

OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA

VOLUME XXIV

TOMO III

Foram impressos 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 3.668, de 30 de setembro de 1941, baixado pelo Presidente Getúlio Vargas, e de acôrdo com o Decreto n. 21.182, de 27 de maio de 1946, promulgado pelo Presidente Eurico Gaspar Dutra e referendado pelo ministro Ernesto de Sousa Campos



Rui Barbosa, Desenho de Childe publicado na Cidade do Rio,
de 5 de novembro de 1897.

OBRAS COMPLETAS
DE
RUI BARBOSA

VOL. XXIV. 1897
TOMO III

TRABALHOS JURÍDICOS



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA
RIO DE JANEIRO — 1955

TOMBO 007187



320.781
8238

CATALOGO 007184

REFÁCIO E REVISÃO

DE

JOSÉ CÂMARA

Juiz substituto no Distrito Federal

PREFÁCIO

Os Trabalhos Jurídicos de RUI BARBOSA, referentes ao ano de 1897, originariamente planificados para um só volume, tiveram de ser desdobrados em dois, dos quais o atual constitui seqüência.

O opúsculo *Anistia Inversa — Caso de Teratologia Jurídica*, duas vezes editado em 1896, a julgar apenas pelo ano de sua publicação, deveria ser incluído no volume anterior, correspondente a 1896, o de número XXIII, em conformidade com o que determina o decreto-lei n. 3.668, de 30 de setembro de 1941. Verificou-se, porém, uma vez identificados e localizados os autos a que se referia o estudo já divulgado, existirem ainda inéditas algumas peças, tais como a petição inicial (fls. 2 a 7 v.), as razões pelos apelados (fls. 124-29) e a sustentação dos embargos opostos à decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida a 20 de janeiro de 1897 (fls. 153 a 158). O avulso *Anistia Inversa*, na parte já vulgarizada, constituía apenas as alegações finais pelos Autores mais o prefácio que acompanha a segunda edição, — documento anexado às razões dos apelados, inspirado, sobretudo, pelas hostilidades de um deputado pelo Distrito Federal, e quando nos autos já havia falado o Ministro Antônio de Sousa Martins, Procurador Geral da República.

Produzido o último arrazoado em 1897, dado o curso assumido pelo feito nas sucessivas instâncias percorridas, foram incluídos no presente, o III, parte do Volume XXIV, tôdas as produções do Conselheiro RUI BARBOSA, a ela atinentes, bem como as decisões judiciais que puseram têrmo à lide. Atendeu-se, como sempre, ao critério seguido, ten-

dente a evitar-se o quanto possível a dispersão de matérias entrosadas com uma mesma espécie através de dois ou mais volumes.

Tudo se tem feito, tanto quanto permitem as contingências de ordem positiva, no intuito de imprimir um cunho de homogeneidade aos trabalhos a serem editados. No tomo ora impresso tentou-se enfeixar tôda a matéria constitucional saída da pena de Rui em 1897, e reservá-lo tão sòmente a êse ramo do Direito público. A questão Solano Lopez, à primeira vista, parece fugir do assunto; entretanto, ocorre circunstância oposta ante os debates suscitados no judiciário e o plano em que a situou o Supremo Tribunal Federal, consubstanciado no acórdão proferido no agravo n. 223, julgado a 17 de novembro de 1897. Vê-se, pelo aresto citado, que o aspecto comportado por essa demanda transcende ao âmbito do processo civil, atentando-se para sua importância política e histórica.

Seis outros opúsculos, um dos quais minúsculo, integram o tomo ora publicado, inseridos sob números II a VII. Um dêles diz respeito à constitucionalidade da lei n. 428, de 10 de dezembro de 1896, lei de orçamento para o ano de 1897.

Dúvida não há, quanto à autenticidade dos textos ora reproduzidos.

No que diz respeito às peças que formam o litígio dos quarenta e sete oficiais reformados em 1893, encimados pelo nome do Capitão Tenente Joaquim Franco, todos atingidos pelas restrições impostas no decreto legislativo n. 310, de 21 de outubro de 1895, há duas feições a distinguir. Corriam impressas, até hoje, tão sòmente, as alegações finais pelos Autores, em duas edições, ambas promovidas nesta Capital. A primeira no Jornal do Brasil, em tiragem reduzida, hoje raríssima: a segunda, no Jornal do Comércio. Esta última foi a utilizada como texto na presente edição, uma vez que é, presumivelmente, dentre os dois existentes, o

mais completo. As demais peças, agora pela primeira vez divulgadas em impresso, não oferecem a menor suspeita quanto a sua paternidade. A inicial, além do estilo inconfundível, teve a caligrafia identificada, pertencendo ao solicitador GASPAR TEIXEIRA DE CARVALHO, auxiliar de escritório do Cons.^o RUI BARBOSA. As razões pelos apelados são do próprio punho de RUI (fls. 124-129). A sustentação dos embargos. (fls. 153 a 158) transcrita com letra do advogado EDMUNDO BITTENCOURT, pertence, indiscutivelmente, ao patrono dos Autores embargantes que a subscreve, segundo evidenciam eloqüentes vestígios atestados pela redação dos artigos.

Foram confrontados os textos das duas edições de *Anistia Inversa*, aparecidas, como se afirmou, em 1896, não havendo, entre êles, variantes substanciais dignas de relêvo. Houve, da primeira para a segunda impressão, sensível alteração no formato gráfico. No tocante ao texto, verificam-se na verdade inúmeras correções, tôdas elas, entretanto, pertinentes a questões de forma ou estilística, enganos materiais, estranhas ao âmbito ou aspecto jurídico. Averbá-las, pareceu-nos providência destituída de alcance, sem qualquer interêsse, além de sobrecarregar inutilmente a composição. Talvez pequena exceção constitua a variante consignada na pág. 104 da presente edição, e por isso mesmo assinalada.

A matéria concernente à casa Enrique Venâncio Solano Lopez e outro versus *Comp. Mate Laranjeira*, aqui inserida, embora impressa em duas publicações distintas, teve como fonte os manuscritos do próprio Conselheiro RUI, hoje conservados em seu arquivo (1). Assim, a carta endereçada

(1) Entre as peças atinentes a êsse feito, temos a lamentar a ausência da petição inicial, indiscutivelmente inédita. A autoria de Rui Barbosa, na redação de tal documento, constitui, por outro lado, circunstância a cujo respeito quase não se tem dúvida.

Atentando-se para o modo como foi decidida a matéria na suprema instância, é de presumir terem permanecido no Supremo os autos da

ao filho do antigo Supremo da República do Paraguai, já havia sido incluída na coletânea de cartas publicadas sob orientação do Prof. HOMERO PIRES; a impugnação ao agravo interposto pelo Estado de Mato Grosso (Agravo n. 223), fôra estampada em *O Direito* (Vol. 75, páginas 370 e segs.).

O parecer a respeito da constitucionalidade da lei n. 428, de 10 de dezembro de 1896, trabalho, ao que se infere, inédito, teve como base o manuscrito de seu autor, conservado no arquivo da Casa de RUI BARBOSA.

O pequeno trabalho relativo a contagem de tempo de militares durante o exercício de mandato legislativo foi copiado dos Anais do Senado Federal. (Sessão de 2 de junho de 1897).

Os opúsculos V, versando matéria de cobrança de honorários de advogado, o VI, sobre efeito devolutivo do recurso extraordinário, e, finalmente, o VII, concernente a validade de testamento, completam o conjunto aqui publicado. Foram utilizados na reprodução dos dois primeiros os manuscritos existentes na Secção de Manuscritos da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro(*), servindo para a composição do último destes cópia conservada no arquivo de seu Autor.

ação originariamente intentada, dada a terminação do litigio nesta Capital, em virtude de ter sido julgado competente para decidir a espécie o *forum rei sitae*. Além disso, até setembro de 1916, segundo se infere de um discurso pronunciado pelo Senador Antônio Azeredo na câmara alta, achava-se o processo no Arquivo da suprema corte.

Todas as tentativas que empregamos não permitiram, entretanto, a sua localização. Infrutíferas foram as buscas promovidas no Arquivo Nacional, Arquivo do Egrégio Supremo Tribunal Federal, e também no Cartório do 1.º Ofício da 1.ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, em cujo Livro de Tombo não se encontra a menor referência a qualquer causa em nome de Enrique Venâncio Solano Lopez e Antônio Medici. Cumpre aqui deixar consignado o acolhimento dispensado pelo escrivão Bacharel Homero de Miranda Barbosa, titular do 1.º Ofício, de seu dedicado auxiliar, Sr. Otávio Geraldo Vieira, e dos demais serventários a cuja cooperação tivemos ensejo de recorrer.

(*) Publicados nos *Anais da Bib. Nac.* vol. 70, 1950.

Pequenas alterações foram introduzidas, e, sempre que recomendável, precedidas da necessária ressalva. Assim é que, v. g., proferido o acórdão de 27 de janeiro de 1897, pelo qual foi reformada a sentença que deu origem à apelação cível n. 216, foram opostos embargos. Sustentando-os, datou o Conselheiro Rui seu arrazoadado de 4 de março de 1896. Trata-se, como se vê, de engano cuja materialidade impunha o dever de retificar. Noutros casos, de evidência palpável, prescindiu-se de qualquer esclarecimento.

A ortografia é a do Vocabulário, em harmonia com a dos demais volumes já publicados, ou no prelo.

Inserimos no final do tomo a bibliografia pertinente a cada opúsculo, sem atender-se à especificação dos assuntos versados.

Estes, segundo nos parece, os informes indispensáveis, visto como, aos doutos caberá a missão de retirar dos ensinamentos compertados pelos assuntos aqui contidos, quando situados no cenário jurídico em que se originaram, ilações bem mais proveitosas à posteridade do que o império do arbítrio e da violência.

São do revisor as notas precedidas de asterisco.

Rio de Janeiro, 15 de agosto de 1947.

JOSÉ CÂMARA

I

ANISTIA INVERSA

CASO
DE
TERATOLOGIA JURÍDICA

AÇÃO SUMÁRIA

JOAQUIM FRANCO E OUTROS, Autores UNIAO FEDERAL, Ré

AMNISTIA INVERSA

Caso de teratologia juridica

DEFESA



PERANTE O JUIZO SECCIONAL

DOS

Condemnados pela amnistia de 1895

RAZÕES

DE

RUY BARBOSA

RIO DE JANEIRO

OFFICINA DE OBRAS DO JORNAL DO BRASIL—64 RUA GONÇALVES DIAS, 64

1896

Fôlha de rosto da 1ª edição de *Anistia Inversa*. Tamanho original:
31 x 21 cms.

(Exemplar da Casa de Rui Barbosa)

RUY BARBOSA

AMNISTIA INVERSA

CASO

DE

TERATOLOGIA JURIDICA

Segunda Edição

RIO DE JANEIRO

TYP. DO "JORNAL DO COMMERCIO", OUVIDOR 59-61

1896

Fac-Simile do frontispício da 2ª edição de *Anistia Inversa*. Tamanho original: 22 x 15 cms.

(Exemplar da Casa de Rui Barbosa)

NOTA DO REVISOR

Quando, em 1892-93, graves acontecimentos conturbaram a vida pública do País, o Marechal Floriano Peixoto, Vice-Presidente da República, no exercício do cargo, reformou inúmeros oficiais de terra e mar, abrangendo seus atos tôdas as patentes, desde marechais e almirantes até guardas-marinha.

Terminadas as hostilidades no sul, e serenados aparentemente os ânimos, foi apresentado ao Congresso um projeto de lei (n.º 204, de 1895), subscrito pelo deputado Francisco Glicério e numerosos outros representantes, concedendo anistia a todos quantos estiveram envolvidos nos fatos que ocasionaram as reformas dos militares.

Convertida a resolução no decreto legislativo n.º 310, de 21 de outubro de 1895, desde logo entrou em vigor. Muito embora fôsse geral a concessão, consoante a natureza do instituto, envolvia um dos parágrafos dessa lei uma sensível restrição, visto como se determinava que os oficiais do Exército e da Armada então anistiados não poderiam voltar ao serviço ativo antes de decorridos dois anos, contados da data em que se apresentassem às autoridades competentes, e ainda se a tanto anuísse o Poder Executivo.

A exceção originou naturalmente descontentamentos entre os atingidos. Conhecendo profundamente a situação dos reformados, desde os episódios de 1892, foi o Conselheiro Rui Barbosa constituído advogado com poderes para tratar da causa, aplicando à espécie o remédio comportado pela sua natureza. Neste sentido, recebeu 47 procurações, para o fim de intentar demanda perante o juízo competente. Figurando como autores o Capitão Tenente Joaquim Franco e mais 46 oficiais de terra e mar, entre os quais o Capitão de Fragata Alexandrino Faria de Alencar, foi promovida ação sumária, de rito especial, contra a União, sendo a ini-

cial mandada autuar a 6 de fevereiro de 1896. O mandato conferido ao Conselheiro Rui Barbosa foi por êle substabelecido nos advogados João Barbalho Uchôa Cavalcante, Edmundo Bittencourt e Gaspar Teixeira de Carvalho (fls. 59 e v.), tendo apenas o segundo atuado no feito, na fase de instrução sumária.

Pela Fazenda Nacional oficiou o Procurador-adjunto, José Pereira da Graça Aranha, que contestou por negação a lide. Arrazoando, apresentou o advogado dos autores as alegações finais consistentes na matéria que constitui o opúsculo *Anistia Inversa*, vulgarmente conhecido nas duas edições promovidas em 1896.

Treplicou o Procurador da Fazenda, Graça Aranha (fls. 98-101), alegando em síntese que improcedia a ação, porquanto, sendo a disposição legal em que se fundava o pedido a lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, ali se especificava o caso em que cumpria ao Poder Judiciário anular ato ilegal, em cuja definição não cabia o ato impugnado; e, por outro lado, tendo o Presidente da República sancionado uma resolução inconstitucional, sua decisão escapava a qualquer verificação, por constituir um ato independente, produto de sua inteligência livre. Manifesta era, assim, a incompetência do Poder Judiciário para a espécie vertente. Legal era o ato administrativo; incompetente o juízo para conhecer da ilegalidade argüida.

Aos 27 de julho de 1896, o Juiz seccional, Aureliano Campos, proferiu a sentença, julgando a ação procedente, para o fim de considerar os autores livres da determinação legislativa, condenando a ré a pagar-lhes sôlido e demais vencimentos que lhes coubessem em virtude das leis vigentes, como se estivessem isentos de culpa (fls. 112 *usque* 116 v.).

Inconformada, recorreu a Fazenda, subscrevendo a petição o Procurador Esmeraldino Tôrres Bandeira. Subindo o recurso à instância *ad quam*, convertido na apelação cível n.º 216, e distribuído ao Ministro José Higino, oficiou na suprema côrte o então Procurador Geral da República, Ministro A. de Sousa Martins. Arrazoou o Conselheiro Rui Barbosa pelos apelados (fls. 124 a 129), contrarrazoando o Ministro Sousa Martins (fôlhas 136-137 v.), vindo o

Supremo Tribunal Federal a decidir o feito em sessão de 20 de janeiro de 1897, em que deu provimento à apelação interposta para julgar os autores carecedores da ação. Funcionou como relator o Ministro Bernardino Ferreira da Silva, em substituição ao anteriormente designado. Não sendo unânime o acórdão, em virtude dos votos vencidos com que os assinaram os Ministros José Higino e Ribeiro de Almeida, foram opostos embargos pelo advogado dos autores a 27 de fevereiro de 1897. Sustentando-os, produziu o Conselheiro Rui o arrazoadado de fls. 153 a 158. Nessa fase do processo, oficiou pela Fazenda Nacional o Ministro Lúcio de Mendonça, como Procurador Geral da República, sendo o feito distribuído ao Ministro João Pedro, que declarou suspeição; foi, em consequência, designado relator o Ministro Manuel José Murtinho, que o relatou na sessão de 18 de agosto de 1897. Desprezaram-se, unanimemente, os embargos, atuando no julgamento, pelo Ministério Público, o Ministro Figueiredo Júnior (fls. 161 a 162 v).

Em face do desfêcho que teve o litígio na suprema e última instância, cogitou-se de intentar ação rescisória do acórdão de 20 de janeiro, recebendo, o Conselheiro Rui Barbosa, para tal fim, os competentes mandatos conferidos pelo Tenente Isidoro Dias Lopes e mais 39 oficiais reformados, cujos instrumentos são hoje conservados no arquivo da Casa de Rui Barbosa.

A ação não chegou, entretanto, a ser proposta.

A lei n.º 533, de 7 de dezembro de 1898, suprimindo as restrições contidas no decreto n.º 310, excetuou, todavia, seus efeitos no concernente a vencimentos e às promoções efetivas já decretadas.

Anos mais tarde, o Ministro ARMANDO DE ALENCAR e outros, todos herdeiros de alguns dos Autores, impetraram uma ação contra a fazenda nacional, a fim de haver as diferenças de vencimentos, soldos e vantagens, resultantes dos termos da anistia de 1896, até à reversão dos reformados, sendo julgada improcedente a lide. Por acórdão de 4 de agosto de 1947, proferido na apelação cível nº 7.748, tendo como relator o Exm.º Sr. Ministro ANÍBAL FREIRE, resolveu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal negar provimento ao recurso, mantida, assim a decisão recorrida

I -- Petição Inicial

Ilm.º e Exm.º Sr. Dr. Juiz Seccional

Dizem Joaquim Franco,
Jorge Cavalcanti de Albuquerque,
Artur Thompson,
Alberto Carlos da Cunha,
Manuel Raimundo de Sousa,
Jorge Marques Dubruchet,
Conrado Heck,
Antônio Dinis de Faro Dantas,
Eduardo de Carvalho Piragibe,
Rafael Brusque,
João Teixeira de Carvalho Jr.,
Sebastião Bandeira,
Manuel Marques de Faria,
Norberto de Amorim Bezerra,
Carlos José de Araújo Pinheiro,
Luís José de Lima Jr.,
Alberto Durão Coelho,
Manuel Marques Coutinho,
José Libânio Lamenha Lins de Sousa,
Augusto Carlos de Sousa e Silva,
Manuel Pacheco de Carvalho Jr.,
Augusto Monteiro de Barros,
Benjamim Ribeiro de Melo,
Pedro Veloso Rebelo Jr.,
Francisco Roberto Barreto,

dor da República, a fim de, no prazo de dez dias que será assinado na primeira audiência dêste Juízo, falar aos termos da causa, na qual os suplicantes provarão o seguinte :

I

O decr. n. 310, de 21 de outubro de 1895, anistiando, no art. 1.º, "tôdas as pessoas que direta ou indiretamente se tenham envolvido em movimentos revolucionários ocorridos no território da república até 23 de agosto" dêsse ano, acrescenta :

§ 1.º Os oficiais do exército e da armada anistiados por esta lei não poderão voltar ao serviço ativo antes de dois anos, contados da data em que se apresentarem à autoridade competente, e ainda depois dêsse prazo, se o Poder Executivo assim julgar conveniente.

§ 2.º Êsses oficiais, enquanto não reverterem à atividade, apenas vencerão o sôlido de suas patentes e só contarão o tempo para reforma.

II

Mas êsse decreto é inconstitucional, na parte em que pretende limitar a anistia, por cuja promulgação começa, não por ser, nessas cláusulas, uma limitação da anistia, mas porque, na maneira *sui generis* de limitá-la, atenta contra disposições terminantes da constituição republicana. Com efeito.

III

A Constituição, art. 74, declara que "as patentes, e os postos e os cargos inamovíveis são garantidos em toda a sua plenitude". Ora, a patente e o pôsto decompõem-se em dois elementos : o título

e a efetividade, ao último dos quais estão associadas vantagens, que pela sua inamovibilidade constitucional, fazem parte inauferível do patrimônio dos oficiais de terra e mar, visto como êstes, ainda quando não se achem em comissão, percebem, além do sôlido, outros vencimentos.

IV

Dessas vantagens, ligadas a um título inalienável durante a sua vida, não se podem privar os oficiais do exército, ou da armada, equiparados pela Constituição, art. 85, senão nos casos e sob as condições inevitáveis, em que se realiza a cessação dos cargos vitalícios, ou a suspensão temporária dos seus efeitos, isto é, mediante condenação criminal, passada em julgado.

V

A êsse princípio constitucional contravém claramente o decr. de 21 de outubro, art. 1.º, §§ 1.º e 2.º, privando a certo número de oficiais, de mar e terra, por tempo que nem se determina, das gratificações inerentes, à efetividade, isso sem ato judicial, que justifique a imputação, em cujo nome são submetidos a êsse desfalque nos seus direitos.

Acresce que

VI

Autorizando o poder executivo a prorrogar indefinidamente a privação dêsses direitos, o decreto n.º 310 virtualmente a faz perpétua, desde que habilita o govêrno a perpetuá-la, o que equivale a

lhes decretar a reforma, com as desvantagens e sem as vantagens desta situação, faculdade que não está nem na competência do poder executivo, nem na do legislativo.

Outrossim,

VII

Criando, para os suplicantes, uma situação jurídica excepcional de diminuição nos seus direitos, sobre o fundamento de terem participado em movimentos revolucionários, o congresso, com a sanção do Chefe do Estado, estabeleceu para um delito já perpetrado e previsto em lei anterior, uma penalidade *ad hoc*, isto é, decretou e aplicou, no mesmo ato, um regímen penal, legislando, e sentenciando, cominando o castigo, e impondo-o; de modo que, ao mesmo tempo, formulou a lei, proferiu o julgamento, e aplicou a condenação.

Realmente

VIII

Quer nas leis do exército de terra, quer nas do de mar a participação de militares em revolução está qualificada e devidamente punida.

IX

Se, portanto, os suplicantes, argüidos dêsse delito, não são, porque dela os exonera a anistia, sujeitos a expiação fixada nessas leis, a outra penalidade também não será possível submetê-los, atento o preceito da Constituição, art. 72, § 15, que diz :
"Ninguém será sentenciado, senão *em virtude de*

lei anterior e na forma por ela regulada". Sendo, pois, o decr. de 21 de outubro anterior aos movimentos revolucionários, que simultaneamente anistia, e castiga, não podia, constitucionalmente, estabelecer para êsses fatos um gênero novo de expiação penal.

X

Fazendo-o, porém, transgrediu, não só o disposto no art. 72, § 15, como o estabelecido no art. 11, § 3.º, que veda à União, como aos Estados, "prescrever leis retroativas". Embora, com efeito, por um lado, a pena instituída no decr. de 1895, importe mitigação incontestável do castigo estipulado pelas leis militares contra os indiciados no crime de insurreição, ou revolução, o que exclui a proibição da retroatividade, por outro lado essa penalidade, ainda que menor, lhes é imposta sem acusação, nem defesa, processo, ou julgamento, o que importa uma agravação intolerável da situação jurídica assegurada aos suplicantes pelas leis anteriores.

Em verdade

XI

Fôsse qual fôsse a evidência e notoriedade da participação dos suplicantes, no recente movimento revolucionário, a presunção de inocência firmada pelas noções elementares de direito penal e direito público a favor de *todo e qualquer acusado* não cede senão à sentença definitiva dos tribunais competentes. Dessa verdade falam os constitucionalistas americanos como "parte do nosso sistema

político, da qual não pode prescindir o governo, *a well understood part of the system, and which the government cannot dispense with*".

(COOLEY : *Constitucional Limitations* 5th, edit., p. 376). E a nossa constituição desenvolvidamente a consagra, no art. 72, § 16.

XII

É manifesto, de mais a mais, que, entre os oficiais de mar e terra promiscuamente envolvidos na imputação de cúmplices na revolta de 6 de setembro e na do Rio Grande do Sul, muitos há, que nesses movimentos não tiveram parte, direta, ou indireta. E a prova é que alguns chegaram a ser absolvidos, antes da anistia, pelos tribunais militares, e outros cuja defesa, em processos já instaurados, assentava precisamente nesse assêto, viram-se inibidos, em nome dela, de reivindicar a sua inocência e restituição aos seus direitos.

XIII

Ora, admitir, a pretexto de anistia, ao poder legislativo a faculdade de infligir privação, ou redução de direitos a certas classes de indivíduos, independentemente de processo, é autorizar a legislatura a converter a presunção constitucional de inocência em certeza arbitrária de crime.

E dêste modo

XIV

O decr. de 21 de outubro, desnaturando a anistia, pondo-a em conflito com outras instituições

constitucionais, esbulha, ainda, os suplicantes do direito assegurado a todos os habitantes dêste país no art. 72, § 15: "Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente". A autoridade competente para conhecer da imputação irrogada aos suplicantes em nome do decr. de 21 de outubro seriam os tribunais militares, que lhes assegura a Constituição, art. 77: "Os militares de terra e mar terão fôro especial nos delitos militares". Essa atribuição, absorveu-a despôticamente a legislatura, perante quem os suplicantes, desaforados do seu juízo constitucional, foram, a revelia, acusados, julgados e condenados.

XV

Nem se poderia alegar com vislumbre de procedência a coarctada, com que êsse atentado se procura colorir, de que, na espécie, não se trata de uma expiação penal, mas de uma medida de alta política, imposta pelas circunstâncias do Estado; porquanto:

1.º) Os interêsses da alta política, por mais altos que sejam, não derrogam a constituição, dando caráter de constitucionalidade a atos inconstitucionais;

2.º) Em nosso direito político não se conhecem medidas de exceção *constitucionais*, além das taxativamente fixadas, para o caso de estado de sítio, no art. 80, §§ 1.º e 2.º, do pacto republicano;

3.º) Se o propósito do decr. de 21 de outubro fôsse acudir a exigências de ordem política ou administrativa, e não infligir aos suplicantes um mal, uma diminuição nos seus direitos e no seu patrimô-

nio, isto é, *uma pena*, êsse ato legislativo ter-se-ia cingido a impedir a volta dêles ao serviço ativo durante certo lapso de tempo, sem os ferir na bolsa e nas expectativas legais da sua carreira, determinando que, no decurso dêsse período, "apenas vencerão o sôlido de suas patentes, e só contarão o tempo para a reforma".

Demais

XVI

Tirando à administração a faculdade de empregar, no espaço de dois anos pelo menos, os oficiais, em número tão considerável, que aliás anistiou, o ato legislativo invade e paralisa a atribuição, conferida privativamente ao poder executivo na lei constitucional, art. 48, § 5.º, de "prover os cargos civis e militares de caráter federal, salvas as restrições *expressas na constituição*".

Por conseqüência,

XVII

Os §§ 1.º e 2.º, do decr. de 21 de outubro de 1895, violando, como violam, a Constituição da República, art. 74, arts. 72, §§ 15 e 16, art. 11, § 3.º, art. 77, art. 48, § 5.º, são *ipso jure* írritos e nenhuns.

Logo,

XVIII

Inconstitucional e nulo é igualmente o ato do poder executivo, que a pôs em execução, mandando pagar aos suplicantes tão somente o sôlido, e contar-lhe o tempo unicamente para a reforma.

E, pois, em conclusão,

Pedem que, distribuída e autuada a presente, se efetue a citação da suplicada, na pessoa do doutor procurador da República, para os termos da lide, na forma exposta, com o fim de, reconhecida a nulidade do dito decreto, na parte indicada, mandar-se contar tempo aos suplicantes para todos os efeitos, de conformidade com as leis gerais em vigor, e condenar-se a fazenda nacional a lhes pagar desde a data da anistia, além do sôldo, os demais vencimentos, que por essas leis lhes competem.

P. P. R. e G. de J.

P.P. A.A.

Rio de Janeiro, 30 de janeiro de 1896

RUI BARBOSA

(Com 47 procurações e um documento limpo e sem vício) (*).

