que «subsistirá inalterado para sempre.»⁽¹⁴⁾ Numas se justapõem as frases: «qual em prática», ou «qual em uso até aqui» e «manter-se-á inviolado.»⁽¹⁵⁾ Em outras apenas se fala na conservação do júri «como em uso até agora.»⁽¹⁶⁾ Na maior parte, porém, a fórmula se reduz às palavras «exis-

(11) Constituições de Kentucky de 1799 e 1850: «The ancient mode of trial by jury shall be held sacred, and the right thereof remain inviolate». POORE: *Federal and states constitutions*, p. 667, 684.

(12) Constituição da Carolina do Sul: «The right of trial by jury, as heretofore used in their state shall be forever inviolably preserved». POORE, p. 1633, 1643.

(13) New York, Const. de 1831: «The right of trial by jury in all cases in which it has been heretofore used shall be inviolate».

(14) Constituições da Flórida, Nevada e Califórnia: «The right of trial by jury shall forever remain inviolate». POORE, 333, 1247, 195.

(15) Illinois, Const. de 1870: «The right of trial by jury, as heretofore enjoyed, shall remain inviolate». POORE, p. 471. — Pensilvânia, Constituições de 1838 e 1863: «Trial by jury shall be as heretofore, and the right thereof remain inviolate». POORE, p. 1564, 1570.

(16) Carolina do Norte: «No freeman shall be convicted of any crime but by unanimous verdict of a jury of good and lawful men, as heretofore used». POORE, p. 1409.

Constituição do Delaware, Kentucky (1792) e Pensilvânia (1776): «Trial by jury shall be as heretofore.» POORE, p. 278, 654, 1546, 1554.

tirá» ou «manter-se-á inviolado.»⁽¹⁷⁾ Em outras apenas se proíbem inovações, que o alterem quanto à sua competência, à composição do tribunal e às normas deliberativas, que o regem. Assim, se em vários Estados não se abrangem na alçada do júri certas infrações menos graves, como o furto, a vadiice, a embriaguez, se as leis ordinárias, que regem essas exceções à garantia geral do júri, se reputam constitucionais, é porque essas leis se limitam a prorrogar uma praxe anterior às constituições, de modo que estas, sancionando a situação, que encontraram, implicitamente deixaram confirmadas aquelas derrogações ao princípio comum.⁽¹⁸⁾ Para que no Estado de Iowa se pudesse reduzir legislativamente o número dos jurados dos tribunais inferiores, foi necessário que a Constituição atual explicitamente o autorizasse.⁽¹⁹⁾ Para que se derogasse a norma de unanimidade, quanto ao júri civil, na

(17) Constituição do Kansas: «The right of trial by jury shall be inviolate». POORE, p. 630.

Constituições do Alabama, Arkansas, Colorado, Georgia, Illinois, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Nebraska, New Jersey, Ohio, Rhode Island, South Carolina (1868) Tennessee e Texas: «The right of trial by jury shall remain inviolate». POORE, p. 34, 77, 102, 121, 135, 155, 221, 422, 446, 466, 983, 1029, 1081, 1138, 1204, 1315, 1462, 1465, 1605, 1646, 1674, 1678, 1695, 1825.

(18) «Such statutes are held to be constitutional, though they dispense with trial by jury, since they simply tend to continue and perpetuate a practice prevailing at common-law from time immemorial». *Duffy v. People*. *People v. Mc. Carthy*. LESSER: *Jury system*, p. 153. «But this power of conviction without a jury cannot be extended to classes of cases other than those in which it has been ordinarily and customarily employed». *Wynchamer v. People*. *Hill v. People*. *Baldwin v. New York*. LESSER, p. 153.

(19) «... the general assembly may authorize trial by jury of a less number than twelve men in inferior courts». Const. de Iowa, art. I, § 9. (LESSER, p. 227).

Luisiânia⁽²⁰⁾, e, na Califórnia⁽²¹⁾, quanto ao júri criminal, para os delitos inferiores, em Montana⁽²²⁾ e Idaho⁽²³⁾, foi mister que as respectivas constituições o permitissem. O que a jurisprudência, em suma, tem estabelecido, é que «as garantias constitucionais asseguram o direito ao julgamento pelo júri *tal qual então existente* (*as then existent*)», a saber, tal qual existia na data de cada constituição, «protegendo-o assim contra alterações, que lhe toham a suficiência como paládio da liberdade.»⁽²⁴⁾ As legislaturas ordinárias não podem mudar o regime dessa instituição, qual se praticava em cada Estado, no tempo em que a Constituição a garantiu. ⁽²⁵⁾

Na Constituição federal dos Estados Unidos não se encontra a locução incisiva *as heretofore*, *qual até aqui*, em relação ao júri. Mas o motivo, aliás óbvio, se acha explicado nos apontamentos de MADISON ⁽²⁶⁾ nos panfletos da época ⁽²⁷⁾ e especial-

(20) Constituiç. de 1879, art. 116. (LESSER, p. 227).

(21) Constituição de 1879, art. I, § 7º. (LESSER, p. 228).

(22) Art. III, § 23 da Constituição (LESSER, p. 228).

(23) Art. I, § 7º. (LESSER, p. 229).

(24) «In *Haines v. Levin*. 51, p. 414, it is said that constitutional guarantees secure the right of trial by jury *as then existent*, and protect it 'from innovations which might destroy its sufficiency as a palladium of the liberties of the citizens'» LESSER, p. 226.

Note-se que é o autor quem grifa as palavras «*as then existent*, tal qual então existente».

(25) «... provisions, more or less extensive, securing the right of trial by jury. These and other requirements cannot be violated by acts of the legislature establishing and fixing the jurisdiction of the corporation court or tribunal». DILLON: *Law of municipal corporations*, I, p. 497, § 430.

(26) MADISON: *Debates on the adoption of the federal constitution* (ed. de 1891), p. 550.

(27) LEICESTER FORD: *Pamphlets on the Const. of the Un. States published during its discussion by the people*, p. 149, 157, 241 e 361.

mente no *Federalista*.⁽²⁸⁾ Não havia, em 1787, nos Estados Unidos, justiça federal, júri federal. A instituição era local: só existia nos Estados. Não podia, conseqüentemente, o pacto da União, assegurando o júri para os tribunais federais, aludir, como preexistente, a uma entidade, que, federalmente considerada, só então principiava a existir. Não obstante, a jurisprudência americana tem aplicado ao júri federal o mesmo critério dominante quanto ao júri nos Estados, entendendo que «o que a lei orgânica da União, tanto quanto a dos Estados, quis afiançar, é o júri, *tal qual existia na Inglaterra e nos Estados Unidos, quando essas constituições se adotaram.*»⁽²⁹⁾ É o que ensina HARE e, como ele, LESSER na sua monografia do júri.⁽³⁰⁾ É ainda o que estabelece COOLEY, o magistrado e o constitucionalista: «Toda vez que a Constituição estabelece, sem limitação, ou reserva, o direito ao júri, devemos entendê-lo como fixado em todos os casos de júri pelo direito comum, e *com o concurso de todos os incidentes associados pelo direito comum a esse*

(28) «The minority of Pennsylvania have proposed this mode of expression for the purpose — 'Trial by jury shall be as heretofore' — and this I maintain would be senseless and nugatory. The United States, in their united or collective capacity, are the *object* to which all general provisions in the constitution must necessarily be construed to refer. Now it is evident that, though trial by jury with various limitations, is known in each state individually, yet, in the United States, *as such*, it is at this time altogether unknown, because the present federal government has no judiciary power whatever, and consequently there is no proper antecedent or previous establishment, to which the term *heretofore* could relate». *Federalist*, n. LXXXIII. (Ed. LODGE, p. 525-6).

(29) «What the organic laws of the Union and the several states contemplate and are designed to secure, is that trial by jury shall remain *as it stood in England and this country at the declaration of independence, and down to the period when they were adopted*». HARE: *Amer. Const. law*, II, p. 860.

(30) *Jury system*, p. 225-6.

processo, ao menos enquanto elementos de proteção para os acusados.» ⁽³¹⁾

Entre nós militam ainda em apoio desta hermenêutica outras considerações seriamente valiosas. No Brasil o júri não era provincial: era nacional. A sua entidade estava, pois, definida, sem variações de Província a Província, por uma só organização legal; o que imprimia à referência do legislador constituinte uma precisão absoluta. Depois, ao passo que, nos Estados Unidos, a garantia do júri, firmada na VI emenda à Constituição federal, só contra as autoridades federais protege o cidadão, o que igualmente sucede com outras declarações tutelares do indivíduo, como as da emenda V, concernentes à propriedade, à liberdade e à vida ⁽³²⁾, no Brasil, pela declaração de direitos, essas garantias todas sujeitam aos mesmos limites o poder da União e o dos Estados. Daqui uma vantagem notável em segurança dessa instituição entre nós; e é que, enquanto nos Estados Unidos, o júri superior às leis locais, pode ser alterado no seu sistema pelas constituições dos Estados, no Brasil nem as legislaturas destes, nem as suas constituintes dispõem de arbítrio, para cercear ao indivíduo essa garantia.

Convertendo, pois, em tribunal de cinco um de doze membros, substituindo o sigilo pela publicidade nas deliberações do conselho, roubando ao acusado o direito de recusa, tão antigo quanto as duas grandes majestades que conceberam e criaram a grande instituição, Roma e Britânia, tão universal quanto o júri e o governo representativo, a lei rio-grandense

(31) «... and with all the common-law incidents to a jury trial, so far, at least, as they can be regarded as tending to the protection of the accused». COOLEY: *Constit. limitat.*, p. 390.

(32) STORY: *Comment.* II, p. 562, n. 2.

ofendeu três vezes a Constituição republicana, reduzindo a justiça dos jurados a um joguete da prepotência oficial.

Não se quer, porém, que em tal exista inconstitucionalidade; porque, no dizer de um dos magistrados que votaram a pronúncia e a condenação, a lei, de que se trata, «gravitando dentro da órbita traçada pela Constituição federal, que facultou aos Estados a elaboração das suas leis processuais, apenas modificou a instituição do júri *nos detalhes*, conservando ilesos os seus princípios básicos, que são: 1º, o julgamento do cidadão, saído de um sorteio; 2º, a decisão da causa pela convicção íntima dos jurados.»

Sofisma, sofisma e sofisma.

Sofisma; porque a competência dos Estados, em matéria penal, como no mais, tem, inegavelmente, limite na inviolabilidade das garantias firmadas pela declaração nacional de direitos. Se essa limitação não existisse a respeito do júri, pela mesma razão não existiria no tocante às outras imunidades estabelecidas, sob a mesma série, pelo art. 72, nos §§ 13, 14, 15, 16; e esses direitos supremos, encarnados em algumas formas de processo, das quais pende a liberdade, a humanidade, a honra, perderiam o grande baluarte, a única defesa de confiança, que os abriga em um país como o nosso, tornando-se livremente confiscáveis ao arbítrio dos governos locais.

Sofisma; porque não é exato que seja uma reforma «*de detalhes*» a que reduz a três, em vez de sete, o número para a sentença condenadora, a que desobriga os juizes do segredo, cujo escudo os amparava contra as pressões do ódio, ou do interesse,

a que esbulha a defesa dos seus direitos tradicionais de interferência na seleção do tribunal.

Sofisma, ainda; porque é arbitrária a definição, ali posta, «dos princípios básicos do júri». O princípio do sorteio e o princípio da nacionalidade nem sempre mereceram respeito aos legisladores, que se afastam das normas consuetudinárias da instituição. No México o estrangeiro entra no censo dos jurados, em contando três anos de estada no país.⁽³³⁾ E, se há modificação que não interesse o caráter judiciário do tribunal, nem o eive de inconstitucionalidade sob um régimen, onde a declaração dos direitos individuais equipara aos nacionais os estrangeiros, seria a que estendesse a estes as funções de jurados. Pelo que respeita ao sorteio, quantas vezes não tem sabido os governos inutilizá-lo, ou burlá-lo, em certos regimens, como o da Lei de 1º de janeiro de 1792 em França, o da Constituição de 22 frimário, ano VIII, o do senatus-consulto de 16 termidor, ano X, pela criação dos júris especiais, a entrega da composição das listas ao arbítrio de certos agentes e as distribuições de categorias?

O sorteio, assim como a irresponsabilidade do jurado, isto é, a soberania da consciência, exercida por ela ante si mesma, sem que nenhum poder, na terra, lhe possa tomar contas, são apenas manifestações, corolários, necessidades de um princípio cardinal: o dessa independência suprema, sem a qual não há júri.

Tudo o que contravier, pois, à independência do júri, há de forçosamente ser inscrito, em que pese ao Superior Tribunal do Rio Grande, entre «os atributos essenciais da instituição do júri», que

(33) *Annuaire de lég. comp.*, 1891, p. 981.

um dos membros daquela magistratura pretende circunscrever a proporções tão mesquinhas. «O que é essencial a todo instituto judiciário, politicamente considerado», reflete um célebre criminalista, «é a *independência*.» (34)

Mas a independência tem duas faces: uma interior, que se volta para nós mesmos, e se chama *imparcialidade*; é a isenção da consciência; a outra, externa, entende com o mundo, em que vivemos, e chama-se *irresponsabilidade*; é a eliminação dos perigos e dependências, que podem constranger a imparcialidade de apreciação íntima a se desmentir na enunciação pública da sentença. A primeira corresponde, no jurado, ao direito de recusação; a segunda, ao sigilo do voto.

(34) «Cio, che essenziali, ad un istituto giudiziario dal lato politico è *la indipendenza*». ELLERO: *Trattati criminali*, p. 430. (O itálico é do original.)

O SIGILO DO VOTO NO JÚRI

A independência é a base de toda a justiça. Para as magistraturas permanentes ela se estabelece pela inamovibilidade, que faz o magistrado «imutável como a própria lei», na frase de ROYER COLLARD. Para as magistraturas efêmeras, como a do júri, efêmera, mas gravíssima, querem alguns que «a mais grave e solene das funções pelo cidadão exercitadas», ⁽¹⁾ o que a assegura é a irresponsabilidade. «Quando um príncipe absoluto possui a faculdade de mandar judiciar por delegados seus os fatos criminosos», escreve TOCQUEVILLE, «a sorte do acusado está, digamos assim, previamente fixada. Mas, ainda quando o povo esteja deliberado a condenar, a composição do júri e a sua irresponsabilidade ofereceriam, em todo caso, probabilidades favoráveis ao acusado». ⁽²⁾

A vitaliciedade da magistratura judiciária está consagrada hoje nas legislações dos povos livres, e tem na Constituição brasileira lugar especial. Mas a independência dos tribunais criminais depende, ao mesmo tempo, da independência do juiz e da independência do jurado. Assegurada pela inamovibilidade a do primeiro, como firmar seriamente, a bem da do segundo, a sua irresponsabilidade?

Uma das páginas mais famosas na jurisprudência inglesa é a decisão, que celebrizou o nome de *sir JOHN*

(1) LIEBER: *Political ethics*, II, p. 405.

(2) *Démocratie en Amérique*, II, p. 180.

VAUGHN, quando, pondo termo ao arbítrio das penas impostas por juizes aos jurados, cujo veredicto não lhes obedecia às instruções, assentou para sempre a regra da liberdade absoluta do júri como apreciador exclusivo e soberano do fato. ⁽³⁾

Não basta, porém, emancipar da multa e do cárcere os membros do júri, para os dotar com a verdadeira irresponsabilidade. A própria Inglaterra, cujos costumes políticos aliás tão profundo respeito asseguram ao cidadão nos atos de consciência, bem o reconheceu, adotando o sigilo para as deliberações do grande júri, o júri de acusação. Graças a essa medida tutelar, nem a pressão dos magistrados, nem a da coroa lograram, em 1681, dobrar o grande júri de Londres à injustiça da acusação maquinada contra o conde de SHAFTESBURY. ⁽⁴⁾ O rei, vencido pelo prestígio irresistível do poderoso chefe da oposição nos comuns, dissolvera a câmara, capitulando em alta traição a hostilidade parlamentar do seu antagonista, que mandou encarcerar, e a quem a influência da corte sobre a toga fez negar o *habeas-corpus*; mas o grande júri, protegido pelo escrutínio secreto, que furtava os votos independentes à vingança do poder, nulificou a conjuração do paço, rejeitando a acusação.

A ação das forças políticas, a que ceder a magistratura togada, teria sucumbido o júri, se as suas deliberações não se achassem abrigadas pela reserva legal. E, se a Inglaterra não aplicou o mesmo princípio ao júri de sentença, é porque já o tinha no júri de acusação, primeira muralha protetora contra as iniquidades da força, e porque a regra da unanimidade no júri de sentença envolve e dilui na solida-

(3) SNYDER: *Great opinions by great judges*, p. 551-2.

(4) 8 *State trials*, 759-821. — LESSER, p. 176.

riedade coletiva do conselho a responsabilidade individual dos jurados.

Nas legislações continentais o voto secreto acompanha o júri quase desde os primeiros dias da sua admissão. Já a Constituição francesa de 1795, prescrevia (art. 239): «Os jurados votarão sempre por escrutínio secreto». Trinta e dois anos depois, quando a monarquia legitimista se aproximava da sua queda, exacerbando o caráter reator da sua política, o júri, obstáculo formidável à intolerância do governo, devia necessariamente incorrer-lhe nas suspeitas. Era necessário amolgá-lo. Veio então a Lei de 1827, que impôs aos jurados responderem aos quesitos em alta voz. Oito anos mais tarde a política liberal de Luís Filipe anulava a reforma dos Bourbons, restabelecendo o sigilo das deliberações do júri. E tão longe vai ali a severidade na observância desse preceito, que se veda, até, a publicação, nos periódicos, dos nomes dos jurados. ⁽⁵⁾

A Suíça e a Bélgica abraçaram a mesma idéia. No último desses países os debates da câmara dos representantes, em fevereiro de 1838, elevaram a grande altura a apologia do voto secreto, defendido pelos nomes mais eminentes do parlamento, entre os quais bastará declinar os de BROUCKERE e MEULENAERE. ⁽⁶⁾ Ainda há poucos anos, no Código do Processo Penal sabiamente projetado para esse país por THONISSEN, uma das suas celebridades como estadista, constitucionalista e jurisconsulto, se procurava rodear o escrutínio secreto das condições mais eficazes do rigor, mandando votar os jurados por um traço, no *sim*, ou no *não*, impressos na cédula, que a cada um daria, após os debates, o presidente

(5) DE NOVELLIS: *Il giuri*, p. 180.

(6) HYMANS: *Histoire parlementaire de la Belgique*, v. I, p. 603-4.

do tribunal. ⁽⁷⁾ A Alemanha ⁽⁸⁾, a Itália, quase todas as outras nações, de cuja legislação temos notícia, imprimiram ao júri esta mesma feição, e em todas elas sobressai, não como acessório, mas como elemento orgânico dessa entidade.

Em França, por exemplo, onde o art. 341 do Código do Processo Criminal quer que o presidente advirta o júri de que a votação deve fazer-se por escrutínio secreto, se entendera a princípio que essa formalidade (a da advertência), não tendo sido prescrita sob pena de nulidade, não podia considerar-se substancial. Neste sentido se decidiu em 1837. Mas de 1850 em diante a Corte de Cassação firmou a jurisprudência de que «a omissão do aviso ao júri acerca do escrutínio secreto envolve a presunção de inobservância dessa regra, e determina assim a nulidade do veredicto». ⁽⁹⁾

FAUSTIN HÉLIE, referindo-se ao erro primitivo do grande tribunal francês, corrigido mais tarde pela solução exarada no aresto que acabamos de transcrever, exprime-se assim: «Mas essa jurisprudência não persistiu». O tribunal reconheceu «que a advertência prescrita no § 3º do art. 341 é formalidade *substancial*, cuja preterição há de acarretar a nulidade do veredicto; porquanto, de um lado, a prova da observância das formalidades, a que o júri se acha adstrito nas suas deliberações, reside tão-somente na presunção de direito resultante das advertências que se lhe fazem, e, do outro, o escrutínio secreto instituiu-se *para assegurar*, de conformidade com o

(7) THONISSEN: *Travaux préparatoires du code de procédure pénale. Rapports*, v. II, p. 70.

(8) «Les jurés et les échevins sont tenus de garder le secret des délibérations et du vote.» *Code d'organisation judiciaire allemand*, art. 200. DUBARLE, II, p. 112.

(9) DALLOZ: *Répertoire*, v. XXIII, p. 724, n. 2939.

interesse comum ao desagravo público e à defesa, *a independência do voto dos jurados*.» O presidente deve, pois, sob pena de nulidade, «prevenir o conselho de que os seus sufrágios têm de ser secretos». ⁽¹⁰⁾ Daí se segue, outrossim, acrescenta o mestre do processo penal francês, que, «também sob pena de nulidade, há de constar da ata dos debates essa advertência, anulando-se, conseqüentemente, os feitos, onde se não enunciar essa declaração». ⁽¹¹⁾

Assim o silêncio da ata quanto à informação do juiz aos jurados acerca do sigilo do voto importa a nulidade do processo; isso porque a omissão, nos autos, da menção da advertência prescrita envolve a presunção de se ter omitido essa formalidade, e a preterição da advertência estabelece a presunção de não se ter observado o segredo, cujo dever é pelo aviso do juiz que a lei supõe levado ao conhecimento do júri. Supõe-se que o júri não observou o sigilo, se o juiz não lho recomendou, e que o juiz lho não recomendou, se a ata do julgamento o não declara. São duas presunções encadeadas uma à outra, com o fim de assegurarem o sigilo do escrutínio, solenizando as precauções destinadas a mantê-lo, e punindo a inobservância do segredo com a nulidade do julgamento.

É que, no sentir dos expositores do Direito judiciário, em todos os países onde o júri apresenta essa característica, «o *segredo é da essência das deliberações do júri*». ⁽¹²⁾

(10) F. HÉLIE: *Traité de l'instruction criminelle*, v. VIII, p. 157, n. 3724.

(11) *Ib.*, p. 158, n. 3725.

(12) «L'ensemble de ces mesures a pour but d'assurer le secret qui est de l'essence des délibérations du jury». DALLOZ: *Répert.*, v. XXVIII, p. 739, n. 3022.

Tão absoluto é o império desse preceito, de tal modo se liga às funções vitais da instituição, que, para encerrar o sigilo das responsabilidades do jurado no mistério mais impenetrável, a jurisprudência francesa anula os veredictos, quando precisarem o número de sufrágios da maioria, em vez de atestarem apenas que ela transcende o mínimo de sete, ou quando condenarem com a declaração de unanimidade, porque a resposta nesses termos dá virtualmente a conhecer a opinião de todos os jurados. ⁽¹³⁾

O grande comentário de BORSANI e CASORATI ao Código do Processo Penal italiano corrobora a nossa tese. ⁽¹⁴⁾ Ocupando-se com o art. 502, que manda responder aos quesitos por votação secreta, e aprovando o sistema como «garantia da liberdade e independência da judicatura», os autores remetem-se às observações por eles feitas noutro lugar acerca do sigilo do escrutínio nos tribunais criminais, e, pronunciando-se na antiga questão entre a publicidade e o segredo, enunciam-se deste modo: «Sem nos remontarmos a vetustas memórias da Grécia e de Roma, bastará lembrar que, em França, sob as aspirações generosas despertadas pelo orgasmo de uma grande revolução, que submetia de novo à ação fundente da crítica todas as instituições sociais, uma lei, de 26 de junho de 1793, estatuiu que os juizes deliberariam publicamente, proferindo o voto em voz alta. Por que modo os resultados corresponderam à nobreza da idéia, em que o legislador se inspirara, assaz o mostra o fato de que a Constituição do ano III (art. 208) se apressou em restabelecer a disciplina do voto secreto. Então veio a ser de novo o sigilo do voto

(13) DALLOZ: *Répert.*, XXVIII, p. 766 e 768, n. 3160 e 3165.

(14) BORSANI e CASORATI: *Codice di procedura penale italiano commentato*, v. V, § 1918, p. 480.

uma disciplina de ordem pública, uma das bases fundamentais da organização judiciária.» ⁽¹⁵⁾

Base fundamental do júri, na expressão de uns, parte da sua essência, na de outros, não podia o sigilo do voto ser subtraído ao júri, senão por quem sobre este possuísse a autoridade de criar e destruir. Se os Estados, em face da cláusula da Constituição que lhe dá existência nacional, não podem abolir o júri, tampouco lhes seria lícito desfalcá-lo na sua base, e na sua essência; porque é pela essência, que as compõe, ou pela base, onde assentam, que as realidades existem ou se extinguem.

(15) *Op. cit.*, v. IV, p. 499, § 1577.



AS RECUSAS PEREMPTÓRIAS

O direito às recusações peremptórias é ingênito ao júri e dele inseparável: nasceu com a instituição, com ela existiu sempre, e, a ela inerente, a acompanha por toda a parte. Para mostrar como este direito constitui um dos elementos primários dessa entidade, a que ponto entra, por assim dizer, no seu plasma orgânico, bastará notar que, realizando-se ela, conforme os povos que a adotaram, em dois tipos, distintos a vários respeitos, o britânico e o francês, num e noutro se manteve com a mesma amplitude e a mesma irrecusabilidade, esse caráter, essa raiz comum, que os irmana.

Nas jurisdições da lei romana, onde a magistratura popular era designada por um sorteio e um subsorteio, *sortitio*, *subsortitio*, as partes exerciam com a maior largueza a recusação imotivada. «*Sors et urna fisco judicem assignat*», escrevia PLÍNIO; «*licet rejicere; licet exclamare: Hunc nolo*». ⁽¹⁾

Lançados na urna os nomes de todos os juizes da lista ânua, *nomina judicum selectorum*, à medida que o sorteio ia extraindo os necessários para funcionarem na assentada, «acusador e acusado tinham direito de rejeitar aqueles *quos parum sibi idoneos putarent*, direito que só terminava com o esgotar da urna». ⁽²⁾

⁽¹⁾ Panegy. de Traj., XXXVI.

⁽²⁾ F. HÉLIE: *Instr. crimin.*, I, p. 46. — LESSER, p. 39.

O simples «Não quero, *Hunc nolo*» do interessado bastava, para excluir o julgador. Já então o gênio da grande raça compreendia os motivos de profunda verdade, que impõem as recusações peremptórias. «Quando os comícios populares cessaram de administrar diretamente a justiça, e se inauguraram em Roma as jurisdições, conhecidas sob o nome de *quaestiones*, em que participava apenas limitado número de cidadãos, surgiu para logo a urgência de prover a que elas não fossem arbitrariamente constituídas, sujeitando-se à influência exclusiva do juiz presidente, do acusador, ou do acusado. Sentiu-se a necessidade, em suma de furtar os juízes cidadãos à influência das paixões e maquinações partidárias, a fim de que pudessem julgar com ânimo sereno, e captar a confiança das partes. Foi então que a sabedoria romana firmou o princípio, geral a todos os juízos, de que juízes fossem unicamente aqueles, acerca de cuja escolha estivessem de acordo as partes, princípio assim belamente enunciado por CÍCERO (*pro Cluentio*): '*Neminem voluerunt majores nostri, non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset*'.»⁽³⁾ O acusador e o acusado «recusavam quantos lhes pareciam», e da primeira vez podiam repulsar todos os juízes, cujos nomes saíssem da urna. Em seguida, mercê de outro sorteio, *subsortitio*, outros nomes sucediam aos rejeitados, e franco era ainda o arbítrio da repulsa após o segundo sorteio, «até não restar mais que o número requerido para o julgamento». ⁽⁴⁾ As listas, sobre que se operava o sorteio, abrangiam oitenta e um cidadãos; por onde se pode ver quão vastos eram os

(3) BORSANI e CASORATI: *Procedura penale*, v. V, p. 184, § 1760.

(4) *Ib.*, p. 185..

limites, dentro nos quais se exercia entre os romanos a *rejectione judicium*. ⁽⁵⁾

Na Inglaterra, conquanto se diga que na origem só se admitiam recusas motivadas, ⁽⁶⁾ já em 1302, dez anos após o mais antigo feito relatado nos arquivos judiciais do país, se encontra reconhecida sem reserva ao réu a faculdade de intervir na seleção dos seus juizes. ⁽⁷⁾ Como quer que seja, porém, no régimen atual, que data de grande antiguidade, tais proporções têm o direito de recusação peremptória que, «para bem dizer, é o acusado quem elege os seus juizes». ⁽⁸⁾ À coroa, apesar de reclamá-lo, nunca se admitiu esse direito. ⁽⁹⁾ Privilégio ali do acusado, graças a «essa humanidade para com o réu, a que tão justa fama devem as leis inglesas» ⁽¹⁰⁾, esta faculdade legal autoriza-o a rejeitar peremptoriamente (*peremptory challenge* é a locução inglesa) vinte jurados nos delitos graves (*felonies*), inclusive o de atentado contra o príncipe reinante ⁽¹¹⁾, e trinta e cinco em geral nos altos crimes políticos, *high and petit treasons*. ⁽¹²⁾ Nas transgressões de caráter inferior (*misdemeanors*), para as quais o projeto do Código Penal inglês de 1878 fixava em seis o número de recusações puras e simples ⁽¹³⁾, o costume, sancio-

(5) *The Works of JAMES WILSON* (Chicago, 1896), II, p. 174-5.

(6) BORSANI: *Proc. pen.*, v. V, p. 186.

(7) LESSER, p. 143.

(8) DALLOZ: *Répert.*, v. XXVIII, p. 478, n. 1852.

(9) MITTERMAIER: *Procédure crim.*, p. 437.

(10) STEPHEN: *New commentaries*, v. IV, p. 402.