(*) Nota de próprio punho do signatário. O documento citado consistia numa pública forma, em que se continham os nomes dos A.A., de acôrdo com a respectiva colocação nos *Almanaques* do pessoal da Armada e do Exército. Por despacho do juiz (fls. 102) não foi aceito como prova suficiente, originando o requerimento que se segue, acompanhado da certidão autêntica, mediante requerimento do advogado dos A.A., fornecido pelo Ministério da Marinha, e das cartas patentes do Capitão Manuel Raimundo de Sousa, Tenente-Coronel Antônio Carlos da Silva Piragibe, Tenente-Coronel Gr. Norberto de Amorim Bezerra e Major Sebastião Bandeira, ainda hoje conservadas nos autos.

Exm.º Sr. Dr. Juiz Seccional

Joaquim Franco e outros, na ação intentada contra a União Federal, pedem permissão a V. Ex.ª, em obediência ao seu respeitável despacho de fls. 102, para submeter à consideração dêste juízo os seis documentos juntos.

E m.ª

Rio de Janeiro, 4 de julho, 1896

RUI BARBOSA

Advogado

2 - Alegações Finais

PREFÁCIO (*)

[DO AUTOR]

De todos os sacrifícios que a defesa de uma causa nobre pode impor ao homem político, o maior, talvez, para as almas altivas, é a emergência de certos contactos, a necessidade de reacção contra o desprezo de certas afrontas. Os atritos da luta pelo poder desenvolvem misérias rasteiras e venenosas, cujos serviços se cotam como utilidades valiosas no jôgo dos partidos violentos. A vítima, que não sentir reverência bastante pela missão providencial dos ofídios úteis, para discutir com a primeira calúnia, que lhe farpe a reputação, os prós e os contras da dentada, corre o formidável risco de ser havida por confessa no santo tribunal da infamação patriótica.

(*) As alegações finais dos autores, na lide de que se trata, elaboradas pelo Conselheiro RUI BARBOSA, foram impressas nas oficinas gráficas do *Jornal do Brasil*, sendo anexadas ao processo (fls. 63 usque 97), e, com o título adotado no opúsculo, divulgadas em avulso. Atacado àsperamente o trabalho pelo deputado Medeiros e Albuquerque, que, além de outras invectivas, escreveu um violento artigo na imprensa desta Capital, suscitou a atitude do representante carioca o escrito que se segue, juntado aos autos, como documentação (fôlhas 131-135), após a sentença do juiz Aureliano Campos, com as razões do apelado, quando já se achava o caso em curso no Supremo Tribunal Federal. Serviu de prefácio à 2.^a edição de *Anistia Inversa*, saída igualmente em 1896, e impressa nas oficinas do *Jornal do Comércio*. N. do Rev.

As minhas razões em favor dos sentenciados pela anistia de 1895 formam um trabalho rigorosamente jurídico, nos seus elementos, nas suas fontes, na sua dialética, no seu estilo. Não se inflama, não invectiva, não personaliza: discute, raciocina, conclui, estribando tôdas as suas deduções em lei, ares-tos e fatos oficiais. Infelizmente dessa análise, em que só entra a razão calma do direito, embebida no vigor dos sentimentos benignos que ela inspira, o parto da maioria legislativa saiu anatômicamente caracterizado como um embrião invertido e abortício. Feridos nas entranhas da piedade paterna, os malignos interesses que o geraram, sentindo perdido o feitio, quiseram, ao menos, fazer pagar à mão, que lhe revelara a disformidade, o crime de ter projetado sôbre o aleijão um raio de ciência e bom senso. E, em falta de outra perversidade mais hábil, deliraram acusá-la de *falsificar* citações.

Dentre mais de trezentas, que abrange o meu arrazoado, uma, duas, três eram *falsas*. Cêrca de três meses de longo afuroar tinham conduzido os *detectives* da erudição pseudo-republicana a êste achado. Mui gasta aliás devia estar a vista dos lincês, a quem se confiara a tarefa de paciência inventiva, para consumirem obra de um quartel em aventar a preciosa ignomínia, com que qualquer focinho de toupeira esbarraria logo à flor da terra. Com efeito, o excêntrico falsificador tivera o capricho de afixar a cada uma das suas fraudes o mais vistoso cartaz, particularizando a obra, a edição, o volume, o capítulo, a página, onde os Argos da devassa vingadora pudessem colhêr em flagrante o atentado, por êle mesmo entregue assim à justiça.

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

Atribuíra eu a algum escritor idéia, ou frase, não encontrada nos seus escritos?

Não.

Acaso teria eu, nas traduções, modificado o pensamento original, ajeitando-o ao meu interesse?

Não, ainda. A denúncia, com a autoridade que se lhe sabe, faz-me o favor de atestar que verti corretamente.

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

Também não.

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

Nem isso.

Em que viria, enfim, a consistir o meu crime, se, das transcrições feitas, não aumentei, subtraí, ou modifiquei um ápice ao original?

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

Eu traduzira de COOLEY, por exemplo, êste lanço :

"Às vezes se verificará que um ato da legislatura, oposto em algumas das suas disposições à constituição, noutras, subsistentes por si mesmas, não apresente mácula. Sendo assim, a parte, que implicar com a constituição, será considerada nula".

Escreveu, ou não, COOLEY essas linhas? Sim, atesta o papel difamatório : "É perfeitamente exato que COOLEY diz isso".

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

Vejamos, pois, o trecho condenador. Transcrevelo-ei na própria versão do libelo :

“Seria incompatível com todos os princípios justos de direito constitucional julgar esas disposições nulas, porque elas estão associadas no mesmo ato, mas não dependentes ou relacionadas com outras, que são inconstitucionais. *Quando, portanto, parte de uma lei é inconstitucional, esse fato não autoriza os tribunais a declararem o resto também nulo*, a menos que tôdas as disposições não estejam relacionadas com o assunto, dependentes umas das outras, operando reunidas para o mesmo fim, ou de outro qualquer modo tão relacionadas conjuntamente, que não se possa presumir que a legislatura não votaria uma sem a outra”.

Esta passagem firma duas regras.

Na primeira se estabelece que, *“quando parte de uma lei é inconstitucional, este fato não autoriza os tribunais a declararem o resto também nulo”*.

Até aqui as palavras de COOLEY, aduzidas contra mim, vêm apenas repetir, em termos mais incisivos, a idéia contida no trecho, que eu citara.

Em seguida, porém, o autor abre uma exceção a essa regra, ensinando que a nulidade da parte inconstitucional envolverá a da parte constitucional, quando as duas forem inseparáveis uma da outra.

Mas acaso, abstendo-me de transcrever esse tópico, era meu intuito ocultar a idéia, que êle exara ?

É de evidência que não ; porquanto essa mesma idéia, eu positivamente a exprimira, naquele mesmo trabalho, por estas palavras minhas :

“Ora porque a mesma lei abrange objetos diversos, ora porque, tratando um só assunto, o resolve por acumulação de medidas inspiradas em motivos distintos, acontece que um ato legislativo, irrepreensível, em certas cláusulas, ante a constituição, noutras a desconhece e quebranta. Nesse caso, se a *parte constitucional é desagregável da inconstitucional*, cabe aos tribunais joeirar uma da outra, e, aceitando a legítima, repelir a viciosa” (*).

Explicitamente dissera eu, pois, que aos tribunais só é lícito separar, na lei contestada, uma parte da outra, e, aceitando a legítima, nulificar a viciosa. “*se a parte constitucional é desagregável da inconstitucional*”.

Eu tivera dest’arte a franqueza de registrar formalmente a derrogação ao princípio, em que se apoia o interesse dos meus constituintes. A calúnia não pode fechar os olhos a esta evidência : ela vê, rumina, transcreve essas minhas palavras, sublinhando-as uma a uma, e interserindo-as de repetidos parêntesis. Chega, até, por fim, a escrever : “*Tudo isto, se estivesse escrito de boa fé, seria indiscutível*”.

Mas porque me acusa de má-fé o oráculo da boa ? Porque eu, depois de ter ministrado, em um trecho categórico, aos meus adversários a doutrina, à cuja sombra deviam armar o sofisma defensivo dos seus interesses, não lha reforcei, ainda em cima, com o pêso de autoridades valiosas, forrando-os ao trabalho de as buscarem.

(*) Ver a págs. 59 e 60 destas razões.

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

A minha má-fé estaria na sonegação de uma idéia, que eu mesmo avultei em conspícuo relêvo num tópico especial do meu arrazoado. Pois bem: o libelo copia o tópico onde em frisante fórmula consignara eu essa idéia. E não é de boa fé que dei arras ! Ao contrário: incorri em má fé qualificada !

Aí têm a consciência, a lisura, a veracidade, em cujas aras passou pela honra de ser imolada a minha improbidade insigne, cadima, notória aos céus e à terra. Ainda bem que me não vejo laureado pelas mãos de tão altas virtudes. Louvado seja Deus.

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

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

"Se uma lei tem em vista dois ou mais fins, e é nula quanto a um, pode ainda ser, a todos os respeitos, completa e válida quanto ao outro. Mas, se a sua intenção é preencher um só fim, e algumas das suas disposições são nulas, o conjunto deve ser anulado, a menos que o restante seja bastante para o preenchimento do fim, sem o auxílio da parte invalidada. E, se elas estão de tal modo mutuamente ligadas e dependentes umas das outras, como condições, considerações, ou compensações, de modo a fazer crer que a legislatura as considerava um conjunto, e, se tôdas não fôsem efetuadas, não votaria o resto independentemente, então, se algu-

mas partes são inconstitucionais, tôdas as disposições assim dependentes, condicionais, ou relacionadas, devem cair com elas”.

Como êste largo trecho, assinalado em tôda a sua extensão com as honras do itálico e do versalete, se afigure aos panegiristas da anistia invertida irresponsivelmente decisivo em prol da sua constituinte, querem, pela mais estranha transposição da evidência, que eu, advogado preposto aos interesses da parte oposta, me achasse na obrigação de estendê-lo aos olhos da justiça.

Se ao menos se tratasse da opinião exclusiva de um escritor individualmente invocado como árbitro na questão, e eu lhe citasse o período que me convinha, ocultando o que me desservisse, poderia ter aparência de cabimento o reparo... Mas o ponto é daqueles, em que a generalidade dos pareceres se oferece acorde assim na proposição geral, como na restritiva, que a limita. Transcrevendo, pois, o trecho conveniente aos interesses da minha tese, tudo se poderia presumir de mim, exceto que, abstando-me de reproduzir o outro, eu tivesse por oculto aos meus antagonistas um rudimento, que os diletantes menos entendidos nestas coisas se gabam de possuir. Fôssem os meus adversários pessoas de boa fé, e, em vez de ma negarem, haviam de agradecer-me a justiça, que lhes fiz, não os supondo capazes de uma ignorância inverossímil.

Os homens conscientes da própria sinceridade só a custo a desconhecem nos demais. Se os que me agredem com a fúria de alucinados, tivessem o respeito daquela qualidade em si mesmos, não mareariam, com ultrajes que passam por baixo da cadeira do escritor bem educado, a fácil vitória de

uma resposta, que alardeam de irreplicável. Quando se sente a realidade de um triunfo, não se vão sujar no lodo as armas do combate. Bastaria oporem-me com a urbanidade vulgar, de que não está dispensada a gente da imprensa, à regra, para que eu apelara, a exceção, aliás por mim mesmo enunciada, com que traçavam aniquilar-me.

Por que se haviam de atirar, em vez disso, ao estilo apasquinado e brutal? Não creio que fôsse tanto por hábito de impolidez, ou confiança no prestígio da grosseiria, quanto pelo sentimento instintivo de que não me seria, talvez, de todo impossível a refutação, e convinha, portanto, enlamear a arena, para obrigar o desafiado, pela repugnância, a evitá-la.

O artifício era odioso. Mas devia ser eficaz. Eu tinha o direito se não o dever, de não aceitar o debate no terreno dos doestos, por onde facilmente se resvala ao escândalo e ao crime, ao pugilato e ao revólver. Não se liquidam problemas jurídicos, dialogando insultos. Outros estarão avezados a êsse meio de trocar idéias. Eu de mim preferiria renunciar a estima pública, num país onde a honra se medisse pela excelência na luta desbocada. A insolência, em alguns espíritos, é uma espécie de embriaguez habitual. Quando ela nos vomita à frente de casa, aconselha a decência fechar-lhe as portas, e deixar passar o acesso. O estômago indigesto não é uma tribuna: será um esgôto. A ofensa tresandante ao vinho mau do ódio se nodoa os lábios, que a revessam. A eloquência e a verdade não passam pela bôca odiosa do vituperador. Quando a maldade empenhada em nos enxovalhar assume as formas da ira temulenta, o homem, que não perdeu o império sôbre si mesmo, levanta as

mãos para a origem suprema, de onde lhe veio a razão e a dignidade, agradecendo-lhe o benefício de o não expôr sob êsse aspecto miserável à piedade ou à aversão dos seus semelhantes.

Eu não constrangeria ao enjôo de aludir sequer a tais circunstâncias, se o zêlo devido à importância excepcional desta causa não me afervorasse em não deixar toldar-lhe pela mais leve sombra de dúvida a imaculada pureza, agora, quando ela vai erguer-se no auditório do Supremo Tribunal.

Na hipótese de leis parcialmente atentatórias da constituição a jurisprudência americana resolve a dificuldade, invalidando-as na parte inconstitucional. Êste o princípio.

Às vezes sucederá, porém, formarem as duas partes um todo inteiro, ou pela sua inseparabilidade na mente do legislador, ou pela indivisibilidade orgânica entre uma e outra. Em tal eventualidade opinam escritores americanos que o vício da parte inconstitucional anula totalmente a lei assim na outra parte, como nessa. Eis a exceção.

Mas, ainda quando tal exceção se applicasse à espécie (*o que não se dá*), não me tocava a mim articulá-la; porque não cabe à defesa aparelhar e exhibir os elementos da acusação. O debate contraditório, que caracteriza a apuração judiciária da verdade, tem justamente por fim dar um órgão especial a cada uma das maneiras opostas de ver, que interessam às diversas partes na lide. Se eu me houvesse proposto a escrever um trabalho didático sobre a anistia, a teoria completa do assunto, comprometendo-me a desempenhar uma tarefa científica, o meu dever então seria ventilar imparcialmente a doutrina por todos os lados. No meu papel de advoco-

gado, porém, a parcialidade era a atitude natural. Valer-me de um princípio, de uma regra, de uma sentença, onde êles pudessem aproveitar aos meus constituintes, era o meu direito e a obrigação do meu cargo. Agora, se por ventura à aplicação da sentença, da regra, do princípio à espécie vertente se opunha uma limitação, ou uma ressalva, formulada pelas mesmas autoridades, ao ministério público é que caberia enunciá-la.

Essa necessidade profissional pode autorizar o patrono de uma causa a não expender a verdade tôda: o que se lhe não permite, é afirmar o contrário da verdade. A sentença e o arrazoado têm pontos de vista diversos: o primeiro domina o caso do alto, para o considerar por tôdas as faces; o segundo olha sòmente para uma.

“São coisas totalmente distintas o dever do advogado e a função do juiz”, reflete a propósito um severo expositor da ética forense. “Êsses dois encargos, não no esqueçamos, nunca se juntam, no pleitear em juízo. Diferentes são os indivíduos, que os exercem, tocando a cada qual a sua região, onde têm de obrar. Não há analogia entre outras situações e a do advogado. Em quase tôda a parte, salvo nos tribunais de justiça, o orador assume a incumbência de pôr têrmo a questões de opinião, ou de fato. Membro de uma corporação, em que a vontade da maioria constitui lei, êle, tem de ser prolator no julgado, que com os seus argumentos propugnou. Se não foram êles não se teria chegado, talvez, a essa deliberação. Não apela para essa maioria, como para uma entidade alheia ao indivíduo, que lhe fala. Concorde ela, ou não, com êle, o seu discurso é a expressão formal da convicção, que

individualmente o determinou a concorrer com o voto para certo resultado. Se acredita que o seu parecer é correto, e deve adotar-se, razão é que forceje por influir nos que o ouvem. Se não, será um hipócrita. Muito dissemelhante, porém, é a situação do advogado. Sua missão é subministrar elementos, de que outros hão de extrair a decisão do caso, *mas não todos os elementos, se não só os que tocam a um aspecto da questão e a um modo particular de encará-la*; pois o encargo, que lhe cabe no tribunal, não é o de formar em revista as probabilidades opostas, e pesar distinções delicadas, como se fôsse ele quem tem de sentencear entre as pretensões contendentes. O que lhe cumpre, é acen-tuar com o vigor mais persuasivo quantos argumen-tos se lhe sugerirem, e submetê-los ao critério daque-les a cuja função incumbe ponderar tudo o que se alegue de parte a parte, e verificar com escrúpulo o acêrto dos fundamentos, a que cada um dos liti-gantes se arrime. A nada mais se propõe o advo-gado, quando por êste lado o consideramos, senão ao que ele poderia substanciar, dizendo: "Trago à notícia do juiz tudo o que se pode aduzir em pro-veito da questão, vista por um lado. O mesmo fará, pelo outro o meu opugnador. E o tribunal que sen-tenceie entre nós" (*).

Do ponto de vista dos meus deveres de advo-gado eis o que me cumpriria revidar ao labéu, com que me quis molestar a mísera política de nossa terra, nos seus hábitos de velha regateira, a cuja língua não escapam as ações mais benfazejas, nem os propósitos mais desinteressados.

(*) FORSYTH: *Hortensius. An historical essay on the office and duties of an advocate*. 3ª ed., (London., 1879), ps. 392-3.

Na defesa desta causa, porém, não quero considerar-me simples advogado, e acolher-me às imunidades da profissão. O patrocínio, que aqui exerço, não se acomoda às evasivas e reticências dos litígios duvidosos.

Neste não sou o causídico, mas o cidadão, o patriota, o homem, o interessado na honra dêste regímen, que se manchou com a maior das deturpações nesta mentira de anistia, nesta falsificação da anistia, na hipocrisia dêste ato de perseguição legislativa, rotulado com um dístico de magnanmidade. Disse CÍCERO que ao advogado basta a verosimilhança; porque ao juiz é que toca a apuração real da verdade. "*Judicis est semper in causis verum sequi; patroni nonnunquam verisimile, etiam si verum, defendere*". Mas eu, neste pleito, desci como juiz ao fundo da minha consciência, e não o levantei nos tribunais, senão depois de ter firmado, para o advogar, certeza tão perfeita da verdade, quanta me seria mister, se houvesse de julgá-lo.

Mui de espaço, antes de propor a questão, meditara eu a objeção, com que agora se me vêm ao encontro; e, se me não apressei em discuti-la, antecipando à outra parte no feito o gosto de articulá-la, é porque supunha aos seus patronos mais critério. Longe estava de sonhar que êles, deixando-se ilaquear pela aparência especiosa do invento fariscado entre os refugos de textos onde eu lavrara, escorregassem numa armadilha, cuidando prover-se de uma arma. Eu não podia figurar a hipótese incrível de que, vendo anulada pela justiça a sentença penal do decreto de 25 de outubro, viessem requerer, perante ela, como consequência inevitável, a *revogação da anistia*.

Juridicamente não se lograria chegar na inépcia mais longe. Portentos dêste tope não se adivinham. Mas, se fôsse dado prevê-lo, não seria pecado mortal a malícia de aguardar que a má causa se entalasse no alçapé do seu triunfo, para lhe dar aí a última esmechada.

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

Com muita plausibilidade, realmente, se tem sustentado na América do Norte que, se as disposições inconstitucionais de uma lei se acham por tal modo engrazadas nas suas disposições constitucionais, *que não se possam apartar*, a queda judiciária de umas implica a das outras.

Esta proposição, porém, supõe, na lei de que se trata, *a inseparabilidade entre a parte sã e a parte viciosa*. Ora, a inseparabilidade exprime, não a simples justaposição de duas idéias nos vários membros do mesmo texto, mas a interdependência orgânica entre elas, a sua união profunda, a fusão dos elementos que em cada uma se traduzem. Não pode ser inseparável o que racionalmente não poderia constituir liga.

É precisamente o que na hipótese se verifica. Uma originalidade das paixões das maiorias legislativas casara na mesma lei o ato de anistia, que, na frase do código, extingue todos os efeitos da pena, a um ato múltiplo, contraditório com êsse, de acusação, julgamento e sentença, processados legislativamente, para fulminar os anistiados com uma pena *ad hoc*.

Essas duas intenções da lei *não são inseparáveis*, porque *não podiam unir-se*. Negando-se, repe-

lindo-se, eliminando-se uma à outra, longe de se auxiliarem, e completarem, reciprocamente se excluíam. A presença da anistia importava a abolição do ato condenatório; a subsistência dêste significava a elisão daquela. Materialmente lograriam estar lado a lado na aparência exterior do texto. Juridicamente, um não podia estar ali, senão à custa do outro. Impossíveis, não eram inseparáveis, porque de sua natureza estavam necessariamente separados, e a simultaneidade da sua existência constituía, racionalmente, um absurdo irresolúvel.

Nenhuma aplicação cabia, pois, na espécie, à norma de ação judiciária, que, nos casos de inseparabilidade entre as várias medidas conjuntas numa lei, manda estender a tôdas a nulidade em que uma delas incorrer.

O cânon formulado por COOLEY, BLACK e THAYER contempla a associação, na mesma lei, de providências entre si compatíveis, ainda que nem tôdas válidas. Figura-as "*mütuamente ligadas e dependentes umas das outras*". Ora a ligação, a que aludem, não há de ser meramente a vizinhança material entre as linhas do mesmo texto. Ela não se concebe sem a consentaneidade lógica entre os dois pensamentos, que a contigüidade literal aproximou. Nunca se cogitou, portanto, como no caso, da mera confinidade material, nos diversos parágrafos de uma lei, entre idéias logicamente, juridicamente, categoricamente hostis, colisivas e inconciliáveis.

Verificada essa oposição intrínseca entre os vários elementos, não combinados, mas amalgamados ali, a separação é fatal; preexiste à sentença; não se opera por arbítrio do juiz, que a encontrou consumada no ato legislativo, onde era congênita a

incompatibilidade, a divórcia, a luta intestina entre os dois contraditórios, encerrados à força no mesmo texto.

A justiça não podia estar inibida, portanto, pelo preceito de COOLEY, não de separar (não era isso o que ela faria), mas de declarar a separação entre as duas disposições, radicalmente desagregadas, na lei que as continha, pela natureza das coisas. A separação achava-se acentuada, na lei controversa, desde que esta entrara a existir. Pronunciando-a, o julgador não desligou entidades inseparáveis: reconheceu apenas a separação imanente, original, irreduzível de entidades necessariamente adversas, ainda que transitória e artificialmente enfeixadas no mesmo corpo, onde uma era a negação da outra. Logo, não violou o juiz o aforismo da jurisprudência americana, cujos intérpretes associam mutuamente na mesma sorte as várias partes da lei, uma das quais fôr nula, quando a sua indissolubilidade orgânica as coagrega, ou funde.

Mas a regra de COOLEY (para a designar pelo nome de um dos constitucionalistas americanos que a abraçam) tem outra face, mais explorável contra mim. Em sendo de presumir, estatui ela, pela relação entre as várias partes da lei, que a legislatura as reputava um conjunto inalterável, e rejeitaria a parte combatida, se não lhe fôsse dado adotá-la com a outra, a sentença não pode invalidar a primeira, sem nulificar, ao mesmo tempo, a segunda.

Eis o escolho em tôda a sua íngreme aspereza. Mas o êrro está em crer que êle se ache na direção do meu rumo.

A especialidade singular da hipótese põe-na fora do raio de ação dessa regra. Se ambas as par-

tes do decreto de 25 de outubro fôsem anuláveis, admito que a anulação de uma acarretasse a da outra; a supormos (coisa, em abono do congresso, contestável) que a legislatura estivesse resolvida a não conceder anistia alguma, em não lhe sendo lícito decretar uma anistia falsa.

A mim antes se me representa, honrando a humanidade do legislador, que o seu intuito predominante era a anistia, e que a teria outorgado plena, se o espírito caviloso de maus guias o não houvesse iludido, dissimulando-lhe a inanidade da restrição fraudatória, a que a submeteram.

Dou, porém, o contrário. Quero figurar que o congresso teria negado redondamente a anistia, se se convencesse de não ser possível legislá-la falseada e transvertida. Nessa hipótese acertaria aqui a regra, que manda, anulada uma das partes da lei, anular simultâneamente a outra?

Não; porque, se era anulável uma das partes da lei, *a outra não o era*. Era anulável, direi melhor, era nula a provisão do decreto de 25 de outubro, onde o congresso acusa, julga, condena, e pune. A outra parte não era nula, por ser da competência expressa e privativa do congresso o anistiar. E, sendo válida, não era anulável, porque a anistia, uma vez deliberada, uma vez promulgada, uma vez obtida, é *irrevogável*.

Esta proposição oferece a evidência quase indemonstrável e intuitiva dos axiomas. Ela resulta inelutavelmente da própria natureza da anistia. A anistia, que é o olvido, a extinção, o cancelamento do passado criminal, não se retrata. Concedida, é irretirável, como é irrenunciável. Quem a recebeu,

não a pode enjeitar, como quem a liberalizou, não a pode subtrair. É definitiva, perpétua, irreformável. Passou da esfera dos fatos alteráveis pelo arbítrio humano para a dos resultados soberanos e imutáveis, que ultimam uma série de relações liquidadas, e abrem uma cadeia de relações novas. De todos os direitos adquiridos este seria, por assim dizer, o tipo supremo, a expressão perfeita, a fórmula ideal: seria, por excelência, o direito adquirido. Ninguém concebe que se *desanistie* amanhã o indivíduo anistiado ontem. Não há poder, que possa reconsiderar a anistia, desde que o poder competente uma vez a fez lei.

Logo, nessa parte, o decreto de 25 de outubro é inviolável. A mesma imunidade, que o eleva acima do congresso, levanta-o acima dos tribunais. Sendo irrevogável, é inulificável.

Par a par com a cláusula ininvalidável, porém, avulta, nesse decreto, a prescrição condenatória. Esta é substancialmente nula, não há negá-lo; visto como a legislatura, aí, criou uma expiação penal para fatos passados, fez-se juiz deles, e aplicou-lha.

Dir-se-á que essas cláusulas da lei, essencialmente vãs, se validaram, por ser inexpugnável na sua validade a outra parte? Não poderia haver mais rematado contra-senso. A regra de COOLEY estatui precisamente o inverso, determinando que a nulidade de uma anulará a outra. Isto justifica-se. Bem se alcança que o vício de um membro possa interessar o organismo todo. Mas disparate seria coligir, inversamente, daí que a integridade de órgãos perfeitos saneie partes do corpo mortas de nascença.

As disposições fulminatórias do decreto de 25 de outubro são de nascença mortas; porquanto o

vício delas é o da incompetência de poder, que não se remedeia. Por outro lado, a cláusula anistiante é de seu princípio imorredoura; pois o direito, que criou, com o só entrar a existir, se fez indestrutível.

Daí três soluções, entre as quais temos de escolher: ou subsistirem ambas as partes do decreto, o que é impossível, sendo uma originariamente nula; ou invalidarem-se ambas, o que também não pode ser, desde que uma é imperecível; ou declarar-se a nulidade da nula e a validade da válida, justamente o que a sentença fez.

E fê-lo precisamente de acôrdo com o princípio e a exceção de COOLEY: com o princípio, que aplicou, por ser êle, e não a exceção, aplicável à espécie; com a exceção, que deixou de aplicar, porque, se fôsse aplicada, seria contra os próprios têrmos do seu conteúdo. Quando, com efeito, em acatamento da intenção legislativa, os juristas americanos, em certas hipóteses de nulidade parcial, estendem à lei inteira a insanabilidade de uma das suas partes, é, evidentemente, supondo anuláveis as duas.

Nunca (até por ser esta anistia fato sem símile possível na história universal do direito) se cogitara na coexistência, em uma só lei, de duas disposições, uma das quais, apenas decretada, se tornasse forçosamente irrevogável, por constituir para logo, pela sua natureza definitiva, direito adquirido, ao passo que a outra, em virtude da contradição radical do seu pensamento com os princípios rudimentares do regímen constitucional, fôsse essencialmente incapaz de adquirir força legislativa.