(11) Erradamente dá MITTERMAIER (*Proc. crim.*, p. 439, n. 6) o número de vinte e quatro. Ver HARRIS: *Principles of criminal law*, 6th. ed. p. 408.

(12) STEPHEN: *ib.*, p. 403-4 — MITTERMAIER, p. 439. — WHARTON: *A treatise on the criminal law of the United States*, v. III, p. 4.312, § 2.958. *Bulletin de la Soc. de Lég. Compar.*, v. XIX, p. 103.

(13) BORSANI, v. V, p. 187, n. 2.

nado pela jurisprudência, obriga o funcionário competente a não chamar os nomes, a que a defesa, ou a acusação se oponha. ⁽¹⁴⁾ Justificando este sistema, STEPHEN raciocina com o profundo bom senso inglês. Cumpre que o réu confie no seu juiz. Aliás não terá o equilíbrio moral indispensável à defesa. Ora, para abalar esse conceito favorável ao julgador no ânimo do acusado, bastam muita vez impressões instintivas, resultantes meramente da presença, do aspecto, da atitude do indivíduo. «A lei inglesa não quer que uma pessoa seja sentenciada por quem lhe inspire opinião desfavorável, ainda que esta não estribe em motivo determinado». E, depois, a recusa motivada, quando não admitida, poderá deixar no espírito do recusado prevenções, que o indisponham, mais ou menos seriamente, contra o recusante. ⁽¹⁵⁾

Alega o arrazoadado oficial do governador rio-grandense, abonando-se com o depoimento de MITTERMAIER, que, «em regra geral, na Inglaterra, não se exercem recusasções». ⁽¹⁶⁾ Mas o próprio MITTERMAIER explica o fato como «sinal da imparcialidade do xerife e da confiança dos acusados em que os jurados escolhidos cumprirão conscienciosamente o seu dever». Se na própria Inglaterra, porém, essa confiança no sentimento geral do dever, esse hábito de não recusar, não apagou das leis o direito de fazê-lo, como havemos de extingui-lo, num país, onde o hábito oposto, a freqüência usual das recusasções atesta, pelo contrário, a desconfiança ordinária dos réus nos juizes de fato?

MITTERMAIER mesmo, algumas linhas adiante das transcritas na defesa oficial da lei rio-grandense,

(14) HARRIS: *Principles of criminal law*. Attenborough, ed. (1892), p. 408.

(15) MITTERMAIER, p. 436.

(16) JÚLIO DE CASTILHOS: *loc. cit.*, p. 50.

observa: «*Pouco importa que raramente ali se utilize o direito de recusa: o essencial é saberem todos que o acusado tem a permissão de exercê-lo na mais ampla medida*». ⁽¹⁷⁾ Nem se pode confiar de todo, aqui, no testemunho do escritor alemão, que se refere principalmente às suas observações de viagem pela Grã-Bretanha; porquanto em livros ingleses se nos depara afirmação divergente. É assim que, havendo o célebre DE LOLME escrito, em 1784, o mesmo que MITTERMAIER em 1851, um dos seus editores contemporâneos, anotando-o, assegura que a recusa se tornou de *prática freqüente*. ⁽¹⁸⁾ Como quer que seja, todavia, nos delitos políticos, nos quais tem evidentemente os olhos a política do reformador rio-grandense, é MITTERMAIER quem nos diz que as recusas «*são amiudadas, sont nombreuses*». ⁽¹⁹⁾ Graças a essa faculdade, tendo cada réu, nos processos contra muitos, completo o seu direito a rejeitar vinte quatro, ou trinta e cinco nomes, o processo dos fenianos, celebrado no tribunal central de Londres, em 1858, determinou a convocação de *quinhentos* jurados. ⁽²⁰⁾

Imemorial nos Estados Unidos ⁽²¹⁾ a eliminação dos jurados pelas partes se estende quanto às recusas peremptórias, no júri federal, a vinte nomes pelo réu e cinco pela União, nos casos de traição, ou crime capital; dez e três respectivamente, pelo acusado e pela justiça pública, na hipótese de outros atentados graves (*felonies*), e três, pela defesa, ou pela acusa-

(17) MITTERMAIER, p. 436.

(18) «At the time when De Lolme wrote, this remark was true; but for some years challenging jurymen has become of frequent practice.» JOHN MAGGREGOR. DE LOLME'S *Constit. of Engl.*, p. 81.

(19) MITTERMAIER: *ibidem*.

(20) *Bullet. de la Soc. de Lég. Comp.*, v. I, p. 157. — GLASSON: *Hist. du droit et des instit. de l'Angleterre*, v. VI, p. 776.

(21) GOURD: *Chartes coloniales*, II, p. 182.

ção, nos demais crimes. Tal é o estado atual do Direito, assente na Lei de 8 de junho de 1872 ⁽²²⁾, que modificou ligeiramente o anterior. ⁽²³⁾

Quanto aos jûris locais, o número de nomes peremptoriamente recusáveis diversifica entre os vários Estados. As recusas peremptórias, que, na maioria deles, se reservam ao réu, com exclusão do acusador público, são de vinte, em Nova York, para os crimes capitais, e de cinco para os outros; no Massachusetts e no Connecticut sobem ao mesmo número; na Virgínia, a oito; na Carolina do Norte, a quatro, em certos delitos, e a quinze em outros; no Illinois vem a ser vinte para os crimes de pena capital, dez para os de prisão excedente de dezoito meses, seis para todos os demais ⁽²⁴⁾, na Pensilvânia, se fixam em vinte para as ofensas graves, para as mais leves em quatro. ⁽²⁵⁾

Pelo que toca aos delitos mais graves, pois, a extensão da recusa peremptória é a mesma em quase todos os Estados, e idêntica, ainda hoje, à que já se estabelecia, em 1636, nas leis fundamentais da primeira colônia organizada, em território americano pelos imigrantes de Plymouth. ⁽²⁶⁾ Através de todas as variações de número, porém, quanto aos outros

(22) *Revised statutes of the Un. States*, ed. de 1878, sec. 819, p. 152. — THONISSEN (*Travaux préparat. du code de procéd. pén. belg.* II p. 15) menciona apenas a recusa peremptória de trinta jurados nas causas capitais, citando uma lei de 30 de maio de 1872, que não existe. Ver VON HOLST: *Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika* (Freiburg, 1885), § 87, p. 140. — Ante as disposições da Lei de 1872 também já não são exatas as informações a esse respeito ministradas por MITTERMAIER (*Proc. crim.*, p. 450) com respeito ao júri federal.

(23) WHARTON: *Crim. law*, III, p. 432-3.

(24) MITTERMAIER: *Procéd. crim.*, p. 450-51.

(25) WHARTON'S *op. cit.*, III, §§ 2.692, 2.693, p. 433-4.

(26) STORY: *Comment.*, I, p. 33, § 59.

Estados o que se observa sempre, é «o grande cabedal, que faz o legislador americano de que se possa exercer nos mais amplos limites a faculdade da recusa» ⁽²⁷⁾, especialmente a da recusa peremptória, que as autoridades constitucionais daquele país costumam enumerar entre os *princípios do júri americano*. ⁽²⁸⁾

Na França a recusação peremptória mereceu as honras da consagração suprema em várias constituições. A de setembro de 1791, instituindo, no t. III, c. V, art. 9.º, o processo do júri, deixou à discrição do acusado recusar, sem motivos, até vinte jurados. A de 1795 (ano III) confirmava essa faculdade, no art. 251, reservando, porém, à lei o fixar o número das recusas. Regulando-o, o Código do Processo Criminal (art. 393), *vedou absolutamente as recusas motivadas*, franqueando o direito às peremptórias, por parte do acusador e do réu, até que os nomes remanescentes na urna do sorteio não passem de doze. Por este sistema cada uma das partes exclui de nove a doze jurados. ⁽²⁹⁾

A Bélgica adotou o mesmo regímen, que se generaliza a grande número de nações européias. ⁽³⁰⁾ Assim na Alemanha, as duas partes podem recusar tantos sorteados, quantos os nomes contidos na urna, que excederem de doze. ⁽³¹⁾ Na Áustria, do número de jurados, enquanto superar o de doze, acusado e acusador, cada qual por sua vez, podem recusar

(27) MITTERMAIER: *op. cit.*, p. 447.

(28) «It cannot have escaped you that I have been describing the principles of our well known trial by jury.» *The Works of JAMES WILSON*, II, p. 172.

(29) DALLOZ: *Répert.*, v. XXVIII, p. 487, n. 1.854. — F. HÉLIE: *Instr. crim.*, v. VII, p. 292, n. 3.254.

(30) BORSANI: *Procedura penale*, v. V, p. 190-91.

(31) DUBARLE, II, p. 62.

metade. ⁽³²⁾ Na Suíça, do mesmo modo, as recusas peremptórias se exercem livremente de um e outro lado, até reduzir a lista ao número legal de juizes de fato. ⁽³³⁾ Todas essas legislações, cuja autoridade nos parece esmagadora, não só excluem completamente as recusas motivadas, como levam as peremptórias até ao limite extremo, determinado pela reserva do número indispensável à composição do tribunal.

Na Itália, segundo a Lei de 1874, o ministério público e o réu podem rejeitar cada qual oito sorteados. ⁽³⁴⁾ A nação ocidental, que se aproxima da lei rio-grandense, é o império moscovita, o único Estado europeu, onde se restringiu o direito de recusa, que, fixado em seis nomes na Lei de 1864, desceu a três pela de 12 de junho de 1884. ⁽³⁵⁾

Mas a Rússia mesma é mais liberal que o legislador republicano do Rio Grande; porque admite a recusa imotivada conquanto reduzida a sós três nomes. Nem há, para ele, símile em nenhuma das legislações, que admitem o júri; pois até na Espanha, onde a sua existência tem sido breve e precária, o legislador compreendeu que júri e recusa peremptória são idéias inseparáveis. ⁽³⁶⁾

Ainda no extremo-orient, no Japão recém-admitido ao grêmio da civilização ocidental, o júri penetrou com esse cunho essencial da sua sinceridade. Cada uma das partes ali pode recusar peremptoriamente

(32) BORSANI, V, p. 192. — *Bullet. de la Sociét. de Lég. Comp.*, v. I, p. 152.

(33) *Bulletin de la Soc. de Lég. Comp.*, v. X, p. 62 (FAVEY: *L'organisation judiciaire en Suisse.*)

(34) BORSANI, v. V, p. 193.

(35) *Annuaire de législ. étrang.*, an. 1884, p. 664-6.

(36) MANDUCA: *El procedimiento penal*, p. 246, n. 9: No México as recusas, certamente peremptórias, estão fixadas em seis por cada parte. *Annuaire de lég. étrang.*, 1880, p. 715.

cinco jurados em uma lista de vinte, mas assistindo ao acusado, vantagens especiais; porque, de um lado, é o acusador quem recusa primeiro, deixando assim ao réu maior latitude, para o caso de coincidir na exclusão de um nome o interesse de ambas as partes, e, do outro, se, por ausências, estiver incompleta a lista, é o direito da acusação que se desfalca, não o da defesa. Tal o sistema do projeto do Código do Processo Penal japonês. ⁽³⁷⁾

Assim que, em toda a duração dos tempos. na superfície inteira do planeta. não houve, não há, uma época, uma nação, onde existisse, onde exista o júri, senão consorciado à recusa peremptória, impregnado nela e por ela caracterizado. A maior extensão da Europa, a área onde mais intensa é a cultura ocidental, da Mancha até aos Alpes, dos Pirineus ao Báltico, não conhece a recusação motivada, mas pratica a recusa peremptória nos termos da maior liberalidade; ao passo que, no resto do mundo culto, não se nomeia uma só nacionalidade, que, aceitando a recusa motivada, não dê à peremptória uma situação ampla e indisputável na lei do júri. Das duas espécies de recusação existentes, em uma palavra, uma, a recusação motivada, não funciona senão como acessório da outra em certa extensão parcial da zona do júri. Essa, entretanto, é a única, a que a lei rio-grandense abre espaço. A outra, a recusação peremptória, junta à primeira, ou sem ela, coincide invariavelmente com todas as organizações, passadas, ou presentes, do júri: é primitiva e contemporânea, é atual e antiga, é universal no tempo e no espaço. E, contudo, é a que a lei ultra-russa do Rio Grande proscreeve. Com que fim? Dir-se-ia que com o de extirpar o júri. Mas não: é com o de retemperá-lo!

(37) BOISSONADE: *Projet de code de procédure criminelle pour l'empire du Japon*, p. 687-8.

Esse júri, porém, que nenhum século conhece, que nenhum Estado, coetâneo, ou antigo, admite, o júri sem a recusa peremptória, esse júri sem afinidades, nacionais, ou estrangeiras, sem antecedências, históricas, ou modernas, pode ser o júri, que a Constituição brasileira designa, perfilha e assegura? Que enigma então seria o desse texto constitucional, aludindo, pelo nome específico de uma entidade vulgar no globo inteiro, a uma irrealdade abstrata, inaudita, de bojo franco aos mais imprevistos caprichos?

«Dois elementos de grande relevância, posto que sem liame histórico», diz um bom observador francês das coisas políticas da outra raça, «compreende o julgamento pelo júri. O primeiro, de procedência romana, é a apreciação dos fatos por certo número de pessoas distintas do juiz. O outro, de germen saxônio, é a *livre escolha*, por onde esses indivíduos saem do comum dos cidadãos». ⁽³⁸⁾

A livre escolha exprime o preito de confiança, o ato de adesão, pelo qual o acusado contribui, para extrair da lista dos capazes segundo a lei o escol apurado simultaneamente pela sorte e pelo réu, para o julgar. «Convém que, nas grandes acusações, o delinqüente concorra com a lei na seleção dos juizes, ou, ao menos, cumpre facultar-lhe número tão copioso de recusas, que os nomes restantes se possam ter como de sua eleição». ⁽³⁹⁾ O autor do *Êspírito das leis* bebera essa idéia, a que DONNAT injustamente desconhece a ascendência romana, no conhecimento direto da justiça inglêsa, onde outro estrangeiro célebre na ciência das constituições devia ir buscá-la também, no fim do século dezoito, para a divulgar

(38) DONNAT: *Lois et moeurs républicains*, p. 99-100.

(39) MONTESQUIEU: *Esprit des lois*, 1. XI, c. VI.

no continente. DE LOLME acentuou, com efeito, ainda mais vivamente que o famoso pensador francês, a importância capital do princípio da quase nomeação dos jurados pela designação comum das partes. ⁽⁴⁰⁾ «Como a sorte do preso», pondera ele, «dependa completamente dos indivíduos, que compõem o júri, reclama a justiça que ele participe na sua escolha: é o que se obtém pelo extenso direito, com que a lei o dota, de rejeitar os juizes de fato, em quem não confie». ⁽⁴¹⁾

Nos últimos anos do século atual a opinião entre os juriconsultos é a mesma que nos derradeiros do século passado. «Para corresponder ao espírito da sua instituição», ensinam os expositores do processo penal na Itália, «o júri, sobre possuir a capacidade legal de exercer as suas funções, há de também ser imparcial, e merecer a confiança das partes». ⁽⁴²⁾ E para assegurar a confiança das partes é que serve o sistema das recusas peremptórias. ⁽⁴³⁾ GNEIST, na Alemanha, estudando o direito peremptório de eliminação dos jurados pelo réu nas leis inglesas, aprecia-o assim: «Realmente este sistema liberal de recusações dá em resultado anular de antemão a desconfiança na composição do júri, e simplificar-lhe a praxe». ⁽⁴⁴⁾

Nos processos políticos a própria escola positiva não ousa aconselhar a supressão do júri. ⁽⁴⁵⁾ Nota

(40) «The judges themselves have no power to passe sentence till the matter of fact has been settled by men nominated, we may almost say, at the common choice of the parties.» DE LOLME: *Const. of England*, p. 81.

(41) *Ib.*, p. 127.

(42) BORSANI e CASORATI: *Procedura penale*, V, p. 182.

(43) *Ibid.*

(44) GNEIST: *La Constitution communale de l'Angleterre*, v. IV, p. 12.

(45) FERRI: *Sociologia criminale* (1892), p. 644.

MITTERMAIER que, na Inglaterra, não se vê, como em França e Alemanha, o aderente de um partido perseguir e vilipendiar os seus adversários. Contudo, nas questões penais dessa categoria, «ainda hoje se observam ali os efeitos do espírito de partido, uma desconfiança mútua e a tendência, de parte a parte, a quererem que a lista do júri se forme num sentido exclusivista, para satisfazer a intuições políticas». ⁽⁴⁶⁾ Sendo essa a realidade, num país, aliás, onde o cidadão eleito para o conselho de jurados, «penetrado dos ditames do seu juramento, não inquirirá se o acusado pertence, em política, a outro partido» ⁽⁴⁷⁾, temos nesse fato a medida, para avaliar o que não se dará nas sociedades, como a nossa, onde a política semeia em todas as classes paixões tão violentas, e oblitera o sentimento dos mais poderosos deveres. «Os partidos políticos tornam os antagonistas inconscientemente prevenidos e injustos uns para com os outros. Por isso não quis a lei que o acusado tenha por juízes a cidadãos, em quem veja adversários, ou dos quais não forme bom conceito, ainda quando não possa indicar o motivo, e fornecer a prova. A recusa peremptória, de mais a mais, exatamente pela incerteza das razões que a sugerem, elimina os maus humores, os ressentimentos e as discórdias, que da manifestação dos motivos poderiam derivar, atuando por modo tal que o jurado não possa considerar ofensa a repulsa da sua pessoa. Nem todas as recusas, enfim, assentam em causas manifestas de incompatibilidade. Motivando-as, seria mister exigir a comprovação dos fatos, que as autorizassem, e a apreciação da sua procedência pela autoridade judiciária, ou por outra. Ora, pesquisas e verificações tais com-

(46) MITTERMAIER: *Proc. pén.*, p. 430-31.

(47) *Ib.*, p. 430.

plicariam os julgamentos, e, quando se não reconhecesse a legitimidade da repulsa, repugnaria ver funcionar, juiz agastado do recusante, o cidadão recusado». ⁽⁴⁸⁾

Em consequência, «o júri e a mais ampla faculdade de recusa são *termos inseparáveis*». ⁽⁴⁹⁾ Ora, das duas espécies de recusas, «a peremptória é o *fundamento e a essência do júri*, constituindo, especialmente para o réu, *direito substancial da defesa*». ⁽⁵⁰⁾ O direito de recusa não é eficaz, não é sério, não é livre, se não for peremptório: «a liberdade de recusação exige que não se lhe hajam de indicar os motivos». ⁽⁵¹⁾

Abundando no mesmo sentir, escreve MITTERMAIER: «Com razão se considera o direito de recusa um dos sinais mais essencialmente adequados a caracterizarem o júri». ⁽⁵²⁾ E, no seu célebre *Traçado da prova*, fixando «os caracteres especiais do júri», acentua, entre os quatro enumerados, o de que, «desfrutando o acusado o mais amplo direito de recusação, tenha por juizes aqueles, cuja autoridade aceitar livremente». ⁽⁵³⁾

Ao sentir de italianos e alemães se junta o dos ingleses e americanos. «Os *elementos característicos do nosso júri*» são, diz LESSER: «primeiramente que os fatos se liquidem por pessoas distintas do magistrado, depois, que essas pessoas sejam *livremente*

(48) BORSANI e CASORATI, v. V, p. 183-4.

(49) *Ib.*, p. 183.

(50) «Questa specie de recusa e il *fondamento e l'essenza dell'istituto della giuria*, e costituisce, specialmente per l'accusato, un *diritto sostanziale* per la sua difesa.» BORSANI, v. V, p. 182.

(51) «La libertà della recusa esige che non si debbano indicare i motivi dei quali e *mostra*.» *Ib.*, p. 183.

(52) *Proced. crimin.*, p. 436 n.

(53) Trad. espanhola de GONZALEZ DEL ALBA (1893), p. 91.

escolhidas dentre a coletividade geral dos cidadãos». ⁽⁵⁴⁾

FAUSTIN HÉLIE, estudando esse direito em França, onde não se admitem as recusas motivadas, ensina: ⁽⁵⁵⁾ «As recusas são *da essência* do júri, podendo-se dizer que esta instituição é robusta, ou débil, tutelar, ou perigosa, conforme elas se exercem mais ou menos extensamente... Destruir o direito de recusação, ou comprimi-lo em limites nimiamente acanhados seria conferir o direito de julgar ao acaso, à ignorância, às paixões, aos preconceitos; seria lançar no júri todos os germens de discórdia e injustiça, que fermentam na sociedade; seria abaixá-lo, em vez de elevá-lo, entregá-lo às calúnias, em vez de envolvê-lo na confiança pública, proporcionar inexauríveis pretextos a todas as recriminações, a todas as queixas. O direito de recusa é o complemento da instituição do júri, seu acessório indispensável, *seu princípio de vida*».

Outra autoridade magistral no assunto exprime-se com a mesma força: «O direito de recusação é *a mais preciosa garantia da lei ao acusado*; é mediante ela que este remove as prevenções e os ódios, obstando a que a paixão venha sentar-se no lugar da justiça. Extinta ela, o júri já não seria o julgamento do cidadão pelos seus pares: degeneraria em verdadeira comissão, muito menos tranqüilizadora para o réu do que a jurisdição dos tribunais. Bem se concebe, pois, que tudo o que respeite ao exercício da recusa, *toca essencialmente à substância da instituição do júri*, e que a *mínima derrogação* das regras traçadas, a este respeito, pelo legislador, opera a

(54) «The characteristic elements of our jury are...» LESSER: *Jury system*, p. 44.

(55) *Instruction criminelle*, v. VII, p. 290.

nulidade do processo, ainda que tal sanção não se ache literalmente escrita na lei. Essas irregularidades, uma vez ocorridas, não se podem sanar, é assente na jurisprudência, *nem pelo consentimento expresso do acusado*. De acordo com estes princípios se tem julgado: 1.º que a faculdade de recusa é *inerente à instituição do júri*; de sorte que, se qualquer das partes se achou inibida, seja por que circunstância for, de usar dessa faculdade, os doze cidadãos reunidos, sem terem passado pela prova das recusas respectivas, se consideram meros indivíduos particulares⁽⁵⁶⁾; 2.º que constituindo o direito de recusa *parte essencial do direito de defesa*, todo obstáculo ao livre exercício do direito de recusa *vicia radicalmente a composição do júri, e anula de pleno direito o processo*». ⁽⁵⁷⁾

Esse direito, como se vê, considera-se até, *irrenunciável*. Tal a sua valia. Definindo-o na sua essência, reflexiona ainda outro escritor: «Não é essencial que o número de jurados seja de doze, em vez de outro, nem que eles se designem desta ou daquela forma, que exista um júri de acusação, que o veredicto se profira por unanimidade. Mas é, pelo contrário, *de absoluta necessidade, para que uma instituição mereça o nome de júri*, que se componha de cidadãos escolhidos no seio do povo e destinados a volverem a ele apenas desempenhada a sua missão. É necessário, outrossim, que essa missão se reduza a um número mui parco de veredictos e que a maneira da seleção, *combinada com uma ampla faculdade de recusar*, assegure ao acusado, nos seus juizes, capacidade, independência, imparcialidade». ⁽⁵⁸⁾

(56) SELLYER: *Traité de droit criminel*, v. III, n. 1.320, p. 723.

(57) DALLOZ: *Répertoire*, v. XXVIII, p. 487, n. 1.854.

(58) *Dictionnaire génér. de la politique*, por M. BLOCK (ed. de 1884), v. II, p. 159.

A imparcialidade é a face, por onde essa instituição se liga indissolúvelmente ao direito de recusa. A Constituição americana (emenda VI) mereceu esse caráter do júri a especialidade de uma consignação expressa, conquanto se tratasse de um predicado necessariamente comum a toda espécie de justiça. «Em todos os processos criminais terá direito o acusado a julgamento pronto e público, mediante um *júri imparcial*». ⁽⁵⁹⁾ Nos comentários de STORY a definição do júri especifica entre os seus requisitos constitutivos o de serem os seus membros «*imparcialmente escolhidos*» ⁽⁶⁰⁾; ao que se acrescenta: «E a lei, que preterir qualquer desses requisitos, pode *considerar-se inconstitucional*». ⁽⁶¹⁾ Referindo-se aos termos da Constituição americana, dizia um dos grandes oradores forenses daquele país, em ocasião soleníssima, perante a Suprema Corte Federal: «O crime do acusado, ou sua inocência, se verificará por um *júri imparcial*. Estas palavras inglesas hão de entender-se na sua acepção inglesa: querem dizer que a seleção dos jurados procederá lealmente um funcionário juramentado, escolhendo-os dentre os pares do réu, e que este, sorteados os do seu julgamento, poderá extremar o conselho de prevenções, improbidades, malquerenças pessoais, mediante certo número *de recusas peremptórias*, além de quantas outras logre justificar». ⁽⁶²⁾

Nessa relação fundamental com a imparcialidade, indispensável condição moral e social de toda magis-

(59) «In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury...»

(60) «Impartially selected.» Ed. 1891, v. II, p. 559, n. 2.

(61) «Any law, therefore, dispensing with any of these requisites, may be considered unconstitutional.» *Ibidem*.

(62) JEREMIAH S. BLACK: *Argument in defense of the trial by jury*. SNYDER: *Great Speeches*, p. 493.

tratura, está o motivo determinante da recusa peremptória. «O direito de recusa peremptória concedido ao acusado», afirma MITTERMAIER ⁽⁶³⁾, considera-se «meio essencial à imparcialidade do júri». Este juízo encontra ainda confirmação no testemunho de um dos mais eminentes publicistas ingleses do nosso tempo: «Assegura-se a imparcialidade do tribunal, ao que se crê, mediante a introdução, na sua escolha, de um elemento suficiente de casualidade e o direito, outorgado aos litigantes, de recusarem motivadamente certas pessoas, rejeitando outras, nos pleitos criminais de importância, sem indicação de causa». ⁽⁶⁴⁾

Nos escritores americanos sobressai ainda em mais alto relevo a essencialidade da recusa peremptória em relação à existência constitucional e à verdade jurídica do júri.

«Muitos dos incidentes do processo do júri estabelecidos pelo direito comum», diz COOLEY, «são *elementos essenciais do Direito*. Cumpre que o júri seja indiferente entre o réu e a república; e, para assegurar essa imparcialidade, se autorizam as recusas, não só motivadas, *mas também peremptórias*, isto é sem menção de fundamento». ⁽⁶⁵⁾ Quem poderá sensatamente contestar que, neste lance, a sentença onde o autor fala nas recusas peremptórias como garantia necessária da imparcialidade prenda com a anterior, onde se alude aos incidentes usuais do processo, *que constituem elementos essenciais do*

(63) *Procéd. criminel*, p. 437.

(64) HENRY SEDGWICK: *The elements of politics*. (Lond., 1890), p. 467.

(65) «Many of the incidents of a common-law trial by jury are essential elements of the right. The jury must be indifferent between the prisoner and the Commonwealth; and to secure impartiality challenges are allowed, not only for cause, but also peremptory without assigning cause.» COOLEY: *Constit. limit.* (ed. de 1883), p. 392.

Direito? Condições há, que são da substância do júri. Ora, uma dessas condições é a imparcialidade. Mas as recusas são da essência da imparcialidade. Logo, são da essência do júri. Aliás com esta proposição, ainda mais energicamente formulada, já muitas vezes nos temos encontrado, aqui, nos grandes comentadores franceses, alemães e italianos supracitados.

«O júri há de ser imparcial», diz BLACK; «e, para assegurar esse resultado, o réu deve ter o direito de recusar ou objetar aos jurados por qualquer motivo inaptos. A legislatura pode prescrever a oportunidade e a maneira de impugnar a competência dos membros do júri, mas não pode acabar com o direito a essa impugnação. Não são, entretanto, inconstitucionais as leis, que limitarem o número de recusas peremptórias franqueado ao réu, ou as que outorgarem à acusação igual faculdade». ⁽⁶⁶⁾ Por outra: o Poder Legislativo fixa constitucionalmente o limite às recusas peremptórias; mas exorbitaria da Constituição, se as abolisse.

«Força é que o júri seja imparcial», escreve WHITBRIDGE. ⁽⁶⁷⁾ «Isso é da sua essência; e o principal meio, por que se diligencia obter, consiste na maneira de escolher os jurados e no direito, atribuído às partes, de recusá-los».

No Brasil, a noção da importância vital das recusas peremptórias data do primeiro alvorecer das instituições livres. O Decreto de 18 de junho de 1822, onde tem a sua primeira nascente o júri entre nós,

(66) BLACK: *Am. const. law*, p. 494-5.

(67) *Cyclop. of political science*, p. 658: «The jury must be impartial. This is of its essence. It is in the main sought to be accomplished by the manner of selecting the jurors, and by giving to the parties the right of challenging the jurors chosen.»

determinava: «Os réus poderão recusar, destes vinte e quatro nomeados, dezesseis; os oito restantes, porém, procederão ao exame, conhecimento e averiguação do fato, como se procede nos conselhos militares de investigação». O projeto da assembléia constituinte, posto em vigor pelo Decr. de 22 de novembro de 1823, estatuiu: «No dia aprazado, concorrendo o juiz de Direito com os eleitores na casa da Câmara, a portas abertas, fará extrair da urna doze cédulas, das que hão de formar o segundo conselho, não entrando nele os que já tiverem formado o primeiro; e neste caso poderão os acusados recusar até vinte, e o acusador ou acusadores até dez». A Lei de 20 de setembro de 1830, art. 33, prescrevia que, «entrando-se no sorteamento para a formação do júri... farão acusado e acusador as suas recusas, sem as motivarem». O Código do Processo Criminal, enfim, art. 275, estabeleceu definitivamente, em nossa legislação, o direito às recusas imotivadas, associado sempre ali, como em todas as outras leis do império, anteriores e posteriores, ao sigilo do voto. E nunca houve reação, que ousasse tentar contra aquele atributo, imemorial, universal, essencial da instituição.