A anistia, pois, é matéria vencida, e para sempre. O Supremo Tribunal Federal não poderia

tocar-lhe, como não no podia o juiz prolator da sentença apelada.

Na apelação, como na primeira instância, o que está em lide, é unicamente a parte fulminatória do decreto, na qual o congresso julgou, e puniu, sem competência, nem processo, nem defesa, nem prévia qualificação legal do delito.

13 de setembro, 96.

RUI BARBOSA

DEFESA DOS CONDENADOS PELA ANISTIA DE 1895

"Nam legem quidem istam nullam esse".

CICERO : *Pro domo sua*, c. 6.

Graças a Deus, já não invoco um princípio contestável neste país, afirmando a prerrogativa bendita da justiça na verificação da constitucionalidade dos atos dos outros poderes, como me sucedia, quando, há três anos, assumi a iniciativa de sustentá-la ante este mesmo tribunal (*). As decisões judiciárias na questão, que levantei, da nulidade da reforma dos militares espoliados pelos decretos ditatórios de abril de 1892, decisões a que dignamente se inclinou o chefe do Estado, põem termo à controvérsia, hoje morta.

Verdade seja que então a resistência se opunha a atos inconstitucionais do poder executivo. Mas as razões, que cortaram a dúvida no tocante aos decretos da administração, de todo em todo a dissipam no que respeita aos do congresso. Era em nome da independência dos poderes, do direito, inerente a cada um deles, de interpretar, no exercício das suas funções, as cláusulas da lei fundamental a

(*) Vejam-se, entre outros feitos, os processos que originaram no Supremo Tribunal Federal as apelações cíveis 112 e 116, em que foram autores, respectivamente, o marechal José de Almeida Barreto e Tenente Coronel Gregório Taumaturgo de Azevedo. — N. do Rev.

elas correspondentes, que se me qualificava de anarquizadora e tumultuária a doutrina aliás bebida por mim nas águas tranqüilas da jurisprudência americana. Em resposta ficou demonstrado pela minha argumentação que a justiça federal é a intérprete suprema da constituição republicana ⁽¹⁾.

Certamente, desde o chefe da nação até o último dos habitantes do país, todos os que têm de sujeitar-se a um ditame imperativo de autoridade superior, hão de começar por entendê-lo. E, como entender a lei equivale a reconstituir o pensamento do legislador, a interpretação é o ato inicial de toda obediência. Neste sentido todos os que exercem uma parcela de poder, são intérpretes da constituição, a que todas as leis orgânicas e todas as funções do Estado se acham circunscritas. Sendo a constituição o regulador comum de todos os ramos do poder público, nenhum deles pode praticar ato algum, que não envolva um juízo sobre a extensão das suas atribuições perante o direito constitucional, que as limita. "Em certo sentido, toda a gente é juiz dos intuitos e alcance da constituição; sem o que ninguém poderia reger o seu procedimento e as suas relações com os seus semelhantes. Ao poder executivo e ao legislativo se impõe inevitavelmente a necessidade de exercerem essa apreciação, ao menos enquanto os tribunais se não pronunciarem no assunto" ⁽²⁾.

Mas, continua o publicista americano, "como a constituição é uma lei, e as questões concernentes ao

(1) RUI BARBOSA : *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. 1893, págs. 233 e segs.

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

seu objeto, à sua inteligência, à conformidade entre os seus preceitos e os atos públicos, ou particulares, são questões de legalidade, a última solução dessas questões há de competir ao poder investido na função de averiguar e aplicar a lei. Como os tribunais têm a atribuição de impor submissão aos seus julgados, a solução dessas questões por eles é *definitiva*. E, sendo, afinal, de preceito que essas decisões sejam respeitadas como precedentes, a doutrina firmada por elas acêrca da constituição estabelece direito" (3).

Há sessenta e seis anos, um dos homens cuja palavra ilumina até hoje a política constitucional dos Estados Unidos, expondo os princípios fundamentais da união federal, dizia, com uma solenidade, que ainda agora se sente: "Para quem se dirigirá o último apêlo? A própria constituição o fixou, declarando que 'o poder judiciário se estenderá a todos os pleitos, que se suscitarem com referência à constituição e às leis dos Estados Unidos'. Essas duas provisões (4) cobrem tôda a área do problema. Elas são realmente a pedra angular da arca santa. Em cumprimento dessas disposições claras e expressas, o congresso, logo na sua primeira sessão, proveu, na *lei judiciária*, a que tôdas as questões de constitucionalidade no exercício do poder tenham a sua última solução na suprema côrte federal" (5).

Ainda mais explicitamente do que a constituição dos Estados Unidos, a nossa (art. 59, § 1.º, a, e 60,

(3) *Ib.*, pág. 51.

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

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

a), aliás nela inspirada, firmou essa competência capital da justiça ⁽⁶⁾.

Está reconhecido, portanto, expressamente na lei fundamental da república êsse direito de interpretação irrecurável, que, segundo os mais antigos comentadores americanos, assiste ao poder judiciário na aplicação da lei. E suas sentenças, a êsse respeito, só por êle mesmo poderão ser revogadas ⁽⁷⁾.

Um dos expositores mais recentes explana a importância dessa função em palavras, que não me parecem ociosas, ainda após o vasto concurso de autoridades, qual a qual mais egrégia, evocadas no meu primeiro trabalho forense. "Há um poder", diz êle, "ante o qual se põe à prova a legalidade dos atos dos outros. Êsse poder, retraído, silencioso e invisível, enquanto se lhe não solicita regularmente a intervenção, é o judiciário. Êle empunha a balança da justiça, não só entre cidadão e cidadão nas suas pendências particulares, mas também entre cada cidadão e cada autoridade, de onde possa emanar para êle um ato imperativo. *Tôdas as leis* estão sujeitas a passar, quanto à sua validade, pela interpretação dêsse poder. Todos os atos oficiais podem ser impugnados no seu foro. E, ao passo que a condenação, por êle proferida contra qualquer lei, decreto, regulamento, ou ato administrativo, lhe imprime o sêlo de nulidade, as suas decisões não sofrem revisão, a não ser por êle mesmo, no seu mais elevado tribunal de recurso. Considera-se justamente o poder judicial como o baluarte das nossas liberdades civis, o guarda da constituição, o arbitrador dos limites da ação administrativa, o defensor

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

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

da moralidade pública e o protetor supremo da nossa vida, propriedade, honra, dignidade cívica e igualdade perante a lei. Em tôdas as questões suscitadas por conflitos de jurisdição, em tôdas as que se referem a invasões de direitos civis, em tôdas as de ameaça à nossa vida, saúde, propriedade, ou reputação, compete ao judiciário, não só fixar qual seja a lei, quando controversa, mas acomodá-la às alterações sucessivas do estado social, e sustar a ação dela, quando ofensiva da lei fundamental" (8).

Não me demoraria em retilhar idéias tão rudimentares, se as não tivesse ouvido contestar, com violência e ultrajes à magistratura, do alto de uma tribuna, de onde só deviam falar a justiça e o saber. Em eminência tamanha só neste país, tão mal aparelhado ainda para as delicadas instituições que adotou, haveria bastante ignorância e arrôjo, para advogar com êsse aprumo erronias de tal jaez. Nos Estados Unidos qualquer leigo se pejaria de não saber que "a função mais importante do supremo tribunal consiste em interpretar imperativa e terminantemente (*authoritatively and finally*) a constituição" (9).

Já sob as antigas constituições das colônias americanas, antes do pacto federal, o princípio era vigorosamente aplicado (10), pôsto que nelas essa facul-

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

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

(10) *Commonwealth v Caton* (1782). *Kolmes v Walton* (1880). *Trevett v Weeden* (1786). THAYER: *Cases on Constitutional Law*, Part. I (Cambrid., 1894), p. 53, 55-52, 73-8. COXE: *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation* (Philad., 1893), p. 234-48. CARSON: *Judicial Power and Unconstitution. Legisl.* Na *American Law Register and Review*, dec. 1895, p. 799-800.

dade não fôsse expressa ⁽¹¹⁾. Sob a constituição dos Estados Unidos só a suprema côrte federal tem recusado obediência a leis, por inconstitucionalidade, não menos de vinte e duas vêzes ⁽¹²⁾; ao que se poderiam adicionar cento e oitenta e três sentenças do mesmo gênero acêrca de leis estaduais ⁽¹³⁾. Apenas um magistrado, *um só*, em tôda a história da justiça americana, desconheceu êsse direito, e isso tão sòmente aos tribunais dos Estados: nunca aos tribunais federais ⁽¹⁴⁾. Mas êsse mesmo se retratou, em 1845, da opinião, que sustentara em 1825 ⁽¹⁵⁾. Por vêzes o congresso se tem formalmente curvado a essa autoridade indiscutível, aqui revogando leis desatendidas em sentenças ⁽¹⁶⁾, ali abrogando-as sob a iminência de julgados previstos pela opinião ⁽¹⁷⁾. E de tal modo se vulgarizou, na praxe forense, êsse meio de resistência aos excessos do legislador, ou da administração, que as questões de inconstitucionalidade articuladas pelas partes absor-

(11) THAYER: *The origin and scope of the American Doctrine of Constitution. Law*. Na *Harvard Law Review*, nov. 1893, p. 129.

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

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

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

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

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

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

vem aos tribunais americanos tempo considerável ⁽¹⁸⁾.

Mercê dessa autoridade, são as decisões judiciais que, em última análise, fixam praticamente os limites à eficiência constitucional dos poderes da União: "*The powers of the Central Government are, in the end, practically settled by the judiciary*" ⁽¹⁹⁾. Elas limitam a ação do governo e do congresso, que não podem insistir útilmente em atos averbados de injuridicidade pela magistratura. É ponto de doutrina firmado, por exemplo, que a legislatura não poderia ordenar a arrecadação de um imposto já declarado ilegal pelos tribunais ⁽²⁰⁾; assim como tem sido reiteradamente estabelecido que não exercem força obrigatória interpretações legislativas em sentido contrário às já firmadas pela justiça ⁽²¹⁾. Ante a sentença nulificativa o ato legislativo imediatamente perde a sua sanção moral, e expira em virtude da lei anterior, com que colidia" ⁽²²⁾. E, se o julgamento foi pronunciado pelo mais alto tribunal de recurso, "a todos os cidadãos se estende, imperativo e sem apêlo, no tocante aos princípios constitucionais, sobre que versa". Nem a

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

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

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

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

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

legislação "tentará contrariá-lo; porquanto a regra *stare decisis* exige que todos os tribunais, daí em diante, o respeitem como *res judicata*; e, enquanto a constituição não sofrer reforma, que lhe altera os fundamentos, nenhuma autoridade judiciária o infringiria" ⁽²³⁾.

O papel dessa autoridade é de suprema vantagem para a ordem constitucional, impossível, neste regime, desde que um poder estranho aos interesses políticos e às suas influências dissolventes não constitua o laço de mediação e harmonia jurídica entre as forças que se defrontam no sistema, amparando, ao mesmo tempo, com a sua soberania moral o direito, no indivíduo, na União e nos Estados, em seus freqüentes conflitos.

"Que ruinosas e destruidoras conseqüências não resultariam para logo, se ficasse praticamente entendido que os vários poderes julgam e decidem, cada qual independentemente, a extensão da competência, que a constituição lhes atribui! Tão amiadadas seriam as colisões entre a administração e a legislatura, quanto entre ambas e a justiça. Exemplifiquemos. O congresso adota um projeto de lei, que o presidente veta, por considerá-lo inconstitucional. Não obstante as suas objeções, porém, as câmaras persistem, e o projeto vem a ser lei. Ao presidente incumbe executá-la; mas, se, continuando a tê-la por infringente da constituição, êle se recusasse a observá-la, apesar dos tribunais a declararem válida, e reconhecerem direitos nela estribados, a lei degeneraria em letra morta. Quantas vezes seria mister que se reproduzissem circunstâncias dessas, para que o govêrno se convertesse

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

em objeto de desprezo? Outro caso. Chega o congresso a uma deliberação, que o executivo sanciona. Certos indivíduos, porém, por ela prejudicados, submetem a matéria ao exame da suprema corte, e esta dá por irritó o ato legislativo. Reconhecem todos os expositores que a decisão impera entre os contendores na lide, exonerando-os de obedecerem à lei iníquada. Mas, se a sentença não obrigar igualmente ao govêrno, teremos a pasmosa anomalia de insistirem o congresso e o presidente na subsistência de uma lei, *que só terá vigor para as pessoas a ela aquiescentes*; pois os que lhe negarem assentimento, e levarem o assunto ao mesmo tribunal, serão por êle isentos de respeitá-la. Por outra: essa lei perderá de todo a sanção; tornar-se-á mera solicitação, e nada mais; não imporá obediência; ninguém lhe reconhecerá autoridade, senão voluntariamente; e destarte desaparecerá de todo o ponto o elemento distintivo e essencial, que caracteriza as leis. Tal não podia ser o ânimo da constituição. Nossos pais não nos aparelharam esta zombaria de govêrno. Só um teorista visionário, ou um doutrinário obstinado entenderia assim a nossa lei orgânica. O calmo bom senso do povo inspirou-lhe a verdadeira doutrina, em que êle descança, e em que devem persistir os que o governam. Fôrça é, portanto, que exista um julgador, um árbitro exclusivo, a cujas declarações estejam sujeitos governos e cidadãos. Ora, a própria natureza da constituição, outorga escrita de poderes limitados, junta a certas provisões claras dêsse instrumento, nos mostram que tal árbitro só pode ser o poder judicial" (24).

(24) POMEROY: *An Introd. to the Const. Law*, p. 9, §§ 138-41.



Essa função da justiça, há sessenta e três anos, que STORY ⁽²⁵⁾ a declarava fora do litígio. Definida por MARSHALL no feito *Marbury v. Madison* e depois na causa *Cohens v. Virginia*, o raciocínio do grande magistrado "terminou a questão para sempre" ⁽²⁶⁾. "Só um terramoto político lograria abalá-la" ⁽²⁷⁾. "Só um espírito privado de sizo poderia contestá-la" ⁽²⁸⁾. Tal espetáculo seria semelhante ao "de um aluno de primeiras letras, impugnando uma proposição de Euclides, ou os *Princípios* de Newton" ⁽²⁹⁾.

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

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

(27) *Ibidem*.

(28) "No sane man can doubt the correctness of chief Justice Marshall's reasoning therein". MC. MURTRIE: *Plea for the Supreme Court*. (Phil., 1866). Ap. COXE, p. 52.

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

INCONSTITUCIONALIDADE IMPORTA NULIDADE

Se o arbítrio do congresso fôsse soberano, como pretendem os nossos demagogos, imbuídos no ranço das francesias revolucionárias de 1793, os atos dêle não teriam aquilatador: estariam acima da constituição. Esta continuaria apenas a gozar de uma primazia teórica, desmentida praticamente pela onipotência das maiorias parlamentares. Felizmente os organizadores da república, no Brasil, como nos Estados Unidos, enxergando que "os governos constituídos por eleição, quando não refreados, não são menos suscetíveis de exorbitar do que os designados por acidentes do berço" ⁽¹⁾, colocaram acima da vontade política das facções a imparcialidade jurídica dos tribunais. Dêste modo instituiu-se nêles um filtro à pureza constitucional das nossas leis.

Êsse filtro opera a eliminação das leis viciosas mediante a averbação de nulidade. A nulidade é, pois, nos atos da legislatura, como nos da administração, o corretivo da inconstitucionalidade.

O princípio é que leis inconstitucionais *não são leis*. "O ato legislativo é o querer expresso da legislatura, ao passo que a constituição é o querer expresso do povo. A êste cabe a supremacia. Se o ato legislativo o contradiz, írrito será: *não é lei*" ⁽²⁾. "Um ato inconstitucional do congresso,

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

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

ou de qualquer legislatura de Estado, *não é lei* (*is not law*) : não confere direitos ; não estabelece deveres ; não cria proteção ; não institui cargos. É, juridicamente considerado, *como se nunca tivesse existido*" (3).

Já a antiga jurisprudência inglesa entrevira essa doutrina, atrofiada ali no seu primeiro desenvolvimento e afinal destruída ainda em germinação pela sua incompatibilidade com o princípio da onipotência parlamentar. Num pleito suscitado ao começar do século dezesseis (1505-6) os juristas da Grã-Bretanha sustentaram, nos tribunais, ser inválido (*non valeret*) certo decreto legislativo (4). No célebre litígio *Benham, COKE*, o famoso jurisconsulto, se abalançou a aventar a nulidade dos atos parlamentares infensos ao *Common Law* (5). Mais tarde (1653) a constituição republicana, promulgada por CROMWELL, declarou nulas as leis ofensivas da liberdade de consciência (6).

Nos Estados Unidos, já durante o período colonial, a magistratura não hesitava em infligir o sistema de nulidade aos decretos das assembleias locais, quando contrários às disposições constitucionais das cartas orgânicas outorgadas pela coroa, decidindo no mesmo sentido êsses conflitos, no caráter de suprema instância colonial, o Conselho Privado (7). Após a emancipação, logo em 1780, um

(3) *Ib.*, p. 64, n.º 37.

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

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

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

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

tribunal de New Jersey se recusava a cumprir um ato legislativo, por exorbitante da constituição do Estado ⁽⁸⁾. Daí a dois anos, na côrte de apelação da Virgínia se tornava a afirmar com extraordinária energia a máxima da caducidade das leis inconstitucionais ⁽⁹⁾. "Se", dizia um dos juizes, GEORGE WYTHE, depois colaborador na constituição federal, "se a legislatura tentar transpor os limites, que o povo lhe traçou, eu, administrando a justiça pública de minha terra, afrontarei, da minha cadeira neste tribunal, todo o seu poder, e, apontando-lhe a constituição, lhe direi: Aqui estão as fronteiras da vossa autoridade; até aqui podeis ir; além, não" ⁽¹⁰⁾. A decisão foi unânime em reconhecer à justiça a alta prerrogativa reivindicada nessas nobres palavras. Em 1786 se agitou a famosa questão *Trevett v. Weeden* ⁽¹¹⁾, em que a defesa se firmou nesta doutrina, lógicamente exposta. "A assembléia geral", argumentava o advogado, "opera em virtude de uma constituição, de cujos preceitos, se tentar sair, infringe o mandato, que se lhe confiou; pelo que os seus atos, daí em diante, *já não poderão ter-se como leis*". Nesta idéia assentou a sentença; e os juizes, chamados à presença do corpo legislativo, obrigaram-no a recuar, declarando-lhe que, "independentes no círculo das suas funções", *não podiam reconhecer força de lei* a um ato inconstitucional da legislatura. No

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

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

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

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

mesmo sentido se pronunciou a justiça da Carolina do Sul em 1792 ⁽¹²⁾. E nesse mesmo ano a suprema côrte americana principiou, na questão *Hayburn*, a firmar a jurisprudência da nulidade das leis inconstitucionais, que o juiz PATTERSON, em 1795, enunciava desassombradamente nestes têrmos: "Dê-se o que se der noutros países, quanto a êste não pode haver dúvida que *todo ato da legislatura, repugnante à constituição, é absolutamente nulo*" ⁽¹³⁾.

Hoje *ninguém* ousaria ali contestar êsse axioma, sôbre o qual assenta a harmonia dos poderes políticos na constituição americana.

Apelarei, ao acaso, para alguns mestres.

BOUVIER ⁽¹⁴⁾ :

"Tôda lei inconstitucional é... *ipso facto nula*".

COOLEY :

"A expressão *lei inconstitucional*, na jurisprudência americana, é uma antinomia, e envolve contradição nos próprios têrmos; por isso que de fato o ato contrário à constituição *nada tem de lei*" ⁽¹⁵⁾.

"Quando quer que os representantes do país excederem os limites postos à sua ação pela lei fundamental... a sua deliberação será, *como lei, nula*" ⁽¹⁶⁾.

"... tais atos, pôsto que revestidos de tôdas as formas de lei, *não seriam lei*" ⁽¹⁷⁾.

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

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

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

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

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

(17) *Ib.*, p. 89. No mesmo sentido, à p. 124, n.

BAKER :

"Quando os atos do congresso transgridem a constituição, é da competência dos tribunais declará-los *nulos*" (18).

ORDRONNAUX :

"*Não é lei*, manifestamente, o ato legislativo, que contravir à constituição; e, como aos tribunais cumpre executar só o *que fôr lei*, não lhes resta outra faculdade, senão declarar insubsistente êsse ato da legislatura" (19).

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

É texto formal dêle que

"Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal :

a) quando se questionar sôbre a *validade* de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado fôr contra ela ;

"b) 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 êsses atos, ou essas leis impugnadas". (Art. 59, § 1.º)".

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

(19) ORDRONNAUX : *Op. cit.*, p. 426. RUI BARBOSA : *Atos inconstitucionais*, p. 41-7.

Essas disposições, como se está vendo, constituem expressamente o Supremo Tribunal Federal juiz, *em último recurso, da validade das leis* (locais, ou federais), e confere-lhe, portanto, a atribuição de pronunciar, *em último recurso*, a nulidade delas ante a constituição do país.

Mas dizer que o supremo tribunal julga da validade e pronuncia a nulidade das leis *em último recurso*, é implicitamente dizer que, abaixo dêsse tribunal, outros, em grau inferior, exercem o mesmo poder.

Quais são essas justiças, investidas pela nossa constituição na competência de sentencear, em instância inferior, sobre a insubsistência dos atos legislativos?

Tôdas as que a república reconhece.

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

“Ao Supremo Tribunal Federal compete :

“Julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos juizes e tribunais federais”.

E deriva, ainda mais claramente, destoutra :

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

Para os literalistas, em face destas duas cláusulas, a questão estaria em saber se a frase "ação, ou defesa", que se "fundar em disposição da constituição federal", autoriza o debate, perante os tribunais federais de primeira instância, acêrca da validade das leis federais submetidas à pedra de toque da lei fundamental.

Mas ainda aos olhos da hermenêutica mais estrita essa dúvida cessará, em se notando que o art. 59, § 1.º, a, da constituição positivamente habilita os próprios tribunais estaduais, sem reserva de instância, a fundarem os seus julgados na insubsistência das leis federais. Os termos são estes: "... quando se questionar sôbre a validade de... leis federais, e a decisão do tribunal do Estado fôr contra ela".

Ora, seria insensato que, quando o texto constitucional se refere a recursos para o Supremo Tribunal Federal em matéria de nulidade de leis, negasse aos tribunais da União, no que toca à interpretação do pacto federal, uma faculdade, que reconhece aos dos Estados.

Mas, hoje, a interpretação, no assunto, está dada pelo próprio congresso. Antes de receberem a consagração judiciária nos arestos de 1895, as minhas heresias anárquicas de 1892 já tinham sido solenemente esposadas pelo corpo legislativo na lei de 20 de novembro de 1894, cujo art. 13, § 10, reconhece à justiça federal o poder de pronunciar a inconstitucionalidade *das leis*, e negar-lhes, nesse caso, observância:

"Os juizes e tribunais apreciarão a validade *das leis* e regulamentos e deixa-

rão de aplicar aos casos ocorrentes *as leis* manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a constituição".

NULIDADE PARCIAL

De que uma lei encerre inconstitucionalidade não se segue que êsse defeito se estenda a tôda ela; assim como do provar-se que ela é constitucional em certas disposições não se conclui que o seja no todo. Ora porque a mesma lei abrange objetos diversos, ora porque, tratando um só assunto, o resolve por acumulação de medidas inspiradas em motivos distintos, acontece que um ato legislativo, irrepreensível em certas cláusulas, ante a constituição, noutras a desconhece e quebranta. Nesse caso, se a parte constitucional é desagregável da inconstitucional, cabe aos tribunais joeirar uma da outra, e, aceitando a legítima, repelir a viciosa.

BANCROFT, estudando os trabalhos constitucionais da convenção americana, observa: "A justiça pode rejeitar, em um ato do congresso federal, ou de um estado, só o que estiver em divergência com a constituição. Se de tal defeito se ressentir unicamente uma cláusula, ou até uma palavra, cumpre que se despreze essa cláusula, ou essa palavra: nada mais" ⁽¹⁾. "Só se declarará vã", diz KENT, substanciado as conclusões de um aresto, "a parte do ato legislativo contrária à constituição" ⁽²⁾. O juiz COOLEY ⁽³⁾ adverte na mesma possibilidade: "Às

(1) BANCROFT. *Hist. of the Formation of the Constit. of the Un. Stat. of Amer.*, vol. II, p. 198-9.

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

(3) *Consti. Limitat.*, p. 211.

vêzes se verificará que um ato da legislatura, oposto, em algumas das suas disposições, à constituição, noutras, subsistentes por si mesmas, não apresente mácula. Sendo assim, *a parte*, que implicar com a constituição, será considerada nula". BLACK, no seu luminoso livro ⁽⁴⁾, estabelece a regra de que, "quando parte de um estatuto fôr inconstitucional, e válida outra parte, se discriminarão as duas, mantendo-se a que se conformar à constituição". "Uma lei pode ser parte válida, parte nula", ensina um dos mais modernos juristas americanos ⁽⁵⁾. Só se declarará nulo", diz o eminente professor da universidade de Harvard, "o que na lei fôr inconciliável com a constituição" ⁽⁶⁾.

Poderia continuar a invocar autoridades, a qual mais graduada, em apoio dessa tese. Mas basta ao meu intento apontar a lei de 20 de novembro de 1894, n.º 221, cujo art. 13, § 9.º, reza:

"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".

(4) *American Constitution Law*, p. 62, n.º 61.

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

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

DECRETO DE 21 DE OUTUBRO DE 1895

No caso de atos legislativos parte constitucionais parte inconstitucionais está o decreto n.º 310, dessa data, a cujo respeito se move a presente ação.

Declara êle, no art. 1.º, anistiadas "tôdas as pessoas, que direta ou indiretamente se tenham envolvido nos movimentos revolucionários ocorridos no território da república até 23 de agosto" do ano passado.

A essa disposição não há que opôr. Adotando-a, o congresso exerceu uma das atribuições da sua prerrogativa: a que se estabelece no art. 34, n.º 27 da constituição. Ela forma de *per si* uma medida completa, que poderia ser promulgada como todo independente, e como todo independente deve prevalecer, uma vez demonstrada a insubsistência das restrições, que, nesse decreto, a adulteram.

Em contradição, de feito, com o pensamento benigno e reparador, que anima êsse texto, com o pacto de esquecimento, *lex oblivionis*, que êle consigna, essa estipulação de clemência e harmonia, a promessa liberal e franca de anistia, acaba monstruosamente, *desinit in piscem*, neste apêndice caudal:

"§ 1.º Os oficiais do exército e da armada, anistiados por esta lei, não poderão voltar ao serviço ativo antes de dois anos, contados da data em que se apresen-

tarem à autoridade competente, e ainda depois dêsse prazo, se o poder executivo julgar conveniente.

“§ 2.º Esses oficiais, enquanto não reverterem à atividade, apenas vencerão o sôlido de suas patentes, e só contarão o tempo para a reforma”.

Por êste meio, pois, a anistia, com cuja esperança abençoada se acena ao país no comêço do art. 1.º, degenera, para os oficiais anistiados, numa tríplice pena, em que são *promiscuamente* envolvidos, e que o poder legislativo lhes impõe *diretamente*.

Êsses oficiais

primeiro, ficarão, pelo prazo, nunca inferior a dois anos, *que o poder executivo deliberar*, excluídos da atividade militar;

segundo, só vencerão, durante êsse período, o sôlido das suas patentes; isto é, serão privados, pelo tempo que ao govêrno aprouver, das outras vantagens pecuniárias asseguradas pelas leis do exército de mar e terra aos oficiais ainda quando não se achem no exercício de comissões;

terceiro, não contarão êsse têrmo de inatividade senão para a reforma; o que quer dizer que deixarão de contá-lo para as promoções.

Distintas da anistia, repugnantes à natureza dela, essas disposições apendiculares atentam flagrantemente contra a constituição nacional.

É o que passo a mostrar.

ANISTIA PENAL

São bem conhecidas as características da anistia ⁽¹⁾. O "véu de eterno esquecimento" ⁽²⁾, em que os publicistas e criminalistas dizem por ela envolvidas as desordens sociais, objeto dêsse ato de alta sabedoria política, não é uma vulgar metáfora, mas a fórmula de uma instituição soberana. Por ela, não só se destroem todos os efeitos da sentença, e até a sentença desaparece ⁽³⁾, senão que, remontando-se ao delito, "se lhe elimina o caráter criminoso" ⁽⁴⁾, suprimindo-se a própria infração ⁽⁵⁾. Por ela, ainda mais, além de se extinguir o próprio delito ⁽⁶⁾, se repõem as coisas no mesmo estado, em que estariam, se a infração nunca se tivesse cometido ⁽⁷⁾. Esta é a anistia verdadeira, a que cicatriza as feridas abertas pelas revoluções, aquela cujas virtudes o historiador grego celebrava nestas

(1) RUI BARBOSA : *Atos inconstitucionais*, p. 207-12.

(2) LEGRAVEREND, tom II, c. 19, p. 762. HAUS : *Droit Penal Belge*, n.º 745.

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

(4) GIACCHETTI, III, p. 430.

(5) GARRAUD : *Dr. Pén.*, II, p. 142.

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

(7) Cassaç. de Florença, 16 de março de 1864. MEL., p. 203. Cass. franc. 19, jul. 1839. FAUSTIN HÉLIE, II, p. 720, n.º 1.090. DALLOZ, loc. cit. CARRARA. *Program. del corso di dir. crim. Parte gen.*, II, p. 199. LE SELLYER : *Dr. Crim.*, V, § 2.157. COGLIOLO : *Completo Trattato di Dir. Penale*, vol. I, parte III, p. 968.

palavras de eloqüente concisão : “Êles perdoaram, e daí avante conviveram em democracia” (8).

Mas, como nem sempre as fraquezas do poder permitem, ou a necessidade das circunstâncias aconselha o uso desassombrado dessa atribuição, sucede que muitas vêzes o Estado a exerce sob certos temperamentos, autorizados segundo o axioma de que pode o menos quem pode o mais. Em casos tais, ora a anistia excetua da sua clemência parte dos co-réus nos fatos criminosos ; ora só os admite à participação no benefício mediante condições de tempo, ou de modo ; ora, se se trata *de condenados*, em vez de os absolver completamente do castigo, em que incidiram, pode simplesmente mitigar-lhes a pena.

Por nenhum dêsses alvitres se pautou a anistia de 21 de outubro.

Ela não estabeleceu exclusões.

Condições também não prescreveu.

Nem estipulou para sentenceados redução de pena.

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

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

O decreto de 21 de outubro criou penas para os anistiados ? Evidentemente.

Que vem a ser pena ?

“O mal, que se padece, por causa do mal que se fêz ; *malum passionis quod infligitur ob malum*

(8) THUCYDIDES, VII, 73 (JOWETT, I, p. 598).

actionis", responderia GRÓCIO ⁽⁹⁾. "O mal, que se inflige em razão do delito; *malum quod propter delictum infligitur*", diria CARMIGNANI ⁽¹⁰⁾. "No seu significado geral", expõe um criminalista dos mais modernos, "a pena exprime uma dor, um padecimento, e não pode ser outra coisa; no seu significado jurídico, indica o sofrimento, que a lei impõe a um culpado, em consequência do seu delito" ⁽¹¹⁾. Num livro ainda mais recente, diz outro escritor: "Pena é o mal infligido pela sociedade ao autor, ou aos autores, de um delito, em razão dêste" ⁽¹²⁾.

Ora, o decreto de 21 de outubro impôs aos anistiados:

estarem inibidos, por dois anos pelo menos, do exercício de sua profissão;

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

sofrerem na contagem da sua antiguidade um corte, no mínimo, de dois anos; o que, posta de lado a importância moral e profissional do acesso na carreira militar, exprime outro desfalque nos proventos legais da situação do oficial, porquanto, sendo os vencimentos graduados pelos postos, o atraso de dois anos na escala dêstes importa um prejuízo correspondente na remuneração dos serviços prestados.

"A penalidade", ensinam os mestres, "fere o homem na sua liberdade, no seu patrimônio, ou nos seus direitos" ⁽¹³⁾.

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

(10) *Elementa juris crim.*, § 293.

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

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

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

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

Nos direitos os fere, outrossim, interdizendo-lhes, no decurso dêsse biênio, prorrogável pelo governo, a atividade nos postos.

Considerarei sucessivamente as três cominações, principiando pela última, que é a primeira na ordem natural e na do texto legislativo, para lhes demonstrar o caráter estritamente penal.

I

INATIVIDADE

A condição, a que o art. 1.º, § 1.º, da lei de 21 de outubro sujeita os meus constituintes, tolhendo-os de "voltarem ao serviço ativo antes de dois anos", constitui uma suspensão temporária das funções militares, na plenitude das quais os devia reintegrar a anistia, cujo objeto natural é remover tôdas as incapacidades, em que pelo delito incorrer o anistiado ⁽¹⁴⁾.

Mas, "a destituição e a *suspensão* de certas funções, certos direitos e certas faculdades se acham prescritas quase universalmente *como pena* aces-

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

sória pelas legislações modernas dos povos civilizados" (15).

Assim, na Suécia, "as penas peculiares aos funcionários são a destituição e a *suspensão*" (16). Entre as penas enumeradas pelo código penal espanhol (art. 24) se nota a *suspensão* de cargo público, profissão, ou emprego. Segundo o código penal português (art. 59), as penas especiais aos funcionários vêm a ser a censura, a exoneração e a *suspensão*. As leis do cantão de Zurich pronunciam a *suspensão* de função ou emprego por um ano no máximo; as de Berne, a *suspensão* de funções; as de Zug, a *suspensão* até dois anos; as de Friburg, a *suspensão* de emprego ou ofício público até um ano; as de Turgóvia, a *suspensão* até três anos; as de Vaud, a *suspensão* de ofício, ou cargo, por tempo determinado; as de Valais, a *suspensão* temporária; as de Neuchâtel, a *suspensão* de função ou ofício público (17).

Cingindo-me agora pròpriamente ao direito militar, encontro, na lei helvética "acêrca da justiça penal para as tropas federais" (27 de agosto, 1851), entre outras penalidades, a de *suspensão*; nos códigos penais italianos do exército de mar (1869) e do exército de terra (1870), entre as penas que não privam o réu da dignidade militar, a *suspensão*; em Espanha, no *Código de Justiça Militar*, promulgado em 27 de setembro de 1890, ao lado da degradação militar, "a *destituição temporária* de serviço" (tít. II, arts. 176-215); no código penal militar da Finlân-

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

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

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

dia (16 de julho de 1886), entre as cominações estabelecidas, ainda a *suspensão* ⁽¹⁸⁾.

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

O Decreto n.º 108-A, de 30 de dezembro de 1889, art. 3.º, estatui que os oficiais da armada ocuparão uma das seguintes posições: atividade, disponibilidade, *inatividade*, reserva, reforma.

Reformados não são os meus constituintes. Não se acham em atividade. Na reserva não estão; porque essa compreende somente os oficiais em observação de saúde e os licenciados por mais de dois anos. Também não é de disponibilidade a sua situação; porque essa pressupõe no governo a faculdade de dispor do oficial disponível, isto é, de empregá-lo; justamente o que o decreto de 1895 lhe proíbe. Não podem, outrossim, caber nessa categoria; porquanto o oficial em disponibilidade percebe (art. 4.º, n.º 2), além do sôlido, a gratificação mandada abonar aos oficiais desembarcados pela lei n.º 3.367, de 21 de agosto de 1888. Não há, portanto, outra classificação legal, em que os posamos contemplar, senão a de *inatividade*.

Esta, porém, se verifica (art. 3.º, n.º 3), quando os oficiais estão "prisoneiros de guerra, cumprindo sentença, inativos por medida disciplinar decretada em conselho, ou licenciados, para tratar de sua saúde, se a licença não exceder o prazo de um ano".

Não se achando os meus constituintes licenciados, não estando inativos por ato disciplinar de conselho, não sendo, ainda, prisoneiros de guerra,

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

fôrça é, por exclusão de partes, reconhecer que estão "*cumprindo sentença*".

Como quer que seja, ocupam uma situação idêntica a essa; porque, fora daqueles três outros casos de inatividade, só nesse deixam de estar na ativa os oficiais de marinha não reformados, que não estiverem na reserva, ou em disponibilidade.

No dec. n.º 18, de 7 de março de 1891, hoje em vigor, aliás injuridicamente, como código penal da armada, se estabelece, entre os demais instrumentos de repressão dos crimes, a "privação do comando". (Art. 39). Essa pena "inibirá o condenado de exercer qualquer comando em terra, ou no mar, pelo tempo que a sentença declarar". (Art. 51). O comando é apenas *uma* das funções da atividade. Entretanto, a simples privação desse elemento dela já tem, aos olhos do legislador, foros de pena. Mas pelo dec. de 21 de outubro se vedam aos oficiais, não essa unicamente, *mas tôdas as outras* funções da atividade militar.

Logo, não é absolutamente possível desconhecer à prescrição do art. 1.º, § 1.º, dêsse decreto a natureza de penalidade.

E, como ela não existe em lei militar alguma, para o exército de mar, ou de terra, hão de confessar os mais pirrônicos que essa penalidade é *criada pelo ato de anistia*.

II

REDUÇÃO NA ANTIGUIDADE

Expressão de um direito inviolável do oficial, a antiguidade é um dos elementos necessários da

promoção. Esta, para o exército de terra, tem o seu assento na Lei n.º 585, de 6 de setembro de 1850, e no reg. de 31 de março de 1851, firmando-se na antiguidade, regida pelo Decr. n.º 572, de 9 de janeiro de 1849. Para a marinha, a matéria estriba na lei n.º 2.296, de 18 de junho de 1873.

O princípio, declarado, em relação ao primeiro, pela resolução de 9 de dezembro de 1823 e várias outras ⁽¹⁹⁾, firma, para todos os oficiais de patente, jus à contagem de todo o tempo, em que serviram antes de demitidos.

Não será, portanto, uma pena, rigorosamente caracterizada, a suspensão dêsse direito por ato soberano do poder público, em relação a indivíduos, que êle, no mesmo ato, indigita como réus de movimentos criminosos?

Parece-me intuitivo.

A lei de 18 de junho de 1873 (n.º 2.296) determina que "a antiguidade, para os acessos, será contada da data do decreto do último pôsto" (artigo 4.º), e particulariza os casos, em que êsse cálculo se há de sujeitar a abatimento.

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

"1.º De licença registrada ;

"2.º De cumprimento de sentença condenatória ;

"3.º De serviço estranho à repartição de marinha ;

(19) TITARA : *Auditor Brasileiro. Segundo complemento* (1.ª ed.), p. 74.

“4.º O excedente a um ano, que o oficial passar na 2.ª classe por motivo de enfermidade, salvo o caso de lesões em combate”.

Tirante essas hipóteses, a legislação de marinha não conhece subtração de tempo à antiguidade do oficial. Até o ano transato, pois, tinha estabelecido o legislador brasileiro que o oficial não licenciado, não empregado em serviço estranho à marinha, não transferido para a 2.ª classe por licença excedente de um ano, só perderia tempo, *se estivesse cumprindo sentença condenatória*.

A lei de 21 de outubro, pois, igualou a posição dos seus *anistiados* à dos condenados, sujeitos ao cumprimento de sentença.

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

A disposição do art. 12 da Lei n.º 2.296 corrobora esta conclusão irrecusável.

“Não entrarão em promoção”, diz ela :

“1.º Os guardas-marinhas, pilotos e oficiais, *que estiverem processados em conselhos de guerra, no foro comum, ou em conselho de inquirição por mau procedimento habitual, e os irregularmente ausentes, bem como os que estiverem na 2.ª classe ; mas, se forem absolvidos, ou regressarem para a 1.ª classe, e tiverem sido preteridos na promoção publicada durante o tempo do processo, serão logo promovidos com a antiguidade daquela promoção, ficando como agregados, enquanto não houver vagas ;*

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

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

De modo que, excetuados os prisioneiros desonrados por atos de indignidade, os irregularmente ausentes e os inscritos na 2.ª classe, o nosso direito naval só retarda a promoção aos oficiais, quando *em processo, ou em cumprimento de sentença*; e em tanto extremo zela êsse direito, que, se o processado fôr absolvido, a promoção retrograda, para lhe compensar o atraso.

O que a clemência política de 1895 fez, por conseguinte, foi tratar os *anistiados* como réus de crimes passados em julgado, submetendo-os, no tocante à antiguidade e ao acesso, à condição de criminosos convictos.

Os que ainda refugirem à evidência dêstes argumentos, abram agora o dec. n.º 18, de 7 de março de 1891, e submetam as suas dúvidas ao toque do art. 48, § 3.º, onde se diz :

"Durante o cumprimento das penas civis ou militares não será contada antiguidade ao condenado para nenhum efeito de direito".

Daqui materialmente se vê que a interrupção no fio da antiguidade é um castigo concomitante ao *cumprimento de penas*. Ê, pois, o que, em matéria penal, se chama uma pena accessória.

Dêste modo, ainda por esta face avulta o caráter penal da célebre anistia.

III

DEDUÇÃO NOS VENCIMENTOS

Terceira punição resulta, outrossim, do ato *benfazejo* de 21 de outubro, para os seus beneficiados. Estes, prescreve o art. 1.º § 2.º, durante dois anos pelo menos, "apenas perceberão o sôlido das suas patentes".

Consideremos o pio efeito desta cláusula sobre os *anistiados*.

Regem presentemente os vencimentos dos oficiais do exército as instruções, que baixaram com o dec. legislativo n.º 946-A, promulgado pelo govêrno provisório no 1.º de novembro de 1890.

Dispõem elas que "o vencimento dos oficiais se compõe de sôlido, etapa e gratificação de exercício". (Art. 2.º) Desta não há que dizer, pois *ex vi termini* só aos oficiais em exercício pode competir. Mas, além dela, perdem também os meus constituintes a etapa.

Ora, segundo o art. 15 dessas instruções :

"Além dos oficiais empregados no serviço efetivo do exército, ou em comissões militares, *perceberão também etapa*.

"

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

"4.º O oficial *suspenso do exercício* por ordem do govêrno".

A etapa não é, portanto, inerente ao exercício. Antes subsiste independentemente d'ele em vários casos, dois dos quais se acham individuados nos parágrafos transcritos. Continua a perceber etapa, diz positivamente o § 4.º, "o oficial *suspenso de exercício* por ordem do govêrno". Quer isto dizer que a etapa, como o sôlido, faz parte do patrimônio do oficial, dos direitos vinculados por título de propriedade à sua patente. Esta a razão (não há outra), por que a lei recusou ao govêrno o arbítrio de dar, ou tirar ao oficial a etapa, dando-lhe, ou tirando-lhe o exercício. É no campo dêsse direito, de tamanho alcance para a situação pessoal do militar, que o congresso entrou afoitamente, negando aos suspensos do exercício *por sua ordem* vencimentos assegurados aos suspensos do exercício por ato do executivo.

Será, ou não, pena, e acentuadamente característica, essa privação?

Mas não é tudo.

Pelo § 3.º das instruções de 1890 se afiança a etapa ao oficial *indultado*, ainda quando sôbre êle persista a nota de outro delito. Ao indulto, ato do poder executivo, se atribui, pois, o efeito de restituir ao *criminoso condenado* a etapa. E agora à anistia, ato de uma autoridade mais alta, mais poderosa, mais ampla, de uma autoridade onipotente no benfazer, se cancela, a respeito de simples *acusados*, êsse efeito vulgar. O que é resultado trivial da clemência administrativa, recusou-o categoricamente a clemência do congresso.

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

As instruções mandadas observar pelo Dec. n.º 946 prescrevem, ainda, no art. 22 :

“Os oficiais condenados a mais de dois anos de prisão em última instância perdem o direito à etapa desde a data da intimação da sentença, visto terem perdido a patente”.

A etapa é, destarte, um elemento da patente, que só com ela desaparece. Por êsses textos se averigua que, excetuados os oficiais empregados em serviço estranho ao Ministério da Guerra (art. 20, § 1.º), os que exercerem empregos de ordenado, ou gratificação (art. 20, § 2.º), e os doentes, recolhidos aos hospitais (art. 21), só não têm direito à etapa os que, por sentença passada em julgado, sofrerem condenação a mais de dois anos de cárcere. Nem durante o processo se lhes suspende o direito a esta parte do vencimento militar. A não serem, pois, os casos, em que o oficial troca por outro o serviço da guerra, ou recebe noutras vantagens (gratificação, ordenado, ou tratamento hospitalar) uma equivalência da etapa, a privação desta, no direito militar brasileiro, constitui pena subsidiária à de prisão.

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

É, ou não, pois, uma pena ?

Quanto à Marinha, impera no assunto o dec. n.º 389, de 13 de junho de 1891. Reza êle, no art. 17:

“Os oficiais da armada, quando desembarcados e sem comissão por motivo independente de sua vontade, perceberão,

além do respectivo sôlido, um têrço das gratificações do comando de fôrça os generais, e os demais dois têrços das de embarque, devendo os oficiais superiores e subalternos servir como adidos ao quartel-general, segundo as tabelas em vigor".

Estabeleceram-se essas disposições por fôrça de um princípio constitucional: o do art. 85 do pacto da União, segundo o qual os oficiais da armada e das classes anexas terão as mesmas patentes e vantagens que os do exército nos cargos de categoria correspondente.

Assim que, juridicamente, a situação dos oficiais, que o dec. de 21 de outubro privou do exercício, seria a de "desembarcados, sem comissão por motivo independente de sua vontade". Nesse caráter, porém, lhes toca, *além do sôlido*, um têrço das gratificações de comando de fôrça, se não generais, e, se são oficiais, dois têrços das de embarque. O ato, portanto, que os desapossa dêsse direito legal e dessa porção pecuniária do seu patrimônio, é, ainda por êste lado, uma medida punitiva.

IV

SUPRESSÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

A tríplice privação de direitos, que acabo de tornar palpável — direito de exercício, direito a vencimentos, direito à antiguidade —, está mostrando que a anistia de 1895 se resolve em uma conjunção de três penas.

É uma anistia três vêzes penal.

Poderíamos chamar-lhe uma anistia invertida.

Se as pessoas indiciadas na revolução de 1893 tivessem passado pelos tribunais, e incorrido na sua condenação, indubitavelmente o poder anistiante, em vez de exercer-se, apagando por inteiro a pena, podia limitar-se a comutá-la em sofrimento menor. Nesse caso, de feito, a parte não extinta da penalidade não seria criação da anistia, *mas da decisão judicial, que a precedera*, e por ela teria sido atenuada.

Se, estabelecendo para os delitos, de que as increpam, direito novo, menos severo do que o antigo, o dec. de 21 de outubro lhe deixasse a aplicação à magistratura, tais disposições, pelo princípio da *retroatividade benigna*, aproveitariam constitucionalmente aos acusados, para os quais o ato do congresso seria então benefício digno de reconhecimento.

Mas, estando os meus constituintes por julgar, e adscrevendo-os a legislatura, sem julgamento, ao castigo, que lhes institui *ad hoc*, a anarquia dessa façanha política encorpora na mesma entidade o legislador e o juiz, confunde no mesmo ato o código e a sentença. Foi para o caso dêsses desvarios que o juiz PATTERSON dizia, há noventa e seis anos, na Suprema Côrte federal: "Teria a legislatura a faculdade de punir cidadãos, pelo fato de haverem servido ao inimigo, e não encontrarem punição no curso ordinário da justiça? Não; porque dêsse modo exerceria autoridade judicial" ⁽²⁰⁾.

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

Dessa absorção de uma autoridade na outra, porém, direi noutro capítulo. Por enquanto, o que faz ao meu propósito, é firmar a conclusão de que, sob a rubrica de anistia, o que ressalta no decreto de 21 de outubro, é um regímen de direito penal. novo, inaugurado expressamente para a espécie.

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

Mas, como esta, em virtude de outras regras constitucionais, que depois considerarei, só se *exerce para casos futuros*, a pretensão de aplicá-la a fatos anteriores serve apenas de agravar o abuso cometido sob a invocação da anistia.

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

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

Defendendo, há três anos, perante a justiça federal, a causa dos generais e oficiais despoticamente reformados em 1892, eu formulei estas proposições, hoje consagradas pela solução vitoriosa dêsse pleito :

“A constituição, no art. 74, declara que as patentes e os postos são garantidos “em tôda a sua plenitude”. Ora, a patente e o pôsto se decompõem em dois elementos : o título, que sobrevive à reforma, e a *efetividade*, que com ela cessa. Assegurar, por-

tanto, as patentes e os postos “em t $\acute{o}$ da a sua plenitude” é assegurá-los nos seus dois elementos: *contra a privação da efetividade*, como contra a *privação do título*” (21).

Não se quer dizer com isso, está claro, que a efetividade seja um direito, e que o oficial não possa perder a patente. Todos os direitos são suscetíveis de limitação e extinção. Quando a constituição os assegura em t $\acute{o}$ da a sua plenitude, seu pensamento é assegurá-los contra o arb $\acute{t}$ rio, venha de onde vier, escudando-o na lei, interpretada pela justiça. Os mais preciosos direitos, a propriedade, a liberdade, a vida, a honra, perdem-se *por sentença judicial*, de conformidade com a legislação preexistente. Mas, fora dessas condições, *esses* direitos são invioláveis. As limitações e a *fortiori* a extinção de um título pessoal, cuja perpetuidade é afiançada plenamente na constituição, não podem verificar-se, a não ser por efeito de uma pena, isto é, da aplicação de um julgado criminal, único meio pelo qual se rompe o vínculo das funções inamovíveis.

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

Prescreve, com efeito, *êle* (art. 1. $^{\circ}$, § 1. $^{\circ}$) que os *anistiados* não voltarão à ativa durante os dois anos de expiação ali taxados, “nem ainda depois dêsse prazo, se o poder executivo assim julgar conveniente”.

T $\acute{o}$ da a vez que o poder humano extrapassa as raia da lei, exp $\acute{o}$ e-se a delirar. S $\acute{o}$ b $\acute{r}$ e os proscritos

(21) RUI BARBOSA: *Ato*s inconstituicionais, p. 153.

do estado de sítio em 1892 reivindicou expressamente o poder executivo o arbítrio de pronunciar penas, e penas sem limite de tempo. Agora o poder legislativo, assumindo o de julgar os revolucionários de 1893, cria para eles um castigo, cujo termo deixa à escolha do chefe do Estado.

Está nas mãos dêste prorrogar *indefinidamente* o prazo de inatividade, impôsto pelo decreto do ano passado aos oficiais. Quanto mais durar essa privação, mais frouxa será a insistência dos interessados em abreviá-la. As vítimas irão desanimando. Os triunfos sucessivos da prepotência ir-se-ão consolidando em fato definitivo. Um após outro, os esbulhados irão abrindo mão de um direito inútil. E, quando chegue o termo da penitência, talvez bem poucos aproveitem a serôdia concessão da fôrça. Não digo que assim venha a suceder. Pode bem ser que talvez não se realize, na ordem dos fatos. Mas, na ordem lógica, na ordem jurídica, o meu raciocínio é irrefragável: se o congresso dá ao presidente da república o direito de alongar a seu talante a inhabilitação de servir, que impôs aos oficiais, o congresso dá-lhe a faculdade evidente de perpetuá-la.

Êste é, pois, virtualmente o *arbítrio*, em que ali se investe o poder executivo: é o arbítrio de *privar para sempre* da efetividade os oficiais anistiados. E, como, em tôda a duração dêsse período ilimitado, eles só vencerão sôlido, e não contarão antiguidade, senão para a reforma, de verdadeiros reformados é que será, se o govêrno quizer, a condição, a que implicitamente os reduz êsse capricho do legislador revoltado contra a lei fundamental. Privados do exercício, reduzidos ao sôlido e inibidos de subir na

escala das promoções *por tempo indeterminado*, ao sabor do governo, êsses militares estarão expostos, "*se o poder executivo julgar conveniente*", a não volver nunca mais ao exercício, nem à fruição dos seus vencimentos legais, nem à contagem plena de sua antiguidade. Isso não é porventura o que terá de acontecer. Mas é o que o decreto formalmente autoriza. E, como o que se discute, não é o horóscopo do seu destino, mas a extensão lógica dos seus corolários, isso é o que nos importa.

A patente, como o pôsto, ambos consagrados "em tôda a sua plenitude" pela carta federal, não é uma expressão abstrata, mas um composto real de interêsses e direitos. Êsses direitos e interêsses, no que lhes é mais substancial, consistem no *exercício*, no *vencimento* e na *antiguidade*. O exercício supprime-se; o vencimento desfalca-se; a antiguidade reduz-se a um só, dos seus dois efeitos capitais; e isso não por dois anos sòmente, mas *por quantos deliberar o govêrno*. Logo, patente e pôsto, quais a constituição os quis, e os declara, como realidades jurídicas independentes, amparadas contra o arbítrio pelo régimen constitucional da lei, desaparecem de todo.

O que resta, já não é o *direito* da patente e do pôsto, cassado, temporária, ou perpétuamente, ao bel prazer da administração; são apenas os restos, que a condescendência dela houver por vantajoso permitir a êsses desclassificados do elemento militar.

Não se poderia violar por uma sofisteria menos decente o art. 74 da constituição. Se êle não consente as reformas arbitrárias, como ficou judicialmente liquidado na questão dos reformados de abril, tão pouco admitirá esta situação anômala, inominá-

vel, para a qual, à míngua de classificação, que os seus inventores não ousaram dar-lhe, engenharam as secretarias a de *reserva especial*. Ainda quando fôsse transitória, esta situação, representando a imposição de uma pena pelo congresso, não seria menos inconciliável com o art. 74 da constituição. Mas, se o governo houver por bem, basta adotar para com êsses oficiais a atitude passiva de não nos chamar outra vez ao exercício, para que essa privação de direitos, inculcadamente passageira, se invetere, convertendo-se de fato numa equivalência de reforma, com a desvantagem de não se confessar tal, e subtrair assim às vítimas da aberração as condições de independência, que nessa classe desfrutariam.

Por êste artifício se suprimiu, pois, a êsses militares, de um modo escuso, mas não menos ilegítimo, o seu direito constitucional: a integridade das patentes.

DECRETO-SENTENÇA

Que o decreto de 21 de outubro acumulou três penas sobre os anistiados já não se poderá negar.

Penas, porém, não são essas do gênero daquelas, a que os países livres se abrigam contra o crime, sim das que as idades bárbaras, ou barbarizadas, vão buscar na idéia da força. "Pena", diz um dos clássicos do direito penal, "é o mal, que, em conformidade com a lei do Estado, os magistrados infligem aos que, com observância das formas, se reconhecem culpados de um delito. Se o mal se impõe a quem não se verificou ser culpado, ou por quem não tinha a autoridade de impô-lo, será vingança, violência; em sentido jurídico, porém, não será pena" ⁽¹⁾.

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

Disso temos o mais frisante espécimen no dec. de 21 de outubro, que, invocando para o caso o castigo, elimina o processo, e pronuncia a condenação.

No Brasil essas noções, que para os autores do antigo Código Criminal ⁽²⁾ já eram dogma, circulavam outrora até nas escolas militares, onde os len-

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

(2) Art. 36.

tes oficiais ensinavam que "os indícios, por mais veementes, não fazem prova, e devem absolver", quando os meios de defesa contrabalançam os da acusação ⁽³⁾. E até o código Fóster, que não peca por sentimental, estatuiu, não faz muito tempo, que "nenhuma presunção, por mais veementes que seja, dará lugar a imposição de pena" ⁽⁴⁾.