Não há lembrar o que a seu respeito entendiam liberais, nem imaginar o que da sua abolição teriam dito republicanos sob a monarquia, quando se pensa no que acerca dessa garantia, venerada por todas as escolas, sentiam conservadores, como o marquês de S. VICENTE. «Com razão estabeleceu a lei», escrevia ele, «a valiosa garantia das recusasções peremptórias. Pode haver ódios, antipatias, ou fundadas, ou nascidas somente de prevenções, preconceitos que não se podem explicar, e menos provar, e que, entretanto, exerçam influência e impressões incômodas e aflitivas sobre o espírito do acusado, ou acusador. Pode haver motivos ocultos, que não se

possam nem ao menos expressar, porque ofendam conveniências públicas, ou graves interesses. É por isso que a lei não obriga, e, até, proíbe expor as razões das recusas peremptórias; e certamente que o contrário fora reduzi-las aos únicos casos de suspeição e ilegitimidade, e destruir uma das condições, que purificam e mais ilustram a instituição». ⁽⁶⁸⁾

A recusação peremptória adere, pois, de um modo indestrutível, ao júri, como elemento substancial do seu organismo:

historicamente, em todos os períodos da sua evolução através dos séculos, desde Roma até à Grã-Bretanha, desde os Estados Unidos até à Rússia;

atualmente, nas leis de todas as nações, que o adotaram;

judiciariamente, nos arestos de todas as jurisprudências, que o definem;

cientificamente, nas opiniões de todos os autores, que o expõem;

nacionalmente, em todo o curso da nossa existência como povo emancipado, desde 1822 até 1891.

Apenas um grupo de espíritos contraria essa tradicionalidade, essa invariabilidade, essa unanimidade, essa universalidade: são os escritores da escola antropológica. Mas esses, propondo a restrição do direito de recusar, não hesitam em descobrir as suas intenções, confessando nessa medida uma reforma preparatória para a abolição do júri.

Júri sem recusa peremptória é noção, portanto, que não podia atravessar a mente do legislador constitucional. Pelos traços mais profundos ele pôs de manifesto que não obedecia aos cânones dessa escola,

(68) *Processo criminal*, 2ª ed., p. 39.

extinguindo a pena de morte, conservando na sua latitude antiga as funções da graça e da anistia, esmerando-se em perpetuar as garantias processuais da liberdade, e ordenando sem reservas a manutenção do júri. As instituições têm caracteres artificiais e transitórios; mas há elementos permanentes, fisiológicos, essenciais, sem cujo concurso não existem. Na última dessas duas categorias está, em relação ao júri, a recusa peremptória. É uma das condições, que o definem.

Depois, é princípio de interpretação firmado entre os constitucionalistas americanos a propósito da linguagem usada, quanto ao júri, nas constituições dos Estados ⁽⁶⁹⁾, que, «nos textos onde se estatuí 'será mantido o júri,' ou 'ficará inviolado,' a intenção é que esse direito continue *tal qual existia ao adotar-se a Constituição*».⁽⁷⁰⁾

Nos Estados Unidos a Constituição federal se limitou a garantir o júri federal, porque esse júri é criação sua; não se ocupando com o júri local, porque o caráter local deste se achava preestabelecido, e a sua inviolabilidade já estava sob a tutela inexpugnável das cartas, das leis, das constituições dos Estados, assim como dessa *common-law*, o Direito consuetudinário inglês, que é a alma onipresente da liberdade nas constituições de origem britânica em ambos os continentes. No Brasil, porém, onde o júri era uma criação do país, e não das províncias, o legislador constitucional viu que desfalaria a liberdade e a justiça dessa garantia sobre

(59) Assunto, com que já nos ocupamos (p. 45-9). [Refere-se à edição de 1896. Na presente edição (p. 184 a 189)].

(70) «And where it is provided as it is in many of the state constitutions that the trial by jury shall 'be preserved', or shall 'remain inviolate', it is meant that this right shall continue as it existed at the adoption of the constitution.» BLACK: *Amer. const. law*, p. 494.

todas necessária, se a não vinculasse, pelo cunho, que lhe manteve, de instituição nacional, ao patrimônio brasileiro das garantias individuais, que as leis do processo nos Estados não podem transgredir sem inconstitucionalidade. E, como a Constituição brasileira empregou, em relação ao júri, linguagem idêntica à de muitas constituições de estados americanos, a nossa expressão «*é mantida*» não poderá deixar de entender-se no mesmo sentido que a daqueles textos, «*shall be preserved*», isto é, como penhor da incolumidade absoluta dessa instituição a reformas, que a desnaturem.

A Constituição republicana prometeu o júri, como prometeu as outras garantias do art. 72, ao *país todo*, não só contra a ação dos poderes federais, senão também contra a dos governos dos Estados. As leis de Estados, tanto como as leis federais, que negarem o direito de reunião, o direito de petição, o direito de locomoção, o direito de propriedade, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade da imprensa, a liberdade de cultos, o *habeas-corpus*, o sigilo da correspondência, que autorizarem a prisão arbitrária, abolirem o julgamento pelos tribunais e proscreverem as garantias elementares da defesa, indubitavelmente são nulas. Pelo mesmo motivo nulo é o ato, federal, ou local, que abolir o júri, assegurado no mesmo artigo e sob uma forma de declaração ainda mais incisiva. E, se é inválida a medida legislativa, que declaradamente abolir o júri, inválida é a que *virtualmente* o abolir, decompondo-o, mutilando-o, anulando-o, mediante supressão de elementos essenciais.

Todos os Estados brasileiros têm respeitado a garantia federal. O Rio Grande do Sul é o único, onde, sob as influências especiais que moldaram a

sua organização presente, entrou a se desenvolver, desde os trabalhos constituintes, o espírito de antagonismo ao júri. Meras funções de tribunal correccional, presidido por um juiz amovível, eram as que ali lhe atribuía o projeto de constituição política. Apenas se lhe deixava «o julgamento dos crimes *aflanzáveis e em geral de todos aqueles, em que os réus se podem livrar soltos.*» Era a inversão mais radical de todas as idéias conhecidas no assunto. Opiniões há que pugnam pela extensão do júri à generalidade dos casos penais. Outras pretendem circunscrevê-lo aos delitos de mais gravidade. O projeto rio-grandense transpunha os termos do senso universal, entregando ao júri unicamente as infrações de ordem secundária. Aí transluz claramente o artifício de subtrair aos benefícios dessa instituição tutelar as acusações políticas, nas quais aliás até a escola de FERRI e GAROFALO o aceita.

As cláusulas dos arts. 50 e 58, que, na Constituição do Rio Grande, mandam funcionar o júri, «mantida a sua atual competência», não vingaram senão por um voto de maioria. Os debates do Congresso desenvolveram contra a benfazeja tradição liberal a mais violenta hostilidade, a que pôde resistir o nome da instituição, mas não as declarações acautelatórias, em que forcejavam por envolvê-la os amigos da justiça. É o que ressumbra das palavras escritas, naquela assembléia, por um membro da comissão de constituição, justificando seu voto em separado: «Fui vencido nas emendas que apresentei sobre diversos artigos do projeto, no sentido de manter em sua plenitude a instituição do júri, garantida pela Constituição federal. Penso que a constituinte do Rio Grande do Sul *não deve mutilar* a libérrima e garantidora instituição, ainda mais quando de sua

longa prática não se podem acusar resultados maus.»

A política dominante naquele Estado, portanto, não reconhece no júri esse caráter de constitucionalidade *federal*, que é a base da sua estabilidade entre nós contra as pretensões das tiranias locais. Queria eliminá-lo da organização judiciária no Rio Grande do Sul. Não no tendo conseguido, abstém-se agora de investi-lo pela frente, diligenciando chegar ao mesmo resultado por uma grosseira manobra de flanco. ⁽⁷¹⁾

Em defesa da lei, que a operou, insinuam os seus apologistas que ela deixou ilesa a Constituição, tocando-lhe apenas em acidentes, que não lhe interessam a essência, ou o caráter. Mas nas próprias razões do governador se descobre a intenção de submeter o júri a uma transformação fundamental: «O sistema vigente de recusações não pode subsistir, sob pena de alimentar-se *uma das fontes de desmoralização do júri*... A má escolha atual dos jurados e ainda o direito de recusar peremptoriamente são *causas diretas* do falseamento do júri... Mas a reforma porventura a mais interessante é a que estatui o voto a descoberto como *condição complementar* à regeneração do júri.» ⁽⁷²⁾

É o próprio legislador rio-grandense, que lavra, portanto, a confissão de que a sua reforma interessa por dois modos o princípio vital do júri,

(71) «Le gouvernement impérial, n'ayant pu le renverser de front» (le jury) «l'attaqua ensuite de biais et lui porta de nombreuses blessures». MIOT DE MELITO. *Apud* GRUPPI: *Napoléon et le jury*. *Gazette des Tribunaux*, 17 out. 1896, p. 1.044.

(72) L. n. 10, de 16 de dezembro de 1895. Impugnação das emendas pelo Sr. JÚLIO DE CASTILHOS, p. 50, 51.

alterando-o em dous pontos substanciais, com o fito de salvá-lo. ⁽⁷³⁾

Entre os que defendem a tradição nacional do júri e os que afoitamente se abalançam a invertê-la, é comum o sentimento de que a vida ou a morte dele estão ligadas à questão da recusa peremptória e à do sigilo ou publicidade na adoção do veredicto. A divergência está no antagonismo da solução proposta, por uma e outra parte, às duas questões. Enquanto a lei positivista, com a confiança dos mezinheiros sociais nas panacéias revolucionárias, preconiza no voto a descoberto e na abolição do direito de recusa a fórmula salvadora, o espírito conservador das grandes instituições vê, pelo contrário, na recusa peremptória e no voto secreto dois elementos imprescindíveis à existência do júri. Estará, se quiserem, a razão com o governador do Rio Grande, em quem fez a erupção a tendência radical; não estará com o recorrente, cujo espírito calmo de magistrado quer opor à lava do vulcão a barreira constitucional. Mas o que é inquestionável, pelo menos, é que a legenda constitucional do júri, os termos da sua inscrição na lei fundamental, não pode abranger, ao mesmo tempo, os dois pontos de vista inconciliáveis. Se a distância entre o júri tradicional e

(73) São os mesmos sentimentos de afeto por essa instituição, que protestavam os amigos de Bonaparte, advogando o projeto, em que o primeiro cônsul, no ano de 1801, subtraía ao júri as infrações graves, entregando-as a um conselho especial, de três magistrados, três militares e dous cidadãos nomeados pelo chefe do governo. «DuvEYRIER, défendant le projet, laisse voir avec naïveté le but poursuivi par le premier consul. *Il protesta de son amour pour le jury, 'bienfait et garant de la liberté'.* Mais, pour sauver, dit-il, 'les restes faibles et précieux' de cette institution, il fallait lui épargner des difficultés, qu'elle ne saurait vaincre. *In fallait lui réserver le jugement des fautes légères.*» (GRUPPI: loc. cit., p. 1.043).

É, como se vê, o mesmo que se tentou fazer no Rio Grande do Sul. V. supra, p. 83.

o *júri do futuro* é tamanha, que as condições de vitalidade são opostas entre os dois, a lei que determina manter-se o primeiro, não podia ter cogitado no segundo.

Para que este vingue, portanto, necessário é rompê-la, ou reformá-la. De reformá-la não tinha competência o legislador rio-grandense, e em rompê-la não devia ser cúmplice o recorrente.

NOVUM CRIMEN: O CRIME DE HERMENÊUTICA

Não se pode considerar crime a interpretação, embora errônea, da lei, dada pelo querelado no uso legítimo das suas funções de magistrado... O querelado ... agiu dentro dos limites das suas funções, executando até uma disposição, que o autorizava expressamente a exercer a função judiciária da *interpretação*. Portanto, o procedimento do querelado não se enquadra no art. 226 do Cód. Pen. O abuso de autoridade, que se caracteriza pelo excesso dos limites das funções próprias do emprego, é o crime da autoridade policial, por exemplo, que se ingere em negócios civis, e por esta causa ordena prisões. Esta tem sido a jurisprudência dos tribunais e nomeadamente a do Ac. Rev. da Rel. do Rio, n. 2.130, de 19 de setembro de 1873.

VIEIRA DA CUNHA (voto vencido no acórdão de pronúncia).

A resistência do juiz da comarca do Rio Grande a essa transmutação do júri numa degenerescência indigna de tal nome surpreendeu a política daquele Estado com o imprevisto de uma força viva e independente, a consciência da magistratura, difícil de submeter-se à prepotência dos governos. Com a necessidade então de acudir a obstáculo tão inesperado, improvisou-se, por ato de interpretação, nos tribunais locais, contra a magistratura, um princípio

de morte, de eliminação moral, correspondente ao que, por ato legislativo, se forjara, contra o júri, no gabinete do governador. O júri perdera absolutamente a sua independência, com o escrutínio descoberto e a abolição da recusa peremptória: o poder não abria só um postigo sobre a consciência do jurado: aquartelara-se nela. Para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o Juiz os *crimes de hermenêutica*, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos.

Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã. Se o julgador, cuja opinião não condiga com a dos seus julgadores na análise do Direito escrito, incorrer, por essa dissidência, em sanção criminal, a hierarquia judiciária, em vez de ser a garantia da justiça contra os erros individuais dos juízes, pelo sistema dos recursos, ter-se-á convertido, a benefício dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a consciência pessoal do magistrado, base de toda a confiança na judicatura, pela ação cominatória do terror, que dissolve o homem em escravo.

Os autos patenteiam a energia desenvolvida pela administração rio-grandense, a fim de impor à magistratura essa abdicação de si mesma. Não se lhe mandou submeter o procedimento do juiz da comarca do Rio Grande, para que o apreciasse. Prescreveu-se-lhe antecipadamente a obrigação de

condenar, mandando-se «promover, com a possível brevidade, a responsabilidade do juiz *delinqüente e faccioso*.» Tais as palavras do governador, no ofício de 31 de março deste ano, ao desembargador procurador-geral do Estado. Ficava ciente o tribunal, por aviso categórico, de que não poderia absolver o acusado, sem se constituir *faccioso* como ele.

A atitude de império, assumida, na questão, pelo governo rio-grandense, foi maravilhosa nos seus efeitos. Ministério Público e julgadores andaram às apalpadelas, para acertar com uma qualificação penal, onde pudesse calhar, sem maior escândalo, a vontade do chefe do Estado. Às cegas, quanto ao crime em que haviam de capitular o réu, um ponto houve sempre, contudo, em que nunca hesitaram: o de que a sentença tinha de ser condenatória, fosse qual fosse a inscrição criminal, em que se houvesse de encartar.

A denúncia averbou o fato no art. 207, § 1º do código: prevaricação consistente em «julgar, ou proceder contra literal disposição de lei.» Segundo essa classificação, a literalidade evidente da abolição do voto secreto e da recusa peremptória na lei rio-grandense vedava ao juiz conhecer-lhe da constitucionalidade. O Código Penal de 1890 derogara a Constituição federal de 1891: constitucionais, ou inconstitucionais, as leis, em sendo expressas, hão de forçosamente cumprir-se. O Superior Tribunal não se conformou com o erro crasso do órgão da justiça. Aceitou, sim, a acusação, mas para a encasar no art. 226, onde se prevê o crime do funcionário, que «exceder os limites das funções próprias do emprego». Não foi, porém, sem dilaceração interior que ali se chegou a esse resultado. A pro-

núncia vingou por sós dois votos consonantes. Dos outros dois, subscritos ao acórdão, um abraçava a jurisprudência do Procurador-Geral, o outro opinava resolutamente pela absolvição. Ao julgamento compareceram apenas três juizes, além do presidente; e, divergente um deles, os mesmos dois, a cujos sufrágios se devia a pronúncia, determinaram a condenação.

Felizmente, pois, não é grande o número dos que aceitaram a responsabilidade extravagante da sentença, que vai julgar o Supremo Tribunal Federal.

Negando-se a aplicar um ato legislativo, que tinha por inconstitucional, o acusado *excedeu os limites das funções próprias* do seu cargo. Eis a substância da decisão.

Ora, os seus prolores não se afoitaram a negar aos juizes, neste regímen, a obrigação (não só o direito) de recusar obediência às leis inconstitucionais. A noção era nimiamente elementar, para ser contestada sem indecência. O mais ignorante dos magistrados não poderia contrariar hoje, entre nós, esse princípio, ainda que se reserve praticamente, como no caso atual, o arbítrio de transgredi-lo. O juiz da comarca do Rio Grande supôs seria a nossa adaptação ao regímen americano, onde «o chamado poder de anular as leis inconstitucionais é antes dever que faculdade, e dever tão imposto ao mínimo tribunal de qualquer Estado, em se suscitando a questão no curso de um pleito, quanto à Suprema Corte Federal.»⁽¹⁾ Acreditou na verdade, energicamente formulada por BRYCE⁽²⁾

(1) BRYCE: *The american commonwealth*, v. I, p. 1, c. XXIII.

(2) *Ibid.*

de que, quando o Congresso ultrapassa as raias da Constituição, já não é um corpo legislativo, «*mas um simples grupo de particulares, a mere group of private persons.*» Tinha, para isso, além das razões gerais, dos rudimentos comuns ao regímen no país todo, motivos peculiares ao Rio Grande do Sul, em cuja lei de organização judiciária via inscrita, pelo próprio governador atual, a regra de que «*os juizes deixarão de aplicar as leis manifestamente inconstitucionais.*» ⁽³⁾

O legislador administrativo ou administrador legislante (não sabemos como exprimir esse hibridismo indígena), defendendo a cláusula por ele inserida ali em artigo especial, vindicava com o maior desassombro a doutrina americana em palavras deste vigor:

A disposição do projeto nada encerra de vago e perigoso; porque ela traduz apenas essa preeminência necessária da lei constitucional, quando em conflito com as leis ordinárias. «Há uma ordem geral, que prende todas as leis a um sistema harmônico, de modo que umas não destruam as outras.» É preciso que se tenha sempre em vista o que SAVIGNY chama *ligação de todas as leis e instituições de Direito no seio de sua vasta unidade*. Daí, como ensina PAULA BATISTA, a primeira regra é que as leis constitucionais, na parte em que estabelecem o *regímen político*, e garantem os direitos *individuais*, exercem uma preponderância decidida sobre todas as leis secundárias. Eis o critério, que deve guiar o magistrado, que na contradição entre a lei fundamental e a lei ordinária, não pode vacilar sobre a validade da primeira. É isso o que está expresso na Consti-

(3) Lei rio-grandense, n. 10, de 16 de dezembro de 1895, art. 8.º

tuição da República e na Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13, § 10. (4)

Ora, é mister uma sagacidade inacessível ao comum dos mortais, para conciliar essa atribuição, reconhecida pelo legislador rio-grandense aos juizes, de verificar e pronunciar a inconstitucionalidade das leis, com a competência, reivindicada pela mesma autoridade para o governo, de responsabilizar os juizes desobedientes às leis inconstitucionais. Evidentemente, se o Executivo, que no Rio Grande faz a lei, pode averbar de rebelde o magistrado, que a declara inconstitucional, a função de aquilatar a constitucionalidade das leis passou, ali, dos tribunais para a administração. O poder de fazer a lei e o poder de executá-la confundem-se, ali, na mesma cabeça, no cérebro do governador. Acrescentando a essa concentração de prerrogativas a de aferir o acerto das sentenças em matéria de Direito constitucional, o constitucionalismo rio-grandense reduz à sombra de uma sombra o papel do magistrado. Seria sempre natural que o autor da lei se empenhasse em propugná-la. Se a decretara, a presunção é que o tinha feito, por lhe crer na legitimidade. Mas acusar de crime o juiz, que a negava, era negar-lhe o poder de julgá-la, que aliás, por outro lado, em princípio, lhe confessa.

A lei não é *manifestamente* inconstitucional, não ocorre na espécie a inconstitucionalidade *manifesta*: eis o subterfúgio, por onde, em auxílio do governador, busca o Superior Tribunal do Rio Grande harmonizar a autoridade do juiz com a imputação de abuso, que se lhe assaca, no exercício dela. Mas não é ao autor da lei que compete pronunciar sobre

(4) JÚLIO DE CASTILHOS: *loc. cit.*, p. 35. — Os itálicos são do governador do Rio Grande.

a evidência da sua inconstitucionalidade, num regime que entrega aos magistrados o critério dessa apreciação. Por isso a tacha de faccioso, vibrada pelo governador contra o acusado, resvala, sem no ofender. Depois, as opiniões dos juizes, quando errôneas, no uso dessa atribuição, têm a sua emenda, não na responsabilidade penal dos magistrados, mas na reforma das sentenças. Nesta tese, que demonstraremos, assenta aqui o eixo da defesa, o seu ponto capital.

Se, com efeito, se provar que os juizes não têm responsabilidade criminal pelas incorreções de hermenêutica, em que incorrerem na análise da constitucionalidade das leis, não se há mister de mais nada, para a absolvição do recorrente. Esforçando-nos por evidenciar a monstruosidade constitucional do júri rio-grandense, tivemos em mira, não tanto a defesa do nosso constituinte, como a da instituição, aniquilada naquele Estado, se o Supremo Tribunal a não salvar com um aresto restaurador. Mas o recurso interposto não depende essencialmente dessa questão; porque o juiz podia errar, considerando inconstitucional uma lei constitucional, sem incorrer por isso em criminalidade, enquanto não se mostrar a fórmula criminal, que preveja e castigue, nos magistrados, *crimes de opinião*.

A sentença num considerando fundamental declara «sem legítimo fundamento a justificativa intentada na resposta à fl. 15 ante a força da expressão *manifestamente* inconstitucionais, do art. 8º da Lei n. 10, a cuja disposição se socorre o denunciado.»

Principia a sentença por empregar de um modo lastimavelmente errado o vocábulo *justificativa*, que em um documento judiciário não pode ter semelhante aplicação. Perante os arts. 27 a 35 do Có-

digo Penal, a justificativa pressupõe a existência do crime, cuja responsabilidade vem dirimir; e o magistrado, que se defende, sustentando o uso constitucional da sua autoridade, nega a ação criminosa: não alega escusas, que o isentem de castigo.

Depois, esse julgado comete ainda a erronia estranha de filiar ao art. 8º da lei rio-grandense⁽⁵⁾ a função, incumbente à magistratura, de proteger o Direito constitucional contra as leis ordinárias, que o violem. O art. 8º da lei rio-grandense é uma redundância na jurisprudência republicana. Essa prerrogativa da justiça, no regímen atual, resulta diretamente da Constituição da República, onde, na frase do Sr. JÚLIO DE CASTILHOS, é *expressa*. Ora, o advérbio «manifestamente», inserto no texto da lei rio-grandense, não se acha no texto da carta federal. Foi colhido pelo legislador daquele Estado no art. 13, § 10, da Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894; e, estando na Lei federal n. 221, como na Lei estadual n. 10, por um ato do Congresso e um ato do legislador local, não tem outro valor, além do que lhe reconhece a magistratura como intérprete suprema da Constituição e aferidora, pela Constituição, dos atos legislativos.

Se os tribunais, pois, reputassem inconstitucional a restrição posta à sua autoridade pelo advérbio «manifestamente», cumpria-lhe desprezã-lo, como lhes cumpre desprezar, no contexto das leis ordinárias, tudo o que não se harmonize com a lei constitucional. Para se conformar com essa definição legislativa do seu poder constitucional, necessário é, portanto, que a magistratura comece por submetê-la ao seu próprio juízo; e, se subscreve o «manifesta-

(5) V. *supra*, p. 90-91.

mente», que na Constituição não se enuncia, com isso *manifestamente* firma a lição de que uma idéia não necessita ser explícita, para ser *manifesta*.

Aí está onde naufraga a ingenuidade dos que supõem ter, por esse *manifestamente*, delimitado com a precisão de uma raia inequívoca a linha entre o exercício correto e o exercício incorreto do poder confiado aos juízes, para joeirarem a constitucionalidade e a inconstitucionalidade na crítica das leis. O que é manifesto a um espírito, pode ser duvidoso ao critério de outros, ainda figurando que estes e aqueles ocupem nível superior, emparelhando, ao mesmo tempo, no talento e no desinteresse. Não se descobriu, até hoje, a pedra de toque, para discernir com certeza absoluta o oiro falso do verdadeiro na interpretação dos textos. E, quando estes são os de uma constituição, lei política, lei das leis, isto é, lei condensadíssima na expressão e no intento amplíssima, os juristas mais eminentes, os magistrados mais retos podem conscienciosamente divergir quanto ao alcance de uma frase, de uma fórmula, de um enunciado, ligando-lhe pensamentos diversos, ou limitando-lhe extensões desiguais. A consequência é que a mesma lei, conferida pelo mesmo padrão constitucional, acontecerá ser contraditoriamente julgada válida e nula, sem que de uma e outra parte haja quebra na competência, ou na sinceridade.

Consideremos por um instante a hipótese vertente. A lei rio-grandense alterara, em todos os caracteres de que o revestia a tradição universal e a tradição brasileira, a individualidade do júri. Aumentara em razão mais que dupla a facilidade das condenações, reduzindo a cinco os doze membros do conselho. Enfraquecera o jurado, abolindo o se-

greto protetor da sua isenção. ⁽⁶⁾ Proibindo, enfim, a recusação peremptória, matara a confiança das partes nos juizes de fato, e fraudara a defesa numa das suas garantias mais eficazes.

Admita-se a opinião de que, assim transmutado, o júri seja superior ao antigo. Em todo caso não será sensata a de que não esteja inteiramente demudado. Será, se quiserem, uma invenção melhor. Mas da sua predecessora não conserva muito mais do que o nome. Ao juiz, pois, logo que se lhe ofereceu ensejo de lidar com essa inovação radical, necessariamente se impunha o confronto com a cláusula da Constituição republicana, que declara «mantida a instituição do júri.»

Tinha-se instaurado o litígio, e, com ele, determinado o caso concreto, a espécie individual, que submete o ato legislativo à verificação judiciária da sua constitucionalidade. Não se havia mister de que a questão fosse levantada por uma das partes, como aereamente figura a sentença recorrida. O limite da função judiciária está em não considerar a inconstitucionalidade senão no caso pendente. Mas no terreno estrito do caso pendente nada tolhe ao juiz a iniciativa no exercício de uma atribuição, que, além do interesse das partes, entende com as bases orgânicas de toda a justiça. A maior das nulidades é a nulidade da lei, a sua ilegitimidade constitucional. A lei inconstitucional, neste regímen, é irrita de nascença: «*it is as if it had never been*», diz COOLEY. Sua invalidade é irremediável. O consenso dos interessados não pode saná-la. A inicia-

(6) «Oggidi tutti i legislatori si accordano nello stabilire che la deliberazione e votazione debbono essere segrete, perchè il segreto, oltre a meglio conciliare lo studio e il racoglimento dei giudici, è indispensabile per assecurare l'indipendenza dei medesimi.» MATTIROLLO: *Trattato*, v. IV, p. 37, n. 39.

tiva dos interessados não poderia ser, portanto, requisito essencial da sua declaração. Movida por eles a ação competente, o tribunal não há de ser obrigado pelo silêncio das partes a dar vigor a uma inconstitucionalidade, cuja evidência o coloque na alternativa de afastar-se da lei, para observar a Constituição, ou infringir abertamente a Constituição, se executar a lei. Só as nulidades instituídas no interesse das partes necessitam, para que a justiça as conheça, que as partes as argúam. As nulidades estabelecidas *no interesse da lei* são de ordem pública, e, como tais, se pronunciam *ex officio*. O Direito civil considerou sempre como de interesse público as nulidades, que envolvem a ordem das jurisdições. No Direito constitucional, portanto, não se poderiam deixar de haver como de ordem pública as nulidades concernentes à ordem dos poderes. Inconstitucionalidade, numa lei, quer dizer invasão da soberania constituinte pelo Poder Legislativo. Pouco importa, pois, que as partes a não articulem, se, na contenda entre as partes o juiz não pode julgar, sem encontrá-la, e obedecer-lhe, violando o Direito constitucional, ou desobedecer-lhe, para o manter.

O juiz da comarca do Rio Grande não podia esquivar-se à questão. A lei rio-grandense mantinha o júri? A novidade, sob que essa reforma o tolerava, seria o júri mantido pela Constituição? Perdurava a natureza da instituição através das transformações introduzidas? Assegurando a manutenção do júri, dera, ou não, a lei fundamental à magistratura a incumbência de preservá-lo?

À última destas questões a resposta, *manifesta* na Constituição, parecia inevitavelmente afirmativa, tanto quanto negativa a solução das anteriores. A

declaração constitucional de direitos, nas constituições de poderes limitados, tem por fim dar a esses direitos invulnerabilidade absoluta contra o governo, acautelando-os contra as absorções do Executivo, ou do Congresso. Na ordem judiciária está a barreira entre os direitos declarados e a contingência dessas invasões. O que se transmuda, o que substitui, o que se inverte, não se mantém. Converter o segredo em publicidade, a recusa peremptória em recusa motivada não é conservar: é inverter. Isso era *manifesto* aos olhos do recorrente, como é manifesto aos nossos.