Stabitur praesumptioni, donec probetur in contrarium, diz a dogmática do direito ⁽⁵⁾. Mas, se até a presunção de inocência cede à prova da culpa, os legisladores da anistia de 1895, podiam, ao menos, permitir às vítimas da sua generosidade que a presunção da culpa cedesse à prova da inocência.

Nem isso, porém, quiseram. Dispensaram de prova a acusação, e, ao mesmo tempo, vedaram aos acusados a defesa; para o que o meio radical era trancar as portas ao processo, e fulminar *ex-informatá* a sentença. Mas difícilimo seria fazê-lo, estatuinto sem rodeios que as pessoas colhidas nas malhas de certa e determinada imputação entrassem indefesas no cumprimento da pena arbitrada pelo congresso. Descomposta assim, a pretensão extrapassaria as próprias ráias do escândalo. Então conceberam que se poderia dissimular o odioso disparate sob uma aparência de senso comum, ou, pelo menos, dar-lhe o vigor de imperativo absoluto, embrulhando-o num rótulo de anistia. Digo rótulo, como diria máscara, porque tal papel mente à natureza dessa instituição. "L'indulgenza del principe", escreve um eminente criminalista, definindo a anis-

(3) TOMÁS ALVES: *Direito Militar*, II, p. 158.

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

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

tia, "è fata per rilevare, non per abbattere, per migliorare lo stato degli individui, non per cambiare in presunzione legale di reità la presunzione legale di innocenza, che accompagna ciascuno fino alla condanna irremovibile" (6).

Mas a sutileza do artifício não podia iludir a majestade eterna dessa garantia, cujo amparo não abandona o acusado, senão quando a irremovibilidade da sentença o converteu, aos olhos da lei, em criminoso.

I

ABOLIÇÃO DO PROCESSO

Nos dias de gestação dêsse abôrto legislativo, tive ocasião de perguntar, em um recinto augusto, senão me concediam a hipótese da existência de um inocente entre os presumidos rebeldes. Responderam-me com ênfase, de um lado, que certamente concessão tal não se me podia fazer. De outro, com a sobrançeria das verdades superiores, me trovejaram que podia havê-los, mas que a soberania das câmaras, nos grandes momentos do seu poder, não conhecia êsse limite. Do congresso dêsses dois horrores jurídicos, cuja nudez inconsciente define o estado moral de uma época, se gerou a anistia de 1895.

A suspeita é a justiça das paixões.

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

Nas sociedades regidas segundo a lei a presunção universal, é, ao revés, a *de inocência*.

(6) NICOLINI : *Procedura penale*, parte I, n.º 925.

Acentua MITTERMAIER, estudando o processo criminal em Inglaterra, na Escócia e nos Estados-Unidos, que "uma regra essencial, resultante das leis e da praxe judiciária", nesses países, é que os tribunais "não devem ter por suficiente a prova da culpa, e adotar um *veredictum* de culpabilidade, senão quando já se não possa entreter dúvida razoável sôbre ela" (7). Um dos mestres da ciência jurídica na Europa latina, por outra parte, adverte incisivamente que, "em todo e qualquer sistema de processo", nunca se poderá considerar averiguada a criminalidade do acusado, senão em virtude de um confronto entre a querela e a defesa, depois de aduzidas as provas de ambas" (8). E, na América do Norte, o juiz COOLEY escreve, com o orgulho do americano livre: "A humanidade, do nosso direito presume sempre inocente o acusado, até que se lhe prove o crime. Essa presunção acompanha todo o processo contra êle, desde o princípio da ação até ao *veredictum*... Constitui a presunção de inocência uma proteção absoluta contra a condenação e o castigo, salvo confissão do réu em juízo, ou prova que ponha o crime fora de qualquer dúvida sensata" (9).

Sôbre essa regra assenta estoutra de que ninguém pode ser condenado senão mediante processo regular, isto é, mediante os trâmites preestabelecidos no direito nacional. Dizem inglêses e americanos que ninguém pode ser sentenciado senão "*by the law of the land*", ou "*by due process of law*",

(7) MITTERMAIER: *Traité de la procé.d. crim. en Angl., en Écosse et dans l'Amér. du Nord*. Trad. CHAUFFARD., p. 381.

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

(9) *Constitutional Limitations*, ps. 376 e 379.

expressão sinônimas na fraseologia jurídica das duas grandes nações. ⁽¹⁰⁾. Esse princípio, que, para a raça anglo-saxônia, data da Magna Carta, o que quer dizer que conta quase sete séculos, tem hoje a sua consagração inconcussa em tôdas as constituições americanas ⁽¹¹⁾. A *law of the land*, dizia WEBSTER ⁽¹²⁾, "é lei, que ouve, antes de condenar, que obra mediante investigação dos fatos, e não sentença senão no têrmo do processo. Ela assegura aos cidadãos a vida, a liberdade, a propriedade, todos os seus direitos e imunidades, pondo-os sob a proteção das disposições gerais, que regem a comunhão. Tudo o que contra êsses direitos se insinuar sob a forma de ato legislativo, *não se poderá considerar lei do país*". O contrário, continua o grande advogado, "tenderia diretamente a estabelecer a confusão de todos os poderes na legislatura. Não haveria lei estável, para ser aplicada pelos tribunais, ou obedecida pelos indivíduos. A administração da justiça seria uma forma vã, uma cerimônia escusada. Os magistrados funcionariam, para executar *sentenças legislativas*, não para declarar o direito, ou exercer a justiça nacional" ⁽¹³⁾.

Definindo o "*due process of law*", um dos comentadores mais modernos da constituição americana repete o que invariavelmente se encontra em todos, notando que essa exigência constitucional se destina a manter a todos os cidadãos "o jus a serem processados e julgados, em conformidade com as formas legais, por um tribunal imparcial, cuja sen-

(10) COOLEY : *Blackstone's Commentaries*, ed. de 1884, vol. I, p. 134 n.

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

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

(13) *Ibidem*.

tença se pronuncie acêrca da sua responsabilidade, ouvida a sua defesa" (14). Êsses têrmos, acrescenta, "aludem a certos direitos fundamentais, sempre reconhecidos pela jurisprudência de que a nossa decorre". As expressões, que revestem a fórmula dessa garantia, têm por fim, dizia o juiz JOHNSTON, na suprema côrte federal, "escudar o indivíduo contra o exercício arbitrário dos poderes do govêrno" (15).

COOLEY acentua que, de tôdas as limitações estipuladas pelo povo soberano à autoridade delegada, na constituição, à legislatura, "essa é a *mais importante, the most important*" (16). Êle não deixou a discrição de retirar-se a ninguém o benefício tutelar dessa garantia suprema (17). E tal é, de sua essência, a inviolabilidade dêsse princípio protetor, que um antigo jurisconsulto americano, SWIFT, no seu *System of the Laws of Connecticut* (18), escrito em 1795, rompendo com a opinião geral, que já então atribuía à justiça o poder de negar observância às leis inconstitucionais, abre, todavia, exceção para os casos "*monstruosos, monstrous*", e entre êsses o primeiro, que figura, é o de "um ato legislativo, que autorizasse condenações sem verificação judicial do crime, *an Act authorizing conviction for crime without evidence*".

(14) LAWSON: *Rights, remedies and practice*, vol. VII, § 3.788, p. 5.955. BLACK: *Amer. Const. Law*, ps. 424-5. BAKER: *Annotated Const.*, p. 215 ns. 33 e 37.

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

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

(17) COOLEY: *Const. Limit.*, ps. 330, 376.

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

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

“ninguém será sentenciado senão... em virtude de lei anterior e *na forma por ela prescrita*”.

E, dos elementos contemplados nas formas em vigor, tão substanciais à essência do direito considerou alguns, que nega ao legislador a faculdade de aboli-los, prescrevendo, no parágrafo seguinte:

“Aos acusados se assegurará na lei *a mais plena defesa com todos os recursos e meios essenciais a ela*”.

Data, porém, de muito mais longe, entre nós, o patrimônio inestimável dessa garantia. Não a adquiriu o Brasil por dotação da República. Os constituintes de 1891 não a trouxeram dos Estados Unidos: copiaram-na da Constituição Imperial (artigo 179, ns. 8-11), para onde os mais antigos estadistas brasileiros a haviam transplantado, em 1824, da Europa livre, especialmente da Inglaterra. São princípios cimentados aos alicerces da nossa organização política pelos fundadores da independência nacional.

Não é evidente que a bastarda anistia do ano passado os calca aos pés? Negá-lo seria ter perdido o senso da visão mais vulgar. Se não fôra êsse decreto, os indivíduos argüidos de cumplicidade na revolução teriam atravessado a prova constitucional do processo, com acusação e defesa. Uns seriam condenados. Outros *poderiam ser absolvidos. E tanto assim é que diversos o foram, em Conselho de Guerra, por sentença já passada em julgado.*

Como se quer que seja, porém, nenhum sofreria alteração no seu estado jurídico, *senão mediante julgamento*. Mercê do célebre decreto, porém, vieram a ficar, sem a mais leve aparência de processo, por mandamento imediato do congresso, feridos, esbulhados em três dos seus direitos legais: o exercício, o vencimento e a antiguidade. A imposição de tais males resulta, para êles, do pressuposto, firmado neste decreto, da perpetração de um ato criminoso, a revolta, pelos indivíduos que êle indigita. Ora, a nota de revolucionário, como tôda e qualquer outra de autoria ou conivência em delito, não pode existir legalmente, *senão por força de sentença*. Logo, na espécie, a presunção legislativa prescinde da sentença, substituindo-se a ela. Por outra, o decreto é a sentença. O julgamento é o ato do legislador.

Quando se estudava, na comissão régia, o projeto do Código Penal Italiano, discutiu-se uma vez se, dada a anistia, podem, ou não, subsistir certos efeitos da sentença condenatória. Sustentava o jurisconsulto LUCCHINI que seria contraditório à natureza da anistia o perdurarem quaisquer efeitos penais da condenação. "*Sarebbe contraddittorio alla sua natura che sussistessero alcuni degli effetti penali della condanna*". Vingou, porém, no debate, o conceito oposto, pela razão expressa de que "quando a anistia se refere a condenação, pode haver exceções ao princípio de que ela traduz o esquecimento total, cuja ação tudo cancela" (19).

(19) "Quando l'amnistia si riferisce alle condanne, vi possono essere delle eccezioni al principio che essa é oblio totale che cancella ogni cosa". *Codice Penale del Regno d'Italia. Verballi della commissione*. Roma, 1889, p. 224.

Mas, quando não houver sentença, quando a anistia se promulga antes do processo, não sonharam os colaboradores do código italiano, não sonharia ninguém que o decreto, que a pronúncia, lhe possa associar *efeitos penais*. Isso por um motivo elementar: porque, sendo a pena função da sentença, o ato, do rei, ou das câmaras, que vinculasse efeitos penais a fatos não julgados, seria um ato de julgamento pelas câmaras, ou pelo rei.

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

II

SUPRESSÃO DO TRIBUNAL

Se os meus constituintes foram sentenciados por *decreto*, óbvio é que quem os sentenciou, foi o *congresso*.

E aí temos, de uma assentada, com a empalmação do processo, a supressão do tribunal.

Senão, digam-me: êsses homens, que, por um espaço de tempo entregue à discrição do govêrno, estão privados das suas funções, de parte das suas rendas profissionais e dos benefícios da sua antiguidade, como desertores e rebeldes, perante que justiça compareceram? Que magistrado recebeu a denúncia do seu crime? Que juiz lhes ouviu a defesa? Em que audiência se deduziram as provas? Quem lhes instaurou o sumário? Onde o plenário, que os julgou? Que nota de culpa se lhes expediu? Que interrogatório, sequer, se lhes fêz? Qual a sentença, que os declarou réus? Quais os

recursos, que contra ela se lhes permitiram, e as condições, sob que ela passou em julgado?

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

Seria êsse ato uma comutação de pena? Não; porque as comutações de pena supõem a preexistência desta, a anterioridade da sentença condenatória. Mas, quando se admitisse comutação de penas futuras e eventuais, ainda nessa classificação não caberia o decreto de 21 de outubro; porque êsse, ao mesmo tempo que fulmina o castigo, veda o julgamento. O que se quereria relevar, pois, aos acusados, é uma penalidade, em que não incorreram, nem já agora poderiam incorrer, por decisão judicial. E, como a ninguém é dado antecipadamente afirmar que dessa penalidade os meus constituintes não poderiam ser absolvidos, se fôsem devidamente julgados, a privação do direito de sê-lo converte a mercê em rigor, partindo da presunção de um crime invérificado, para assentar sobre ela uma condenação, proferida por autoridade incapaz de julgar. Isso é um caso de teratologia legislativa. Se a anistia se antecipa à sentença, não é para condenar, mas para absolver. Se veda a função do juiz, não é para sentenciar, mas para esquecer. Se suspende a ação da justiça, não é para a usurpar, mas para a mitigar.

Não há, pois, (e daqui a pouco o documentarei com os fatos) não há exemplo de anistia semelhante. Conhecem-se anistias com exclusão de certos indivíduos, ou certas classes de pessoas. Mas os excluídos dos benefícios da anistia ficam, por isso mesmo, submetidos à ação dos tribunais, em cuja presença deduzirão a defesa, e de cuja imparcialidade receberão o desagravo, se forem inocentes. Esta é a

primeira anistia conhecida na história, em que a lei, usurpando funções judiciárias, e trocando a balança da justiça pela rasoira do arbítrio, pretende fulminar contra inocentes e réus, amalgamados numa promiscuidade ímpia, a mesma pena, geral, absoluta, irremovível.

Logo, se, para os culpados, é uma redução da penalidade, em que incorreriam, para os inocentes envolve a imposição de castigo, que lhes não toca. De modo que, sendo para os delinqüentes mercê, para os injustamente acusados será caprichosa condenação.

Nos momentos mais sinistros da história do despotismo na Inglaterra, o parlamento firmou em sangue, pelos *bills of attainder*, a sua pretensão de julgar e condenar. Os proscritos da opinião dominante, os suspeitos de crimes contra o Estado caíram aos golpes inexoráveis da onipotência parlamentar, posta ao serviço da intolerância facciosa, ou da subserviência ao trono. Eram leis de retroatividade penal, verdadeiras sentenças legislativas, diferentes da atual apenas no grau de severidade. Mas não diligenciavam encobrir a sua dureza cruel e arbitrária sob as funções magnânimas da anistia. "Podia haver nada mais obnóxio, em um govêrno livre" ⁽²⁰⁾, pergunta um jurisconsulto americano, "do que o exercício de potestade tal por uma corporação popular, à mercê de simples maiorias, agitadas pelas lutas de eleições excitantes, inclinadíssimas, ainda nas circunstâncias mais favoráveis, a desconfiar das intenções dos seus adversários, recorrendo a medidas de duvidosa legitimidade, para assegurar interesses de partido? Nem tôdas as condenações legislativas,

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

que a história parlamentar registra, apresentam êsse caráter. Outras houve não tão cruas, mas apenas menos detestáveis no serem menos terríveis os seus efeitos. Essas sentenças legislativas, que impunham penas inferiores à morte, apelidavam-se *bills of pains and penalties*; mas as provisões constitucionais, de que nos temos ocupado, se dirigem inquestionavelmente *contra toda espécie de punição legislativa por delitos, ou supostos delitos*".

POMEROY firma a mesma tese ⁽²¹⁾. E STORY, profligando em nome do direito americano essas monstruosidades, ocorridas outrora nas Ilhas Britânicas, "em tempos de grosseira servilidade à coroa, ou violentas excitações políticas" ⁽²²⁾, mas que ali mesmo não se defendiam como exercício legítimo da autoridade ⁽²³⁾, fala assim: "Em tais casos o corpo legislativo *se arroga a magistratura judiciária*, pronunciando-se acêrca da culpabilidade do acusado sem nenhuma das formas e salvaguardas do processo, e satisfazendo-se com as provas, que se lhe deparam, sejam, ou não, admissíveis ante as regras da verificação jurídica dos fatos. Nêles, em suma, a legislatura exercita a mais alta faculdade da soberania, uma faculdade irresponsável de arbítrio despótico, "*an irresponsible despotic discretion*", regendo-se exclusivamente pelo que se lhe figura imposição da necessidade, ou conveniência política, mas obedecendo apenas, muitíssimas vêzes, à influência de temores desarrazoados, ou gratuitas suspeitas" ⁽²⁴⁾.

Solenes arestos contém a história americana em apoio do princípio que desconhece à legislatura o

(21) POMEROY: *An introd. to the Const. Law*, § 501.

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

(23) COOLEY: *Constil. Limit.*, p. 317.

(24) STORY: *Comment.*, § 1.344, vol. II, p. 216.

poder de limitar as garantias constitucionais da defesa do direito perante a justiça.

Já em 1786 o tribunal superior de Rhode Island recusava execução, por inconstitucionalidade, a uma lei da assembléia do Estado, que autorizara, em certos casos, julgamentos sumários, com preterição do júri, a que pelas leis fundamentais tinham direito os acusados ⁽²⁵⁾. Em 1795, num pleito ventilado na Pensilvânia, perante magistrados federais, o juiz PATTERSON, voto vencedor, justificando a sua opinião, formulava uma hipótese congênere a essa, a da supressão do júri por ato legislativo, e perguntava se êsse ato obrigaria os tribunais. "Não : êsse ato seria nulo, por falta de jurisdição, por insuficiência de poder na legislatura" ⁽²⁶⁾. Advirta-se, entretanto, que, em ambas as espécies, o que se figurava, era apenas a *substituição de um tribunal por outro*, não a supressão absoluta do julgamento e do tribunal, absorvidos no congresso.

No século atual duas causas assinaladas na crônica forense acentuaram a impossibilidade, em que a constituição colocara, ali, o poder legislativo, de infligir penas, direta, ou indiretamente. A constituição adotada, em junho de 1865, pelo Estado do Missouri estabelecia, para o exercício de tôdas as funções públicas, inclusive as do sacerdócio nas várias confissões religiosas, um juramento, cuja fórmula tinha em mira excluir dessas funções fôsse quem fôsse, que, por quaisquer relações, imediatas, ou mediatas, se houvesse implicado na revolta do sul contra o norte, e impunha certas penas aos indi-

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

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

víduos, que não observassem o preceito. Sob essa comunicação, o padre Cumming, da igreja católico-romana, foi acusado, julgado e condenado. Interposto o recurso para a Suprema Corte federal, sentenciou esta que as disposições da *Constituição* do Missouri (não se tratava, cumpre notar, de uma lei, mas de uma provisão constitucional) eram nulas, por importarem um *bill of attainder* ⁽²⁷⁾ e um ato retroativo. Essas disposições, raciocinava o juiz FIELD, fundamentando o julgado, "essas disposições resumem o crime nos membros do clero, e impõe-lhes a privação do direito de pregar, ou ensinar, se eles não ilidirem a presunção mediante o juramento expurgatório; noutras palavras: supõem o crime, e cominam condicionalmente a pena". E o intento da lei constitucional está em "resguardar os cidadãos contra o esbulho dos seus direitos, sob o pretexto de atos anteriores, por deliberações legislativas, seja qual fôr a aparência e dissimulação destas" ⁽²⁸⁾.

O caso de invasão da competência judicial pelo corpo legislativo, era, contudo, menos grave do que na espécie vertente. Ali a presunção de criminalidade se remia pelo juramento de inocência. Aqui a presunção de culpabilidade é definitiva e irresgatável. E a justiça, que aqui é absolutamente excluída, ali intervinha sempre, se não para se pronunciar sobre a imputação de rebeldia, ao menos para aplicar a pena associada à omissão do juramento.

Dois atos do Congresso Nacional (de 2 de julho de 1862 e 24 de janeiro de 1865) instituíram também nos Estados Unidos um juramento dêsse gê-

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

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

nero, destinado a joeirar dentre os americanos fiéis à União na guerra civil a erva má da revolta. Sentindo-se oprimido por essas resoluções legislativas, o advogado Garland, pessoa conspícua na revolução, em que exercera o cargo de membro do congresso confederado, sendo anistiado, em 1865, pelo presidente, requereu à Suprema Côrte que o reintegrasse no seu direito de reassumir o exercício de sua profissão independentemente do juramento exigido nas duas leis. Discutido o feito, o tribunal pronunciou a nulidade de ambas, declarando que a elas se adaptavam rigorosamente as conclusões votadas no litígio anterior. Por êsse aresto, proferido no mesmo ano que o antecedente, se declararam usurpatórios da autoridade judiciária e retroativos os atos legislativos de 1862 e 1865 ⁽²⁹⁾.

Aliás, evidentemente, nos dois casos americanos a opressão era menor do que no da lei brasileira de 1895; porque ali, pela prestação do juramento, os inocentes se podiam eximir à incapacidade, que destarte recairia exclusivamente sôbre os culpados. Mas, ainda assim, o senso constitucional dos americanos não admitiu que os próprios delinqüentes, aquêles da parte de quem a resistência ao juramento de fidelidade à nação poderia considerar-se confissão implícita de responsabilidade na revolta, sofressem uma pena (o esbulho do direito de exercer as suas profissões) não pronunciada por autoridade judicial.

Êsses oráculos da ciência e do fôro definem e solenizam verdades inelutáveis, em que assenta fundamentalmente o regímen da liberdade : ninguém

(29) *Ex parte Garland*, COOLEY : *Const. Limit.*, ps. 319-20. POMEROY : *Op. cit.*, §§ 505 e 508.

pode ser julgado senão pela autoridade constitucional ⁽³⁰⁾; a autoridade constitucional é necessariamente um tribunal, singular, ou coletivo ⁽³¹⁾; não há pena legítima sem decisão dessa autoridade ⁽³²⁾; as penas não são exequíveis senão por força de sentença irretratável ⁽³³⁾.

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

“Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente”.

III

ESPOLIAÇÃO E INVASÃO

No decreto de 1895 se encerram, pois, conjuntamente uma expropriação de inalienáveis direitos individuais e uma invasão das atribuições privativas da justiça. Ele constitui assim não só um atentado às pessoas, como um assalto à ordem política da distribuição dos poderes.

A constituição deu ao povo o poder judiciário, diz o anotador de MILLER, “para o proteger contra

(30) THAYER : *Cases*, vol. I, p. 80.

(31) BLACKSTONE'S *Comment.*, vol. III, p. 350. MATTIROLO : *Tratt. di Diritto Giudiziario Civile Ital.*, vol. I, p. 105. BLUNTSCHLI : *Dir. Publ. Génér.*, p. 205. PALMA : *Diritto Costituzionale*, vol., p. 598.

(32) BERNER : *Tratt. di Dir. Pen. Trad.* BERTOLA, p. 235.

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

os abusos de qualquer dos outros ramos paralelos do govêrno" (34). O poder judiciário, escreve outro jurista americano, "representa de fato o único baluarte seguro da liberdade" (35).

À sua guarda constitucional estão confiados êsses direitos supremos, inerentes à personalidade livre, um dos quais consiste em que não há pena sem processo, nem processo senão pela justiça. Em tôdas as nações livres "êsses direitos estão extra-at-cance do poder do Estado" (36), acima da própria soberania popular (37), que não pode tocar-lhes senão pelos meios estabelecidos na lei fundamental (38). Um govêrno, que deixasse tais direitos à mercê dos depositários do poder, "por mais democrática que fôsse a organização dêste", observa um emérito professor da universidade de Harvard, "não seria afinal mais que um verdadeiro despotismo. Admitamos que seja, se vos apraz, um despotismo exercido por muitos, pela maioria; mas, ainda assim, não seria senão despotismo. A têrmos de entregar à discrição de outrem as condições essenciais à nossa segurança e felicidade, há motivo para duvidar se não fôra mais judicioso cometer essa autoridade a um só homem do que a muitos" (39). Os melhores publicistas americanos reconhecem que, se prevalecessem, quanto à autoridade do congresso, as idéias de soberania democrática associadas aos nomes de Jefferson e Jackson, o govêrno dos Estados Unidos "transformar-se-ia rapidamente em uma

(34) BANCROFT DAVIS: *MILLER's Lectures*, p. 119.

(35) ORDONAU: *Constitutional Legisl.*, p. 424.

(36) THAYER: *Cases*, vol. I, p. 169.

(37) TIFFANY: *Government and Const. Law*, p. 157.

(38) COOLEY: *Const. Limit.*, p. 315.

(39) THAYER: *Cases*, vol. I, p. 170.

tiranía irresponsável"; porquanto ali não existem, "para enfrear a legislatura, os sentimentos e tradições sociais, profundamente enraizados pela antiguidade, que na Grã-Bretanha constituem a sua grande força conservadora" (40).

Em vão tentam os ultras dêsse radicalismo, que confunde a maioria com o direito e a justiça com o poder, preconizar a infalibilidade das assembléias populares. As democracias, por causas naturais, não são menos ocasionadas a êsses excessos do que os regimens temperados (41). Um dos anciãos do constitucionalismo americano faz demoradas ponderações acêrca da tendência aberrante do corpo legislativo nas democracias e do papel providencial, que nelas representa, contra êsse perigo formidável, a autoridade dos tribunais. "É constante na legislatura o risco de ser arrastada pelos preconceitos e paixões populares, sob cujo influxo difícil será precatá-la de pesar com detrimento sôbre os direitos e prerrogativas dos outros poderes. Para o alto encargo de expôr a constituição, e verificar por êsse critério a subsistência dos atos legislativos, não há instituição comparável em valor à de uma justiça veneranda pela sua madureza, dignidade e saber, deliberando moderada e serenamente. Só o exercício livre dessa atribuição habituará os tribunais a repelirem as invasões, protegendo todos os órgãos do govêrno e todos os membros da comunidade contra alterações arbitrárias e destruidoras dos seus direitos constitucionais" (42). Nada pode competir,

(40) POMEROY: *An Introduct.*, p. 92, § 136.

(41) COOLEY'S *Const. Limit.*, ps. 314-15: COOLEY: *BLACKSTONE'S Comment.*, vol. I, p. 124, n.

(42) KENT'S *Comment. on Amer. Law*, vol. I (ed. de 1867), p. 487.

neste regímen, com a necessidade suprema dessa missão; porque os abusos das assembléias, abrigados sob a anonímia dos votos coletivos, são, de sua natureza, irresponsáveis, e, quando praticados sob a pressão dos interesses de partido, ou das excitações da opinião, asseguram aos seus autores a impunidade e o triunfo. O de que a liberdade e a ordem constitucional, portanto, necessitam, para corretivo a tais desmandos, não é a punição, irrealizável, dos culpados, mas a sua redução à impotência pela nulidade dos seus atos, quando repugnantes à lei fundamental. "As outras sanções punem o delinqüente; esta liberta o cidadão; as outras não interessam à medida opressiva; esta priva-a da ação malfazeja; as outras ocupam-se especialmente com o crime dos agentes oficiais; esta, com os direitos do povo" (43).

É ordinariamente por cláusulas distributivas, e não por disposições negativas, que as constituições repartem a autoridade entre os poderes, e asseguram os direitos aos indivíduos. Quando se delega a um dos poderes constitucionais a função legislativa, a outro a judiciária, não se há mister que ao primeiro fique expressamente vedado sentenciar causas, ao segundo fazer leis (44). A adjudicação de prerrogativas diferentes a entidades distintas imprime *ipso facto* o caráter de usurpação ao ingresso de uma no domínio de outra. "Tôda disposição imperativa envolve a proibição de tudo o que a contrarie, frustre, ou iluda. A estrutura do govêrno, a própria outorga do poder legislativo, a organização do executivo, a instituição dos tribunais mais importantes criam limitações à autoridade da legislatura,

(43) POMEROY : *Op. cit.*, p. 100, § 150.

(44) COOLEY : *Const. Limit.*, ps. 208, 313.

tão positivas como se a proibição estivesse expressa caso por caso" (45).

Daí o corretivo da nulidade, impendente sempre a essas incursões de um poder na área constitucional do outro. "Sendo necessariamente inconstitucionais as invasões de um ramo da autoridade por outro, os atos dêsse gênero são *de seu princípio* nulos. Qualquer arrogação, portanto, das faculdades judiciais pelo corpo legislativo, com particularidade no tocante a assuntos estritamente compreendidos na alçada dos tribunais, e a cujo respeito já exista legislação estabelecida, é exorbitância (*) do mandato legislativo e, pois, na sua essência, uma inconstitucionalidade" (46). Por conseqüência, "todo e qualquer ato da legislatura, que se proponha a resolver questões de fato, ou matéria jurídica, relativas a direitos do indivíduo, ou ao seu patrimônio, seria, de sua natureza, judiciário e, como tal, nulo" (47).

Notava eu, há pouco, que na generalidade dos casos, a constituição afirma um direito, e daí se infere a proibição de violá-lo, consigna aos diferentes poderes as suas funções, e daí se colige, para cada um, a inibição de entrar pelas dos outros. Relativamente ao poder judiciário, porém, a enunciação da competência e a interdição de invadi-la são ambas expressas. Depois de ter reservado privativamente aos tribunais a autoridade de "*processar, e julgar*"

(45) THAYER: *Cases*, vol. I, p. 166.

(*) Na 1ª ed. está: «é uma exorbitância ao seu mandato...» (N. do Rev.)

(46) ORDONAUX: *Constit. Legislation*, p. 377.

(47) BLACK: *Am. Const. Law*, p. 78. "Il me semble qu'il n'appartient qu'aux tribunaux de faire respecter les lois, de flétrir, de censurer, de punir un citoyen". HYDE DE NEUVILLE: *Mémoires et souvenirs*, vol. II, p. 389.

(arts. 59 a 61), e estabelecido que das sentenças de tribunais só se admitirá recurso para tribunais (*ibidem*), de onde se evidencia como os juizes não são responsáveis pelas suas decisões, ou suscetíveis de censura por elas, ante o poder legislativo ⁽⁴⁸⁾; depois de firmar, por outro lado, os direitos fundamentais, cuja preservação confiou à tutela da justiça (art. 72), o texto constitucional proíbe expressamente, no § 15 dêsse artigo, tôda e qualquer ingerência de outra autoridade, que não essa, na função de sentenciar, em que se abrange a de julgar, e processar.

As sentenças legislativas, portanto, de que, neste país, temos o primeiro exemplo no decr. de 21 de outubro, ao mesmo passo que fraudam a delegação da autoridade judiciária, privativa aos tribunais, quebram também a cláusula proibitiva, com que o legislador constituinte, por uma espécie de pleonasma solene, quis duplicar a guarda aos direitos fundamentais.

(48) THAYER : *Cases*, vol. I, ps. 76-8.

SOLA ET UNA

De balde percorreríamos (vou mostrá-lo) tôda a história da anistia, desde os seus primórdios, se quiséssemos encontrar parelha ao ato, que sob essa generosa inscrição se votou, o ano passado, nas câmaras brasileiras. É novo o estudo. Mas esta consideração não me seduziria. O que mo impõe, é o interesse, o valor decisivo, que êle tem para a definição do poder, contra cujo abuso reclamo. Se as tradições da anistia, em todos os tempos e países, revelarem divergência manifesta entre a noção universal dessa entidade jurídica e o sentido, que lhe deu, entre nós, o decr. de 21 de outubro, *ipso facto* se terá evidenciado que as paixões da época, no Brasil, desnaturaram a instituição, a cujo império foram constrangidas a simular homenagem. Desde que haja oposição entre o caráter, que elas lhe deram, e aquêle, sob que a humanidade considerou sempre a idéia de anistia, isso por si só bastará, para tornar indubitável a contradição entre o legislador ordinário e o legislador constituinte; pois, se êste, consagrando a anistia, se absteve de precisar-lhe a acepção, é, está claro, porque a julgava fixada pela jurisprudência uniforme das nações e pelas antecedências constantes do nosso próprio direito.

As anistias conhecidas antes da inovação de 1895 são ou gerais, amplas, absolutas, ou *restritas*.

As restritas dividem-se em *parciais* e *condicionais*: *parciais*, quando excluem certos indivíduos, ou classes de indivíduos; *condicionais*, quando subordinam o gozo dos seus benefícios à observância de certos requisitos.

A anistia, de que se trata, quanto aos oficiais do exército e da armada, não é parcial; porque os abrange todos; nem é condicional; porque não submete a condições determinadas o acesso às suas vantagens. As exigências, que estipula, infligem aos anistiados, por um período fatal, privação de direitos constitucionais, prejudicando-os, a um tempo, no seu patrimônio e nas condições legais da sua carreira. É, por uma aliança inaudita de contraditórios, uma *anistia expiatória*.

Fora dêste caso exdrúxulo, em todos os exemplos que o mundo tem visto até hoje, assim nas anistias parciais, a respeito das pessoas compreendidas na medida, como nas condicionais, uma vez satisfeita a condição, a graça opera plenamente, sem gravames, nem expiações ulteriores.

Essa instituição assoma na história sob Sólon, muito antes de Trasíbulo, a cujo nome costumam ligar os juriconsultos e publicistas a origem da anistia. O arcontado do célebre legislador data de 594 cêrca de dois séculos a de Trasíbulo, que se promulgou em 403 ⁽²⁾. Eleito como reformador e reconciliador, depois de haver recusado a tirania, o célebre fundador da democracia helênica reintegrou, por um ato geral, nos direitos e privilégios de cida-

(1) GROTE: *History of Greece*. Ed. de 1869, vol. III, p. 90.
HOLM: *History of Greece*. Trad. ingl., vol. I, (1894), p. 390.

(2) DURUY: *Histoire des Grecs*, vol. II, p. 614.

dãos os que os tinham perdido por sentença dos arcontes. Da indulgência excetuavam-se aquêles, cuja condenação fôra pronunciada pelos éfetos, pelo areópago, ou pelos filo-basileus (os quatro reis das tribos), mediante julgamento no pritaneu, sob a nota de traição, ou homicídio ⁽³⁾. Para os que não incorriam nessas exclusões, era ampla a restituição de direitos.

Quase duzentos anos mais tarde a Grécia buscava outra vez na clemência o meio heróico de cura em hora de profundas tribulações. Era no ano de 405 antes de Cristo. A notícia do desbarato de Ægospótami cruzara como um raio o Helesponto, e detonara no Pireu. Aniquilado o império ateniense, Lisandro precipitava a sua marcha contra Atenas, reduzida à insulação, à indigência e ao desespero, como nos dias em que a ameaçara o exército de Xerxes. Patrocleides então reuniu o povo, e, obtida a vênia indispensável aos projetos revogatórios de sentenças judiciais, alcançou dos atenienses um ato geral de graça, que restabelecia a comunhão dos direitos civis e políticos a favor de imenso número de cidadãos, processados, ou condenados. Excluía-se os sentenciados a exílio e morte, bem como os sócios dos Quatrocentos, que se houvessem furtado pela fuga à ação dos tribunais ⁽⁴⁾. E, para ficar materialmente assinalado o esquecimento, mandaram-se queimar os registros criminais, enquanto os atenienses juravam solenemente, na acrópole, a reconciliação geral.

Só em terceiro lugar, portanto, se nos oferece a anistia, a que se ligou para sempre o nome famoso

(3) GROTE : *Hist. of Greece*, vol. III, p. 102.

(4) GROTE : *Hist. of Greece*, vol. VIII, ps. 12-16.

do restaurador da democracia ateniense, e a que a justiça mandaria associar, a meu ver, o de Pausânias ⁽⁵⁾. No pacto entre o general espartano e Trasíbulo ficou ajustada, com a paz, a anistia. Desta excetuaram-se apenas os Trinta Tiranos, os Onze, que, sob as ordens dêles, haviam presidido à execução das suas atrocidades, e os Dez, que tinham dominado no Pireu. A êsses mesmos, porém, se permitia repatriarem-se, invocando a justiça dos tribunais; e, se fôsem absolvidos, entrariam, como os demais, na fruição absoluta da anistia ⁽⁶⁾. Ela foi religiosamente observada pelos gregos, que aliás, não confundindo a fôrça com a ordem, a opressão com a autoridade, ficaram chamando a êsses funestos quinze meses de supressão da liberdade "o ano da anarquia". Os ressentimentos emudeceram. Ninguém foi perseguido. No juramento impôsto aos heliastas se inseria esta cláusula: "*Juro não me lembrar do passado, nem consentir que outrem o lembre*" ⁽⁷⁾. E, graças a êsse ato de magnanimidade, havia de dizer mais tarde Demóstenes que "a Trasiíbulo devia a república a salvação". ⁽⁸⁾.

Quatro séculos depois, ainda se pronunciava do mesmo modo um contemporâneo, súdito e cortesão de Tibério: "*Haec Oblivio, quam Athenienses: amnestia vocant, concussum et labentem civitatis statum in pristinum habitum revocavit*" ⁽⁹⁾.

Hoje, entre povos mais adiantados em civilização do que Atenas e, talvez, do que a Europa,

(5) CURTIS: *Hist. of Greece*, trad. WARD, vol. IV, ps. 48-52..

(6) GROTE: *Hist. of Greece*, vol. VIII, p. 94.

(7) DURUY: *Histoire des Grecs*, vol. II, pág. 617.

(8) DEMOSTHENES: *Contra Timócrates*, p. 135.

(9) VALLERIUS MAXIMUS: *Factorum et dict. memorabilium*, vol IV.. c. 1, n.º 4.

seria provavelmente reformada essa opinião favorável aos efeitos reconstituintes da anistia após as lutas civis. Como, porém, o que faz ao meu propósito, é o exame dos fatos jurídicos, não a sua apreciação política, o que me cumpre acentuar aqui, é que, no seio da nação em cuja alta cultura teve seu berço a anistia, esta instituição, para os envolvidos na sua órbita, nunca estabeleceu condições, e muito menos se deixou acompanhar jamais de restrições expurgatórias.

Os romanos não lhe conservaram o nome original; mas sob o de *generalis abolitio* lhe mantiveram a feição primitiva. A abolição geral era, entre eles, o apagamento, o olvido, e a extinção da possibilidade de processo. "*Abolitio est delectio, oblivio vel extinctio accusationis*" ⁽¹⁰⁾. Comentando os princípios do direito imperial neste ponto, Cujácio estabelece a identidade entre a *generalis abolitio* e a *amnistia*, preceito de esquecimento ambas, eliminação da criminalidade, indulgência sem restrições: "*Haec indulgentia perfecta est abolitio criminum et lex oblivionis et amnistia*" ⁽¹¹⁾. Fora dessa expressão completa da clemência pública, só se conhecia o indulto, a graça, sob as suas formas individuais: a *purgatio*, que, a requerimento do acusador, extinguiu a acusação, e a *deprecatio*, que, a pedido do acusado, remitia a pena, deixando intacto o estigma da culpa ⁽¹²⁾.

Nos países germânicos, as anistias, que deixaram lembrança durável, foram amplas. Assim a que se estabeleceu no tratado de Passau, que celebrado

(10) PAULUS: *Sentent.*, L. V. t. 17, C. 1. 1, *De gener. abolit.*

(11) *Comment. ad tit. Cod. De generali abolitione.*

(12) "*Indulgentia, patres conscripti, quos liberat, notat, nec infamiam criminis tollit, sed poenae gratiam facit*". C. L., 1, *De gener. abolit.*

em 1552 entre Carlos V e os príncipes alemães, promulgou a liberdade religiosa. Essa anistia "foi mais que geral e absoluta; porque, depois de anistiar os combatentes, parecia querer anistiar a própria guerra, qualificando de simples exercícios militares as campanhas de Maurício de Nassau" ⁽¹³⁾. Plena e geral foi também a anistia convencionada, em 1648, no tratado de Munster, que cerrou a guerra dos Trinta Anos ⁽¹⁴⁾. Teve ainda a mesma largueza a anistia decretada, em 1867, pela Áustria a favor da Hungria ⁽¹⁵⁾. A própria anistia arrancada ao príncipe de Schwarzenberg, em 1849, durante o armistício de Novara, prometia segurança inteira de direitos a todos os italianos, que voltassem aos lares abandonados na Lombárdia e na Venécia, excluindo nominalmente aquêles, a quem o govêrno vencedor não perdoava ⁽¹⁶⁾. Os que regressassem à pátria pela porta da anistia, iam encontrá-la completa. Ao menos êste era o compromisso; e o fato jurídico é êste. O mais moderno exemplo dêsses atos de clemência política, naquela parte da Europa, é o decreto imperial da anistia, promulgado aos 9 de fevereiro de 1878 em favor dos incursos, por evasão do serviço do exército, no art. 140 do Código Penal do Império da Alemanha e no art. 33 da lei militar, sob a condição de se apresentarem às autoridades no prazo de oito meses ⁽¹⁷⁾.

(13) A. HEBRARD : *Amnistie*. (*Diction. génér. de la Politiq. par*. M. BLOCK, vol. I, p. 66).

(14) *Ibid.*

(15) A. LÉGER : *A History of Austro-Hungary*. Trad. HILL, 1889, p. 576.

(16) COUNTESS CESARESCO : *The Liberation of Italy* (Lond., 1895), ps. 176-7.

(17) *Annuaire de lég. étrang.*, 1878, p. 202.

Tipo das anistias hipócritas foram as declaradas na Holanda, por Filipe II, sob a tirania infernal do duque d'Alba. A primeira é de 1570, e foi promulgada, entre pompas oficiais, aos 14 de julho. Houvera quatro projetos diferentes, para o simulacro de clemência, que se queria. O escolhido traduzia a severidade mais implacável, revestindo as insígnias da misericórdia. Definiu-a um historiador, dizendo que "só os inocentes foram perdoados" ⁽¹⁸⁾. Tamanho era o rol de exceções! Não ousou, contudo, o despotismo espanhol, nessa farça odiosa, alterar o caráter jurídico da anistia; porque, submetida como era, a condições inquisitórias e a inúmeras exceções, a medida, para os que não incidiam nestas, ou se dessempehassem daquelas, operava como ato de graça sem reservas. Por outra, uma vez recebida a anistia, os anistiados já não tinham culpas, que purgar. Escreveu o duque d'Alva para Madri que o ato da bondade real fôra acolhido "con gran contentamento del pueblo", e só os demagogos vociferavam, "porque non quisieran excepción ninguna" ⁽¹⁹⁾. Os historiadores afirmam, pelo contrário, que a Holanda inteira clamava contra a malvadez dessa condenação, pronunciada sob o nome de indulto. E parece, com efeito, que os demagogos tinham sempre mais razão do que o fidalgo castelhano; porque, quatro anos mais tarde, pela anistia de 6 de julho, o rei convidava todos os seus vassallos transviados e penitentes a lhe voltarem aos braços, sob a condição unicamente de se reconciliarem com a Igreja. Poucas exceções continha esse

(18) LOTHROP MOTLEY: *The Rise of the Dutch Republic*, vol. II, ps. 287-91.

(19) *Ib.*, p. 290.

decreto, e tôdas nominativas ⁽²⁰⁾. Os em que elas não recaíam, eram readmitidos à comunhão como inocentes.

Restaurada a coroa, na Inglaterra, depois da revolução puritana, no século dezessete, Carlos II inicia o seu reinado por uma anistia plena. Mais realista do que o rei, o parlamento a emenda, para excluir os regicidas. Mas nem num nem noutro caso se deturpa o caráter da instituição: anistia geral, no primeiro; anistia com exclusões, no segundo. Avulta, depois dessa, a de 1717, promulgada pelo *Act of grace and Free Pardon*, que abriu aos jacobitas as portas das prisões, e livrou do cadafalso dezenas de condenados. A clemência do rei Jorge, que um panfleto bajulatório do tempo aclamava "superior à do próprio Deus ⁽²¹⁾", não deixou de embaciar-se com algumas exceções, menos aliás em número do que as então usuais nessas demonstrações da régia magnanimidade, bem que algumas de dureza cruel ⁽²²⁾. Em vão, porém, buscaríeis ali qualquer coisa assimilável à invenção, que ora se discute: a decretação de uma inferioridade legal para os anistiados, o *prolongamento da expiação além da anistia*. Sobre as feridas da revolta de 1745 a vitória da legalidade inglêsa derramou, em 1747, o mesmo bálsamo, que, em 1717, vertera sobre a de 1715. O *Act of Indemnity*, que a pronunciava, recusou a anistia a oitenta nomes; mas para os não enumerados nessa lista a instituiu sem restrições ⁽²³⁾.

(20) *Ib.*, p. 542.

(21) TINDAL'S, *History*, vol. VII, p. 160. *Apud* LORD MAHON: *Hist. of Engl.*, vol. I, p. 293.

(22) LORD MAHON: *History of England* (1713-1783) vol. I, p. 293.

(23) *Ib.*, vol. III, p. 337.

Na literatura jurídica italiana só encontro menção de uma anistia com limitações; a de 1860, cujo decreto lhe fazia cessar o benefício para os anistiados reincidentes em delitos de certa gravidade ⁽²⁴⁾. Dessa mesma disposição, porém, se patenteia que os anistiados haviam entrado a pleno na fruição da anistia. A reincidência é que criaria, para êles, depois, uma situação nova. A anistia, com que o rei Humberto inaugurou o seu reinado, por decreto de 18 de janeiro de 1878, abrangia plena e ilimitadamente todos os crimes políticos e delitos de imprensa ⁽²⁵⁾. Hoje a matéria se rege, no direito italiano, pelo Cód. do Processo Penal de 1890, arts. 830 e 832, correspondentes aos arts. 830 e 932 do Cód. do Processo Penal de 1865. Êle não conhece outra anistia, além da incondicional. Anistia punitiva, não a conceberam ali jurisconsultos, nem estadistas. Ainda bem que nos deixaram alguma coisa por descobrir.

Da Espanha recordarei a anistia de 1849, cujo ato, de 8 de junho, rezava, no art. 1.º: "Concede-se a anistia completa, geral e sem exceção a todos os atos políticos anteriores a êste decreto".

Em França, antes da revolução, já se praticava, sob o nome de alvarás de abolição geral, a anistia, "no sentido em que presentemente a entendemos". Mas é de 1789 para cá, e especialmente durante o primeiro período revolucionário que se amiúda ali o exercício dêsse poder soberano. A revolução, que profligou de daninho abuso o malbarato da justiça

(24) COGLIOLO: *Completo Trattato de Diritto Penale*, vol. I, parte III, p. 982.

(25) *Annuaire de législat, étrangère*, 1878, p. 306.

(26) DALLOZ: *Répertoire*, vol. III, p. 505, n.º 5.

pelos alvarás de abolição individuais, foi notavelmente fértil em medidas gerais de anistia.

Dentre elas, foram absolutas a de 14-15 de setembro de 1791, a de 28 de setembro de 1791 — 19 de junho de 1792, a de 17 de setembro de 1792, a de 12-13 de fevereiro de 1793, a de 22 de agosto, a de 2 de setembro do mesmo ano, a de 12 frimaire, ano III (2 de dezembro de 1794), a de 4 brum., ano IV (26 de outubro de 1795), a de 8 frutidor, ano IV (25 de agosto de 1796).

Continham exceções :

a anistia de 3 de setembro de 1792, que excluía (art. 2.º) os indivíduos acusados de conluio contra a livre circulação dos cereais ;

a de 11-12 de fevereiro de 1793, que proscovia das suas vantagens os homicidas e incendiários (art. 2.º) ;

a de 8-9 frim., ano II (28-29 novembro de 1792), que não compreendia os crimes de assassinio e incêndio perpetrados nas insurreições, a que deu causa a carestia dos víveres (art. 4.º) ;

a de 29 nivose, ano III (18 de janeiro de 1795), que abrangia unicamente os indivíduos, cujas sentenças não tivessem entrado em execução ;

a de 7 frim., ano IV (28 de novembro de 1795), que recusava a clemência do ato legislativo de 26 do mês anterior aos presos conhecidos pelo nome de "chouans, ou rebeldes" (art. 2.º) ;

a de 14 frim., ano V (4 de dezembro de 1796), que mantinha (art. 1.º) a deportação contra os indivíduos, a que fôra nominalmente imposta pelos decretos de 12 germinal ano V ;

a de 25 pluviose, ano VI (15 de fevereiro de 1798), que negava os benefícios da anistia, proclamada na Córsega depois da expulsão dos ingleses, aos participantes na conspiração de 13 vendemiare ano IV, aos falsários e emigrados (art. 1.º);

a de 25 termidor ano VIII (15 de agosto de 1800), que não se estendia (art. 8.º) às pessoas inscritas no rol dos emigrados e a certas outras sujeitas à vigilância policial ⁽²⁷⁾.

Do primeiro império, em França, se registram dois grandes atos de anistia. Um é o de 25 de março de 1800, em celebração do consórcio imperial. Êsse, abrangendo certas condenações de polícia correcional, os delitos florestais não julgados, as evasões à conscrição e as deserções, estatuiu (art. 12) que, para desfrutar o seu benefício, os desertores deviam apresentar-se, dentro em dois meses, às autoridades militares ⁽²⁸⁾. O outro, decretado em 24 de abril do mesmo ano, a favor dos franceses que tivessem empunhado armas contra o império nos exércitos das potências continentais, com que êle reatara amizade, tornava dependente essa graça (art. 2.º) de um compromisso, firmado pelos beneficiários, de não tornarem a se alistar sob chefes estrangeiros ⁽²⁹⁾. Anistia parcial, no caso do primeiro decreto; anistia condicional, no do segundo. Ambos, juridicamente corretos; porque ninguém contesta ao legislador o direito de recusar a certas categorias de indivíduos a mercê da anistia, ou impor a outros, *antes de a receberem, e para que a recebam*, a satisfação de certos requisitos. O que não se concebe, nem se viu jamais,

(27) DALLOZ: *Répert.*, vol. III, ps. 506-9.

(28) *Ib.*, ps. 509-510.

(29) *Ib.*, p. 510.

é que, depois de investidos na anistia, e pelo próprio ato que nela os investe, os anistiados continuem a pagar o crime, cujo esquecimento ela ordena.

Sob a Restauração se contam, em França, as anistias seguintes :

a de 23-28 de abril de 1814, relativa a delitos contra a obrigação do serviço militar; ato de clemência, em que não participavam os funcionários argüidos de furto e concussão (art. 3.º) ;

a de 19 de junho do mesmo ano, absoluta, a respeito dos súditos franceses que tinham combatido contra Bonaparte nas fileiras prussianas ;

a de 11-21 de julho no dito ano, concernente a delitos florestais, da qual se excluía particularizadamente (art. 2.º) algumas transgressões dêsse gênero ;

a de 13-14 de janeiro de 1815, em benefício dos indiciados nas desordens de 1814, não contemplados apenas (art. 1.º) os acusados de morte, ou ferimentos graves ;

a de 12 de março a 6 de abril dêsse ano, em justificação dos funcionários que tinham conspirado a queda do trono imperial, menos treze nomes (artigo 2.º), de políticos mais ou menos eminentes, que individualmente se mandavam submeter a processo ;

a de 12-14 de janeiro de 1816, que absolveu os coniventes na usurpação dos Cem Dias, tirante os membros da família Bonaparte, os já condenados, ou processados, os autores de crimes contra particulares e os regicidas (arts. 3.º e 7.º) ⁽³⁰⁾ ;

(30) "Em presença das ardentes paixões que dominavam a câmara *introuvable* não se atraveu Luís XVIII a pronunciar por si a anistia imposta pelos acontecimentos dos Cem Dias". PIERRE : *Traité de droit politique*, p. 569. Em razão disso essa anistia foi decretada por ato legislativo. Aquela câmara valia sempre mais do que as de certas democracias republicanas.

a de 13 de novembro de 1815-15 de janeiro de 1817, em favor dos acusados de deserção;

a de 13-14 de agosto de 1817, perdando os réus de crimes correcionais originados pela escassez dos gêneros alimentícios, salvo os casos de reincidência(art. 2.º);

a de 20-27 de outubro de 1820, 28 de maio-6 de junho de 1825 e 3 de novembro de 1827, relativa a delitos florestais, excetuados os de adjudicatários ou funcionários malversores;

a de 28 de maio-6 de junho de 1825, extensiva a todos os indivíduos condenados a penas correcionais por certos atos políticos;

a de 29 de maio-6 de junho do mesmo ano, que relevou a deserção aos marinheiros, bem como às praças e aos oficiais de certos corpos de terra, sob a condição (arts. 3.º e 5.º) de comparecerem à presença das autoridades em prazo determinado ⁽³¹⁾.

A monarquia de julho solenizou o seu advento com o ato de 20 de agosto de 1830, que anulava, por uma anistia geral, tôdas as condenações pronunciadas, em França, por delitos políticos, desde julho de 1815.

Outras mercês soberanas, do mesmo gênero, vieram, no mesmo ano, agrupar-se em torno dessa, agigantando o aparato da clemência real: três anistias militares, duas a delitos florestais e infrações de regulamentos da pesca, uma aos banidos pela lei de

(31) *Ib.*, ps. 510-515.

12 de janeiro de 1816, com que já me ocupei, outra às contravenções policiais.

Era plena a anistia outorgada aos réus de delitos policiais por ato de 26 de setembro.

Promulgada em 11 de setembro, a anistia concernente aos proscritos da Restauração era geral e incondicional.

As duas relativas a contravenções florestais e infrações do regímen legal da pesca e da caça (decretos de 8 e 19 de novembro e 7 e 23 de dezembro) excetuavam os adjudicatários e licenciados, incursos em abuso das suas respectivas concessões.

As três anistias militares foram prescritas por atos de 28 de agosto-10 de setembro, 5-17 de setembro e 21-25 de outubro. A última agraciava, sem restrições, os subalternos e soldados, convencidos de insubordinação e violência contra seus superiores. As duas outras, que relevaram a culpa aos desertores e retardatários do exército e da marinha, eram plenas e absolutas para certas categorias de anistiados. Outros ficavam sujeitos a preencher o seu tempo de serviço legal. (Art. 4.º do decreto de 28 de agosto e 6 do de 5 de setembro). Não se incluíam no benefício dêsses atos os que se não apresentassem às autoridades no prazo estipulado e os desertores já condenados na data da promulgação da anistia. (Arts. 5.º do decreto de 28 de agosto e 8.º do de 5 de setembro). ⁽³²⁾.

Sob o governo de Luís Filipe ainda se apontam duas anistias, ambas gerais: a de 8-11 de maio de 1837, aos presos por crimes políticos, e a de 30

(32) *Ib.*, ps. 515-17.

de maio do mesmo ano, aos contraventores das leis concernentes à pescaria e às florestas ⁽³³⁾.

O governo provisório de 1848 prescreveu uma grande anistia absoluta, mandando pôr em liberdade todos os detidos políticos ⁽³⁴⁾.

Duas vezes usou Luís Napoleão do direito de anistia, que, pelo senatus-consulta de 25 de dezembro de 1852, fôra reservado ao imperador: a primeira (16 de agosto de 1859) foi de plena e completa mercê a todos os indivíduos condenados por crimes ou delitos políticos, assim como aos que tinham sido objeto de medidas de segurança geral; a segunda (14 de agosto de 1869), igualmente de caráter geral e absoluto, abrangia tôdas as responsabilidades da mesma natureza e bem assim as infrações das leis de imprensa ⁽³⁵⁾.