Acreditou ele, como nós cremos, que a definição das instituições não definidas no texto constitucional se encontra nas leis, na jurisprudência, nas tradições, nas idéias correntes ao tempo em que se decretou esse texto. Uma regra de interpretação constitucional na jurisprudência americana quer que as constituições se entendam à luz da legislação preexistente no país. ⁽⁷⁾ Viu o recorrente que, nos vários Estados da União americana, esse fora o critério discriminativo, para se fixar o pensamento constitucional em relação ao júri, que as constituições estaduais declaravam manter. Sendo equivalente, ou igual o texto do pacto federal entre nós, acerca do júri, aos dessas constituições americanas, inferiu que a inteligência ali atribuída a eles devia moldar a do nosso; visto ser princípio corrente, na hermenêutica das constituições, que, trasladando para a lei constitucional do país uma cláusula da de outro já interpretada ali, a presunção é que o legis-

(7) «A constitution should be construed with reference to, but not overruled by the doctrines of common-law and the legislation previously existing in the state.» CAMPBELL BLACK: *Construction and interpretation of the laws* (1896), p. 19.

lador constituinte a adotou com o mesmo pensamento. ⁽⁸⁾

Atentas essas considerações *manifestamente* se antolhou ao acusado que a lei do Rio Grande contravinha à Constituição da República.

Aos juizes, que o condenaram, se afigura *manifesto* o contrário. Na sua estimativa a lei rio-grandense mantém o júri constitucional. As grandes novidades, que o transfiguraram, são apenas variantes superficiais na fisionomia, matizes de colorido, ou requintes acessórios de gosto. O organismo é o mesmo. Tanto faz à justiça depender de sete consciências uma sentença funesta, como de três. Tanto importa ao jurado sentenciar seguro da impenetrabilidade do seu voto, como arriscado por ele a sobressaltos, a vinditas, a dissabores. Tanto monta ao acusado ver-se julgar por um tribunal, em que confia, como por um conselho de suspeitos, ou desafetos. Não há diferença de entidade entre as duas instituições, vazadas nesses moldes opostos. Na retina dos prolores do acórdão recorrido essa é *manifestamente* a imagem da verdade.

Temos, pois, duas opiniões opostas, a respeito do assunto, no seio da hierarquia judicial: uma sustentada por um magistrado, na primeira instância; a outra, na segunda, por dois. Para esta é manifestamente constitucional o júri rio-grandense; para aquela, manifestamente inconstitucional. Ambas as maneiras de ver são professadas com a mesma sinceridade. Ao menos a nenhuma das partes dissidentes é lícito insinuar outra coisa. O Superior Tribunal do Estado

(8) «Where a clause or provision in a constitution, which has received a settled judicial construction, is adopted in the same words by the framers of another constitution, it will be presumed that the construction thereof was likewise adopted.» *Ib.*, p. 32.

não tem por graça da sua superioridade oficial esse direito. O de infalibilidade também não lhe assiste. Um parecer subalterno pode ter razão contra julgados supremos; um voto individual, contra muitos. A questão, em última análise, se reduz, pois, a isto: um conflito intelectual de duas hermenêuticas, falíveis ambas e ambas convencidas.

Alguma das duas pode ser criminosa, quando ambas exprimem o fato mental, involuntário e honesto, de uma convicção?

A sentença recorrida é de parecer que sim; porque, acoimando o recorrente de «exceder os limites das funções próprias do emprego», implicitamente lhe reconhece o poder, que ainda expressamente lhe atribui, de negar observância às leis inconstitucionais. O crime está em considerar inconstitucional uma lei constitucional no sentir de outros juizes.

Nessa estranha entidade criminal não há o menor laivo de imoralidade: há meramente um desacordo científico entre o condenado e os seus condenadores. Estes não no increpam de haver usurpado funções alheias. O excesso das próprias, que lhe assacam, cifra-se em ter dado, como juiz, ao texto de uma lei, a lei constitucional, inteligência, que o tribunal superior não aceita. Na frase constitucional, que *mantém* o júri, o recorrido enxerga *manifesta* a vedação de reformas, que o alterem; ao passo que, para os prolores da sentença, *manifesta* é, pelo contrário, para as legislaturas, a faculdade de alterá-lo. Toda a questão versa, pois, sobre o alcance das palavras «é mantida», nas quais, de um lado, se supõe o ânimo de conservar com os mesmos caracteres a instituição, a que do outro se considera permitido mudá-los. O que constitui, portanto, o crime, é a *interpretação errônea* do texto.

Antes de examinar se o Direito penal conhece esta espécie de crimes, julgada logo *prima facie* pelo instinto infalível do senso comum, vejamos o alcance da inaudita entidade criminal.

Admitido, entre os abusos da autoridade judiciária, o delito de interpretação inexata dos textos, nestes se hão de compreender tanto as leis ordinárias, como as constitucionais. Se o juiz, que, ainda no uso de uma função legal, errar na inteligência da Constituição, incide em criminalidade, não incidirá menos o que atribuir a uma lei comum sentido incorreto. Note-se que em todo o curso desta demonstração, os adjetivos *incorreto*, *inexato*, *errôneo*, *falso* pressupõem sempre infalivelmente definida a verdade pela opinião vencedora na instância superior.

Ora, raro é o pleito, nos diferentes ramos da jurisprudência, em que se não controverte, e diverge sobre a hermenêutica de uma cláusula do Direito escrito. Na aplicação da mesma lei, do mesmo texto, o juízo dos magistrados varia contínua e incalculavelmente: de um para outro litígio, no mesmo tribunal; no mesmo feito, de um juiz para ele mesmo, de uma instância para outra e, na mesma instância, no mesmo tribunal, da maioria para a minoria.

Não há talvez uma só, das muitas questões já sentenciadas no Supremo Tribunal acerca de leis inconstitucionais, em que a decisão fosse unânime. Hajam vista: os *habeas-corpus* de abril de 1892 a favor dos desterrados; os de agosto e setembro de 1893 em benefício dos presos do *Júpiter*; a ação contra a reforma dos oficiais e a demissão dos lentes vitalícios pelo governo do marechal Peixoto; a intentada em defesa da antiga magistratura contra a sua aposentadoria forçada; a questão dos impostos interestaduais e dos mandados proibitórios contra atos inconstitucio-

nais do governo da União; a do caráter, militar, ou civil, dos militares reformados; a das conseqüências constitucionais do estado de sítio. Em alguns desses casos, como o dos limites do arbítrio do governo durante o estado de sítio e o da situação dos oficiais reformados perante a lei militar, houve, no Supremo Tribunal Federal, sentenças antagônicas entre si. E, quer nesses, quer nos outros, sempre se viram, no seu seio, votos dissidentes da solução predominante. Em certas dessas hipóteses, tais como a das reformas arbitrárias de oficiais, a das exonerações de empregados vitalícios, a da aposentação geral da antiga magistratura, a dos mandados proibitórios contra impostos inconstitucionais, as sentenças do Supremo Tribunal confirmavam julgados do juiz de secção. Em todas essas espécies, pois, a inteligência dada na segunda instância ao nosso Direito constitucional coincidia com a da instância inferior.

Figuremos, porém, o contrário. Demos que o juiz seccional houvesse entendido opostamente o nosso Direito, quanto aos mandados proibitórios, à disponibilidade da magistratura, à inviolabilidade das patentes e dos cargos vitalícios, e que o Supremo Tribunal reprovasse a decisão por ele pronunciada. Qual era o corretivo do erro cometido pelo magistrado inferior? A reforma da sentença? Ou a punição do juiz? Se, além da reforma da sentença se houvesse de proceder à acusação do magistrado, uma jurisprudência tal negaria à consciência do juiz singular os direitos, que reconhece, no seu próprio seio, a todos os seus membros. Não há, talvez, deles um só, que na interpretação de textos legislativos, apreciando a extensão dos poderes do tribunal, não se tenha visto em minoria uma vez, não haja alguma vez figurado entre os vencidos. Na questão suscitada, por exemplo, pelo Decr. de 25 de julho de 1894, que aposentou

os antigos magistrados em disponibilidade, (*) a votação empatou. A quatro dos ministros presentes à assentada se afigurava *manifesto*, no art. 6.º das disposições provisórias, o direito dos magistrados à perpetuidade da sua situação; a outros quatro se representava *manifesto*, com a mesma evidência, o direito do Poder Executivo a aposentá-los. Foi apenas pelo voto presidencial que preponderou a primeira opinião. Admitamos, porém, que prevalecesse a outra. Pela jurisprudência do tribunal rio-grandense o juiz seccional devia ser responsabilizado. Ele *excedera os limites das funções próprias do seu emprego*, anulando um ato do governo manifestamente consonante, segundo o voto vencedor no Supremo Tribunal, com o pensamento da Constituição.

É absurda a consequência? Então absurda é a premissa, de onde ela fatalmente deriva. Não há delitos de interpretação. Por interpretação injurídica só é responsável o juiz, quando ela ferir «*disposição literal*»; e, ainda nesse caso, não é o erro, que se reprime; é o *dolo*, a saber: a sentença dada «por afeição, ódio, contemplação, ou para promover interesse pessoal seu». (Cód. Pen., art. 207, 1.º).

A literalidade da lei violada é requisito elementar da culpa no exercício da função judicial; porque só a literalidade estabelece com toda a nitidez as balizas entre a *opinião* e a *intenção*, a opinião, que nunca é crime, e a intenção, que pode sê-lo.

Quando a Constituição prescreve, por exemplo, que o Congresso se comporá de duas Câmaras; que os mandatos de senador e deputado não se podem acumular; que ao Poder Legislativo compete fazer o orçamento, votar o imposto, conceder anistia, legislar

(*) Matéria integrante do tomo próximo. [N. do Pref.]

sobre o Direito civil, comercial e criminal; que o Poder Executivo nomeia os magistrados federais; que os juizes da União só perderão os cargos por sentença; que os Estados não podem rejeitar a moeda nacional; que a República só reconhece o casamento civil; que nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente; que ficam abolidas as galés, o banimento e a morte, o intento do legislador é preciso e iniludível. A letra exclui interpretação, ou a reduz aos elementos da visão intelectual, em que a evidência opera por intuição como nos processos mais simples do entendimento. Sob tais textos, o juiz, por exemplo, que condenasse à morte, a banimento, a galés, a confisco, que atribuisse efeitos civis ao matrimônio religioso, que desse por válido um ato do governo demitindo magistrados, que reconhecesse juizes federais nomeados por governadores, que aplicasse códigos civis, comerciais ou criminais feitos pelos Estados, que admitisse anistias outorgadas pelo Presidente da República, que obrigasse os contribuintes a pagar impostos não votados em lei, que executasse como leis meros projetos votados em uma só câmara, que condenasse o Tesouro a embolsar simultaneamente ao mesmo cidadão os subsídios de senador e deputado, prevaricaria, ultrapassaria as suas funções; assumiria funções alheias, transgredindo grosseiramente a lei expressa, a lei categórica, a lei formal.

Mas os grandes debates da hermenêutica, em assuntos de lei ordinária e lei constitucional, se travam, por via de regra, no domínio de relações, onde o Direito não pode cristalizar-se nessas fórmulas lineares e incisivas, onde a solução das dificuldades suscitadas impõe confrontos, analogias, inferências, deduções, onde o processo da interpretação é complexo, lida com elementos técnicos, e obriga a raciocínios delicados. Dessa complexidade resulta o dissídio

entre os julgadores, já no mesmo tribunal, já de um para outro. A teoria do Superior Tribunal do Rio Grande converte esse dissídio em crime, para os membros da minoria vencida, ou para os magistrados inferiores, na escala da autoridade judicial. E o delito, então, resulta simplesmente do estar em minoria a opinião estigmatizada, ou exercer o acusado a sua jurisdição numa instância menos alta.

Nunca se atribuiu, em parte nenhuma, à magistratura este gênero de responsabilidade.

«Admitia a lei romana, em geral, a responsabilidade do juiz, nos casos em que, por dolo ou culpa sua, houvesse dado ao processo uma solução injusta. Considerava-se então que, segundo a fórmula de Direito, *litem vel causam suam fecisse*, isto é, tornara a causa pessoal a si ⁽⁹⁾, querendo-se com isso dizer que assumira a imputabilidade do prejuízo causado. Se o convenciam de dolo, incorria em pena ⁽¹⁰⁾, e o dolo existia, se o juiz obrara por ódio, obséquio, ou corrupção ⁽¹¹⁾, *evidens arguatur ejus vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes*. ⁽¹²⁾ Se se houvera apenas com imprudência, só incorria em perdas e danos. Tal era a decisão de GAIO. ⁽¹³⁾ Dessa decisão, textualmente reproduzida nas *Institutas de Justiniano* ⁽¹⁴⁾, diz CUJACIUS nestes termos: «*Judex male judicat aut per imprudentiam, aut per dolum. Cum per dolum, veram oestimationem ei quem loesit proestat, et infamis fit. Quod si per imprudentiam, hoc casu non*

(9) L. 6 Dig., *De extr. cogn.*; l. 15, Dig., *De judiciis*; *Inst.* I. IV, t. v in pr. CUJACIUS, *Comm. ad leg* 5 Dig., *De oblig.* ad § *Si judex*.

(10) L. 2 Cod., *De poena judicis qui male judicavit*.

(11) ULP., l. 15, Dig., *De judiciis*.

(12) F. HÉLIE: *Instruction criminelle*, v. IV, p. 91, n. 1594.

(13) L. IV, t. v. in pr.

(14) *Comm. ad leg.* 15, Dig., *De judiciis*.

est definitum ut verum litis oestimationem proestet, sed tantum quod religioni judicantis oequum videtur proestat.» ⁽¹⁵⁾

Só para o caso de dolo havia, como se vê, cominação penal, que era a de infâmia: *infamis fit* ⁽¹⁶⁾, além da indenização do dano. Essa dupla responsabilidade só se verificava na hipótese de sentenças «ciente e voluntariamente proferidas em fraude da lei». ⁽¹⁷⁾ *Judex tunc litem suam facere intelligitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo autem malo videtur hoc facere si evidens arguatur ejus vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes; ut veram oestimationem proestare cogatur.* Sem dolo mau. *dolus malus*, não havia responsabilidade criminal, e só se reputava existir esse elemento indispensável de culpabilidade, quando o móvel *evidens*, do julgado fosse a complacência, o rancor, ou o interesse venal.

Em não se dando circunstâncias tais, que obviamente correspondem à prevaricação do nosso Código Penal, art. 207, só se admitia, para o caso de *imprudência*, a responsabilidade civil, comensurada, entretanto, pela importância do prejuízo, mas reduzida pelo arbítrio eqüitativo do julgador: *tantum quod religioni judicantis oequum videtur*. Fora dessas hipóteses, em que o magistrado *male judicat*, mas que excluem o de simples erro, não era o juiz nem penal, nem civilmente responsabilizável. O que o Direito romano punia, em suma, no juiz, era a *fraude* ⁽¹⁸⁾, nunca o erro, estabelecendo-se, para

(15) POTHIER: *Pandect. Justin.*, 1. V, t. I, n. 75.

(16) DALLOZ: *Répert.*, v. XXVI, p. 2, vº *Forfaiture*, n. 2.

(17) L. 15. Dig., *De judiciis*.

(18) MATTIROLI: *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, v. IV, p. 1126, n. 1263.

aquela hipótese, além da obrigação de ressarcir, a *actio ex maleficio*. ⁽¹⁹⁾

Salvo nessas circunstâncias, naturalmente excepcionais, o meio reparatório contra as sentenças injustas, contra os erros judiciários, consistia nos recursos, admitidos ainda no caso de violação ostensiva, pelo juiz, de uma lei, um senatus-consulto, ou uma constituição. ⁽²⁰⁾ O regímen feudal não conheceu «a apelação, tal qual se achava instituída pelas leis romanas e canônicas, isto é, para um tribunal superior, que reformasse a sentença do outro». O prejudicado empregava contra o juiz as mesmas vias de desforço, que poderia empregar contra a parte. ⁽²¹⁾ O apelo era uma acusação pessoalmente dirigida contra o prolator da sentença impugnada. ⁽²²⁾ Mais tarde as sentenças já não se contestam mediante acusação contra o magistrado, impugnam-se mediante recursos delas contra elas, reservando-se as ações civis e penais contra o julgador para as hipóteses extremas de *dolo* e culpa *lata*. ⁽²³⁾

É a doutrina que já se encontra formalmente consagrada na legislação francesa do século dezesseis. «Com o progresso dos costumes e idéias, o recurso contra as sentenças houve de ser dirigido, salvo os casos extraordinários, não contra o juiz, mas contra a parte, que as obtivera. Uma ordenação promulgada por Francisco I, em dezembro de 1540, estatuiu que os juizes não podiam ser acionados (*prise à partie*),

(19) Pr. Inst., *De oblig. quoe quasi ex delicto nascuntur*. L. 5, § 4º, Dig., *De oblig. et act.* L. 15. Dig., *De judiciis*. L. 6, Dig., *De extraordin. cognit.*

(20) SAREDO: *Istituzioni di procedura civile*, v. II, p. 6.

(21) MONTESQUIEU: *Esprit des lois*, l. XXVIII, c. XXVII.

(22) MATTIROLO, v. V, p. 1127, n. 1263.

(23) *Ibidem*.

a não ser nos casos de *dolo*, *fraude*, ou *concussão*, e a ação direta contra o juiz, que tinha sido, em França, uma ação de direito comum, tornou-se via excepcional, admitida unicamente quando o juiz envolvera a sua responsabilidade por ato *eminente-mente culposos*». ⁽²⁴⁾

No mesmo sentido prescrevia a ordenação de 1580: «Ne pourront les juges être prise à partie sinon que l'on maintienne par relief qu'il y ait *dol*, *fraude* ou *concussion*, ou erreur *évidente* en fait ou en droit». Pelas palavras «erro evidente», ou «fraude manifesta» (encontram-se estas últimas na ordenação de maio de 1579), queria, porém, o legislador francês individuar unicamente o erro, que, *pela sua gravidade, se houvesse de assimilar ao dolo*. «Por mais amiúde que se repetissem os casos de ação (*prise à partie*) contra o juiz», diz-nos FAUSTIN HÉLIE, «a jurisprudência tinha-os limitado, estabelecendo uma regra, *que dominava todo o assunto*. Bebida na lei 15, Digesto, *de judiciis*, essa regra vinha a ser a de que só se permitia a ação civil (*prise à partie*), quando o juiz procedesse *per fraudem, gratias, inimicitias aut sordes*. Assim que, ainda aqui, como na jurisprudência romana, não bastava a culpa, ou o erro, para ocasionar a responsabilidade do juiz, a menos que, pela sua gravidade, se devesse assemelhar ao dolo». ⁽²⁵⁾ As condições da assimilação figurada nestas últimas palavras, definiu-as um antigo jurisconsulto, ROUSSEAUD DE LA COMBE, nesta passagem após elas transcrita: «É máxima constante que os juizes não podem ser pessoalmente condenados a indenizar as partes por simples quebra das orde-

(24) DALL'OLZ: *Répertoire*, v. XXXVI, p. 895. V^o *Prise à partie*, n. 3.

(25) FAUSTIN HÉLIE: *Instr. crim.*, v. IV, p. 92-3.

nações, editos e declarações do rei, cometida por mera inadvertência, inexperiência, ou insuficiência de saber, se não concorrer dolo, fraude, ou concussão, salvo se se tratar de certas contravenções, em consequência das quais os juizes se acham expressamente sujeitos pelas ordenações a perdas e danos, ou sendo a contravenção tão notável, tão considerável, *tão manifesta contra o senso comum e tão rebuscada*, que se não possa presumir isenta de dolo, ou fraude». ⁽²⁶⁾

Note-se que, no tocante a juizes, ainda para a simples responsabilidade civil, não é fundamento suficiente o erro de Direito, exceto se pela sua enormidade excluir outra explicação razoável que não a do ânimo doloso. A ação civil, como se sabe, concêntrica à ação penal, visto suporem ambas a culpa do acionado, tem uma circunferência muito mais ampla: aplica-se a hipóteses, onde não cabe a ação penal, ao passo que não há responsabilidade penal, onde não houver a civil. ⁽²⁷⁾ Os princípios, que limitam a responsabilidade civil do magistrado, restringem, pois, ainda com maior força, a sua responsabilidade criminal. Por isso nos deteremos em considerá-la mais de espaço.

Em França e na Bélgica a ação civil peculiar aos casos de responsabilidade pessoal do julgador recebeu a denominação de *prise à partie*, moldada no conceito romano de que a sentença proferida em fraude do Direito substitui pela pessoa do juiz a da parte injustamente beneficiada: *judex litem suam facit*. As legislações italianas, porém, consultando antes a realidade jurídica do que a frase primeva da

(26) *Mat. crim.*, p. 114 — *Apud F. HÉLIE: loc. cit.*

(27) «Io ammetto sempre che in tutti cotesti casi si tratti di azione civile, *avvegnachè non potesse aver luogo l'azione penale*, dal'o cui antitesi l'azione civile sembra desumere il proprio significato», BORSARI, sull'art. 783. *Ap. MATTIROLO*, v. IV, p. 1143, n. 1290.

instituição, deixaram-lhe puramente o nome comum de *ação civil*. ⁽²⁸⁾

Se a lei admitisse contra o juiz a ação de reparação nas condições ordinárias que geram para o autor do prejuízo o encargo de compensá-lo, o arbítrio de acionar o magistrado criaria obstáculos absurdos ao exercício da magistratura. «Autorizando o recurso pessoal da parte contra o juiz», escreve DALLOZ ⁽²⁹⁾, «a lei teve que encerrar em justos limites o exercício desse recurso. Se importa à ordem social proteger o jurisdicionado contra abusos de autoridade, que a experiência do coração humano e suas fraquezas obrigam o legislador a prever, importa igualmente salvaguardar a tranqüilidade e a dignidade do magistrado contra a indefinida liberdade, que teria o litigante, de pedir-lhe conta das suas sentenças. Eis porque, nos casos ordinários, a pessoa, lesada por uma decisão a seu ver injusta, deve, segundo a máxima de que *o fato do juiz é fato da parte*, endereçar contra o seu antagonista o recurso interposto para o juiz superior».

Salvo exceções muito estritas, «no caso de dano trazido por sentença, para que se possa mover a ação civil contra o magistrado, que a pronunciou, necessário, é que *se hajam primeiro exaurido todos os remédios ordinários e extraordinários contra ela*». ⁽³⁰⁾ Se «o dolo do juiz impossibilitar o litigante de prosseguir na lide com esperança de bom êxito»; se o juiz, por exemplo, houver subtraído aos autos

(28) MATTIROLO, v. IV, p. 1126 e 1127, n. 1263-4. — DALLOZ: *Répert.*, v. XXXVI, p. 896. Vº *Prise à partie*, n. 6.

(29) *Répertoire*, v. XXXVI, p. 896.

(30) MATTIROLO: *Dir. giud.*, v. IV, p. 1130, n. 1270.

um documento essencial, sem o qual a parte não tenha meio de justificar o seu direito»; se deste modo se cerrar ao interessado o caminho da reparação no curso da lide, então lhe será lícito, antes de esgotados os recursos, intentar a ação civil contra o julgador culpado. Mas os mesmos escritores, que insistem particularmente na importância destas interrogações à regra geral há pouco formulada, confirmam, e subcrevem essa regra, reconhecendo que, «se o dano derivante da burla do juiz contra a parte vencida poderia ser reparado em um juízo sucessivo de embargos, apelação, revogação, ou cassação, e não o foi, porque a parte mesma descurou de impugnar a sentença, *não competirá contra o juiz a ação civil*». ⁽³¹⁾ Inevitável é a aplicação deste princípio ao Direito penal. «Enquanto a decisão judicial, sobre que pesa a increpação de erro, ou dolo, não houver percorrido, até à derradeira, as instâncias, a que a ordem legal do processo a submete, não há judicialmente, dolo, nem erro; porque o vício, de que a acusam, não tem existência verificada, enquanto a autoridade do último tribunal, na série da jurisdição preventiva pela pendência da causa, não pronunciar, acerca da opinião denunciada, a última palavra. Se esta lhe é favorável, liquidou-se que o suposto erro era a verdade, o pretense dolo a justiça. Interceptar, pois, um pleito em andamento, tratá-lo como findo, quando contra os desvios do juiz ainda se acham de par em par franquiados os recursos normais, e chamá-lo a contas noutra ação, responsabilizando-o, civil, ou criminalmente, por atos, que têm a seu favor a presunção de juridicidade, enquanto não reformados na instância superior, e que nesta poderiam receber a sanção de uma sentença confirmativa, é a mais violenta, a

(31) MATTIROLI: *Ib.*, p. 1131, n. 1271.

mais crassa, a mais tresvairada enormidade, a que no foro se poderia assistir.

Pois é a que se dá, com os traços da mais tumultuosa anarquia, neste feito, onde a sofreguidão perseguidora, para intentar contra o recorrente a ação penal, preteriu o recurso natural das suas decisões na presidência do júri para o tribunal superior, e, caso a opinião deste lhe fosse adversa, o recurso necessário para o Supremo Tribunal Federal nos termos da Constituição, art. 59, § 1.º, b.

Observa MERLIN ⁽³²⁾ que, de todas, a ação civil contra o magistrado «é a mais extraordinária e odiosa». É «um remédio violento, ainda que necessário, quando o juiz teve o infortúnio de cair em alguma das hipóteses, nas quais a lei permite empregá-lo. Cumpre, portanto, que esses casos sejam distintamente especificados na lei, para se tolher de todo o acesso ao arbítrio. Nem o uso desse deplorável extremo se deve facultar, senão tomadas as precauções capazes de legitimá-lo mediante a prova certa da sua necessidade; porquanto, se é da maior relevância para a ordem pública o não lograrem os juizes abusar impunemente do poder, que se lhes confia, não lhe importa menos a ela assegurar-lhes a autoridade e a reputação contra investidas, com que a só malignidade se sentisse tentada a feri-las». Assim se enunciava o relator da secção de legislação do tribunnato ⁽³³⁾, abundando nas idéias expostas, em nome do governo, por BIGOT DE PRÉAMENEU, ao apresentar ao corpo legislativo, em 1806, o projeto da lei, que ficou regendo o assunto. «Se convém que as partes», dissera o orador oficial, «tenham certeza de obter justiça, ainda contra os seus juizes, o interesse público

(32) *Répertoire*, v. *Prise à partie*, § 7º.

(33) M. ALBISSON: *Rapport fait au corps législatif* (séance du 17 avril 1806). DALLOZ, v. XXXVI, p. 896 n.

exige que os ministros da justiça não se vejam despir de toda a dignidade, como se veriam, se os pleiteantes pudessem, à mercê dos seus ressentimentos e das suas paixões, obrigá-los a descer do tribunal, para justificar os seus atos. Abuso tal repor-nos-ia na época, em que, por um resto de abuso, ainda mais grave, do feudalismo, os juizes eram responsabilizáveis pelas suas sentenças. Só existe uma autoridade, que, entre os magistrados, e as partes, convenha, ao mesmo tempo, ao prestígio de uns e à segurança das outras: é a autoridade da lei mesma, que, especificando os casos, nos quais se consente a um litigante chamar a juízo o seu próprio juiz, estabelece a barreira, que o respeito devido à magistratura não deixa transpor». ⁽³⁴⁾

Estabelecendo, pois, como cânon fundamental que o magistrado não seria responsabilizável, senão nos casos *expressa e taxativamente designados* na lei, o legislador francês estatuiu que a ação civil (*prise à partie*) contra os juizes só é admissível numa destas quatro hipóteses: «1.º Se há dolo, fraude, ou concussão, em atos de processo; — 2.º Se é expressamente autorizada por lei a ação civil; — 3.º Se a lei declara sujeitos os juizes a perdas e danos; — 4.º Se há denegação de justiça». ⁽³⁵⁾ Esse é o art. 505 do Código do Processo Civil francês, cujos termos a jurisprudência considera limitativos, não se podendo

(34) BIGOT DE PRÉAMENEU: *Exposé des motifs présenté au corps législatif* (séance du 7 avril 1896). DALLOZ: *ib.*, p. 895, n. 1.

«Rien de plus dangereux, pour l'ordre social lui même, que de livrer le juge aux passions haineuses de ceux qu'il a dû condamner. Dès cet instant, disait un avocat général au parlement de Grenoble, avili par l'opinion même de la loi, le magistrat serait dégradé dans ses fonctions; son autorité, liée à la dignité de son caractère, s'affaiblirait comme elle, et, lorsque le juge serait sans considération, la loi serait sans force.» BÉDARRIDE: *Du dol et de la fraude*, v. II, p. 449.

(35) DALLOZ, v. XXXVI, p. 896, n. 7.

ampliar a outras eventualidades, além das «explicitamente previstas e nominativamente enumeradas» no texto. ⁽³⁶⁾

O art. 783 do Código do Processo Civil, na Itália, é equivalente: «A autoridade judiciária e os oficiais do ministério público são civilmente responsáveis: 1º Quando no exercício das suas funções forem acusados de dolo, fraude, ou concussão; — 2º Quando recusem decidir acerca do requerido pelas partes, ou se desleixem de julgar, ou concluir os feitos, que hajam de ser decididos; — 3º Nos demais casos, *que a lei declarar*». ⁽³⁷⁾ Em verdade as quatro espécies da lei francesa se reduzem a estas três, limitativamente particularizadas: *dolo*, *denegação de justiça* ou *especialização formal na lei*. Mas todas elas se condensam numa fórmula cabal: o juiz não é civilmente responsável senão nos casos nomeados em lei.

Aqui avulta em caracteres gigantescos a diferença incomensurável de países, onde ainda os Bonapartes sabem o valor da magistratura, e lhe rodeiam de augustas garantias a dignidade, para outros, onde a toga se vê ludibriada, pelo capricho de todas as

(36) *Ib.*, n. 8.