As câmaras, a que se confiou, após a ruína do segundo império, a missão de reconstituir a França, tiveram que encarar a tremenda questão das responsabilidades da comuna. Nem mesmo sob o Terror de 1793 a demagogia em delírio tocara os paroxismos dêsse frenesim, que devastou e incendiou por mãos francesas Paris sitiada pelos alemães. Os governos mais ilustrados e liberais, o da Itália, o da Espanha, o da Suíça, o dos Estados Unidos, acedendo à extradição dos cúmplices da sedição comunista, reconheceram que não se tratava de crimes políticos, mas de um régimen de "assassínio, roubo e incêndio, sistematicamente organizados", como afirmara Júlio Favre. "É a mais tremenda insur-

(33) *Ib.*, ps. 517-18.

(34) EUGÈNS: *Traité de droit politique, électoral. et parlement.* (1893), p. 570.

(35) *Ibidem.*

reição, por que a França tem passado", escrevia Mac Mahon, no seu relatório ao corpo legislativo, mostrando que, para a vencer, fôra necessário tomar 1.600 canhões, 400.000 espingardas, 25.000 prisioneiros e cinco formidáveis fortalezas, empregando na campanha 100.000 homens e os primeiros generais da França. Nem a "êsses atrozes celerados", que combatiam as tropas legais com bombas de petróleo, nem a êsses incendiários, "cujo ato abominável não tem exemplo na história" ⁽³⁶⁾, e para com os quais o chefe do poder executivo sustentava, em 1871, que "a consciência pública devia ser inexorável", pôsto que segundo as leis, com as leis e pelas leis ⁽³⁷⁾, nem a êsses faltou a clemência nacional. Um projeto de lei, adotado pela Assembléia Nacional, de acôrdo com o govêrno, em 17 de junho de 1871, delegava o direito de indultar os réus da comuna ao chefe do poder executivo, com aquiescência de uma comissão parlamentar para êsse fim constituída. Anos mais tarde veio a anistia pela lei de 3 de março de 1879, cujo art. 1.º estendia essa providência a todos os condenados por crimes e delitos políticos, que o presidente da República houvesse agraciado, bem como aos que viesse a agraciar no prazo de três meses, excetuando os sentenciados a trabalhos forçados como incendiários, ou assassinos.

Ê, como se vê, uma anistia condicional e parcial. Parcial, porque não abrangia certos atentados de excepcional gravidade. Condicional, porque se subordinava à obtenção prévia do indulto. Nada há, nos princípios de direito, que opôr à condição. "Concedemos anistia", dizia o relator da comissão

(36) THIERS: *Discours parlementaires*, vol. XIII, ps. 274-77.

(37) *Ib.*, p. 278.

da Câmara dos Deputados, "àqueles, a quem o chefe do poder executivo conceder perdão". Tão pouco haverá fundamento, para objetar à exceção. O poder legislativo está no seu direito, "criando categorias de indivíduos, para outorgar a anistia a uns, e denegá-la a outros" ⁽³⁸⁾.

A lição dos Estados Unidos não discrepa destas regras. A guerra separatista abriu ali feridas incomparáveis. Assumira proporções quase fabulosas essa luta, que tinha obrigado o governo legal a armar mais de 670 navios, que pusera em campo, dos dois lados, três milhões de homens, que devorara um milhão de vidas, que distribuía entre os beligerantes quatrocentos e noventa mil prisioneiros, que custara à nação oito milhares de milhões de dólares, ou, ao câmbio atual, mais de quarenta milhões de contos. Entretanto, ainda no mais aceso do conflito, durante o seu período mais agudo, não escapou ao legislador americano a utilidade provável da clemência como medida sedativa e reconciliadora. O ato de 17 de julho de 1862, § 13, autorizou o presidente da República a anistiar os envolvidos na insurreição ⁽³⁹⁾. Em consequência decretou sucessivamente o poder executivo (Lincoln, e depois dele Johnson) várias anistias, em 8 de dezembro de 1863, 26 de março de 1864, 29 de maio de 1865, 7 de setembro de 1867, 4 de julho de 1868 e 25 de dezembro do mesmo ano ⁽⁴⁰⁾. Todas, menos a última, instituíam exceções cuidadosamente circunstanciadas, compreendendo nelas principalmente os funcionários da União, que se tinham bandeado

(38) PIERRE : *Op. cit.*, ps. 572-4.

(39) TIFFANY : *A Treatise on Government*, p. 325.

(40) JOHNSTON : *Amnesty*. LALOR 's *Cyclopaedia of Political Science*, vol. I, ps. 89-90.

para os rebeldes, e os que, no exército, ou na esquadra, na administração, na diplomacia, ou no curso, haviam servido à causa revolucionária. A de 25 de dezembro de 1868 rematou a série, beneficiando *unconditionally and without reservation* todos os que, direta, ou indiretamente, se envolveram no movimento confederado. Temos, pois, uma anistia incondicional, terminando uma sucessão de anistias regularmente condicionais.

Assim que não se nos depara, em toda a história da anistia fora deste país, *um* só símile para a adotada no Brasil em 1895.

Poderemos acaso encontrá-lo nas tradições nacionais?

Também não.

O primeiro ato dêsse gênero, que entre nós se memora, data de 1836. Na sua proclamação de 4 de dezembro de 1835, o regente prometera anistia aos sediciosos do Rio Grande ⁽⁴¹⁾. Daí a disposição contida no decreto legislativo n.º 40, de 11 de outubro, que, suspendendo por ano as garantias estabelecidas nos §§ 6.º-10 da constituição, art. 179, estatuiu, no art. 6.º:

“Ficam anistiados todos os que tiveram parte na sedição de 20 de setembro de 1835, e se submeteram depois à ordem legal, e cooperaram para que esta prevalecesse”.

Era uma anistia sem condições, para os que tivessem trocado a causa da rebeldia pela da legalidade.

(41) ARARIPE : *Guerra civil no Rio Grande do Sul*, p. 32.

Segue-se a êsse o decreto imperial de 22 de agosto de 1840. Já então se achava nas mãos do imperador, maior, o poder de anistiar, que, sob a regência, em virtude da lei de 4 de junho de 1831, era exercido pelas câmaras. Êsse ato enunciava-se assim :

"Art. 1.º É concedida anistia a *todos* aquêles, que, estiverem por qualquer forma envolvidos em crimes políticos, cometidos até à publicação do presente decreto em cada uma das províncias do império.

"Art. 2.º Ficam em perpétuo silêncio, como se nunca tivessem existido, os processos e sentenças, que tiverem tido lugar em virtude de crimes políticos, para mais não produzirem efeito algum contra as pessoas envolvidas nos mesmos crimes, nem por tais crimes se instaurarão novos processos" (42).

Enquanto a anistia de 1895 institui, para indivíduos contra quem não houve sequer tentativa de processo, uma situação penal independente de sentença, a de 1840 manda reduzir a perpétuo silêncio até as sentenças criminais devidamente processadas. É flagrante o contraste.

A êsse decreto, em virtude do qual entraram no gôzo da anistia, sob as presidências de Álvares Machado, Saturnino e Caxias, mais de 3.200 rebel-

(42) Êsse decreto, que se omitiu na coleção oficial das *Leis do Brasil*, vêm transcrito, às páginas 5 e 6, no seguinte opúsculo, hoje raro. "*Defesa da inteligência e aplicação ilimitada do § 9.º, art. 101 da constituição do Império a respeito da anistia em geral e positivamente sobre os efeitos da concedida pelo decreto de 22 de agosto de 1840, ou refutação analítica bem que respeitosa do acórdão de concessão de revista proferido no Supremo Tribunal de Justiça em 14 de agosto de 1849 entre partes recorrente a Fazenda Nacional, recorrido Higino Pires Gomes. Rio de Janeiro, 1849*".

des ⁽⁴³⁾, sucedeu o de 14 de março de 1844, n.º 342, que, mediante prévia consulta do conselho de Estado, prescrevia :

“Artigo único. Ficam anistiados *todos* os crimes políticos cometidos em o ano de 1842 nas províncias de São Paulo e Minas Gerais, e em perpétuo silêncio os processos, que por motivo dêles se tenham instaurado”.

Não se dera mal o govêrno com a política de benignidade, praticada no Rio Grande. “A salutar providência”, diz um cronista daqueles fatos, “fêz regressar a ordem legal, o sossêgo público e a tranquilidade individual, para recommençar o trabalho civilizador” ⁽⁴⁴⁾. Crentes na eficácia do remédio experimentado, os mais insignes estadistas do império se apressavam em aconselhar à coroa a anistia franca e ilimitada como o melhor bálsamo contra os dolorosos efeitos das revoluções. O brilho dêsses atos não se empanava com reservas mesquinhas. O que se fizera com o Rio Grande, o que se fêz com São Paulo e Minas Gerais, veio a se fazer igualmente com Pernambuco.

Rezava assim o decreto n.º 576-A, de 11 de janeiro de 1849 :

“Hei por bem autorizar o presidente da província de Pernambuco, para conceder anistia àqueles indivíduos compreendidos na rebelião, que se tornarem dignos da minha imperial clemência, depondo as armas, e submetendo-se ao meu govêrno”.

Só uma condição punha a clemência imperial aos que se destinava a beneficiar : a deposição das

(43) ARARIPE, *ib.*, p. 225.

(44) *Op. cit.*, p. 225.

armas, a submissão à lei. Feito isso, não havia limitação à graça oferecida. Nem o legislador considerou necessário defini-la. A anistia tinha a sua definição no seu próprio nome.

Depois nunca mais houve ocasião de usar, no Brasil, esse poder constitucional, senão já nos dias agitados da república, em que tivemos duas anistias antes da de 1895, a primeira das quais é a de agosto de 1892, cujo decreto assim se exprime:

“Art. 1.º É concedida a anistia:

“1.º A todos os cidadãos implicados nos acontecimentos que motivaram o decreto executivo de 10 de abril d’este ano, declarando em estado de sítio a capital federal.

“2.º A todos os que direta ou indiretamente tomaram parte na revolta das fortalezas da Laje e Santa Cruz, em 19 de janeiro d’este ano, quanto aos crimes somente que estiverem ligados a este movimento” (45).

Em seguida a essa se nos depara a declarada pelo decr. n.º 83, de 15 de setembro de 1892:

“É concedida a anistia aos indivíduos, que tomaram parte nos movimentos revolucionários do Estado de Mato Grosso, e aos que se desenvolveram, direta, ou indiretamente nos do Rio Grande do Sul”.

Eis a tradição nacional.

Ora, como ambas as constituições, que o Brasil tem tido, se abstiveram de precisar o significado jurídico, o alcance, os limites da autoridade confe-

(45) Esse decreto não se acha no volume correspondente da nossa coleção de leis. Mas está publicado no *Diário Oficial* n.º 212, de 6 de agosto de 1892, p. 3.305.

rida, sob o nome de anistia, no império, ao poder moderador (const. de 1824, art. 101, § 9.º), na república, ao congresso nacional (const. de 1891, art. 34, n.º 27), claro está que o único meio de verificar o pensamento do legislador constituinte consiste na hermenêutica estabelecida pelos precedentes.

Um dos mais penetrantes e autorizados constitucionalistas americanos ⁽⁴⁶⁾ demonstra cabalmente que a definição do poder de anistiar, consagrado, mas não definido, na constituição dos Estados Unidos, há de ir buscar-se na jurisprudência inglesa; porque, sendo esta a vigente no país ao tempo da independência, no seu vocabulário é que se havia de ir encontrar a inteligência da linguagem usada pelos organizadores do novo régimen. “É remontando ao direito inglês”, diz êle, “que havemos de precisar a extensão às funções do presidente: cabe-lhe recorrer aos meios da clemência, tôda a vez que as circunstâncias forem tais, que legitimassem, na Inglaterra, êsse recurso: *under whatever circumstances, it might have been resorted to in England*” ⁽⁴⁷⁾. Nem esta é meramente a opinião do autor, mas a doutrina judiciariamente firmada pela suprema côrte federal, segundo cujas sentenças a palavra “perdão”, “que, na fraseologia britânica e americana, compreende a anistia”, “abraça tudo o que, ao tempo de se adotar a constituição, se traduzia por êsse vocábulo no direito inglês: *nach dem Oberbundesgericht das Wort pardons alles das in sich begreift war zur Zeit*

(46) POMEROY: *An introduct. to the constit. law of the Un. States*, ps. 574-76.

(47) *Ib.*, p. 575.

der Annahme der Konstitution im englischen Recht darunter verstanden wurde" (48).

Semelhantemente, não estando expressado, entre nós, nos textos constitucionais, o conceito jurídico da anistia, onde havemos de ir tomar os elementos, para reconstruir a intenção do legislador constituinte? Na história da instituição em nosso país e nas leis que a regiam, quando se elaborou o pacto fundamental.

A história da instituição, neste, como em todos os demais países, já vimos que se opõe irreconciliavelmente ao emprêgo dado pelo congresso brasileiro, em 1895, à atribuição legislativa da anistia.

Agora, se quisermos saber, por textos formais, o que, em fevereiro de 1891, quando se fêz a constituição, se entendia, no Brasil, por *anistia*, aí a temos nitidamente caracterizada no Código Penal de 11 de outubro de 1890 (são vizinhas as duas datas), cujo art. 75 reza :

"A anistia extingue *todos* os efeitos da pena, e põe perpétuo silêncio ao processo".

Sob as idéias reinantes entre nós no período gestativo da constituição, anistia era isso : a interdição perpétua do processo e a extinção absoluta da pena. A essa luz se contorna claramente a concepção da constituinte, quando no seu ato capital se referiu à anistia. Dêsse pensamento alonga-se, pois, em rumo diametralmente oposto o decreto de 1895, que, se dita perpétuo silêncio ao processo, é para saltar pelo obstáculo constitucional da defesa, impondo, fora

(48) VON HOLST : *Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von America* MARQUARDEN'S *Handbuch der Oeffentlichen Rechts*, § 60, p. 113.

dos tribunais, uma condenação arbitrária a uma classe inteira de cidadãos.

Não podia ser mais violenta a inconstitucionalidade.

Assim que, estudada do ponto de vista das noções estabelecidas quer pelas antecedências estrangeiras, quer pelas nacionais, a anistia de 21 de outubro *está em unidade*.

Essa posição absolutamente solitária, expressão suficiente da sua extravagância, basta, para lhe classificar o antagonismo com a natureza constitucional da anistia.

A êsse aspecto, a heteróclita anistia de 21 de outubro é inconstitucional, porque é injurídica. O conceito, que no texto da nossa lei fundamental se não exara, dessa instituição, supremo os rudimentos gerais de direito. O ato, que perante êstes não é anistia, não pode sê-lo perante a constituição. Ora, em face do direito penal e do direito político, na Europa e na América, anistiar é absolver, relevar, esquecer. Rotular com o dístico de anistia uma sentença condenatória, pronunciada pelo congresso, trocando a função de legislar na de julgar, e dissimulando sob a prerrogativa de agraciar o arbítrio de punir, não é exercer a benfazeja atribuição, que a carta republicana deu à representação popular: é invertê-la. Mas *pretextu liciti non debet admitti illicitum*.

ANISTIAS "RESTRITIVAS"

Verdade seja que, nos anais dessa instituição se consignam dois exemplos de atos de anistia, em que os anistiados ficaram adstritos a certa limitação de direitos.

Esta, porém, nas hipóteses, resultava *de processos concluídos e condenações pronunciadas nos tribunais*. A ação do legislador, aí, não degenerava, portanto, de caráter da anistia; porque reduzia castigos *já impostos por sentença*. Atenuar a pena, se não é estritamente anistiar, é, em todo o caso, agradecer. Se não há identidade, há indubitavelmente congenialidade entre os dois fatos. O direito de comutar inclui-se no de absolver, o de minorar a expiação no de eliminar o delito.

O que não está, porém, nem na competência do legislador, nem no objeto específico da anistia, é abstrair do magistrado, e arredar o processo, para fulminar penas, coletiva, ou individualmente, a pessoas que não foram ouvidas, nem convencidas. As hipóteses são, pois, não só diversas, como opostas. Numa se trata de mitigar legislativamente a condição penal a sentenciados; na outra, de infligir legislativamente penas a inculgados.

Documentarei os casos aludidos, para chegarmos à certeza. Ambos pertencem, à França, e vêm a ser os que o criminalista GARRAUD menciona simplesmente pelas datas, falando nas anistias de 28

de maio de 1825 e 8 de maio de 1837 ⁽¹⁾.. No *Repertório de DALLOZ* se acham exarados os dois textos.

O primeiro, depois de anistiar certos *condenados*, que nomeia ("*Amnistie est accordée aux condamnés, dont les noms suivent*"), determina que eles serão submetidos, por cinco anos, à inspeção da alta política ⁽²⁾.

O outro dispõe, no art. 1.º:

"*Amnistie est accordée à tous les individus actuellement détenus dans les prisons de l'État par suite de condamnations prononcées par crimes et délits politiques*".

São, como se está vendo, criminosos políticos, já sentenciados e encarcerados em cumprimento de sentença. Anistiados, alguns dêles (os sujeitos a penas aflitivas ou infamantes) permanecerão sob a vigilância policial, juntamente com todos os que a ela foram mandados submeter pelos tribunais. Eis os termos do decreto:

"*Toutefois la mise en surveillance est maintenue à l'égard des condamnés à des peines afflictives ou infamantes, ainsi qu'à l'égard de ceux qui y ont été assujettis par jugement*".

O que aí fazia, portanto, a prerrogativa régia, era cancelar a condenação num dos seus efeitos, *mantendo-a* no outro. O vexame, que continuava a pesar sobre o anistiado, não era, pois, obra da anistia, mas consequência remanescente da sentença.

(1) *Traité de Droit Pénal Français*, vol. II, p. 149, n.º 20.

(2) *DALLOZ: Répert*, vol. III, ps. 515 e 517.

No recurso interposto contra essa restrição da anistia por um dos anistiados, em 1837, o advogado geral HELLO mostrou, com fundamento irrefragável, que a ordenação de Luís Filipe era correta, pois "da essência do direito de graça é o poder de comutar, isto é, de remitir ao *condenado* parte sòmente da pena" (3). Na mesma consideração, inquestionavelmente jurídica, se firmou o tribunal de Paris, em uma decisão proferida, sôbre outro recurso, a 17 de dezembro de 1841 (4).

Era a anistia em questão da classe das a que os juristas chamam "restritivas", anistias, que, dirigindo-se a *sentenciados*, os relevam parcialmente da pena infligida. "Elle est restrictive, lorsqu'elle ne remet, à l'égard de ceux *qui ont été condamnés*, qu'une partie de la peine *qu'ils ont encourue*, ou qu'elle se borne à l'abaisser de quelques degrés" (5).

Há indubitavelmente um ato de clemência, quando se abranda uma penalidade já imposta. Não pode havê-lo, quando se impõe, sem processo, por um poder que não julga, uma penalidade qualquer, ainda que mínima.

Pode pronunciar-se a anistia :

depois da condenação,
durante a ação penal,
ou antes dela.

Na primeira hipótese, a anistia se manifesta, abolindo a expiação no todo, ou em parte. Legítima

(3) DALLOZ, *ib.*, p. 522, n.

(4) *Ibidem*.

(5) DALLOZ, *op. cit.*, p. 520, n.º 13.

é então a pena, ou o resto de pena, que subsiste; porque foi aplicada pelo juiz, não pelo legislador.

Na segunda e na terceira não se pode exercer, senão impondo absoluto silêncio à ação penal, ou mitigando a penalidade mediante disposições gerais, que, nesse caso, serão retroativas a benefício dos réus, *mas terão de ser aplicadas pelos tribunais*.

Tudo é diverso, na espécie: a acusação abstraiu do processo, o legislador prescindiu da toga, e a pena baixou sobre os *anistiados* sem a menor intervenção de ato judiciário. Que importa a pretensa minoração do castigo, se, minorado, ou não, a autoridade, que o impôs, não tinha o direito de fazê-lo, e aquêles, que o recebem, não se sabe se o mereciam?

RETROATIVIDADE

Estas reflexões levam-me a descobrir mais uma face da inconstitucionalidade saliente na lei de 21 de outubro: o seu caráter retroativo.

Anda por aí uma noção errônea, que cumpre evitar: a de que a cláusula da constituição, art. 11, n.º 3, a qual aos Estados e à União veda “prescrever leis retroativas”, proíbe em absoluto a retroatividade, sob qualquer forma, em qualquer gênero de leis. É sensível a erroneidade dessa preocupação. O pensamento do legislador constituinte tem a sua explanação nos princípios cardiais de direito sobre o assunto. Também a constituição dos Estados Unidos da América do Norte proscreve as leis *ex post facto* (art. I, seq. 10); o que, no sentido literal do termo, parece indicar todas as leis posteriores aos atos, ou ocorrências, a que se pretendem aplicar. E, contudo, a interpretação técnica não inclui na intenção da frase constitucional todas as disposições legislativas destinadas a operar sobre fatos e circunstâncias anteriores, mas unicamente as que entenderem com o direito criminal. Conquanto o pacto federal norte-americano aluda genericamente a *ex post facto laws*, “a jurisprudência estabeleceu que a restrição diz respeito somente a essas leis, quando tocarem a matérias penais ⁽¹⁾. A inteligência jurídica, fir-

(1) LAWSON: *Rights, remedies and practice, at law, equity, and under the Codes*. S. Francisco, 1890, vol. VII, § 3.877, p. 6.103. WADE: *A Treatise on the operation and construction of retroactive laws* (S. Louis, 1890), § 271, p. 316. MILLER: *Lectures on the*

mada pela doutrina, limitou assim a acepção ordinária do vocábulo empregado sem restrições aparentes na lei fundamental. Do mesmo modo a vedação constitucional, existente entre nós, acêrca da retroatividade das leis, não se pode entender senão quanto à retroatividade injurídica e viciosa; porque leis há inofensivamente retroativas, leis legitimamente retroativas, leis, até, necessariamente retroativas. No primeiro caso estão as leis, que não ferem direitos adquiridos; no segundo, as leis interpretativas, retificativas e confirmativas; no terceiro, as leis favoráveis à condição dos acusados. Tôdas essas retroagem constitucionalmente (e a anistia é uma delas); porquanto não estão em conflito com a razão do preceito constitucional, que é simplesmente uma garantia a favor dos indivíduos e dos contratos, contra o arbítrio legislativo ⁽²⁾.

A lei de 21 de outubro de 1895, no tópico em que anistia, isto é, na parte primeira do art. 1.º, é *constitucionalmente retroativa*, porquanto da substância das anistias é o retrooperarem, desde que o seu destino específico está em obstar, a respeito dos anistiados, a ação das leis criminais. Quando, porém, nos §§ 1.º e 2.º, retrocede, para culpar e tratar

Constitution (New York, 1891), p. 539. POMEROY: *Introduct. to the Const. Law*, ps. 419-20. COOLEY: *Constit. Limitat*, ps. 321 e 456. COOLEY: *BLAKSTONE'S Commentaries* (ed. de 1884), vol. I, ps. 45-6, n.º 3.

(2) «Every law that takes away or impairs rights vested, agreeably to existing laws, is retrospective, and is generally unjust and may be oppressive; and it is a good general rule, that a law should have no retrospect; but there are cases in which laws may *justly, and for the benefit of the community, and also of individuals*, relate to a time antecedent to their commencement, as statutes of oblivion, of pardon» SUTHERLAND: *Statutes and statutory Construction* (Chicago, 1891), p. 604, § 466. Ver GABBA: *Retroattività delle leggi*, vol. I, ps. 25-34.

como réus os que acaba de mandar haver por inocentes, assume natureza contrária, e passa a ser retroativa na acepção injusta, na acepção defesa pela cláusula constitucional.

Eu me explico.

Certamente, considerados *a priori* como delinqüentes, os indivíduos, a quem essa lei se refere, em muito mais grave penalidade estariam incursos pelo direito criminal militar do que a que lhes infligem as disposições excepcionais, com que o ato de 21 de outubro os pretende favorecer. Se essas disposições se destinassem a lhes ser aplicadas mediante acusação e defesa nos tribunais de justiça, por onde se averiguasse a procedência da imputação e a gravidade da culpa, nada se poderia opôr à sua retroatividade. Seria científica e constitucional, segundo o princípio, hoje definitivo, de que, "*variando em gravidade a lei penal vigente ao tempo da perpetração do delito e a existente ao do julgamento, prevalece a mais suave das duas* (3).

Um criminalista, que escreveu ainda mais recentemente, formulando a teoria assentada pelo consenso geral, diz: "Devem retroagir as leis criminais, sempre que a sua aplicação a fatos anteriores seja favorável ao acusado". E, depois de notar que essa consequência inevitável do fundamento do direito de punir tem sido repetidas vêzes reconhecida nas leis, acrescenta: "A jurisprudência tem tomado por base das suas decisões, neste ponto, a regra de

(3) GABBA: *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. II, p. 270.
GABBA: *Della retroattività in materia penale*, p. 8.

que, entre duas leis, uma anterior, outra posterior à infração, se lhe há de aplicar a mais branda" (4).

Mas a lei de 21 de outubro não estatui regras de penalidade, para se applicarem, *mediante verificação do delicto, pelas autoridades competentes*, àqueles cuja criminalidade fôr reconhecida. Essa lei é a eliminação dos tribunais: julga e castiga, simultaneamente, por decreto; é, a um tempo, ato legislativo e sentença.

Como tal, reveste, segundo já se viu, três caracteres de insigne enormidade:

suprime a prova,
julga sem juiz,
condena sem processo.

Dêste modo, ainda que aligeirasse a pena, cria para os acusados uma condição incomparavelmente pior do que seria a dêles, se, sob a cominação da penalidade comum, tivessem de atravessar as formas tutelares do julgamento. Por mínimo que seja o castigo cominado, mais intolerável será do que o mais severo régimen de expiação, se êste fôr subordinado aos trâmites protetores da justiça, e aquêle se executar sem defesa, sem processo e sem magistrado. Nada vale a atenuação da pena, se ela cai cega e indistintamente sôbre uma classe de pessoa, às quais se fecham os tribunais, trocando-se-lhes a presunção de inocência em presunção de culpabili-

(4) GARRAUD: *Tr. de Dr. Pén. Franç.*, vol. I, p. 184. BERNER: *Tratt di Diritto Penale*. Trad. BERTOLA, p. 224. THIRY: *Cours de Droit Crim.* (Liège, 1892), p. 23, n.º 41. CHAUVEAU et HÉLIE, t. I, n.º 27. BERTAULD, p. 71. BLANCHE: *Étud. Prat. sur le Cod. Pen.*, t. I, n.º 28.

dade. E, se ela se estabelece após o fato, que pretende reprimir, terá de ser retroativa no sentido maligno e odioso, que tôdas as legislações modernas repelem.

Basta que a lei nova reduza a prova necessária à condenação, para que não lhe seja permitido retroagir. Procedendo assim, ela torna "muito maior para o acusado a probabilidade de incorrer na condenação", e "faz mais difícil a sustentação da defesa" ⁽⁵⁾. Destarte envolve uma agravação penal, e cai, portanto, sob o domínio das prescrições que vedam a retroatividade. Nos Estados Unidos a matéria se acha fixada pela suprema côrte ⁽⁶⁾ em uma decisão, formulada pelo juiz CHASE, que "tem prevalecido constantemente nos tribunais" ⁽⁷⁾. Segundo êsse aresto, incorre na proibição constitucional da retroatividade "tôda a lei, que alterar as regras jurídicas da verificação dos fatos, admitindo, para convencer o acusado, provas menos fortes do que as requeridas ao tempo do delito, ou de natureza diferente. *Every law that alters the legal rules of evidence, and receives less or different testimony than the law required at the time of the commission of the offence in order to convict the offender*". E não há um só comentador da constituição americana, que se oponha a esta verdade ⁽⁸⁾. Com efeito, diz o autor de uma preciosa monografia sobre a matéria, "nunca estaria praticamente assegurado o direito do acusado a um julgamento imparcial, enquanto se deixasse sem limites ao arbítrio do poder legislativo

(5) GABBA: *Retroattività*, vol. II, ps. 448-50.