Mais les juges jouissent d'une double garantie et quant au fond et quant à la forme de la procédure. «Les actes du juge», dit la cour de Cassation, «quand ils se rattachent à l'exercice de ses fonctions, ne peuvent engager sa responsabilité que dans les cas expressément prévus par la loi qui a introduit la voie extraordinaire de la prise à partie; d'où il suit qu'aucun acte du ministère du juge ne peut autoriser une poursuite personnelle contre lui, à moins qu'il ne soit au nombre de ceux que l'art. 505 C. pr., a pris soin de déterminer d'une manière limitative.» LAROMBIÈRE: *Obligations*, v. VII, p. 549-50.

(37) MATTIROLLO, v. IV, p. 1139, n. 1283.

«Del resto è fuori di dubbio che i casi indicati nel citato articolo sono tassative e le autorità giudiziarie non possono essere responsabili per casi diversi da quelli *indicati* testualmente nella legge. La giurisprudenza è concorde.» GIORGI: *Teoria delle obbligazioni*, v. V, p. 309.

ditaduras, grandes e pequenas. Ali até para a responsabilidade civil, no magistrado, se exige a prescrição explícita da lei. Aqui se estabelece a responsabilidade penal por inferências tecidas sobre expressões vagas de um texto, que não a menciona. Ao passo que um princípio absoluto de hermenêutica interdiz, em matéria criminal, a interpretação ampliadora ainda para os delitos comuns, quer-se agora, mediante esforços de lógica sutil, criar para a magistratura uma responsabilidade criminal. Joga-se assim com a dignidade e independência da justiça, sob um regímen, cujas leis lhe confiaram as funções mais eminentes da sua constituição, ao passo que, em modestas repúblicas, onde a missão do juiz é infinitamente mais humilde, as leis hesitam em lhe tocar como num arminho. «A ação contra os juizes não tem exemplo em nossos fastos judiciários», dizia o relator do Código do Processo Civil genebrino. ⁽³⁸⁾

Se há princípio absoluto em Direito é o da responsabilidade civil pelo dano, imposta ao seu autor. Entretanto, as legislações mais adiantadas e os jurisconsultos mais eminentes submetem esse preceito às maiores reservas, no caso de prejuízos ocasionados por atos de um juiz. Em comentário ao art. 1.151 do Cód. Civil italiano, que consagra essa responsabilidade numa disposição amplíssima, escreve um dos luzeiros do saber jurídico naquele país, considerando a aplicabilidade desse texto ao dano causado por atos judiciais: «Seria, porém, conveniente deixar que esta ação civil coubesse *em todo caso de dano produzido por juiz*, e se exercitasse pelos trâmites usuais do Direito comum? A máxima parte dos legisladores responde negativamente. O decoro, a dignidade da

(38) «*L'action contre les juges est sans exemple dans nos fastes judiciaires*». BELLOT. Ap. MATTIROLO, v. IV, p. 1127, n. 1265.

magistratura, a índole especial do poder, que se lhe confia, aconselharam uma derrogação do Direito comum. *Considerou-se, e justamente, ser necessário* premunirem-se os magistrados contra acusações intemperantes, originárias de ressentimentos pessoais, e, portanto, especificar as causas, pelas quais *excepcionalmente* se permite aos particulares intentarem ação civil contra magistrados... Daqui decorrem duas consequências importantes: a) que, tirante o caso supra-referido» (*peculato, concussão, corrupção, ou abuso de autoridade*), «em que o fato do magistrado reveste caráter de delito, e, por isso, se lhe institui juízo penal, a ação civil do particular, para se ressarcir do dano, é inadmissível, não sendo proposta nas formas especiais e ante a autoridade competente, de acordo com os arts. 785 e seguintes do Código do Processo Civil; b) que a ação civil por dano só se pode mover nos casos *taxativamente* fixados em lei». (39)

Os casos de dolo, fraude, ou concussão estão definidos em todos os códigos modernos. Do *abuso de autoridade* ocupar-nos-emos, oportunamente, ao discutir a face penal da questão, mostrando a ausência, na espécie vertente, dos caracteres, que o constituem. A denegação de justiça é, por sua vez, um delito nitidamente definido, que não tem relação com a especialidade deste estudo. As contingências aludidas no art. 505, n. 3, do Código de Processo

(39) MATTIROLI, v. IV, p. 1129.

«Il secondo privilegio» (della garanzia giudiziaria) «ristringe la responsabilità tassativamente a quelle colpe che sono indicate tassativamente dalla legge: cioè, al dolo, alla frode, alla concussione; nonchè al rifiuto di provvedere sulle domande delle parti. *E qui veramente lo scopo della legge si fa chiaro. VUOL SOTTRARRE IL GIUDICE ALLA RESPONSABILITÀ DELL'ERRORE GIUDIZIARIO*». GIORGI: *Delle obbligazioni*, v. V, p. 308, n. 205.

Civil francês ⁽⁴⁰⁾, em que a lei particularizadamente declara os juizes sujeitos a perdas e danos, são peculiares ao Direito daquele país. As hipóteses de ação civil, por explícito preceito da lei, formalmente designadas no Cód. do Processo Criminal francês, arts. 77, 112, 164, 271, 370 e 595, têm exclusivamente por fim defender a liberdade individual contra a violação das formas, que a protegem, assegurar a moralidade dos depoimentos, e garantir, em geral, a autenticidade das sentenças. ⁽⁴¹⁾ Eis o círculo da ação civil contra os magistrados. Abrange, como se está vendo, uma área mais vasta que a da ação penal, incluindo todos os casos desta e muitos, a que esta não se estende. Contudo, a nenhum deles quadraria o da responsabilidade criminal, inventada, em terras do Rio Grande, contra o recorrente.

Essa exceção aberta, em favor da magistratura, ao princípio geral de Direito comum, que associa à culpa a responsabilidade, essa exceção, verdadeiro progresso da jurisprudência moderna ⁽⁴²⁾, é o que se chama, na França e na Itália, a *garantia judiciária*. Ela não elimina, para os juizes, a responsabilidade, comum a todos os que, em países constitucionais, exercem alguma parcela da autoridade pública; mas cede à evidência de que não pode ser regulada pelo mesmo modo que a de outros cargos ⁽⁴³⁾ a responsabilidade legal, em um ministério, «no exercício de

(40) V. p. 113 deste memorial.

(41) DALLOZ: *Répert.*, v. XXXVI, vº *Prise à partie*, n. 9, 24, 28, 20.

(42) GIORGI: *Obbligazioni*, v. V. p. 305.

(43) «Tra i pubblici ufficiali si devono altresì annoverare i magistrati. Dovranno ancor essi essere responsabili dall'operato loro? Non v'ha dubbio se si ha riguardo all'importanza delle mansioni da loro esercitate. Però dessa responsabilità vuole essere regolata alquanto diversamente da quella degli altri pubblici ufficiali.» UGO: *La responsabilità dei pubblici ufficiali*, p. 253.

cujas funções o erro as mais das vezes outra coisa não é que o efeito da diversidade de pareceres em matérias controversas. ⁽⁴⁴⁾ «Acumule no entendimento o juiz todas as leis positivas, quem poderá jamais acautelá-lo de interpretações transviadas? quem o guiará nas questões indecisas, no silêncio das leis, na crítica sempre espinhosa das provas? Tão provável se antevê aos legisladores de todos os tempos o erro judiciário, que sempre instituíram meios, para impugnar as sentenças, criando uma organização de tribunais superiores e inferiores, com o desígnio de que uns emendem os desacertos dos outros. E, pois que, de outro lado, a primeira cogitação de quem perde uma demanda é criminar, pelo menos de imperícia, o julgador, todos enxergam a que perigos ficariam expostos os magistrados judiciários, se fossem civilmente responsáveis pelas suas sentenças, quando revogadas e corrigidas na instância superior, a que perturbações e conflitos se acharia destarte aventurada a administração da justiça.» ⁽⁴⁵⁾ Óbvio é que esse perigo seria infinitamente mais grave, em se tratando, como no caso vertente, não de uma reparação civil, mas de uma repressão penal, não de sentenças contra interesses particulares, mas de julgados contra atos do poder político, não de uma decisão censurada em grau de recurso, mas de um juízo, a que adrede não se opôs o recurso legal.

Evidentemente, pois, na espécie atual assume caracteres insólitos e inauditos a violação da garantia judiciária. Por ela, no tocante aos atos da magistratura, a responsabilidade é a exceção, a regra é a irresponsabilidade, e esta não cessa, senão «quando o magistrado chega ao ponto de conculcar com deli-

(44) GIORGI: *Obbligazioni*, v. V, p. 305.

(45) *Ib.*, p. 306.

berado propósito os direitos das partes». ⁽⁴⁶⁾ Contra os inconvenientes, que poderiam nascer do reger-se assim a responsabilidade dos magistrados, «temos várias precauções robustas: a solenidade do processo judicial, a audiência inevitável de uma e outra parte, a publicidade, a coletividade, a motivação das sentenças, os vários graus da jurisdição. De outro lado mais difíceis são os abusos possíveis à autoridade judiciária do que os que pode perpetrar o Poder Executivo. Isso precisamente em virtude das garantias, que se acabam de indicar; porque o Poder Executivo opera de iniciativa própria, ao passo que o judicial não tem iniciativa, e porque a autoridade judicial não dispõe daquelas faculdades discricionárias, que necessariamente competem à autoridade administrativa». ⁽⁴⁷⁾ Mero executor da lei escrita, o juiz não a pode violar, senão por erro na inteligência dela, ou propósito criminoso de transgredi-la. No primeiro caso o desacerto, filho do entendimento, encontra a sua emenda nas vias de recurso. Só se oferece que punir, portanto, no segundo, onde há obra da vontade. Por isso não é responsável o juiz (civil ou criminalmente) senão quando procede com dolo, a saber, «quando infringe o direito do litigante, com a consciência de infringi-lo». ⁽⁴⁸⁾ Essa vontade

(46) «Non v'ha poi dubbio che l'irresponsabilità del magistrato deve aver un limite, e deve cessare nel caso di dolo. Quando il magistrato arriva al punto di conculcare i diritti dei privati con deliberato proposito, la legge lo deve colpire.» Ugo: *op. cit.*, p. 254.

(47) *Ib.*, p. 253-4.

(48) «... il magistrato. E costui adunque responsabile solo quando opera con dolo, cioè quando viola il diritto del litigante avendo la coscienza di violarlo.» GALDI, PISANELLI, MANCINI e SCIALOJA: *Commentario del codice di procedura civile*, v. VI, p. 586, n. 1203.

«È parimente fuori dubbio che un errore di fatto, qualunque importanza esso abbia, non può dar luogo all'azione di cui ragioniamo» (all'azione civile contro il magistrato). «Lo stesso e da dire per l'errore di diritto, cioè per la violazione o la falsa applicazione della legge.» *Ib.*, n. 1206.

da injustiça consciente é, no Direito civil e no Direito penal, o *dolo*.

Excetuados os casos particulares, cujo caráter de responsabilidade nasce da menção especial que o legislador lhes consagra, a feição essencial, comum a todos os outros, é essa: o *dolo*. E que se deverá entender por esta palavra? Deixá-la-emos explicar por uma autoridade das mais respeitadas, no seu comentário ao art. 783 do Código do Processo Civil italiano: «*Dolo vem a ser omnis calliditas, fallatia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita*. (L. 1^a, § 2.º, Dig., *De dolo malo*.) Várias e encontradas podem ser as causas e formas do dolo. O ódio, ou amor, para com uma das partes, a submissão a recomendações de poderosos, o interesse pessoal, a corrupção vêm a ser outras tantas origens possíveis da ação má, cientemente praticada pelo magistrado. E o procedimento doloso pode insinuar-se em indeterminável cópia de atos: na subtração de um documento, por exemplo, na alteração do depoimento de uma testemunha, ou das respostas ao interrogatório de uma das partes, no atraso, de que resulte a perda ou comisso de um direito, ou na sentença, que de indústria se pronuncie contra a lei, ou a justiça». ⁽⁴⁹⁾

(49) MATTIROLO, v. IV, p. 1139, n. 1283.

«In più maniere il giudice può commettere dolo o frode; v'e dolo quando giudica contro la giustizia, per odio od affezione verso una delle parti; per deferenza a raccomandazioni autorevoli; per interesse personale o per corruzione; e può tradurre questi suoi sentimenti o nell'alterare scientemente la risposta di una parte, la deposizione di un testimoniaio, il senso o il valore di un titolo, nel farlo disparire, e via dicendo. La frode e la concussione non sono che una specie del dolo, ossia una determinazione speciale del genere dolo, e già nel diritto romano erano considerati como sinonimi il *dolus malus* e la *fraus*, onde *Ulpiano* diceva: *inest et dolo fraus*». Leg. 7, § 10. D. de pactis. SAREDO: *Istituzioni di procedura civile ital.*, v. II, p. 361-2, n. 1302.

Em vista do princípio romano, segundo o qual *lata culpa dolo equiparatur*, ventilaram os jurisconsultos, no tocante à responsabilidade profissional dos magistrados, se a culpa grosseira pôderia determiná-la. DALLOZ, combatendo uma decisão francesa, responde energicamente que não. «Se é certo que a máxima *lata culpa dolo equiparatur* seja aplicável, em geral, nos casos ordinários de responsabilidade civil, não se segue que deva sê-lo em matéria, onde tudo é de Direito estrito, nem se trata só de reparação pecuniária, ou perdas e danos, *mas de uma questão de ordem pública*. Segundo a lei romana a culpa só era comparável ao dolo, em relação ao magistrado, quando este procedesse com intenção dolosa, movida por sentimentos de favor, vingança, ou inimizade. (L. 18, Dig., *De jud.* L. 2 Cód. *De poen jud. qui male jud.*) Se a ordenação de Blois e a de 1667 faziam responsáveis os magistrados pelos seus erros, tais preceitos, resquício do uso que compelia os tribunais a descerem à arena, para defender os seus julgados, não eram observados pela jurisprudência. Em LOUET, letra O, sumário 3, se nos deparam, com efeito, vários arestos, nos quais não se admitia a ação civil contra magistrados, *que tinham julgado abertamente contra disposição formal* de um regulamento, se tinham obrado sem dolo, nem fraude. No mesmo sentido se decidiu, aplicando a lei romana, que um juiz só pode ser sujeito à responsabilidade civil, quando *plenamente convencido seja de haver sentenciado por ódio, favor, ou corrupção*. (Câm. civ. 16 mess., an. 3) Aliás o disposto na ordenação de Blois e nas de 1667 não se reproduziu no código de brumário ano IV, e o princípio, que lhes serve de base, afigura-se-nos virtualmente condenado pelo art. 505 do Código do Processo. De fato esse artigo, autorizando esta ação unicamente para os casos, que

por enumeração expressa determinou, e admitindo-a em termos limitativos nas hipóteses de dolo, fraudê, ou concussão, *evidentemente a repele nos de erro*. É o que, demais, claramente resulta dos discursos do orador do governo e do orador do tribunate, ambos os quais se pronunciaram a uma voz quanto à necessidade de circunscrever em limites precisos e nítidos a ação civil contra os juizes e nada fiar do arbítrio, num assunto que em tão alto grau toca à honra da magistratura. *Quão perigosa e cruel, realmente, não seria a função do juiz, tendo que responder ainda pelas falhas do seu entendimento!* Certo que, se a aplicação das leis fosse sempre singela e fácil, poderia reputar-se culpa grosseira o *judgar mal*. Mas ninguém ignora que de vezes se sentem enleados os melhores espíritos, no discernir o justo do injusto, e enxergar a verdade, quase sempre obscurecida pelos pleiteantes. Ninguém ignora, ainda quão complicado é o estudo da legislação, e a que ponto os raciocínios de um arrazoado hábil dificultam a aplicação dos textos. Qual não será a situação do magistrado, a quem, após os seus trabalhos, só se oferecessem as agressões de litigantes agastados pelo despeito e pelo rancor, com o direito de o responsabilizarem pelos erros do seu critério e da sua razão! Nós opinaríamos, portanto, com M. CARRÉ, que o julgado errôneo não autoriza a ação civil, exceto sendo tão crasso o erro, que só a prevenção o pudesse inspirar». ⁽⁵⁰⁾ A gravidade da culpa, em suma, conclui o famoso repositório do Direito francês, não justifica de per si só o uso da ação civil contra o magistrado: independentemente da seriedade da culpa, é mister que exista, averiguada, a intencionalidade, isto é, a consciência maligna do abuso cometido, o ânimo descoberto de rasgar a lei.

(50) DALLOZ: *Répert.*, v. XXXVI, p. 899-900.

Em Itália a jurisprudência é quase de todo acorde no mesmo ponto. ⁽⁵¹⁾ Salvo casos excepcionais designadamente miudeados nas leis, a culpa do juiz, «*per quanto lata*», não dá lugar à responsabilidade do culpado para com a parte. ⁽⁵²⁾ O projeto belga traslada a mesma disposição do Código francês e do

(51) MATTIROLI, v. IV, p. 1142.

«Si è disputato se la colpa lata rende responsabile il giudice, e, poichè *culpa lata dolo oequiparatur*, vi fu taluno, che sostenne l'affermativa, la quale potè sembrare plausibile in Francia, anche perchè un'antica ordinanza di Blois concedeva l'azione contro il giudice per colpa manifesta. Perciò si vide la Cassazione di Parigi adottare da principio questa dottrina rigorosa, e autorevoli giureconsulti, come CARRÉ, MERLIN, FAVART e PONCET prestarvi i loro assentimento; ma la Cassazione stessa non tardò a ritornare sopra i suoi passi, e a stabilire una giurisprudenza contraria. (Cass. 25 ag. 1825, SIREY, 26, I, 181; 17 jul. 1832, *ivi*, 32, I, 484; cass. 24 maio, 1842, *Pasicr. franc.*, 42, I, 920.) Se tale cambiamento non piacque allo CHAUVÉAU, che ne mosse aspra censura, noi, con tutto il rispetto all'illustre procedurista, scorgiamo nel suo assunto l'avvocato devoto alla causa, anzichè lo scrittore fedele al pronunciato della scienza; poichè CHAUVÉAU fu per l'appunto il difensore dell'antica dottrina innanzi alla Cassazione, quando essa cambiò giurisprudenza.

«Ammettendo la responsabilità per colpa grave, non è chi non veda a quale conseguenza si andrebbe incontro. Si aprirebbe l'addito a quegli inconvenienti, che la legge volle appunto evitare. Chi saprebbe mai dividere con taglio netto le colpe gravi da quelle leggieri, e *segnare la linea da cui ogni colpa comincia ad essere grave?* Parrà chiara a taluno una legge, che per altri rimane oscura; parrà imperdonabile tale negligenza agli occhi di un moralista severo, mentre sembrerà fallo perdonabile ad altro meno rigoroso. Perciò in Italia la dottrina di CHAUVÉAU già abbandonata anche in Francia, non ha trovato mai credito, non ostante una sentenza dell'antica Corte di Nizza, che tentò in vano d'introdurla tra noi.» GIORGI: *Delle obbligazioni*, v. V, n. 205, p. 309-310.

«... Nel dirimere le varie questioni sulla interpretazione della legge, devono (i magistrati) avere piena libertà, e non l'avrebbero, se per una interpretazione che essi vogliono dare alla legge, e che si discosta alquanto dalle opinioni comunemente seguite, potessero temere di venire tacciati d'ignoranti e condannati a risarcire il danno arrecato. La stessa ragione milita per non doversi dichiarare i magistrati responsabili neppur per colpa grave... Per quanto la colpa grave, la mancanza della più usuale diligenza, si avvicini al dolo, tuttavia non è ancor dolo. E vi è differenza, fra chi cagiona danno per mancanza di diligenza sia quest'anche la più usuale, e quello che lo cagiona con deliberato proposito.» UGO: *Responsabilità dei pubblici ufficiali*, n. 239, 240, 249, p. 253 e 257.

(52) *Ib.*, p. 1144.

italiano, calando apenas, por escusada, a concussão; e o relator, a esse propósito, considera: «Mantendo este dizer (*dolo ou fraude*), a comissão descobre claramente o fito de não assimilar ao dolo a culpa, seja qual for a sua gravidade, a menos que a lei encerre prescrições formais e especiais, derrogando o princípio exarado neste. O sistema contrário seria, para os magistrados, fonte inexaurível de vexames.» ⁽⁵³⁾

Ora, ao passo que entre as nações, onde a cultura jurídica é mais elevada, a jurisprudência, em derrogação à lei geral de conexidade, que associa sempre ao dano a responsabilidade civil, não na admite em atos da magistratura, senão quando manifeste o intento de violar a justiça, de favorecer, ou lesar, de servir, ou desservir, o aresto rio-grandense acaba de lançar as bases de uma escola, para a qual na aplicação inexata de uma função por ela mesma reconhecida aos juizes se verificam hipóteses de responsabilidade penal, se realiza o crime de *abuso de autoridade*.

Reza a sentença, em bárbara e quase ininteligível linguagem, que reproduzimos *ipsis litteris*.

Atendendo a que o caso sujeito de violação de lei contra a boa ordem e administração pública, vindo figurado com a questão de atribuição suscitada, fica assim mais preciso e diversamente previsto, para não ser compreendido na generalidade do § 1º do art. 207 do Cód. Pen., resultando ser o fato propriamente de abuso de autoridade, ou, diga-se, de excesso no exercício de função judicial conforme já foi classificado para a acusação (art. 226); não sendo a hipótese tão-somente de omissão (art. 210), nem de mera infração de regra do processo, com dano público e particular, embora (art. 211, § 2º); ...acordam.

(53) ALLARD: *Rapport*, p. 334. — Ap. MATTIROLLO, v. IV, p. 1.142,n.

Se há meio de tirar em vernáculo esta aravia, o considerando transcrito poderá verter-se assim: tendo o réu violado a lei, em detrimento da boa ordem e administração pública, e suscitando-se, no caso, a questão de atribuição, o fato é de abuso de autoridade, ou excesso no exercício de função judicial. Não há, como se vê, caráter de raciocínio neste apontado de sentenças sem relação lógica, nem subordinação dedutiva. Parte da existência do crime, sobre que se discute, para concluir pela sua realidade, que se nega. O que se contesta é precisamente a infração da lei em prejuízo da ordem pública, estofo jurídico do delito argüido. Entretanto, a sentença, para o provar, começa dando-o por provado. Suscitada a questão de atribuição, discorre o excêntrico argumento, o fato é de abuso de autoridade e excesso dela. Seria necessário, para isso, confundir o uso incorreto de uma atribuição com a aplicação dela a matérias não compreendidas na sua alçada. Se o juiz tem o dever de recusar observância às leis inconstitucionais, declarando inconstitucional uma lei, não pode, em hipótese nenhuma, exceder o limite da sua atribuição. Será mal avisado no seu uso, quando considere inconstitucional uma lei, que o não seja; mas não terá transposto jamais as raias do seu poder.

Se se reconhece competente o magistrado, para determinar quando o ato legislativo é, ou não, constitucional, como se conceberá que, no declarar inconstitucional um ato legislativo, ultrapasse jamais o círculo das suas funções?

Mas, objetarão, era constitucional a disposição, que ele capitulou de inconstitucional. Nesse caso, porém, o que se dá, não é *demasia*: é erro.

A prevalecer doutrina contrária, entrariamos num campo de absurdos infinitos. Se aplicar mal uma

função é excedê-la, todos os erros judiciais poderiam reduzir-se a abusos de autoridade. Esta não se põe em movimento, não pratica um ato, não resolve acerca de um ponto, máximo, ou mínimo, seja qual for, *sem exercer uma atribuição*. E, se exercer uma atribuição erroneamente, é excedê-la, todo erro, no administrar, ou no julgar, é excesso de poder.

Em toda a parte os abusos de autoridade são entidades penais nitidamente definidas, para não se deixar a interpretações requintadas o direito de criar, sob essa rubrica, um régimen de impertinências, ameaças e vexames, que manietaria por todos os lados o exercício legítimo do poder. O *nomen criminis* vem da legislação francesa, onde o Código Penal, desde 1810, estabeleceu o Direito vigente ainda hoje naquele país. Ali se distribuem os abusos de autoridade em duas classes: *contra os particulares e contra a coisa pública*. Abusam da autoridade os funcionários contra os particulares, quando lhes entram ilegalmente no domicílio, quando lhes denegam justiça, quando perpetram violências contra as pessoas, quando violam a correspondência particular. (Arts. 184-187) Contra a ordem pública se verifica o abuso de autoridade (arts. 188-191), nos casos de ordem ou requisição tendente ao emprego da força pública, a fim de obstar à execução de uma lei, à cobrança de uma contribuição, ou ao efeito de uma ordem regular. ⁽⁵⁴⁾ São casos de inversão formal das atribuições confiadas ao agente da autoridade, que não admitem ampliação, ou restrição hermenêutica, em dano ou benefício do acusado.

(54) GARRAUD: *Dr. pénal*, v. III, p. 419-20, 464-6. — CHAIVEAU e HÉLIE: *Th. du code pén.* (ed. NYPLES), v. I, n. 1887, 1934. — DALLOZ: *Répert.*, v. XXVI, p. 4 e segs.

Há, no Código Penal italiano, um capítulo, cuja inscrição corresponde à da secção, em que, entre nós, figura o art. 226. Diz-se aqui: «*Excesso ou abuso de autoridade e usurpação de funções públicas.*» E ali: «*Dell'abuso di autorità e della violazione dei doveri inerenti ad un pubblico ufficio.*» Sob esta epígrafe o legislador italiano encerra: o abuso de uma função, contra direitos de outrem, mediante a prática de atos arbitrários, ou a ordem de os cometer, e bem assim a excitação a transgredir a lei (art. 175); o patrocínio oficial de interesses privados (art. 176); a ilícita revelação de segredos oficiais (art. 177); a omissão ou denegação dos deveres do cargo, sob qualquer pretexto (art. 178); a indocilidade dos agentes da força pública a requisições da autoridade competente (art. 179); a inatividade ou omissão em comunicar a autoridade competente fatos de caráter criminoso, em casos de ação pública (art. 180); o abandono de emprego (art. 181).

Dessas infrações, a única susceptível de ser praticada por um funcionário da ordem judicial é a primeira, na qual incorre o funcionário, que, «abusando do seu cargo, ordena, ou comete *contra os direitos de outrem* algum ato arbitrário não previsto como delito por uma disposição especial da lei». Esta cláusula, porém, é, como se vê, simplesmente protetora dos direitos individuais contra os desmandos da autoridade. Em não se verificando esse requisito, só constituem crime os abusos desta *especialmente previstos* na lei. Os outros textos do código italiano, onde se fala em exercício abusivo da autoridade, são: o art. 147, concernente ao funcionário, que, «com abuso das suas funções, ou preterição das formas legais», priva alguém da liberdade pessoal; o art. 158, relativo ao funcionário, que, nas mesmas condições,

viola o domicílio particular; o art. 169 e o art. 170, especial ao funcionário, que, «abusando do seu ofício», extorque dinheiro, ou valores de outra espécie. Em todos esses casos o excesso assume as proporções grosseiras de atentados do gênero mais grave e do caráter mais inequívoco: concussão; violação de domicílio; prisão arbitrária. Empenhado em atalhar o arbítrio do poder, o texto corta pela raiz o arbítrio dos intérpretes.

A disposição ampla, que, no código italiano, abrange todos os abusos de autoridade inominados, é, porém, a do art. 175, acima reproduzida. Depois de se ocupar em geral com as ofensas aos direitos dos cidadãos, e em particular com os atentados à liberdade individual, essa disposição abrange as arbitrariedades cometidas pelo funcionário «em prejuízo de qualquer direito, sem distinção entre a liberdade e os outros assegurados ao cidadão em um Estado civilizado e livre». ⁽⁵⁵⁾

Ora, a provisão do art. 175 no código italiano é justamente a que corresponde à do art. 226 no nosso. Com efeito, ao passo que, no primeiro, o legislador fulmina indistintamente o abuso das funções pelo funcionário, no segundo se pune o funcionário, «que exceder os limites das funções próprias de emprego». A fórmula brasileira é equivalente à italiana; porquanto, se indagarmos «que coisa se entenda por abuso das funções em um funcionário público», teremos de concluir que «abusa das suas funções o fun-

(55) «...nell' art. 166 (ora 175) la cui disposizione è... una grande garanzia si dell' individuo che della società contro quasivoglia atto arbitrario per qualunque fine commesso e con lesione di ogni diritto, senza distinzione tra la libertà e gli altri diritti, assicuratti al cittadino in uno stato civile e libero». *Relazione della Commissione della Camera*, 1888.

cionário que opere fora dos limites a ele assinados na lei.» ⁽⁵⁶⁾

O pensamento daquele legislador, ao redigir o art. 175 do Código Penal italiano, deve, portanto, servir de lume à intenção do nosso na fraseologia do art. 226. Ora, eis como o ministro ZANARDELLI, submetendo o seu projeto à Câmara dos Deputados, se exprimia acerca do art. 175, então designado pelo número 166: «Encerra o primeiro artigo do cap. IV uma disposição geral e complementar, concebida com o fim de reprimir todos aqueles abusos, cometidos pelos funcionários públicos em detrimento *do direito de outrem (contro l'altrui diritto)*, que não se acharem contemplados em disposição especial de lei. Como nem todos os abusos, que se podem cometer por funcionários públicos, estejam designadamente previstos e reprimidos pelo código, justo é, para evitar deploáveis lacunas, que uma norma geral venha prover a todas as contingências possíveis. Bem talhado parece, pois, este lugar para essa disposição, por dois motivos: primeiramente, porque, incluída no título dos delitos contra a liberdade, seria nimiamente acanhado o círculo dos abusos, a que esse texto se referiria; em segundo lugar, porque, prejudicando o *livre exercício dos direitos individuais*, os abusos, a que se quer acudir, lesam sempre a administração pública, visto ser o instrumento da lesão o abuso dessa autoridade, cujo prestígio ele abala.» ⁽⁵⁷⁾

Por sua vez a comissão da Câmara, adotando as idéias do ministro guarda-selos, projetou ainda

(56) «Abbiamo già spiegato che cosa s'intenda per abuso delle funzioni in un pubblico ufficiale. Abusa delle sua funzione quell' ufficiale che opera fuori dei confini delle funzioni che gli sono dalla legge assegnate». NEGRI: *Dei delitti contro la libertà*. — P. COGLIOLO: *Completo trattato di diritto penale*, v. II, part. I, p. 464.

(57) ZANARDELLI: *Relazione ministeriale*, XCII.

sobre o desígnio legislativo o art. 175 este raio de luz: «Até aqui os códigos vigentes, na Itália, com particularidade o toscano, limitavam o título de abuso de autoridade a uma só série de delitos: os perpetrados contra a liberdade pelos funcionários públicos; entretanto que os abusos, a que deve atender o legislador com adequadas sanções penais, *além da liberdade, podem ainda ofender outros direitos individuais (possono ledere, non solo la libertà, ma anche altri diritti individuali)*, e ofendem sempre a pública administração.» ⁽⁵⁸⁾

A cláusula do art. 175 do código italiano e, como essa, a do art. 226 no código brasileiro, derivação daquele, consideram os abusos de autoridade, enquanto atentatórios de direitos individuais não contemplados nominativamente como objeto de delitos classificados sob designação especial. Não se postergando um direito, não se verifica o abuso de poder na acepção desse texto. E é essa a única interpretação capaz de substituir a indefinida elasticidade das conjecturas por um critério positivo e infalível. Determinada uma função pública, se ela confina por qualquer parte com o terreno de um direito, fixado ali ou alhures, a linha fronteira desse direito baliza a raia terminal da atribuição, que com ele entende. Transpondo essa divisória, o funcionário «excede os limites das funções próprias do emprego». Num vasto número de casos as contingências possíveis desse gênero de invasão já se acham previstas em cláusulas especiais. Mas, como, apesar da longa enumeração consagrada, nos arts. 207 a 223, a essa categoria de crimes, poderiam, em todo caso, ocorrer hipóteses omitidas na série, a generalidade do art. 226 esta-

(58) VILLA: *Relazione della commissione della Camera dei Deputati*, CXLII.

beleceu providentemente a repressão comum a todas elas.

Se, porém, não houve direito lesado, nem a espécie cabe em alguma das inscrições peculiares, a que se ajustam caracteristicamente os crimes da autoridade judiciária (Cód. Pen. 1. II, tit. V, c. un., secçs. I-V), a infração cometida pertencerá ao número desses abusos «não bastante graves, para merecerem castigados como delitos» ⁽⁵⁹⁾, se em lei especial não tiverem a repressão apropriada.

O fato de proceder contra a lei, não se podendo classificar nalguma dessas categorias, isto é, não tendo averbação criminal em cláusula expressa, ou não incidindo, por qualquer ofensa do direito individual, no excesso de poder, que o art. 226 contempla, só constituirá delito, se a lei em questão for violada *literalmente*. É a prevaricação figurada no art. 207, § 1º: «Julgar ou proceder contra *literal* disposição de lei». Assim como notou de crimes os atos do funcionário, que transgredissem *literalmente* a lei, o código teria qualificado as infrações *não literais*, se também as quisesse reprimir. São correlativas as duas idéias. O legislador não podia cogitar na primeira, sem abranger forçosamente no campo da visão mental a segunda. Logo, se se absteve de nomeá-la, é porque de intento a desprezou: *inclusio unius, exclusio alterius*.

Intimamente associadas, como são, as duas entidades, a lei não podia contemplar especificadamente a primeira no art. 207, sob o aspecto do atentado «contra literal disposição de lei», para envolver *vagamente* a outra na fórmula de «exceder o limite das funções próprias do emprego». As duas hipóteses

(59) «... che siasi commesso per parte di un pubblico ufficiale un abuso di autorità abbastanza grave da meritare di essere represso come reato». CRIVELLARI: *Concetti fondamentali di diritto penale*, p. 437.

representariam dois graus na escala do mesmo desvio: proceder contra *literal* disposição de lei, e proceder contra disposição de lei *não literal*. As duas classificações deviam seguir-se, pois, uma à outra, como notações sucessivas e variantes inseparáveis do mesmo conceito. Não se conceberia a sua separação, e ainda menos a diferença do seu enunciado em expressões tão discordemente variadas.

É que, muito de propósito, o legislador não quis submeter a consciência do funcionário, particularmente a do juiz, a um regímen de censura cominatória, expondo-a à contingência da responsabilidade penal por fatos de mera interpretação de lei, quando esta, pela sua literalidade, não excluísse a inocência no erro. «Ai de nós», exclama um grande criminalista, «se toda sentença iníqua fosse um delito no julgador. A ignorância e o erro são a escusa inevitavelmente conexas às violações do direito, que por este meio se consumam. E, conquanto o ilustre TOMMASEO denominasse juízes malfeitores os que mal julgam, ainda não sendo este efeito obra de sua malícia, essa frase há de considerar-se como um jeito de dizer, e não no positivo sentido jurídico. Releva, por isso, notar neste caso outra exceção à regra, com excessiva generalidade ensinada como absoluta, de que o *erro de direito não absolve*. Já desta regra aludi a uma limitação no erro em *Direito civil*. Mas na hipótese de um juiz, que, por exemplo, ordenasse uma encarceração ilegítima, *procedendo assim por errônea interpretação de um artigo de lei*, o erro versaria sobre *Direito penal*; e, todavia, com existirem no fato os elementos de uma *prisão arbitrária*, não incorreria em castigo esse funcionário, atenta a defesa de boa-fé e ausência de dolo. Deste modo, em termos análogos,

vi julgar pela corte de Gênova, no caso de uma busca ilegal, operada por um funcionário induzido em equívoco na interpretação da lei.» ⁽⁶⁰⁾

Por que se estabeleceram os recursos das sentenças, senão por se haver reconhecido não haver outro meio sensato de emendar os desacertos da magistratura no ofício de interpretar e aplicar as leis? Por que, em vez de associar a cada erro judiciário a pena de responsabilidade, se lhe abriu simplesmente o caminho da revisão na outra instância, ou na mesma, senão por ser evidente que o erro do juiz não é sensatamente responsabilizável. E, se não se pode admitir ação contra o juiz por deslize da verdade na inteligência do Direito, em que outro critério, a não ser a existência manifesta do dolo, a intenção de malfazer, poderá encontrar-se, para o magistrado, o começo da responsabilidade? «Um magistrado independente, já pela inamovibilidade, que desfruta, já pela liberdade de voto, que se lhe assegura, chamado a interpretar e aplicar soberanamente a lei, bem pode acontecer que, cedendo ao instinto, nativo a todo poder, de ampliar as próprias atribuições, se sobreponha à autoridade da lei, substituindo, nas sentenças, pelos seus princípios, critérios e intuitos, o critério e o pensamento do legislador.» ⁽⁶¹⁾ Mas, se, para atalhar contingências dessas, os códigos ligassem às exorbitâncias possíveis do julga-

(60) CARRARA: *Programma*. Parte spec., v. V, p. 97.

(61) «Nostris vero, ac multorum aliorum moribus rarius est, ut iudex male judicando litem suam faciat; eo quod ex sola imperitia aut imprudentia eum non teneri tralatitium est, sed demum ex dolo, qui difficilis plerumque probationis est: male nanque ageretur cum iudicibus, praesertim inferioribus, juris imperitis, si in tam diffusa juris et praxis scientia, in tanta opinionum varietate, tantoque causarum moram non ferentium ac obruentium multitudine, ipsi singularum litium periculo tenerentur obnoxii quoties ipsorum iniqua sententia non a dolo, sed errore, imperitia, vel imprudentia, originem habet». VOETIO: *Commentaria ad Pandectas*, V, 1. 58.

dor a ameaça de sanção penal, intentando evitar os excessos de poder da justiça, o que de fato se teria logrado, era aboli-la. ⁽⁶²⁾

Posta a condição de fraude, ou dolo, juridicamente averiguada, como elemento essencial da criminalidade nos atos da justiça, a independência desta não sofrerá; por isso que a alçada penal, subordinada a esse requisito, gira num círculo de limites precisos, a que as regras estritas da prova não deixam eiva de arbítrio. ⁽⁶³⁾ Mas, desde que o erro venha a cons-

(62) MATTIROLI: *Trattato di diritto giudiziario civile italiano* (4^a ed.), v. 1, p. 101, n. 108.

(63) «Ainsi et par rapport à la prise à partie, le dol consistera dans les machinations ou les artifices qu'un juge se sera permis à l'encontre d'une partie. Il y aura fraude lorsque, *volontairement et dans le dessein de nuire*, le juge aura ouvertement violé la loi qu'il était chargé d'appliquer.

«Le dol peut se réaliser soit dans le cours de l'instruction, soit au moment du jugement; la fraude ne résulte que du jugement lui-même. Ce n'est qu'alors, en effet, que le préjudice qu'elle a pour but d'occasionner se manifeste.

«De là cette conséquence que le fait qualifié fraude, et sur l'existence du quel il ne saurait y avoir doute, peut n'être que le résultat d'une erreur involontaire. Le dol, au contraire, emporte avec lui l'idée d'une intention évidemment mauvaise. En effet, les manoeuvres, les artifices qui le caractérisent ne permettent guère d'équivoquer sur l'esprit qui a dicté les unes ou les autres. Comment le juge pourra-t-il se justifier d'avoir, par des moyens fallacieux, amené la partie à des aveux ou à des concessions qu'elle ne devait pas? D'avoir ajouté ou retranché la déposition des témoins qu'il a entendu? Comment le rapporteur d'un procès innocentera-t-il le fait d'avoir soustrait d'un dossier, ou dissimulé dans son rapport, une pièce décisive pour la partie? D'avoir présenté comme certains des faits qu'il sait être faux? Comment enfin le président, qui après la prononciation du jugement en altère la rédaction en y ajoutant ou en y diminuant, pourra-t-il persuader de sa bonne foi? Chacun de ces faits est trop contraire à la loyauté qu'exigent les fonctions du magistrat, pour qu'on puisse se méprendre sur l'intention qui les a dictés.

«Mais, à la différence de la fraude, le dol ne résultera jamais du jugement, en ce sens que les faits qui le constituent ne ressortiront jamais du rapprochement de celui-ci avec le texte de loi. D'alors, s'il est vrai que la fraude, comme le dol, doit être prouvée, il n'est pas moins certain qu'il y aura dans la preuve offerte cette distinction importante que celle de la fraude devra porter sur l'intention du juge, et celle du dol sur l'existence des faits dont on veut le faire résulter».

BÉDARRIDE: *Traité du dol et de la fraude*, v. II, p. 5-6, n. 453-5.

tituir delito, desde que o excesso, *errôneo e não doloso*, sujeita o seu autor a cominações repressivas, a consciência terá de substituir-se, no juiz, pela obediência, o exame independente da lei pela submissão passiva aos superiores, o espírito do Direito pelo automatismo da hierarquia.

Consideremos, com efeito, praticamente a maneira como atuaria um tal sistema. Até agora a autoridade das sentenças dos tribunais superiores não obriga os juizes inferiores, senão nos litígios em que forem proferidas. Noutros não tem, legalmente, importância coercitiva. Se calarem no ânimo dos competentes, prevalecerão como arestos pela sua solidez. Se não, os tribunais de primeira instância poderão insistir nas mesmas decisões, até que a instância revisora reconsidere a sua jurisprudência, ou esta acabe impondo-se, mercê do seu valor doutrinal, à opinião geral da classe. E, se a liberdade intelectual dos tribunais inferiores, é plena sempre, fora do caso julgado, ainda para os análogos, claro está que, *a fortiori*, dada uma espécie nova, suscitada uma questão sem precedentes, o julgador não tem que consultar senão o seu foro íntimo e o seu saber. Mas, se o erro judiciário passou a ser crime, quando capitulado em excesso de autoridade, e se necessariamente a competência final, para definir, em cada hipótese, o *erro criminoso* reside nos tribunais superiores, toda sentença contrária à opinião destes corre o risco de envolver o seu prolator em ação criminal. O magistrado inferior, portanto, que não se resigne a enfiar uma carreira de suspensões sucessivas, tropeçando a cada passo em processos, terá de reduzir-se a espelho inerte dos tribunais superiores. Ainda nas questões, em que eles tivessem juízo conhecido, cômoda, bem que vil, seria a condição do juiz. Mas

nas questões de emergência nova, nas espécies jurídicas inexploradas, como evitar o perigo, a não ser adivinhando, por arte maravilhosa, as inclinações recônditas da maioria na alta magistratura?

A existência do magistrado seria então um curso intolerável de humilhações e terrores ⁽⁶⁴⁾, enquanto não vingasse o degrau, que leva da passibilidade servil à suprema infalibilidade, da situação de títere à de oráculo, mediante essa transição miraculosa, que, pelo condão do acesso oficial, converteria um juiz sem direito à sua opinião em inquisidor com o sacro privilégio de impô-la. Não seria lógico, em tal caso, eliminar o estágio inferior no processo judiciário, ou circunscrevê-lo à função preparadora, e reduzir a uma só as instâncias, acabando com a superfluidade dos recursos?

Mas não ficam aqui as conseqüências dessa ridícula e desastrosa eversão nas idéias concernentes à responsabilidade da magistratura. Enquanto se não atinar meio de fixar perpetuamente a maioria nos corpos coletivos, o dogma de hoje, nos tribunais superiores, estará exposto a ser a heresia de amanhã, e o erro da véspera a campear de verdade no outro dia. Então, sob a dialética da nova teoria, a sentença proferida pela maioria de um momento poderá converter-se, mais tarde, em caso penal contra os seus membros, chamados a contas pela maioria superveniente. Não há meio de fugir aos corolários de um princípio falso, desde que interesses poderosos se achem empenhados em distendê-lo até às conclusões

(64) «Ben pochi sarebbero coloro che volessero sobbarcasi al grave carico del magistrato, s'essi potessero temere ad ogni istante un'accusa ed essere tenuti al risarcimento anche quando si sentissero incolpabili». GALDI, PISANELLI, SCIALOJA e MANCINI: *Commentario del codice de procedura civile*, v. VI, p. 585, n. 1200.

extremas. Se o erro judiciário pode averbar-se em delito, ao juízo da maioria na instância definitiva, os magistrados, que a compõem, quando ela se inverter, estarão sujeitos a ser colhidos nas malhas da responsabilidade penal anteriormente imposta ao juiz singular. Toda vez que se maligna o Direito, insinuando-lhe noções iníquas, ou insensatas, o dano não pára no serviço fruído pela combinação efêmera, que o inspirou; cada conveniência ulterior, utilizando a semente germinada, extrair-lhe-á quantos atentados a sua fertilidade possa autorizar, embora os autores da novidade queiram limitar-lhe os resultados, e protestem contra o imprevisto dos frutos, que agora combatem, por não lhes aproveitarem. Na crônica dos corpos coletivos, políticos, ou judiciais, não faltam exemplos de reações e depurações, exercidas, no seu próprio seio, por uns de seus membros contra outros, ao alternar das maiorias. E, quando se produzir na magistratura a obliteração do sentimento dos seus deveres, necessária para que ela desconheça no magistrado a liberdade ampla de aplicar a lei segundo a sua consciência ⁽⁶⁵⁾, as minorias, nos tribunais superiores, não se poderão considerar a salvo da invenção perseguidora, forjada contra os juizes singulares. Se o magistrado, *male judicando sola imperitia*, se faz réu, no mesmo crime do juiz singular, pela sentença, que pronuncia, incorre o membro do tribunal coletivo, pelo voto, que dá. E, depois, logo que os tribunais superiores variarem de jurisprudência, onde vai parar a moralidade da jus-

(65) «Le juge a rempli tous ses devoirs envers la société, envers les parties elles mêmes, lorsque, interprétant le fait ou le droit, il a prononcé dans le sens, que sa conscience lui a indiqué comme le plus probable. La pureté de ses intentions, l'indépendance de son caractère sont les seules garanties que la loi pouvait promettre aux justiciables». BÉDARRIDE: *Du dol et la fraude*, v. I, p. 452.

tiça, quando houverem de acarear com as sentenças, em que ela dantes fulminava penas contra os juizes, a cuja opinião acabou por se converter?

Só determina responsabilidade penal, portanto, a interpretação errônea, quando atentatória de disposições literais. Se a disposição não for literal, a matéria é opinativa: pertence ao domínio de fenômenos intelectuais, que não toleram coação, ou repressão; pode ser conscienciosamente objeto de soluções diferentes, ou contraditórias, submetida à apreciação de juizes distintos.

Se em Direito penal a hermenêutica é restrita, não será lícito ao intérprete classificar de delito, sob o rótulo de excesso de poder, atos judiciais não condenados em provisão literal, quando só aos atentados contra disposição literal, e sob um qualificativo diverso, o de *prevaricação*, alude o legislador.

Mas «julgar *contra literal disposição de lei*» (art. 226 do Código Penal) o mesmo é que julgar *contra direito expresso*. E o que esta última expressão signifique, já o definia o código filipino, ainda hoje em vigor: «E é por Direito a sentença nenhuma. . . quando foi dada contra Direito expresso, assim como se o juiz julgasse diretamente que o menor de quatorze anos podia fazer testamento, ou podia ser testemunha, ou outra coisa semelhante, que seja. . . contra direito expresso.» ⁽⁶⁶⁾ *Contra Direito expresso* ou *literal disposição de lei*, julgar, por conseguinte, a sentença, se firmar tese diretamente contrária ao preceito legislativo. Se o juiz declarasse, figuremos, que a comunhão não é o regime legal dos bens entre os cônjuges matrimoniados sem contrato antenupcial, que o casamento não legitima

(66) *Ord.*, 1. III, t. LXXV, pr.

os filhos anteriormente havidos entre os casados, que a maioria não principia aos vinte e um anos; que a hipoteca não grava o imóvel, contradiria formalmente prescrições expressas e literais do Direito positivo; e a decisão pronunciada com esse caráter de antagonismo flagrante à lei, sob a influência de interesses e paixões, não deve ficar impune.

Sob o nosso regímen político atualmente, porém, a cláusula, que veda julgar contra Direito expresso, há de ser entendida ainda com reservas, que lhe limitam imensamente o alcance. Ao magistrado incumbe hoje o dever de opor-se à execução dos textos mais peremptórios da lei, quando envolvidos no curso das questões submetidas à sua autoridade, se esses textos contravierem o Direito constitucional. Entre duas cláusulas, que colidem, a da Constituição impõe-se à obediência do juiz, e obriga o juiz a não obedecer à lei. Da existência dessa colisão é árbitro o juiz. Um poder novo, desconhecido nas constituições onde a legislatura é soberana, dilatou enormemente as funções da magistratura. Com essas funções cresceu, para ela, a necessidade de independência e força. A legitimidade das leis ficou submetida aos mesmos tribunais, onde outrora só se julgava a legitimidade das ações particulares, ou a legalidade dos atos do Executivo. Para suprir às contingências de erro no exercício dessa atribuição melindrosa, constituiu-se este areópago, onde vêm terminar, de todas as justiças do país, pela organização previdente dos recursos, todos os litígios, que se alegue interessarem à Constituição. Só nos casos extremos, portanto, de incompatibilidade *indubitável* entre a decisão de inconstitucionalidade e o texto constitucional, poderá ser criminalmente responsabilizado o prolator da sentença.

A não ser assim, a se admitir que as magistraturas locais, constituídas com a debilidade que se sabe, invadidas e subvertidas tantas vezes pelas revoltas do interesse político, ameaçadas constantemente por opressões irresponsáveis, nulifiquem a resistência constitucional dos juizes independentes às conspirações do legislador estadual contra o Direito supremo da república, teremos acabado com a última garantia da liberdade individual e da uniformidade das instituições republicanas nos Estados. Pelos processos penais contra os magistrados, que se destacarem da craveira dos fracos, dos submissos, dos que preferem a boa avença com o poder intolerante aos riscos da justiça praticada sem considerações, banir-se-á da toga o espírito viril, extinguir-se-á nos tribunais dos Estados, de que principalmente depende a felicidade do povo em geral, o zelo pela lei das leis, o estímulo da sua defesa.

Sob as instituições atuais, por conseguinte, mais do que nunca se impõe às justiças do país o maior cuidado no assegurar, em toda a sua dignidade, contra os sofismas de perseguição esse princípio fundamental das imunidades da magistratura, tão vigorosamente definido num grande aresto da jurisprudência inglesa: «Não cabe ação contra o juiz por atos praticados ou opiniões exprimidas, na sua capacidade judiciária, em um tribunal de justiça. Esta doutrina tem-se aplicado a todos os tribunais. É essencial, em todos os tribunais, que os juizes, instituídos para administrar justiça, possam exercê-la sob a proteção da lei, independente e livremente, sem contemplação, nem temor. Não é em proteção e benefício dos juizes dolosos e corrompidos que se estabeleceu esta norma jurídica: é em proveito do público, interessado em que os juizes se sintam em

liberdade de exercer as suas funções com desassombro e sem receio de conseqüências. Como poderia um juiz desempenhar-se assim do seu cargo, vendo-se cada dia e a cada hora sob a ameaça de processos, em resultado das suas sentenças?» ⁽⁶⁷⁾

Diga-se embora que a faculdade, atribuída à justiça, de negar a sanção das suas sentenças às leis inconstitucionais, não vai além dos casos de óbvia inconciliabilidade entre a lei e a Constituição. Óbvio, ou manifesto não quer dizer literal. Há noções, intenções, regras obviamente contidas na Constituição e não expressas, contudo, em nenhuma das cláusulas do seu texto. Nos anais da justiça americana sobrançiam decisões de imensa importância nacional, proferidas pelos tribunais no pressuposto dessa verdade. Basta recordar as vicissitudes da questão várias vezes suscitada pelos *Legal Tender Acts*. Antes de 1862 ninguém, nos Estados Unidos, reconheceria ao Congresso o poder de emitir papel-moeda com curso legal. Três leis desse ano e do seguinte, porém, autorizaram o Tesouro a emitir notas de circulação forçada. Depois de vários litígios provocados por esses atos legislativos, se manifestou em 1869, na causa

(67) «No action will lie against a judge for *any acts done or words spoken* in his judicial capacities in a court of justice. This doctrine has been applied not only to the superior courts, but to the court of a coroner and to a court martial, which is not a court of record. It is essential in all courts that the judges who are appointed to administer the law should be permitted to administer it under the protection of the law independently and freely, without favour and without fear. This provision of the law is not for the protection or benefit of a malicious or corrupt judge, but for the benefit of the public, whose interest it is that the judges should be at liberty to exercise their functions with independence and without fear consequences. How could a judge so exercise his office, if he were in daily and hourly fear of an action being brought against him and of having the question submitted to a jury whether a matter on which he had commented judicially was or was not relevant to the case before him?» *Scott v. Stanfield*, L. R. 3 Exch. 223. ANSON: *The law and custom of the Constitution* (1892), v. II, p. 454.

Hepburn v. Griswold, a mais viva contestação da sua constitucionalidade, que a Suprema Corte Federal negou, por considerar as leis de 1862 e 1863 contrárias ao *espírito da constituição* e como tais por ela anuladas, não obstante o voto dissidente de um dos membros mais eminentes do tribunal, o juiz MILLER. No ano subsequente os feitos *Knox v. Lee* e *Parker v. Davis* reviveram a *legal tender question*, e a Suprema Corte Federal reformou a sua jurisprudência, declarando válidas as leis, que no ano anterior averbára de insubsistentes, bem que no seio do tribunal a opinião divergente, advogada habilmente por juizes como CHASE, CLIFFORD e FIELD, insistisse em que o curso forçado violava *uma disposição expressa da Constituição*. Oito anos depois o pleito *Juillard v. Greenman* reiterava o julgado; mas a dissidência não se extinguiu no seio da Corte Suprema, onde teve então por órgão o juiz FIELD em um voto «notável pela ciência e vigor dos argumentos.» ⁽⁶⁸⁾

Aí temos, na mesma pendência, à distância apenas de um ano, em um assunto que entendia pela base com as finanças da União e o trabalho reconstrutor do país desorganizado pela guerra separatista, duas sentenças entre si contraditórias, proferidas pelo grande tribunal da república, e magistrados como FIELD e MILLER, os maiores jurisconsultos do seu tempo, divididos acerca da solução, que um advogava como ditame da Constituição no seu espírito e outro como contrária à Constituição na sua letra. A aparência da letra cedeu à realidade do espírito. FIELD viu-se vencido por MILLER. A Suprema Corte variou radicalmente de parecer. E ao voto definitivo ficou,

(68) CARSON: *The Supreme Court of the United States* (1892), p. 443-57, 502-3.

nos anais da justiça, contraposto o protesto de uma dissidência veneranda.

A que se reduz, pois, ante fatos como esse, cujo número nos seria fácil multiplicar, a doutrina intratável da *inconstitucionalidade manifesta*, amurando a alvenaria nos limites da interpretação gramatical o critério dos juizes, pretendendo criar, para a exegese jurídica dos textos, um padrão de evidência tão absurdo, quanto a pedra filosofal, e resolvendo os casos de consciência jurídica, os problemas de interpretação constitucional, a golpes de penalidade contra os magistrados?

Essa teoria excêntrica e odiosa não se podia inventar em pior oportunidade, nem para fins mais deploráveis. Já depois de semeada no Rio Grande se lhe sentiu germinar perto de nós um rebento nefasto. É o instrumento adotado agora, para remover do pretório e flagelar de suspensões iníquas os magistrados incômodos ao governo. Passando por sobre o juiz da comarca do Rio Grande, porém, o raio agora vai ferir uma vítima incomparavelmente mais alta: a grande instituição dos países livres, que ele defendeu com a sua coragem, a sua integridade e o seu civismo.

Há, na carreira de Bonaparte, um longo episódio, que corta como um traço vivo de caráter a parte mais extensa e dramática da sua vida, desde 1801 até 1814: é a luta contra o júri.

Obsesso do horror a essa garantia liberal, cuja vitalidade lhe opunha, a cada passo, um obstáculo à eliminação dos seus inimigos, Napoleão, em cujo ânimo acabou por se apagar de todo o senso da legalidade, escolhido o ensejo, aprestada a cena, industriados os comparsas, convocou, em 1804, o seu Conselho de Estado a uma sessão especial, em que a palavra do gênio e o prestígio do imperador haviam

de fulminar o exotismo do «bárbaro e caótico» produto inglês, contrabandeado através da Mancha pelos «metafísicos» e «ideólogos» de 1791. A irritada majestade, que a eloquência, a grandeza e o terror coroava de fulgores e ameaças irresistíveis, trovejou contra o júri entre CAMBACÉRÈS e PORTALIS. Mas essa fascinação, ante a qual empalideciam os maiores generais, não intimidou a convicção dos grandes jurisconsultos, inflamados pela voz de BERLIER e TREILHARD. Quando o arquichanceler, encerrado o debate, estendeu os olhos pela assembléia, para contar os votos, extraordinária maioria opunha-se à vontade do déspota presente. A batalha renovou-se, porém, numa série de sessões tempestuosas, sempre com o mesmo resultado, até que o imperador cessou de assistir às sessões e suspendeu a discussão do código, que só em 1808 veio a recomençar. Estava então assinada a paz de Tilsitt; e é sob esses auspícios que o árbitro da política européia se entregou novamente à sua campanha contra o júri, triunfante enfim, ainda que viciado no Código do Processo Criminal. A tirania do reorganizador da França restaurara os cárceres de Estado e as prisões arbitrárias. «Mas nos quadros dessa justiça imperial, corpo de exército judiciário, de que Napoleão será também o general em chefe, resta um canto, um refúgio para a justiça do futuro. O nome e a imagem do júri subsistem: imagem bem informe, instituição que, por muito tempo, não terá influência, nem valor real. Mas o seu valor simbólico é imenso. Ele representa essa débil instituição, que o vencedor da Europa não logrou aniquilar, o indestrutível espírito de liberdade, que lhe resistiu ao poder.» ⁽⁶⁹⁾

(69) GRUPPI: *Napoléon et le jury*. *Gazette des Tribunaux*, 17 oct. 1896.

E não se quer que, enquanto a maioria do Conselho de Estado napoleônico defendia assim o júri contra Napoleão, obrigando-o a assinar a sua derrota, houvesse, numa república organizada sob as formas da liberdade americana, um magistrado, capaz de arcar, por ele, com um ato ilegítimo do poder.

O que a gloriosa ditadura da maior cabeça da história, na frase do velho DE BROGLIE, não conseguiu do cenáculo deslumbrado, que, com ela, fizera, em França, o Código Civil, não há de arrancá-lo, aqui, do Supremo Tribunal Federal a sombra de longe projetada sobre a mais luminosa altitude da justiça brasileira pela filosofia opressiva dos herdeiros de COMTE.

Há, felizmente, um abismo entre a política e a justiça. Quando BONAPARTE, que, em 1802, expedira sete mandados de prisão contra a totalidade dos membros do júri militar, cuja maioria absolvera RIVOIRE, acoimando esse tribunal de «rebeldia contra a Constituição», mandou, em 1810, desrespeitar o veredicto do júri belga, no processo Werbrouck, argüindo-o de «não corresponder à confiança da lei», e ordenando que o *maire* absolvido se submetesse a novo julgamento, em câmaras reunidas, sem júri, a Corte de Cassação, unânime e peremptoriamente recusou desviar-se da lei, declarando o procurador-geral MERLIN que a sentença era regular, e não havia meio de anulá-la. Enquanto a justiça desobedecia, a política obedeceu. O Senado executou docilmente o atentado, que DUPIN classificara, com razão, como «um golpe de Estado judiciário» sob o pretexto, comum a todos os crimes políticos, de que a decisão dos jurados de Anvers «atentava contra a segurança do Estado.» Mas, pouco depois NAPOLEÃO abdicava, e o mesmo Senado, firmando o decreto de deca-

dência, protestava, nesse documento, contra a anulação, cujo instrumento ele fora, do veredicto do júri de Anvers, exprobando ao imperador haver «confundido todos os poderes e destruído a independência dos corpos judiciários.»

Vede como a intrepidez da magistratura contrasta, diante da força, com a covardia do interesse político. Nós confiamos que o Brasil tenha também magistrados, esperando que aquilo, que os grandes e brilhantes despotismos não extorquiram à justiça imperial de França, a justiça republicana do Brasil não conceda à estéril e obscura opressão das tiranias provincianas.

Abriquem o Supremo Tribunal Federal sob a sua toga o júri brasileiro mutilado, honrando o compromisso constitucional, que lho recomenda. Esta é a questão inevitável neste pleito. Da outra dissemos, por acompanhar a sentença, e não deixar sem repulsa um erro perigoso. Mas para o recorrente não se há mister do refúgio, que aí se lhe oferece; porque o erro, o atentado é dos que o perseguem. A sua defesa é a defesa do júri. É o júri que ficaria sacrificado, se a revisão não considerasse o processo sob esta face.

RUI BARBOSA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recorrente: Dr. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, Juiz da comarca da cidade do Rio Grande.

Recorrido: Superior Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul.

A declaração de inconstitucionalidade e de inaplicabilidade, pelo juiz singular, de lei estadual, é uma faculdade, não sendo possível classificá-la como fato suscetível de capitular-se no art. 207, § 1º, do Cód. Penal de 1890 (prevaricação), nem em seu art. 226, provida, assim, a revisão-crime, para o fim de absolver-se o recorrente, sem entretanto, apreciar-se a questão da inconstitucionalidade.

ACÓRDÃO DE FLS. 126

[Rev. Crim. n. 215]

Vistos, relatados e discutidos os autos de revisão-crime, em que é recorrente o bacharel Alcides de Mendonça Lima, juiz da comarca do Rio Grande, condenado pelo Supremo Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul.

Examinadas e discutidas as seguintes requisições do Procurador-Geral da República: 1ª que seja absolvido o recorrente; 2ª que seja declarado incorreto o seu procedimento, isto é, ter havido, da sua parte, infração material da lei;

Considerando: que o recorrente foi condenado a nove meses de suspensão do cargo, como incurso no grau médio do art. 226 do Cód. Pen., que dispõe: — «exceder os limites das funções próprias do emprego»;

Que o fato imputado ao recorrente, e que deu lugar à condenação, é: — ter o recorrente, como presidente do

júri da cidade do Rio Grande, deixado de executar, por julgá-la inconstitucional, a Lei estadual n. 10, de 16 de dezembro de 1895, na parte relativa à recusa de jurados e voto descoberto;

Que este fato não constitui excesso dos limites das funções próprias do cargo do recorrente, porquanto, os juizes estaduais, assim como os federais, têm faculdade para, no exercício das suas funções, deixarem de aplicar as leis inconstitucionais, como é expresso na Constituição da República, art. 59, n. 3º; Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13, § 10, e na mesma Lei rio-grandense de 16 de dezembro de 1895, art. 8º; faculdade que pressupõe a competência para apreciarem a inconstitucionalidade e declararem-na para aquele efeito;

Que, portanto, o recorrente, declarando nula, em parte, por inconstitucional, a citada lei rio-grandense, e deixando de aplicá-la, não excedeu os limites das funções do seu cargo; pelo contrário; exerceu-as regularmente;

Que esta conclusão, a favor do recorrente, não depende de decisão do Supremo Tribunal Federal, sobre a inconstitucionalidade da mesma lei rio-grandense, visto que, se por este Tribunal fosse ela julgada constitucional, ficaria estabelecido que o recorrente errou na sua apreciação, mas, não, que delinqüiu;

Que não pode ter lugar a desclassificação do fato para o art. 207, § 1º do Cód. Pen., porque falta o elemento subjetivo do crime ali definido — afeição, ódio, contemplação ou interesse; circunstâncias que não podem prevalecer, sem prova suficiente, não bastando a presunção derivada de divergência política entre o recorrente e o presidente do Estado do Rio Grande do Sul; nem é lícito a desclassificação do fato, quando importa pena maior, à vista da Constituição da República, art. 81, § 2º; Decreto n. 848, art. 9º, n. 3º, § 2º; Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, art. 74, § 7º;

Acordam, sem entrar na apreciação da inconstitucionalidade da lei rio-grandense, em dar provimento ao recurso, para absolverem, como absolvem, o recorrente, e em julgar improcedente a segunda requisição do Procurador-Geral da República; pagas as custas pela Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul.

Supremo Tribunal Federal, 10 de fevereiro de 1897. — *Aquino e Castro*, Presidente. — *Ribeiro de Almeida*. — *João Barbalho*. — *Américo Lobo*. Votando de acordo com as conclusões desta sentença, ora compendio o que disse durante o julgamento acerca da constitucionalidade da lei do Estado do Rio Grande do Sul, cuja inexecução motivou o processo do recorrente reformado pela Lei de 10 de junho de 1835 que entregou ao arbítrio dos senhores, sem nenhum apelo a vida dos escravos acusados da autoria do crime ali previsto, mutilado radicalmente pela Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841 que, instituindo o caviloso resumo de debates, aboliu o grande júri de acusação, baluarte da liberdade individual prescrito na emenda 5ª da Constituição dos Estados Unidos, e conferiu ao juiz de Direito o poder exorbitante de aniquilar as decisões dos juizes de fato, por meio da famosa apelação *ex officio*, e espoliado sucessivamente pelo Decreto n. 562, de 2 de julho de 1850 e pelas Leis n. 581, de 4 de setembro do mesmo ano e n. 1.090 de 1 de setembro de 1860, que atribuíram a outros juizes e tribunais o conhecimento de delitos comuns, o júri, tal qual o encontrou a república, era uma instituição em ruínas que a Constituição no art. 72, § 31, mandou melhorar, eis que a manteve no crime, com exclusão do cível, onde jamais funcionara. a despeito da terminante disposição do art. 151 da Carta de 25 de março de 1824.

No texto do § 31 do art. 72 da Constituição federal encontra-se delegada solenemente a todos os cidadãos no gozo de seus direitos políticos a função de juiz de fato e pois o respectivo exercício não deve, nem pode ser tolhido

ou subtraído, a arbítrio das partes, ou, melhor, de seus patronos, visto que em quase sua generalidade, os réus submetidos a julgamento são pessoas desconhecidas para os juizes. O citado artigo constitucional aboliu nos parágrafos 20 e 21 as penas de morte, de galés e de banimento judicial, e de acordo com os princípios humanitários consagrados no Decreto n. 774, de 30 de setembro de 1890, nosso Cód. Pen., no art. 44, proscreeu as penas perpétuas. Nestes termos não se justifica mais a sobrevivência da recusa peremptória que, na lição de Blackstone constitui um *privilégio* concedido aos infelizes acusados de crimes capitais *in favore vitae*. Contra as injustas condenações, o legislador constituinte abriu o largo pórtico da revisão, criada no art. 81, revisão que pode ser requerida tanto pelo sentenciado, quanto por qualquer do povo, e até *ex officio* pelo Procurador-Geral da República.

Conforme se argüiu mais de uma vez no ato do julgamento, o escrutínio secreto do conselho de jurados é incompatível com a unanimidade de suas decisões, tal qual é exigida na Inglaterra: mais incompatível é ele ainda com o § 12 *in fine* do mesmo art. 72 que, proibindo o anonimato na imprensa, virtualmente o condena nos juizes e tribunais. De feito, se o escritor se descobre quando critica atos de administração ou simplesmente denuncia abusos ou crimes, não se compreende como se esconda à sombra do mistério o juiz que impõe penas restritivas da liberdade individual ou de outros direitos. — *Manoel Murtinho*. Votei também pela absolvição do peticionário, declarando, porém, considerar errônea sua opinião sobre a inconstitucionalidade da Lei do Rio Grande do Sul n. 10, de 16 de dezembro de 1895 na parte em que, ao organizar o júri naquele Estado, aboliu as recusas peremptórias e tornou descoberto o voto dos jurados, visto me parecerem tais disposições perfeitamente compatíveis com o art. 72, § 31 da Constituição federal, por não afetarem a essência da instituição do júri. — *João Pedro*. — *H. do Espírito Santo*. Vencido. Apesar de ter

a sentença recorrida classificado mal o crime, como dos autos se evidencia, e assim o disse positivamente o acórdão, pois na hipótese sujeita, é indubitável que o recorrente *procedeu contra literal disposição de lei*, art. 207, do Código Criminal, fui levado a confirmá-la, em razão de não ser permitido no recurso de revisão agravar a pena imposta ao condenado. Anular-se o julgamento seria a decisão mais consentânea aos princípios de Direito. — José Higino. Votei pela absolvição do recorrente, fundando-me nas seguintes razões. Trata-se de saber se o recorrente cometeu um excesso de poder, deixando de aplicar a Lei rio-grandense de 16 de dezembro de 1895 que reorganizou o júri. A constitucionalidade da lei é pois a questão capital, porquanto se essa lei não é constitucional falta o elemento material do delito, e, quando este falta, é inútil ou melhor não tem sentido investigar se se deu ou não o elemento subjetivo (culpa). Ora, a lei rio-grandense de que se trata é inconstitucional tanto por sua matéria como quanto à sua forma e origem. Por sua matéria, porque não se conforma com o art. 72, § 31, da Constituição federal que declara *mantida a instituição do júri*, e conseqüentemente manteve esta instituição com todas as suas bases e condições essenciais de existência, tal como se achava admitida na nossa legislação vigente ao tempo da promulgação da mesma Constituição. Entre essas bases figuram tanto o sigilo do voto, que é a suprema garantia da independência do jurado, como as recusas não motivadas, que é a suprema garantia da imparcialidade de um tribunal popular, qual o júri; e assim se tem entendido em todos os países da Europa e da América, cujo júri tem por modelo e tipo imediato o júri do Cód. do Proc. Crim. francês. Esta dupla base do júri foi suprimida pela lei rio-grandense. Quanto à sua forma e origem, porque a lei em questão emanou exclusivamente do governador do Rio Grande do Sul, sem a cooperação do Congresso daquele Estado. Segundo o art. 63 da Constituição federal, os Estados se regem pelas constituições e leis que adotarem,

respeitados os princípios constitucionais da União. Evidentemente pertencem ao número desses princípios o regímen representativo e a divisão de poderes (art. 1º e 15 da Const. fed.). Não é lícito a um Estado adotar outro regímen que não o representativo caracterizado pela existência de uma assembléia legislativa oriunda do voto popular, nem fundar-se sobre outra base que não a divisão de poderes. A Constituição rio-grandense porém assenta sobre a *confusão de poderes*, reunindo nas mãos do governador do Estado o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Conseqüentemente a Lei rio-grandense de 16 de dezembro de 1895, tendo por único fator legislativo o governador do Estado, incorre no vício de inconstitucionalidade e não pode ter validade. — *Pereira Franco*. O meu voto absolvendo o recorrente fundou-se nas mesmas razões expostas pelo Sr. Ministro José Higino. — *Figueiredo Júnior*. De acordo com o voto do Sr. Ministro José Higino, na parte em que, considerando questão capital, por entender com o elemento material do delito, a constitucionalidade da lei por cuja inexecução foi acusado o recorrente, julga inconstitucional a dita lei no seu todo, por emanar do chefe do governo, investido pela Constituição do Estado das funções legislativas, com flagrante violação dos arts. 15 e 63 da Constituição federal. — *Bernardino Ferreira*. Votei pela absolvição do impetrante, mas somente pela poderosa razão, deduzida do disposto no art. 24 do Código Penal, de não ter presidido intenção criminosa no ato de jurisdição pelo qual foi acusado e condenado o mesmo impetrante. Se é ou não constitucional a lei estadual, contra cuja execução se pronunciou o impetrante, como presidente do júri; entendo que não pode ser, discutida e decidida, tão importante e grave questão, no julgamento sumário de simples revisão criminal. Pela natureza especial deste recurso, criado exclusivamente, na frase constitucional, em benefício único do réu condenado, a função do Supremo Tribunal deve necessariamente se adstringir — à confirmação da culpabilidade ou ao reconhecimento da inocência do sentenciado —

nos casos que, segundo o art. 81, § 1º, da *Constituição federal forem especificados em lei*, e que pelo art. 9º, n. 3 do Decr. n. 848, de 11 de outubro de 1890, são: *pena contrária a direito ou à prova dos autos ou nulidade do processo*. Sendo assim é óbvio que não se pode dilatar a esfera da jurisdição federal para abranger um caso não previsto em lei; tanto mais quanto, gravitando a questão sobre a contestação da validade de uma lei estadual em face da Constituição, o seu conhecimento só pode ser devolvido ao Supremo Tribunal por via de recurso extraordinário. Com efeito, a Constituição federal assim se exprime em o art. 59, n. 3, § 1º, letra b: «Das sentenças das justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal»: «Quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos ou essas leis impugnadas».

Portanto a doutrina, que se pretende sustentar de que em processo de revisão-crime pode conhecer-se da *validade de uma lei estadual*, encontra em nossa lei orgânica natural e invencível obstáculo. Nem se diga que o mencionado dispositivo sofre limitação quando se trata de leis criminais, pois que, tendo ele a mais completa explicação na índole do nosso sistema federativo, que não permite que os Estados possam ser colhidos de surpresa em assunto que lhes afeta diretamente à sua autonomia, como seja a decretação de nulidade de uma sua lei, é claro que destarte não procede a distinção que se quis fazer e sem o mínimo apoio na lei institucional.

Procura-se também basear a doutrina *ex adverso* no § 10 do art. 13 da Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, que assim preceitua: «Os juizes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a

Constituição». É de ver que semelhante regra não tem aplicação à espécie vertente. Esse parágrafo está intimamente ligado e dependente do art. 13 que estatui: «Os juizes e tribunais *federais* procurarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisões das autoridades administrativas da União». Conseqüentemente, desaparece este argumento diante da seguinte consideração — não se trata de *atos ou decisões das autoridades administrativas da União*, mas pura e simplesmente da *contestação da validade da lei estadual do Rio Grande do Sul*, que organizou a sua justiça criminal. Mas dir-se-á, nestes termos, como desmembrar da decisão que vai proferir o Tribunal a questão da inconstitucionalidade da lei? Perfeitamente: uma vez que o impetrante não interpôs o recurso extraordinário da sentença proferida pelo Superior Tribunal do seu Estado; e atendendo-se a natureza do processo de revisão-crime, por ele escolhido, evidentemente que as razões que exhibe em justificação à resistência que ofereceu à lei impugnada, só podem servir para salientar a *boa-fé*, isto é, a ausência de intenção culposa em o seu procedimento. Sobrelevando notar que a opinião que sustento não deixa ao desamparo os direitos daquele que, em seu conceito, se julgar condenado por um juiz inconstitucional; porquanto, dada essa emergência, ele pode e deve contestar perante os tribunais estaduais, em face da Constituição, a validade dessa lei que organizou o Júri e o modo do seu julgamento: usando, depois de proferida a sentença em última instância, do recurso extraordinário que lhe serve de proteção e garantia. — Fui presente — *Lúcio de Mendonça*.

BIBLIOGRAFIA

I

POSSE DE DIREITOS PESSOAIS

- ALMEIDA E SOUSA, Manuel de, *Tratado enciclopédico, prático e sistemático dos interditos, e remédios possessórios gerais e especiais, conforme o direito, pátrio e uso das nações*. Lisboa. 1814.
- BRAUN, Alexandre, *Traité pratique de droit civil Allemand*. Bruxelles & Paris, 1893.
- BRUNS, Carl Georg, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*. Tübingen, 1848. *Apud* DE OLIVART, *op. cit.*
- BRUNS, Carl Georg, *Das heutige Römische Recht*, in *Encyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung Hrsg. von Franz Holzendorff*, p. 385-533, 4. Aufl., Leipzig, 1882.
- CABEDO, Jorge de Vasconcelos, *Observationum sive Decisionum Supremi Senatus Regni Lusitani*, Antuerpiae, 1734.
- CAMARGO, Hipólito de, *Manutenção de direitos*. Brevíssimo estudo sobre a quase-posse do direito romano até a sua última formação jurídica, no direito moderno. São Paulo, s/a.
- CHAUVEAU, *vide*, Hélie, Faustin, *op. cit.*
- CHIRONI, G., *Istituzioni di diritto civile italiano*. Torino, 1888-1889.
- Código Civil Português*. — Aprovado por Carta de Lei de 1 de julho de 1867. Porto, 1871.

- Código Penal dos Estados Unidos do Brasil* — Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Rio de Janeiro, 1890, Imprensa Nacional.
- CORDEIRO, Carlos Antônio, *Formulário de todas as ações civis conhecidas no foro brasileiro*. 6ª ed., Rio de Janeiro, 1883.
- CORNBERG, vide STRYCHIUS, Samuel.
- Corpus Juris Civilis*. Editio Stereotypa septima. Recognovit PAULUS KRUEGER [et] THEODOR MOMMSEN; Berolini, 1895.
- CORREIA TELES, José Homem, *Doutrina das ações*. Acomodada ao foro de Portugal. 3ª edição, Lisboa, 1837.
- Direito (O)* — *Revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*. V. IV, XLIII, XLV. Rio de Janeiro.
- FILIPPIS, Francesco de, *Corso completo di diritto civile italiano comparati*. Napoli, 1878-91.
- GOODNOW, Frank J., *Comparative administrative law*. New York, London, 1893.
- GUERREIRO, Diogo [Diogo Guerreiro Camacho de Aboim], *De Munere Iudicis*. Ulyssipone Occidentali, 1733-1738.
- HEGENER, Th. M., vide BRAUN, Alexandre.
- HERCULANO, Alexandre, *Estudos sobre o casamento civil*. Por ocasião do Opúsculo do Sr. visconde de SEABRA sobre este assunto. Lisboa, 1866.
- Inconstitucionalidade (A) do Decr. 1941, de 17 de janeiro de 1895*. Pareceres de jurisconsultos. Rio de Janeiro, 1896.
- JHERING, Rudolf von, *L'esprit du droit romain [Geist des römischen Rechts]*. Trad. de DE MEULENAERE, Paris, 1880.
- JHERING, Rudolf von, *Fondement des interdits possessoires [Ueber den Grund des Besitzesshutes. Eine Revision der Lehre von Besitz]*. Paris, 1882.
- JHERING, Rudolf von, *Possession [Besitz]*. Trad. de O. de MEULENAERE, Paris, 1893.
- JHERING, Rudolf von, *Besitz in Handwörterbuch der Staatswissenschaften*. 1. Ausg., Bd. II, p. 406 e seguintes [Não incluído nas subseqüentes edições.]

- LAWSON, John D., *Rights, remedies, and practice at law, in equity, under the codes*. San Francisco, 1889-1891.
- LEHR, Ernst, *Droit civil russe*. Paris, 1877.
- Lei n. 221 — de 20 de novembro de 1894. — Completa a organização da justiça federal da república. Rio de Janeiro, 1894, Imprensa Nacional.
- MATTIROLO, Luigi, *Diritto giudiziario civile italiano*. Torino, 1892-1898.
- MAYNZ, Charles, *Cours de droit romain*. Bruxelles, 1876.
- MECHEM, Floyd R., *A treatise on the law of public offices and officers*. Chicago, 1890.
- MELLO FREIRE, Paschalis Josephi, *Institutiones iuris civilis lusitani cum publici tum privato*. Conimbricæ, 1815.
- MENDES DE CASTRO, Manuel, *Practica lusitana omnibus utroque foro versantibus utilissima, & necessaria*. Lisbonæ, 1767.
- MENOCHIVS, Jac., *De adipiscenda et recuperanda possessione*. Genebræ, 1690. Apud DE OLIVART, op. cit.
- De retinendæ possessionis Remediis*. Apud DE OLIVART, op. cit.
- MERRILL, *Law of Mandamus*. Chicago, 1892.
- MOSES, Halsey, *The law of Mandamus and the practice connected with it, with an appendix of forms*. Albany, 1878.
- NEGRI, *Dei delitti contro Lá Libertà*.
- OLIVART, Ramón de Dalmau Y. *La posesión. Apuntes y fragmentos de una nueva teoría posesoria. Noción en el derecho abstracto. Etimología, carácter jurídico, base de su protección*. Barcelona, 1884.
- Ordenações e leis do reino de Portugal*. — Recopiladas per mandado del rei D. Filipe o Primeiro, Coimbra, 1881.
- PEGAS, Manuel Álvares, *Resolutiones forenses practicabiles*, ed. 1740-1742.
- PELLAT, Charles Auguste, *Exposé des principes générales du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements et particularités sur l'usufruit*. Paris, 1853.

- PHOEBUS, Melchior, *Decisiones senatus regni lusitaniae, in quibus multa, quae in controversiam quotidie vocantur, gravissimo illustrium senatorum judicio deciduntur*. Conimbricae, 1736.
- POSTIUS, *De possessorio summarissimo seu de manutenendo*. Gênova, 1646. Apud DE OLIVART, op. cit.
- RANDA, Anton, *Der Besitz mit Einschluss der Besitzklagen und österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes, des preussischen, französischen und italienische des sächsischen und zurücherischen Gesetzbuches*. 3. Auflage, Leipzig, 1879.
- RETES, Fernandez de, *De interdictis et remediis possessoriis, scolastica relectio*. Apud DE OLIVART, op. cit.
- REYNOSO, Miguel de, *Observationes practicae in multaque plures controversiam in forensibus indicibus advuncuntur felice stylo pertractantur*. Conimbricae, 1675.
- RIBAS, Dr. Antônio Joaquim, *Consolidação das disposições legislativas concernentes ao processo civil*. Rio de Janeiro, 1878.
- RIBAS, Antônio Joaquim, *Curso de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, 1880.
- RIVIER, A., in *Revue de droit international et de législation comparée*, t. XI, 1879.
- RUDOLFIN, *Prax. Roman. Cur.*
- SANCHEZ ROMAN, *Estudios de derecho civil*. Madrid, 1891.
- SANTOS, Joaquim Felício dos, *Projeto do Código Civil brasileiro e comentário*. Rio de Janeiro, 1884-1886.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Traité de la possession [Das Recht des Besitzes]*, trad. de STAEDTLER, Bruxelles, 1866.
- SERAFINI, Filippo, *Istituzioni di Diritto romano comparato al Diritto civile patrio*. Firenze, 1892.
- STRYCHIUS, Samuel et CORNBURG, *De possidente non meliore*. Frankfurt a/ Oder, 1699.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Código Civil. Esboço*. Rio de Janeiro, 1860-1864.

- [TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto], *Consolidação das leis civis*, 3ª ed. Rio de Janeiro, 1875.
- TELLES, José Homem Correa, *Tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado às leis e costumes da nação portuguesa, para servir de subsídio ao novo Código Civil*. Coimbra, 1840.
- TRIPELS, *Les codes néerlandais*.
- VALASCO, Álvaro, *Consultationum et decisionum, ac rerum iudicatarum*. Conimbricæ, 1686.
- WOOD, *A treatise on the leg. and remedies of Mandamus and prohibition*, 2ª ed. de 1891.

II

O JÚRI E A INDEPENDÊNCIA DA MAGISTRATURA

- ALBISSON, *Rapport fait au corps législatif* (séance du 17 avril 1806), *apud DALLOZ, op. cit.*
- ALLARD, *Rapport, apud Autores cit.*
- ANSON, William R., *The law and custom of the Constitution*. Oxford, 1886-1892.
- AROSEMENA, Justo, *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América Latina*. Paris, 1888.
- AVALLE, E., *Notices sur les colonies anglaises*. Paris, 1883.
- BANCROFT, Georg, *History of the United States of America*. Boston, 1879.
- BARBOSA, Rui, *O estado de sítio, sua natureza, seus efeitos, seus limites*. Rio de Janeiro, 1892.
- BARBOSA, Rui, *Habeas-corpus a favor dos presos civis do Júpiter*. Rio de Janeiro, 1893.
- BÉDARRIDE, Joseph, *Traité du dol et de la fraude en matière civile & commerciale*. Paris, 1887.
- BLACK, Henry Campbell, *Handbook of the construction and interpretation of the laws*. St. Paul, 1896.
- BLACK, Henry Campbell, *Handbook of american constitutional law*. St. Paul, 1895.
- BLACK, Jeremiah S., *Argument in defense of the trial by jury*. *Apud AA. citados*.

- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the law of England, together with a copious analysis of the contents and some considerations regarding the study of the law*. 3rd. edition, Chicago, 1884.
- BLOCK, Maurice, *Dictionnaire générale de la politique*, 2me. ed., Paris, 1884.
- BLUNTSCHLI, Gaspar, in *Staatswörterbuch*, apud Autores citados.
- BOISSONADE, Gustave, *Projet de code de procédure criminelle pour l'empire du Japon*. Tokio, 1882.
- BORSANI, Giuseppe e CASORATI, Luigi, *Codice di procedura penale italiano commentato*. Milano, 1873.
- BRUNIALTI, Attilio, *Rassegna di scienze sociali e politiche*, ed. de 1886, apud AA. citados.
- BRYCE, James, *The american commonwealth*, 3rd. edition. London, 1893-1895.
- BRUSA, Emilio, *Sul nuovo positivismo nella giustizia penale*. Torino, 1887.
- Bulletin de la Société de Législation Comparée*, tomos I, II, IX, X, XIX. Paris, 1872-1896.
- BUSCHE, *Etude sur la Loi du 8 juin 1874*. IN *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, 1877.
- CARRARA, Francesco, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa*. Parte speciale. 4ª ed. Lucca, 1874-78.
- CARSON, *The Supreme Court of the United States*. Philadelphia, 1892.
- CASORATI, Luigi, vide Borsani, Giuseppe.
- CASTILHOS, Júlio de, *Emendas ao projeto de organização judiciária*. Porto Alegre, 1896.
- CHAMBRUN, Adolphe, *Droit et libertés aux Etats-Unis*. Paris, 1891.
- Code d'organisation judiciaire allemand*. Apud AA. citados.
- Código Penal do império alemão [Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich]*
- COGLIOLO, Pietro, *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*. Milano, 1888-1890.

- COMBE, Rousseaud de la, *Matière criminelle*. Apud HÉLIE, Faustin, *op. cit.*
- COOLEY, Thomas Mc-Intyre, *The general principles of constitutional law in the United States of America*. Boston, 1880.
- COOLEY, Thomas Mc-Intyre, *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*. 7te. ed. Boston, 1883.
- COOLEY, Thomas Mc-Intyre, *vide* STORY, Joseph, *Commentaries*.
- Constituciones de la República Argentina*. Buenos Ayres, 1885.
- Corpus iuris civilis*. Editio Stereotypa septima. Recognovit THEODOR MOMMSEN [et] PAULUS KRUEGER. Berolini, 1895.
- COX, Samuel Sullivan, *Three decades of federal legislation*. 1855 to 1885. Providence, 1888.
- CRIVELLARI, Giulio, *Concetti fondamentali di diritto penale*. Torino, 1888.
- CUJACIUS, Jacobus, *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissimo exacta*. Prati, 1836-1844.
- Cyclopaedia of political science*. Apud Autores citados.
- DALLOZ, Desiré, et Armand DALLOZ, *Jurisprudence générale. Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*. Paris, 1870.
- DARESTE, F. R. *Les constitutions modernes*. Paris, 1883.
- DICKINSON, John, *The letters of Fabius*, IN FORD'S *Pamphlets*.
- DILLON, John F., *Commentaries on the law of Municipal corporations*, 4th. ed. Boston, 1890.
- DILLON, John F., *The laws and jurisprudence of England and America*. Boston, 1895.
- DONNAT, Léon, *Lois et mœurs républicains*. Paris, 1880.
- ELLERO, Pietro, *Trattati criminali*. Bologna, 1881.
- The Encyclopaedia Britannica*. 9th ed. v. XXI and XXIII. Edinburgh, 1875-1889.

- FAVEY, *L'organisation judiciaire en Suisse*.
- FERRI, ENRICO, *Sociologia criminale*. 3ª Edizione, Torino, 1892.
- FISKE, John, *The beginnings of New England or the puritan theocracy in its relations to civil and religious liberty*. Boston and New York, 1890.
- FORD, Paul Leicester, *Pamphlets on the Constitution of the United States published during its discussion by the people*. 1787-1788. Brooklin, 1888.
- FRANQUEVILLE, Comte de, *Le système judiciaire de la Grande Bretagne*. Paris, 1893.
- GALDI, vide SCIALOJA, op. cit.
- GAROFALO, Rafaele, *Criminologia*. Torino, 1885.
- GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*. Paris, 1888-1896.
- GIORGI, Giorgio, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. 3ª ed. Firenze, 1890-1896.
- GIRON, A., *Le droit publique de la Belgique*. Bruxelles, 1884.
- GLASSON, Ernest, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre comparés au droit et aux institutions de la France*. Paris, 1882-1883.
- GNEIST, Heinrich Rudolf Hermann Friedrich, *La Constitution communale de l'Angleterre [Das heutige englische Verfassung und Verwaltungsrecht]* Trad. par THEODOR HIPPERT. Paris, 1867-1870.
- GNEIST, H. R. H. F., *The history of the english Constitution [Englische Verfassungsgeschichte]*. Transl. by PHILIP A. ASHWORTH. London, 1886.
- GOURD, Alphonse, *Les chartes coloniales et les constitutions des Etats Unis de l'Amérique du Nord*. Paris, 1885-1903.
- GRANE and MOSES, *Politics*, Apud AA. citados.
- GUÉRIN, Henry, *Étude sur les droits et liberté du citoyen aux Etats-Unis*. In *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, 1892.

- HALLAM, Henry, *View of the state of Europe during the Middle Ages*. London, 1878.
- HAMILTON, Alexander, JAY, John, and MADISON, James, *The federalist*. Edited by HENRY CABOT LODGE. London, 1888.
- HARE, J. I. Clark, *American Constitution law*. Boston, 1889.
- HARRIS, Seymor F., *Principles of criminal law*. Attenborough, 1892.
- HÉLIE, *Theorie du code pénal*, 2me. édition, par J. S. G. NYPELS. Bruxelles, 1863.
- HÉLIE, FAUSTIN, *Traité de l'instruction criminelle*, 2me. édition. Paris, 1866-1867.
- HILTY, *Les constitutions fédérales de la confédération suisse*.
- HOLST, Hermann von, *Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika* [Handbuch des Oeffentlichen Rechts von HEINRICH MARQUARDESEN] Freiburg i.B., 1885.
- HUYTTENS, Emile, *Discussions du Congrès National de Belgique* (1830-31). Bruxelles, 1844-1845.
- HYMANS, *Histoire parlementaire de la Belgique de 1831 a 1880*. Bruxelles, 1878-1880.
- JAY, John. Vide, HAMILTON, Alexander.
- JOHNSTON, Alexander, *The genesis of a New England State*. Johns Hopkins University Studies in historical and political science. First Series. XI.
- LAFERRIÈRE, E., *Les constitutions de l'Europe et de l'Amerique*. Paris, 1869.
- LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des Titres III e IV, Livre III, Code Civil*. Paris, 1885.
- LEDERLIN, *Organisation judiciaire de l'Alsace Loraine*. In *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, Tomo II.
- Lei n. 10* — de 16 de dezembro de 1895. — Organização judiciária. Estado do Rio Grande do Sul. Ed. oficial. Porto Alegre, 1895.
- LESSER, *The historical development of the jury system*. New York, 1894.

- LIEBER, Francis, *On civil liberty and self government*. Philadelphia, 1883.
- LIEBER, Francis, *Manual of political ethics*. Philadelphia, 1875.
- LOLME, J. L. de, *The Constitution of England or an account of the english government*. London, 1853.
- LUCCHINI, Luigi, *I semplicisti (Antropologi, Psicologi e Sociologi) del diritto penale*. Torino, 1886.
- MADISON, James, *The journal of the debates in the convention which framed the Constitution of the United States*. New York and London, 1891.
- MANCINI, vide SCIALOJA, Vittorio.
- MANDUCA, F., *El procedimiento penal y su desarrollo científico*. Trad. de ANGEL PINTOS. Madrid, S.A.
- MARTIN, George H., *A text-book of civil government in the United States*. New York and Chicago, S.a.
- MATTIROLO, Luigi, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*. Torino, 1892-1898.
- MELITO, Miot de, *Napoléon et le jury*. *Gazette des Tribunaux* 17, outubro, 1896.. Apud GRUPPI.
- MERLIN, *Repertoire Universel et raisonné de jurisprudence*. Paris, 1827-1830.
- MILLER, *The system of trial by jury*. IN *American law review*, v. XXI.
- MITTERMAIER, K. J. A., *Traité de la procédure criminelle en Angleterre, en Ecosse et dans l'Amérique du Nord*. [Das englische, schottische, und nordamerikanische Strafverfahren.] Trad. par CHAUFARD. Paris, 1868.
- MONTESQUIEU, Charles, *De l'esprit des lois*. Paris, 1862.
- MUNRO, *The Constitution of Canada*. Cambridge, 1889.
- NILES, *Principles and acts of the revolution in America*.
- NOVELLIS, Raffaele de, *Il giuri*, Note Critico-storiche. Napoli, 1886.
- Ordenações e lei do Reino de Portugal*. Recopiladas per mandado del rei D. Filipe o Primeiro. Coimbra, 1850-1851.

- PALMA, Luigi di, *Corso di diritto costituzionale*, 3ª Ed. Firenze, 1883-1885.
- PATERSON, James, *The liberty of the press*. London, 1880.
- PERINS, Charles, *Lois de la société chrétienne*. Apud AA. citados.
- PIMENTA BUENO, José Antônio, *Apontamentos sobre processo criminal*. Rio de Janeiro, 1857.
- PISANELLI, Giuseppe, vide SCIALOJA.
- PIZZAMIGLIO, Clemente, *Dei giurati in Italia*. Studio. Milano, 1872.
- PLINIUS MINOR, Caius [Caius Caecilius Secundus], *Panegyricus Traiano Imperatori Dictus*.
- POMEROY, John Norton, *Introduction to a municipal law*.
- POORE, Ben Perley, *The federal and states constitutions, colonial charters and other organic laws of the united*. Washington, 1878.
- POTHIER, Robert Joseph, *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*. Paris, 1818-1821.
- PRÉAMENEU, Bigot de, *Exposé des motifs présenté au corps législatif*.
- Revised statutes of the United States*, ed. de 1878.
- RUIZ, Arangio, *Delle guarentigie costituzionali*. Napoli, 1886.
- RÜTTIMANN, *Das nordamericanische Bunderstaatsrecht vergleichen mit den politischen Einrichtungen der Schweizer*. Zürich, 1867-1876.
- SAREDO, Giuseppe, *Istituzioni di procedura civile ital*. Firenze, 1887-1888.
- SCIALOJA, Vittorio, *Commentario del codice di procedura civile*.
- SELLYER, *Traité de droit criminel*. Apud AA. citados.
- SÊNECA, Lucius Annaeus, *Ad aebutium liberalem de beneficiis*.
- SENTUPÉRY, Léon, *L'Europe politique*. Paris, 1894-1895.
- SIDGWICK, Henry, *The elements of politics*. London, 1890.
- SIÉYÈS, Emanuel Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers-état?* Dresden, 1876.

- SNYDER, William L., *A collection of important judicial opinions by eminent judges, with an introduction, notes, analyses, etc.* New York, 1885.
- STEPHEN, Sergeant, *New commentaries on the laws of England*. London, 1890.
- STEVENS, Ellis, *Sources of the Constitution of the United States considered in relation to colonial and english history*. New York, 1894.
- STORY, Joseph, *Commentaries on the Constitution of the United States*. 5th. edition. Boston, 1891.
- STUBBS, William, *The constitutional history of England*. Oxford, 1874-1878.
- TACITUS, Publius Cornelius, *De situ moribus et populis Germaniae*. Turici, Londini, Amstelodami, 1846.
- THONISSEN, *La Belge sous Leopold I.*
- THONISSEN, *Travaux préparatoires du code de procédure pénale belge*. Bruxelles, 1885.
- THONISSEN, J. J., *La Constitution belge*. Annotée. Bruxelles, 1879.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *Démocratie en Amérique*. 14me. édition. Paris, 1864.
- UGO, Gio Batista, *La responsabilità dei pubblici ufficiali*. Torino, 1885.
- VILLA, *Relazione della commissione della Camera dei Deputati*.
- VOETIO, *Commentaria ad pandectas*. Ley de, 1698.
- WHARTON, Francis, *A treatise on the criminal law of the United States*. 6th. edition. Philadelphia, 1868.
- WHITBRIDGE, *Trial by jury*. In LALOR's of Cyclopaed. political science.
- WILSON, James, *The works*. Chicago, 1869.
- WOOLSEY, *Political science*.
- ZANARDELLI, Giuseppe, *Relazione sul codice penale*. Fatta a S. M. dal ministro Guardasigilli in udienza del 30 giugno 1889.

INDICE ONOMASTICO

- ALBA, Gonzalez del, p. 213.
ALBISSON, M., p. 252.
ALFREDO o Grande, p. 172.
ALLARD, p. 264.
ALMEIDA, João Mendes de, p. XXVII.
ALMEIDA, Joaquim de Toledo Piza e, p. XXIX.
ALMEIDA, Antônio Augusto Ribeiro de, p. 132, 289.
ALVIM, Plínio, p. XXVIII.
ANSON, p. 281.
AVALLE, p. 163.
AZEVEDO, Manuel Antônio Duarte de, p. XXVII.
BANCROFT, George, p. 149.
BANDEIRA, Esmeraldino Olímpio de Torres, p. XVIII.
BARBALHO, João [João Barbalho Uchoa Cavalcanti], p. 289.
BARBOSA, Rui, p. IX, XI, XII, XV, XVI, XIX, XX, XXIII, XXIV, XXVII, XXVIII, XXX, 30, 32, 33, 34, 36, 43, 45, 50, 56, 66, 69, 93, 106, 118, 129, 142, 286.
BARRETT, p. 168.
BARROS, Américo Monteiro de, p. XV, 5.
BARROS, Pantaleão de, p. 91.
BARROS, Prudente José de Moraes, p. XV.
BARTOLO, p. 95.
BASTOS, Manuel Joaquim Teixeira, p. XV, 5.
BATISTA, Francisco de Paula, p. 41, 231.
BÉDARRIDE, Joseph, p. 253, 274, 277.
BELLOT, p. 255.
BELO, Venceslau Alves Leite de Oliveira, p. XV, 5.
BENTHAM, Jeremie, p. 80.
BEVILÁQUA, Clóvis, p. XXI.
BEYTS, p. 157.
BIENER, p. 158.
BITTENCOURT, Edmundo, p. XV.

- BLACK, Henry Campbell, n. 141, 142, 218, 221, 238.
BLACK, Jeremias S., p. 150, 169, 173.
BLACKSTONE, William, p. 157, 166, 172, 175, 290.
BLUNTSCHLI, Johannes Gaspar, p. 165.
BLOCK, Maurice, p. 215.
BLOIS, p. 261.
BOISSONADE, Gustave, p. 162.
BONAPARTE, Napoleão, p. 283, 284, 285.
BORSANI, Giuseppe, p. 198, 202, 203, 207, 208, 211, 213.
BOURBONS, p. 195.
BROGLIE, Victor François, duque de, p. 285.
BROUCKERE, p. 195.
BROUGHAM, p. 166.
BROWN, p. 168.
BRUNIALTI, Atilio, p. 171.
BRUNNER, Heinrich, p. 158, 160.
BRUSA, Emilio, p. 173, 184.
BRYCE, James, p. 230.
BUSCHE, p. 156.
CALMON, p. 66.
CAMARGO, Hipólito de, p. 128.
CAMBACÈRES, Jean Jacques Regis de, p. 284.
CAMDEN, lorde, p. 169.
CÂMERA, Gaspar de Medeiros e, p. 90.
CAMPOS, Aureliano de, p. XVI.
CARDOSO, Licínio Atanásio, p. XV, 5.
CARNEIRO, Manuel Borges, p. 31, 36.
CARRARA, Francesco, p. 273.
CARRÉ, M. p. 262, 263.
CARSON, p. 282.
CARVALHO, Antônio Gonçalves de, p. XXIX.
CARVALHO, Gaspar Teixeira de, p. XV, XVIII, 45.
CASORATI, Luigi, p. 198, 202, 211, 213.
CASTRO, Emanuel Mendes de, p. 65, 86, 105, 120, 124.
CASTRO, Olegário Herculano de Aquino e, p. 132, 289.
CASTILHOS, Júlio Prates de, p. XXVI, XXVII, 145, 164, 175, 178, 204, 224, 232, 234.
CEARÁ GAS COMPANY, p. 117.
CHAMBRUN, Adolphe, p. 167, 170, 172.
CHASE, p. 282.
CHATHAM, lorde, p. 157.
CHAUFARD, p. 160.

- CHAUVEAU, p. 263, 266.
CÍCERO, Marcos Túlio, p. 202.
CIVIS, p. XX.
CLIFFORD, p. 282.
COELHO, Domingos, p. 91.
COGLIOLO, Pietro, p. 269.
COLERIDGE, p. 166, 172.
COLLARD, Royer, p. 193.
COMBE, Rousseaud de la, p. 248.
CONRAD, p. XXI, 96, 102, 109, 110, 113.
COMTE, Isidoro Maria Augusto Francisco Xaxier, p. 145, 285.
COOLEY, Thomas, p. 142, 166, 169, 172, 183, 188, 189, 217.
CORDEIRO, Carlos Antônio, p. 116.
COSTA, João Duarte da, p. 91.
COSTA, José da Silva, p. 66.
COX, Samuel Sullivan, p. 148.
CRIVELLARI, Giulio, p. 271.
CUNHA, Vieira da, p. 227.
CUJACIUS, Jacó, p. 95, 245.
DALLOZ, Desiré, p. 196, 197, 198, 203, 207, 215, 246, 250, 252, 253, 262, 266.
DARESTE, F. R., p. 156, 161, 162.
DICKINSON, John, p. 150.
DILLON, John F., p. 168, 170, 182, 187.
DONNAT, Léon, p. 210.
DUARTE, dom, p. XXII.
DUARTE, Viriato Belfort, p. XV, 5.
DUBARLE, p. 162, 196.
DUPIN, p. 285.
ECK, p. 110.
EHRENBERG, Victor, p. XXI.
ELLERO, Pietro, p. 192.
ELSTER, p. XXI, 96.
ESPÍRITO SANTO, Hermínio Francisco do, p. 133, 290.
FAVART, p. 263.
FAYET, p. 164.
FERREIRA, Antônio Gonçalves, p. XIV, XV.
FERREIRA, Bernardino, p. 292.
FERRI, Enrico, p. 146, 147, 184, 211, 223.
FIELD, p. 282.
FIGUEIREDO JÚNIOR, Joaquim Antunes de, p. XIX, 132, 292.
FINZI, Enrico, p. XXIV.

- FISKE, John, p. 149.
FORD, Paul Leicester, p. 187.
FORSYTH, p. 160.
FREIRE, Pascoal José de Melo, p. XXIII, 103, 120, 124.
FREITAS, Antônio de Paula, p. XV, 5, 6.
FREITAS, Augusto Teixeira de, p. 80.
FRONTIN, André Gustavo Paulo de, p. XII, XIV, XV, XIX, 1, 5, 33, 35, 45, 131.
GAIO, p. 245.
GALDI, p. 259, 276.
GAROFALO, Rafael, p. 146, 147, 183, 184, 223.
GARRAUD, p. 61, 266.
GIORGI, Giorgio, p. 254, 256, 257, 258, 263.
GIRON, A., p. 154.
GLASSON, Ernest, p. 167, 205.
GNEIST, Heinrich Rudolf Hermann Friedrich, p. 160, 211.
GOODNOW, p. 25, 28.
GOURD, Alphonse, p. 148, 149, 205.
GRAÇA ARANHA, José Pereira da, p. XVII, XX.
GOUVEIA, Oscar Nerval de, p. XV, 5.
GRANE, p. 148.
GRUPPI, p. 224, 225, 284.
GUERREIRO, p. 65, 74, 83, 85, 105.
GUÉRIN, Henry, p. 147.
GUILHERME, p. 155.
HALLAM, Henry, p. 167, 183.
HARE, J. I. Clark, p. 188.
HARRIS, Seymour F., p. 203, 204.
HEGENER, p. 108.
HÉLIE, Faustin, p. 159, 196, 197, 201, 214, 245, 248, 266.
HENRIQUE II, p. 148.
HERCULANO, Alexandre [Alexandre Herculano de Carvalho e Araújo] p. 103.
HIGINO, José [José Higino Duarte Pereira], p. XXVIII, 117, 125, 133, 291, 292.
HILTY, p. 162.
HOLST, Henrich von, p. 206.
HOLTZENDORF, Franz von, p. 110.
HUYTTENS, Emile, p. 155, 157.
HYMANS, p. 195.
JHERING, Rudolf von, p. XVI, XXI, 20, 63, 95, 96, 101, 102, 103, 109, 110, 113, 114, 123.

- JOÃO SEM TERRA, p. 147.
KLÖPPEL, Paul, p. XXVII.
KRÜCKMANN, Paul, p. XVII, XXIII.
LAFAYETTE, *vide*, PEREIRA.
LALOR, p. 150, 153, 159, 161, 162, 163, 166, 167, 182.
LANCLOTTI, Giovanni Paolo, p. XXVII.
LAWSON, p. 29.
LEDERLIN, p. 161.
LAFERRIÈRE, E. p. 154.
LEHR, Ernst, p. 108.
LESSA, Pedro Augusto Carneiro, p. XXVII.
LESSER, p. 147, 148, 161, 163, 165, 176, 182, 183, 186, 187, 188, 194, 214.
LEXIS, p. XXI, 96.
LIEBER, Francis, p. 157, 171, 183, 193.
LIMA, Alcides de Mendonça, p. X, XXVI, XXVIII, XXIX, 135, 138, 287.
LIMA, Joaquim Barbosa, p. 117.
LOBÃO [Manoel de Almeida e Sousa], p. 31, 53, 54, 73, 74, 76, 77, 78, 83, 89, 90, 103, 105, 120, 121, 122, 124.
LOBO, Américo [Américo Lobo Leite Pereira], p. 132, 289.
LOMBROSO, Cesare, p. 147, 184.
LOENING, Edgar, p. XXI, 96.
LOLME, J. L. de, p. 166, 205, 211.
LOUET, p. 261.
LUCENA, Henrique Pereira de, barão de, p. 117.
LUCHINI, Luigi, p. 147, 153, 156, 160, 161, 171, 174, 184.
LUZ, Arlindo Gomes Ribeiro da, p. XIII.
MACCLACHLAN, p. 148.
MAGGREGOR, John, p. 205.
MACHADO, Manoel Barbosa, p. 90.
MACLAY, John, p. 150.
MADISON, James, p. 187.
MANCINI, p. 259, 276.
MANDUCA, F., p. 158, 184.
MANSFIELD, lorde, p. 23.
MARSHALL, p. XX.
MARTIN, George H., p. 173.
MARTINS, Elisio Firmo, p. XV, 5.
MATOS, Eduardo Pindaíba de, p. 132.
MATTIROLO, Luigi, p. 236, 246, 247, 249, 250, 254, 255, 256, 260, 263, 264, 274.

- MAYNZ, Charles, p. 80.
MEDEIROS, Antônio Augusto Borges de, p. XXVI.
MECHEM, p. 27, 28.
MELITO, Miot de, p. 224.
MENDONÇA, Lúcio de, p. XXVIII, 132, 294.
MENOCHIUS, Jac, p. 73, 104, 121.
MERLIN, p. 263, 285.
MERRILL, p. 23.
MEULENAERE, O. de, p. 20, 95, 114, 195.
MILLER, p. 169, 172, 282.
MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, p. 160, 203, 204, 205, 206, 207,
212, 213, 217.
MOISÉS, p. 149.
MONSERRATE, p. 66.
MONTEIRO, João Batista Ortiz, p. XV, 5.
MONTESQUIEU, Charles, p. 210, 247.
MOSES, Halsey, p. 25, 26.
MUNRO, p. 163.
MURAT, Joachim, p. 156.
MURTINHO, Manoel José, p. 290.
NEGRI, p. 269.
NEVES, Artur Getúlio das, p. XV, 5.
NILES, p. 153.
NOVELLIS, Raffaele de, p. 154, 158, 195.
NYPLES, p. 266.
OLIVART, Ramon de Dalmau Y de, marquês de, p. XXIV, 106, 107,
108, 109, 110.
OLIVEIRA, Pedro de, p. 92.
PALMA, Luigi di, p. 154, 158, 159, 171.
PATERSON, James, p. 169.
PAULA & MAFRA, p. 117.
PAULUS, Julius, p. XXII, 78, 105.
PEGAÇ, Emanuel Alvares, p. 90, 92, 105.
PEIXOTO, José Carlos de Matos, p. XXIV.
PELLAT, p. 80.
PERINS, Charles, p. 160.
PEREIRA, Lafayette Rodrigues, p. 125.
PEREIRA FRANCO, Luís Antônio, barão de, p. XXIX, 133.
PHOEBUS, Melchior, p. 105.
PIMENTEL, Joaquim Galdino, p. XV, 5.
PIMENTEL, Sancho de Barros, p. XV.
PINHEIRO, Antônio Augusto Fernandes, p. XIV, XVII, 6.
PINTOS, Angel, p. 158, 162.

- PISANELLI, p. 259, 276.
PITT, William, p. 157.
PIZZAMIGLIO, Clemente, p. 166.
POMEROY, p. 153.
PONCET, p. 263.
POORE, Ben Perley, p. 151, 152, 185, 186.
PORTALIS, Jean Etienne Marie, p. 284.
PORTUGAL, Domingos Antunes, p. 65.
POTHIER, Robert Joseph, p. 246.
PRÉAMENEU, Bigot de, p. 252, 253.
RANDA, Anton Ritter von, p. XXIII.
REGELSBERGER, Ferdinand, p. XXI.
REIS, José Agostinho dos, p. XV, 5.
REIS, M. Pereira, p. 9.
RETES, p. 73, 121.
REYNOSO, Miguel de, p. 87, 105.
RIBAS, Antônio, p. XXIV, 52, 54, 71, 90, 119, 120, 121, 124.
RIEDMATEN, p. 110.
RIVIER, A., p. 95.
ROCHA, Pinto da, p. XXX.
ROMAN, Sanchez, p. 108.
RUDOLFIN, p. 73.
RUDHART, p. 169.
RUIZ, Arangio, p. 161, 162, 164, 178.
SAMPAIO, Carlos César de Oliveira, p. XIV, XV, 5.
SANTOS, Basílio dos, p. XXVII.
SANTOS, Joaquim Felício dos, p. 79, 80, 127, 128.
SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno, marquês de, p. 219.
SAREDO, Giuseppe, p. 247.
SAVIGNY, Friedrich Carl von, p. XVI, XXI, XXII, 89, 95, 96, 97, 103, 110, 112, 114, 120, 122, 123, 124, 231.
SCHAFTESBURY, conde de, p. 194.
SCHNEIDER, p. 164.
SCIALOJA, Vittorio, p. 259, 276.
SELLYER, p. 215.
SÊNECA, Lucius Annaeus, p. 56, 172.
SENTUPÉRY, Léon, p. 162.
SERAFINI, Filippo, p. 70.
SIDGWICK, Henry, p. 171.
SIÉYÈS, Emanuel Joseph, p. 157.
SILVA, Rafael Corrêa da, p. XXVII.
SILVA & CIA., p. 118.

- SNYDER, William, p. 150, 153, 169, 173, 194.
SOARES, Joaquim Antônio de Macedo, p. 133.
SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e, p. 33, 34.
SOUTO, Luís Rafael Vieira, p. XIV, XV, 5.
STAEDTLER, p. 97.
STEPHEN, Sergeant, p. 158, 166, 175, 203, 204.
STEVENS, Ellis, p. 148.
STINZING, p. XVII.
STORY, Joseph, p. 149, 150, 157, 189, 206, 216.
STRYCHIUS, Samuel, p. 73, 87, 89, 105.
STUBBS, William, p. 148, 160.
TACTUS, Publius Cornelius, p. 56, 147.
TANEY, p. 168, 172.
TELES, José Homem Correia, p. 55, 65, 72, 73.
THONISSEN, J. J., p. 155, 156, 196, 206.
TIBÉRIO [Tiberius Claudio Nerus], p. 56.
TISSERANDOT, Eugène, p. XV, 5.
TOCQUEVILLE, Alexis de, p. 193.
TORRES, Alberto de Seixas Martins, p. XX.
TREILHARD, p. 284.
UGO, Gio Batista, p. 257, 263.
ULPIANO, Domicio, p. 105, 245.
VALASCO, Alvaro, p. XXIII, 65, 74, 75, 76, 105, 121.
VER HESS, p. 108.
VIEIRA, João Pedro Belfort, p. 290.
VILLA, p. 270.
VOETIO, p. 273.
WHARTON, Francis, p. 203, 206.
WHITBRIGE, p. 150, 159, 182, 218.
WILSON, James, p. 203, 207.
WINDSCHEID, Bernhard Joseph Hubert, p. 110.
WOOD, p. 25, 29.
WOOLSEY, p. 182.
ZANARDELLI, Giuseppe, p. 269.

I N D I C E

PREFÁCIO	IX
I. POSSE DE DIREITOS PESSOAIS. Ação de Manutenção de Posse. AA., André Gustavo Paulo de Frontin e Outros. Ré, União Federal	1
1 — PETIÇÃO INICIAL	5
2 — RÉPLICA	31
3 — INCIDENTE DE ATENTADO	33
4 — ARTIGOS DE ATENTADO	35
5 — CONTRAMINUTA DE AGRAVO	37
6 — PETIÇÃO	45
7 — CARTAS AO JORNAL DO COMÉRCIO — I	47
II	51
III	57
8 — POSSE DE DIREITOS PESSOAIS [Artigos no <i>Jornal do Comércio</i>] — I	69
II	83
III	95
IV	107
V	119
Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido no Agravo n. 159. Agravante: União Federal; agravados: Drs. André Gustavo Paulo de Frontin e outros	131
II. O JÚRI E A INDEPENDÊNCIA DA MAGISTRATURA. Revisão Criminal n. 215. Recorrente: Alcides de Mendonça Lima; recorrido: Superior Tribunal do Estado do R.G. do Sul	135
Consulta	139
1 — PARECER	141
2 — ALEGAÇÕES	145

A Lei rio-grandense	175
O art. 72, § 31, da Constituição	181
O Sigilo do voto no Júri	193
As recusas peremptórias	201
<i>Novum crimen</i> : o crime de hermenêutica	227
Supremo Tribunal Federal. Recorrente: Dr. Alcides de Mendonça Lima, juiz da Comarca da Cidade do Rio Grande. Recorrido: Superior Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão de fls. 126 [Rev. Crim. n. 215]	287
BIBLIOGRAFIA	295
INDICE ONOMÁSTICO	307

OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA

TOMOS PUBLICADOS

Vol. I	- 1865 - 1871	- T. I — <i>Primeiros trabalhos</i> T. II - <i>Poesias</i>
Vol. VI	- 1879 - T. I	- <i>Discursos parlamentares</i> [Câmara dos Deputados]
Vol. VII	- 1880 - T. I	- <i>Discursos parlamentares</i> [Câmara dos Deputados]
Vol. VIII	- 1881 - T. I	- <i>Trabalhos diversos</i>
Vol. IX	- 1882 - T. I	- <i>Reforma do ensino secundário e superior</i>
	T. II	- <i>Discursos parlamentares. Centenário do marquês de Pombal. O desenho e a arte industrial</i>
Vol. X	- 1883 - T. I	- <i>Reforma do ensino primário e várias instituições complementares da instrução pública</i>
	T. II	- <i>Reforma do ensino primário e várias instituições complementares da instrução pública</i>
	T. III	- <i>Reforma do ensino primário e várias instituições complementares da instrução pública</i>
	T. IV	- <i>Reforma do ensino primário e várias instituições complementares da instrução pública</i>
Vol. XI	- 1884 - T. I	- <i>Discursos parlamentares. Emancipação dos escravos</i>
Vol. XIII	- 1886 - T. I	- <i>Lições de coisas</i> (tradução)
	T. II	- <i>Trabalhos diversos</i>
Vol. XIV	- 1887 - T. I	- <i>Questão militar. Abolicionismo. Trabalhos jurídicos. Swift</i>
Vol. XV	- 1888 - T. I	- <i>Trabalhos diversos</i>

- Vol. XVI - 1889 - T. I - *Queda do império* [Diário de Notícias]
 T. II - *Queda do império* [Diário de Notícias]
 T. III - *Queda do império* [Diário de Notícias]
 T. IV - *Queda do império* [Diário de Notícias]
 T. V - *Queda do império* [Diário de Notícias]
 T. VI - *Queda do império* [Diário de Notícias]
 T. VII - *Queda do império* [Diário de Notícias]
 T. VIII - *Queda do império* [Diário de Notícias]
- Vol. XVII - 1890 - T. I - *A Constituição de 1891*
- Vol. XVIII - 1891 - T. I - *Discursos parlamentares. Jornalismo*
 T. II - *Relatório do Ministro da Fazenda*
 T. III - *Relatório do Ministro da Fazenda*
 T. IV - *Anexos ao relatório do Ministro da Fazenda*
- Vol. XIX - 1892 - T. I - *Discursos parlamentares*
 T. II - *Discursos e pareceres parlamentares*
 T. III - *Trabalhos jurídicos. Estado de sítio*
 T. IV - *Trabalhos jurídicos*
- Vol. XX - 1893 - T. I - *Visita à terra natal. Discursos parlamentares*
 T. II - *A ditadura de 1893* [Jornal do Brasil]
 T. III - *A ditadura de 1893* [Jornal do Brasil]
 T. IV - *A ditadura de 1893* [Jornal do Brasil]
 T. V - *Trabalhos jurídicos*
- Vol. XXII - 1895 - T. I - *Discursos parlamentares. Trabalhos jurídicos*
- Vol. XXIII - 1896 - T. I - *Cartas de Inglaterra*
 T. II - *Impostos interestaduais*

AOS 2 DIAS DO MÊS DE FEVEREIRO DE 1976,
ACABOU-SE DE IMPRIMIR NAS OFICINAS
DO DEPARTAMENTO DE IMPRENSA NACIONAL,
NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO, ESTADO
DO RIO DE JANEIRO, PARA A
FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA
ESTE TOMO III

DO VOLUME XXIII

DAS

Obras Completas de Rui Barbosa

MANDADAS PUBLICAR PELO GOVERNO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