(6) SUTHERLAND: *Sattatutes and statutory construct.*, p. 603.

(7) COOLEY: BLACKSTONE: *Comment.*, vol. I, p. 45, n.

(8) COOLEY: *Const. Limit.*, (ed. de 1883), ps. 322-3. POMEROY: *Inirod.*, p. 422. WADE: *Retroactive Laws*, p. 316.

a alteração da prova exigida para a demonstração judicial da criminalidade" (9).

Mas, se não podem ser retroativas as leis menos exigentes do que as antigas no tocante à prova do delito, — que se diria daquelas, que, abrindo mão inteiramente da prova, declarassem *por intuição* legislativa o crime, e impusessem sem verificação de espécie alguma o castigo? É isso, porém, precisamente o que faz a lei de 21 de outubro. Haverá, portanto, retroatividade, que mais brade aos céus, e envergonhe a civilização liberal do país, onde se tenta?

O atentado, entretanto, sobe de ponto, se advertirmos em que êsse inominável ato de anistia não exonerou só da necessidade de prova a acusação: varreu, para os que ela, por insigne irrisão, qualifica de anistiados, todo e qualquer elemento de processo: desde as formas até ao julgador.

Ora, as leis de forma, em direito penal, não retroagem, senão no pressuposto de assegurarem ao acusado as faculdades necessárias de defesa. "Que pode reclamar legitimamente o acusado?", pergunta um laureado criminalista contemporâneo. "*Que a lei lhe dê os meios de fazer reconhecer a sua inocência*" (10). Ora, é exato, observa o autor do mais profundo tratado sobre esta especialidade jurídica, "é exato que se presume ter o legislador em mira o descobrimento mais seguro da verdade, quando introduz modificações no sistema vigente do processo penal. Mas, não obstante, pode suceder, e de fato sucede que, para chegar a êsse escopo, um regímen

(9) WADE: *Retroactive Laws*, § 280, p. 326.

(10) GARRAUD: *Droit Pénal*, vol. I, ps. 192-194.

se vantagem a outro, faltando neste certas garantias do direito do réu, que naquele se encontram. É pois coisa evidente que da retroatividade das leis penais judiciárias" (isto é, de processo) "se pode abusar, com os mesmos intuitos, com que se abusa das leis de direito penal material. Mais ainda : os fatos nos demonstram que as perseguições políticas, neste século, se têm consumado antes mercê de tribunais excepcionais do que de penas agravadas. Quase todos os escritores de direito transitório penal, em consequência, têm aplicado também, com bom fundamento, ao processo o preceito da preferência da lei mais benigna, entre a antiga e a nova. Não raro se tem recusado a jurisprudência a aplicar retroativamente uma lei de processo, que reduzia o acusado a situação mais desfavorável do que seria a sua sob a lei em cujo regime se cometera o fato criminado" ⁽¹¹⁾.

A jurisprudência inglesa, e a americana estão, neste ponto, de acordo com a dos países latinos. Pelo que toca à primeira, HARDCASTLE, no seu *Tra-
tado da interpretação e efeitos das leis*, nos ensina que "as alterações na forma do processo são retroativas, quando a reforma entende exclusivamente com os trâmites da ação, sem interessar os direitos das partes : *if a statute deals merely with procedure in an action, and does not affect the rights of the parties*" ⁽¹²⁾.

Se esta é a regra, nos países onde a retroatividade das leis não encontra obstáculo em proibições constitucionais, e o poder judiciário não conhece da

(11) GABBA: *Retroattività*, vol. II, ps. 368-9.

(12) HARDCASTLE: *A Treatise on the Construction and Effect of Statute Law*. Ed. CRAIES (Lond., 1892), p. 377.

inconstitucionalidade das leis ⁽¹³⁾, naqueles onde os tribunais têm por dever de ofício recusar obediência às leis ofensivas da constituição, e onde esta opção à retroatividade legislativa barreiras peremptórias, incomparavelmente mais alto se firma a defesa, quando resiste a êsses atentados contra o direito individual. Não há, entre os constitucionalistas americanos, divergência a tal respeito. "Tôda lei retroativa, bem que de simples processo, que esbulhar o réu de qualquer direito substancial, cujo gozo lhe estivesse afiançado pelas disposições legislativas em vigor ao tempo da perpetração do delito, ou que a respeito do delito e suas conseqüências *lhe alterar em seu dano a posição anterior*, é retroativa nos termos da proibição constitucional" ⁽¹⁴⁾.

Ora, a lei de 21 de outubro não priva os cidadãos, a quem se refere, de um ou outro direito, dentre os que a teoria do processo penal reputa substanciais à defesa: priva-os *de todos* êsses direitos, acabando absolutamente com ela, mediante a supressão categórica do processo, que substitui pela convicção íntima do legislador, transformada em prova e sentença. A tecnologia britânica e americana conhece êsses atos de transcendente absolutismo legislativo sob o nome de *bills of attainder* e *bills of pains and penalties* ⁽¹⁵⁾. A definição dessa monstruosidade, recurso dos maus tempos da tirania no outro continente, ajusta-se rigorosamente aos caracteres da nossa estupenda anistia. "Chama-se *bill of*

(13) GARSONNET : *Traité de Procédure Civile*, vol. I, ps. 25-6..
GARRAUD : *Dir. Pénal*, vol. I, p. 180, n.

(14) SUTHLAND : *Statut, and Statutory Construct.*, § 467,
WADE : *Retroactive Laws*, § 285, ps. 337-8.

(15) STORY : *Commentaries*, § 1.344, vol. II, p. 216. (Ed. de 1891).

attainder", diz um dos mais eminentes professores americanos, "a um ato legislativo especial, que impõe uma pena por um delito já cometido, *sem demonstração do crime pelos trâmites ordinários da justiça (without a conviction in the ordinary course of justice)*. Ele encerra, pois, a dupla enormidade de ser uma lei retroativa e uma usurpação do poder judiciário. As páginas mais ensangüentadas da história inglesa são as que registram o exercício desumano desse tremendo poder. Não admira, pois, que ele fôsse absolutamente extinto neste país" ⁽¹⁶⁾.

Na constituição brasileira são ainda mais amplos os termos proibitivos desse nefando abuso. Pela dos Estados Unidos foram defesas somente as *ex post facto laws*, os *bills of attainder*, termo em que se abrangem ali os *bills of pains and penalties* ⁽¹⁷⁾, e as *laws impairing the obligation of contracts* ⁽¹⁸⁾, ao passo que, entre nós, a cláusula do art. 11, n.º 3, que veda aos poderes da república o "prescrever leis retroativas", acresce a do art. 72, § 15, que terminantemente estatui :

"Ninguém será sentenciado, *senão em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada*".

Dir-se-á que a expressão "*forma*" compreenda apenas o direito material, as leis substantivas e exclua da sua garantia precisamente as leis de forma, o direito processual? O absurdo seria palpável; porque estas, pela sua relação íntima com a subs-

(16) WALKER : *Introduction to American Law.* (Ed. de 1887), p. 222.

(17) STORY : *Comment.*, loc. cit.

(18) WALKER, *Op. cit.*

tância da justiça, são inseparáveis daquela. Foi um professor de direito militar brasileiro quem escreveu, em livro destinado à educação dos nossos oficiais, ao ensino nas suas escolas :

“O Código Penal e o Código Disciplinar são os primeiros elementos da justiça militar. Mas, embora tivéssemos êsses códigos, de que serviriam êles, se os tribunais de julgamento não estivessem organizados, se a competência e a jurisdição não estivessem firmadas, se as regras e fórmulas do processo garantidoras dos direitos dos acusados não estivessem estabelecidas? Tínhamos o crime definido e a pena cominada ; tínhamos a transgressão notada e o castigo, que a corrige ; havia algum paradeiro ao arbítrio ; mas êste ficava ainda com grande vantagem, porque o acusado era entregue à apreciação dos fatos, sem garantia, nem defesa” (19).

Nas disposições constitucionais que asseguram o direito individual contra a ameaça de retroatividade, arma política das épocas de reação, estão previstas as leis, que violarem a defesa, e deixarem o acusado sem garantia na apreciação dos fatos, que se lhe atribuem.

O caso vertente, porém, é o mais formal e consumado, que se poderia imaginar, da preterição desta regra impreterível ; porque êle nega *in limine* a defesa, e recusa em absoluto o processo.

Os republicanos dos Estados Unidos têm a êsse arbítrio o horror, exprimido, não entre as paixões da tribuna política, mas na atmosfera serena da cátedra, por um jurista, nesta enérgica linguagem :

(19) TOMÁS ALVES : *Curso de Direito Militar*, tomo II, p. 132.

"Dai a uma legislatura o poder de votar leis retroativas, e ninguém está seguro; porque exposto ao domínio dela ficará o passado inteiro de cada indivíduo. Óbvio é, pois, que só de tiranos será digno fazer leis retroativas, e só de escravos obedecer-lhes" (20).

(20) WALKER: *Introd. to Amer. Law*, ps. 221-2.

A OBJEÇÃO DO CASO POLÍTICO

A esta evasiva se procuram abrigar sempre os excessos da ditadura, administrativa, ou parlamentar, no Brasil. Foi à sombra dessa exceção que se quis legitimar a reforma inconstitucional dos oficiais, contra cuja violência opus as ações civis hoje coroadas pelas sentenças da justiça e pela submissão do poder executivo (*). Na defesa, que então escrevi, o capítulo consagrado à refutação deste sofisma ⁽¹⁾ é o trabalho mais largo e completo, em toda a literatura jurídica, acerca da limitação trazida pela natureza política das questões ao poder, conferido à justiça, de examinar a constitucionalidade dos atos dos outros dois ramos do governo.

Nesse escrito firmei as seguintes conclusões, que se podem considerar sancionadas pelo aresto, e que rigorosamente se aplicam à espécie vertente:

“Atos políticos do congresso, ou do executivo, na acepção em que êsse qualificativo traduz exceção à competência da justiça, consideram-se aquêles, a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discreção prudencial do poder, e o exercício dela não lesa direitos constitucionais do indivíduo.

(*) Vide apelações ns. 112 e 116, em que eram partes, respectivamente José de Almeida Barreto e Gregório Taumaturgo de Azevedo e União Federal, cujo arrazoado principal (alegações finais) constitui o escrito conhecido sob o título de *Atos Inconstitucionais*.

(1) RUI BARBOSA: *Atos inconstitucionais do congresso e do execut.*, ps. 125-44..

“Em prejuízo dêstes o direito constitucional não permite arbítrio a nenhum dos poderes.

“Se o ato não é daqueles, que a constituição deixou à discreção da autoridade, ou se, *ainda que o seja*, contravém às garantias individuais, o caráter político da função não esbulha do recurso reparador as pessoas agravadas.

“Necessário é, em terceiro lugar, que o fato, contra que se reclama, caiba realmente na função, sob cuja autoridade se acoberta; porque esta pode ser apenas um sofisma, para dissimular o uso de poderes diferentes e proibidos.

“Numa palavra :

“A violação de garantias individuais, perpetrada à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais.

“A êstes compete sempre verificar se a atribuição política invocada pelo excepcionante abrange em seus limites a faculdade exercida” (2).

Se o ato, em suma, só contém elementos políticos, só entende com interesses políticos, só corresponde a direitos políticos, vedado será, como ato *exclusivamente* político, à ação investigativa da justiça. Se, de envolta, porém, com o elemento político, interessar a direitos individuais, condições da pessoa, ou da propriedade, a caracterização do ato político, não sendo perfeita e absoluta, não constitui obstáculo à defesa dos prejudicados, empenhados em anulá-lo.

É posterior ao meu arrazoado na causa dos gerais, instaurada em 1892, a publicação do livro

(2) RUI BARBOSA : *Ib.*, p. 144.

de COXE acêrca do poder judiciário nas questões de legislação inconstitucional, único tratado *ex-professo* (infelizmente incompleto) sôbre o assunto. E aí encontro expressa nos mesmos têrmos a feição discriminativa dos atos imunes, na qualidade de políticos, à tutela reparadora dos abusos contra a constituição. "Não se estende o poder judiciário", diz êsse jurisconsulto, "aos pleitos suscitados pela aplicação do texto constitucional e das leis dos Estados Unidos, nos quais os direitos em perigo forem *meramente* direitos políticos (*merely political rights*)" ⁽³⁾. Noutro escrito subsecutivo ao meu, o professor THAYER se pronuncia do mesmo modo: "Não compete ao poder judiciário intervir, na emergência de atos *puramente* políticos e totalmente discrecionários: "*in the case of purely political acts and of the exercise of mere discretion*" ⁽⁴⁾.

Os exemplos elucidam concretamente essa definição. Discute-se, *verbi gratia*, se a constituição de um dos Estados foi, ou não, ratificada pela maioria indispensável de cidadãos hábeis. O assunto é estritamente político, de sua natureza. Não tem que ver com êle os tribunais ⁽⁵⁾. Disputam, em um Estado, a legitimidade dois governos diferentes. É judicial a pendência? Não; porque os direitos em lide são fundamentalmente políticos ⁽⁶⁾. Argúi-se de anti-republicana a constituição de um Estado Quem resolverá? Manifestamente o Congresso da União ⁽⁷⁾; porquanto a matéria é, de sua essência,

(3) COXE: *Judicial Power*, ps. 30 e 118.

(4) THAYER: *Harvard Law Review*, nov. 1893, p. 135.

(5) BAKER'S *Annotated Constit.* (1891), ps. 1-3, n.º 16.

(6) *Luther v. Bordon*. BAKER, *ib.*, p. 232, n.º 17.

(7) ORDRONNAUX: *Constitutional Legislat.*, p. 329.

estranha à índole das funções judiciais, nas quais não cabe o conhecimento de generalidades, como as que se envolvem no estudo abstrato do organismo de uma constituição, mas simplesmente a aplicação das leis a *casos individuais*. Explicando a teoria constitucional dêste princípio com respeito aos atos políticos do executivo, GOODNOW, no seu tratado de direito administrativo comparado, enumera como propriamente tais os pertencentes à esfera das funções que a administração desempenha no curso das negociações diplomáticas, na celebração de tratados, no comando e distribuição das forças militares, nas relações entre o governo e o congresso ⁽⁸⁾.

No pleito *Georgia v. Stanton* se dilucidaram as regras hoje firmadas. O Estado da Geórgia propusera, perante a suprema côrte dos Estados Unidos, uma ação contra Stanton, ministro da guerra, Grant, general do exército, e Pope, comandante do distrito militar, onde se abrangia aquela região, com o fim de obstar a que executassem as leis, promulgadas pelo congresso, contra o veto presidencial, familiarmente conhecidas pelo nome de *Reconstruction Acts*. Proferindo a opinião do tribunal, o juiz NELSON disse: "Esta côrte não pode valer às partes, senão quando se litigue sobre direitos concernentes às pessoas, ou ao seu patrimônio, e tais direitos houverem sido violados". "Os tribunais judiciários só podem interpor-se, estando em questão direitos, que envolvam o indivíduo, ou a propriedade" ⁽⁹⁾. É a doutrina que o juiz MILLER, da suprema côrte, desenvolve neste trecho luminoso:

"Suscita-se um caso sujeito à constituição, toda a vez que se conteste *algum direito constitucional*,

(8) GOODNOW: *Comparative Administrative Law* (New York, 1893), vol. I, p. 34.

(9) THAYER: *Cases*, vol. I, p. 200-5.

algum direito assegurado nesse pacto, seja êle direito de propriedade, liberdade, voto, ou qualquer outro direito filiável à constituição (or any other right which can be traced to this constitution). Se se transgredir, negar, ou ameaçar êsse direito, cabe aos interessados pleiteá-lo nos tribunais dos Estados Unidos" ⁽¹⁰⁾.

No litígio do Estado de Rhode Island contra o de Massachusetts, em que se contendia acêrca de uma zona de território fronteira entre os dois, se pretendeu contestar a autoridade do tribunal, sob o pretexto de que o assunto envolvia questão de soberania e jurisdição territorial, implicando, assim, de parte a parte, direitos políticos dos dois governos. Conquanto, porém, fôssem incontestáveis, a êsse aspecto, as relações políticas do conflito, decidiu a suprema côrte que, entendendo êle com o direito de propriedade, era judicial ⁽¹¹⁾. Noutra demanda entre dois Estados prevaleceu a mesma jurisprudência ⁽¹²⁾.

Que questão mais essencialmente política do que a da legitimidade da aquisição da Louisiana? Anexando êsse território aos Estados Unidos, Jefferson acreditara e confessara ter praticado um ato inconstitucional. Divergente dêle e de Josiah Quincy, Gallatin, ministro do tesouro sob a presidência de Jefferson, sustentou parecer oposto, e com êle se conformou o Congresso. Mas quem selou definitivamente a legitimidade do fato, foi a Suprema Côrte,

(10) MILLER: *Lectures on the Constit.* (1891), p. 320.

(11) *The State of Rhode Island v. The State of Massachusetts.* THAYER: *Cases*, vol. I, p. 203.

(12) *The State of Florida v. Georgia.* THAYER, vol. I, ps. 203-4.

numa série de arestos proferidos em questões de direito individual, a que êle deu ensejo ⁽¹³⁾.

Até a questão do papel-moeda e seu curso legal se demandou perante a justiça americana, e recebeu dela a solução definitiva. Tratava-se da legitimidade dos atos do congresso (25 de fevereiro, 1862; 17 de janeiro de 1863; 3 de março de 1863), que mandaram emitir a moeda fiduciária, cujo concurso as necessidades do tesouro, nos apuros da guerra civil, impunham às finanças da União. Não podia haver medida de caráter mais substancial e notoriamente político do que essa, — já pela natureza da função legislativa, a que se ligava, a de regular a circulação monetária, já pela força inelutável das maiores exigências de ordem nacional e, até, de salvação pública, a sustentação da guerra, o pagamento das forças militares, a que essa providência obedecia. Tais foram as considerações invocadas a seu favor na Suprema Côrte federal, em 1869. Não obstante, porém, os três atos do congresso foram declarados inconstitucionais e nulos ⁽¹⁴⁾. Por duas sentenças de dezembro de 1870 ⁽¹⁵⁾ e 1883 ⁽¹⁶⁾ o tribunal mais tarde se retratou dessa decisão; mas não porque desconhecesse a competência, que exercera; sim porque, na espécie, não lhe pareceram cabais os fundamentos da primeira sentença, aliás advogados ainda, com a mais alta autoridade, num panfleto célebre, em nome da constituição, pelo seu historiador ⁽¹⁷⁾.

(13) MILLER : *Lectures*, ps. 128-30.

(14) *Hepburn v. Griswold*. MILLER : *Lectures*, ps. 135-6.

(15) *Knox v. Lee*. MILLER : *Op. cit.*, ps. 136-7.

(16) *Legal Tender Cases*, 110 U. S. 421.

(17) GEORGE BANCROFT : *A Plea for the Constitution of the U. S. of America wounded in the House of its Guardians*. Ed. de New York, 1886.

A lei de 22 de junho de 1874 ⁽¹⁸⁾, originária das de 2 de março de 1867 e 2 de março de 1863, reformando a legislação aduaneira e fiscal, impunha aos contribuintes, nas causas de arrecadação, a exibição judicial dos seus livros e papéis particulares, pena de se haverem por confessos a favor da fazenda. O direito anômalo e opressivo instituído por êsses atos "era uma dessas medidas de guerra, adotadas por força das extremidades de uma época, em que, sob a pressão das calamidades existentes, o congresso se vira urgido a salvar o tesouro nacional a todo transe" ⁽¹⁹⁾. Todavia, no pleito *Boyd v. United States*, a Suprema Corte sentenciou que essa disposição era nula, por injustificável perante a constituição ⁽²⁰⁾.

Nada mais político do que o direito de voto nos comícios eleitorais. Como, porém, êsse direito é um predicado individual do cidadão na integridade dos seus privilégios constitucionais, duas decisões judiciais anularam, como írritas por vício de inconstitucionalidade, as seções 4.^a, 5.^a da lei de 31 de maio de 1870 ⁽²¹⁾ e a seção 5.519, título LXX, das leis consolidadas (*Revised Statutes*) ⁽²²⁾, tôdas elas concernentes à matéria política da eleição ⁽²³⁾.

Recentíssimamente surge, elevando-se acima de todos êsses, o caso do *Income Tax Act*. O congresso, por êsse ato tributário de 1894, criara, com acentuadas feições socialistas, o imposto sobre a renda. Pois bem: essa medida financeira, ditada

(18) *United States Revised Statutes*, §§ 2.091-3.

(19) ORDRONNAUX: *Constitution. Legisl.*, p. 430.

(20) *Ib.*, p. 431.

(21) U. S. v. *Reese*.

(22) U. S. v. *Harris*.

(23) ORDRONNAUX: *Constit. Legisl.*, ps. 431-2.

ao legislador por uma violenta pressão de certas camadas populares e destinada a fornecer ao tesouro em dificuldades cinqüenta milhões de dólares, foi anulada por duas sentenças da Suprema Côrte em maio de 1895 ⁽²⁴⁾. "A *income tax* de 1894 era uma instituição *essencialmente política*, pela natureza das forças que a produziram, das teorias que a inspiraram, dos fins administrativos a que tinha em mira prover. Política como obra dos fatores socialistas predominantes numa larga seção dos círculos eleitorais, que o sufrágio universal entrega às influências da extrema democracia, era a primeira tradução prática do programa de reorganização da sociedade conforme o socialismo revolucionário que ameaça a sociedade moderna. E, no próprio seio do tribunal, os fundamentos, a que se arrimou a minoria dissidente, eram abertamente políticos. O Juiz Harlan, por exemplo, sustentou que a opinião da maioria golpeava as faculdades de defesa do govêrno contra emergências graves, e constituía um perverso assalto aos direitos do povo" ⁽²⁵⁾. Mas os magistrados supremos da União não vacilaram; e o chefe da nação não aguardou o congresso, para se inclinar ao aresto: mandou incontinenti sobreestar na cobrança da taxa, e restituiu aos contribuintes a parte arrecadada.

Assim que, na zona mais central da região política, em matéria eleitoral, em matéria de impostos, em matéria de papel moeda, *se periga um direito individual*, em consequência de qualquer desrespeito legislativo à constituição, a justiça não hesita em

(24) RUI BARBOSA: *O Congresso e a justiça no regimen federal. Cartas de Inglaterra*, ps. 353-410.

(25) *Ib.*, ps. 375, 376.

intervir reintegrando na sua intangibilidade a lei das leis.

O subterfúgio, que pretende cobrir com o manto da política, os atentados das maiorias parlamentares, para os subtrair, por êsse artifício, à ação dos tribunais, é a criação mais colossal da ignorância e da anarquia neste regímen. É sobretudo contra as ofensas *políticas* do poder ao direito individual que se armou a magistratura com a prerrogativa de intérprete definitivo do pensamento constitucional. Quando os golpes contra a personalidade humana assumem, na praxe das facções, as formas extraordinárias da necessidade, e procuram legitimar-se com os sofismas da razão de Estado, contando com a indiferença do povo, as paixões da multidão, ou os conlúios dos partidos, então se acentua mais que nunca a competência e a oportunidade da justiça. Há, sem dúvida alguma, um território vasto, reservado pela constituição à política, isto é, à administração e à legislatura, onde tem de girar livremente a autoridade discricionária destas. Mas, desde que as suas deliberações transpõem a linha dos direitos, que a lei fundamental define, acabou o império do arbítrio governativo, e principiou o da inflexibilidade judicial.

Demais, na hipótese, o que está pendente, não é só o tríplice direito dos meus constituintes, espoliados, por indefinido tempo, no exercício, no vencimento e na antiguidade; não é, ainda, o princípio capital da irretroatividade das leis; é a própria substância orgânica do poder judiciário, a sua função específica e impartilhável de processar, julgar, e condenar.

De balde, pois, alegarão os advogados da força que, na espécie, não se trata de uma expiação penal,

mas de um recurso de alta política, ditado ao civismo dos legisladores por exigências imperiosas da situação.

Primeiramente os interesses da alta política, por mais sublimes que sejam, por mais vitais, por mais inelutáveis, não derrogam a constituição, infundindo vigor de constitucionalidade a atos inconstitucionais. São desertores os meus constituintes? São insurgentes? São criminosos? Não, aos olhos da justiça, perante a qual não foram sentenciados, nem processados, nem acusados sequer. Em face da justiça, pois, são inocentes. E não tem o poder de punir inocentes a política, a quem não assiste nem o de punir culpados. Porque o punir é dos tribunais, nunca de outra autoridade, debaixo do céu. A nossa máxima constitucional é a que um juiz americano formulava, há mais de um século: "As leis não podem castigar ou malfazer a inocentes" ⁽²⁶⁾. Já então se conhecia esta verdade, vibrantemente formulada cem anos mais tarde em plena irradiação da jurisprudência hodierna: "Em nome só da necessidade, seja embora a extrema necessidade social, não se tem o direito de imolar um indivíduo humano. Cumpre que se lhe possa dizer por modo absoluto: *Sois julgado e punido como quer a justiça*" ⁽²⁷⁾. A organização excepcionalmente poderosa da justiça no regímen americano não tem outro intento, senão fazer dessa garantia sobre tôdas santa da ordem moderna uma realidade categórica.

Depois, em nosso direito político não se conhecem medidas de exceção *constitucionais*, além das

(26) "It is a known maxim that a statute ought to be so construed, that no man who is innocent be punished or endamaged" *Rutgers, v. Wanddington Mayor's Court*. New York, 1784. (THAYER: *Cases*, vol. I, p. 71).

(27) PESCATORE: *La logica del diritto* (1883), p. 76.

particularizadas, para o caso de estado de sítio, no art. 34, ns. 21 e 80, §§ 1.º e 2.º, do pacto federal.

O qualificativo de "medida de ordem pública" não sana, ou autoriza aberrações da prepotência legislativa.

Suponhamos que o congresso juxtapunha à anistia a cláusula da reforma dos anistiados. Era válida essa restrição? Não, em face da constituição, art. 75, e dos últimos arestos, cuja doutrina anulou por incompatíveis com a inviolabilidade das patentes as reformas *políticas* de oficiais.

Demos que a legislatura vinculasse à anistia a demissão dos anistiados. Subsistiria êsse arbítrio? Muito menos; porque não seria admissível a demissão, onde já se não tolerava a reforma.

Figuremos ainda que, sob essa alegação, o poder legislativo, anistiando, prescrevia o destêrro dos anistiados para lugares fora dos quais reputasse arriscado conceder-lhes liberdade, ou que lha sujeitava a outros vexames, como, por exemplo, o de uma polícia especial, cuja vigilância lhes limitasse os movimentos. Eram outras tantas privações de direitos, outras tantas penalidades, sentenciadas pelo legislador, aplicadas diretamente por êle, e como tais nulas.

Ora, entre êsses vários espécimens de opressão legislativa e o de que me ocupo nesta causa, a diferença é apenas de grau na violência do abuso. Se é legítimo o de que se sentem agravados os meus constituintes, legítimos seriam os outros. Se as hipóteses, que venho de imaginar, são inconstitucionais, inconstitucional é o fato, de que êles se queixam. Se o congresso, por faculdades de exceção, pode

mutilar a patente e o pôsto, desfalcando-os por êste modo no exercício, no vencimento, na antiguidade, *ipso jure* poderá reformar, e, se reforma, demitir. Outrossim, se, pela reforma e demissão, lhe é lícito extinguir êsse direito, de cuja "plenitude" é fiança um artigo constitucional, não sei onde está a murelha, que resguarde a inviolabilidade dos outros. O que se reclama para o corpo legislativo, é o privilégio de exorbitar; e, sancionado êle, o congresso, que se estreou, fulminando sentenças contra a dignidade e o patrimônio, acabará desfechando-as contra a liberdade e a vida.

Uma vez desencadeada, a soberania da conveniência política não conhece limites: rôta a cadeia das garantias, não há uma só, que se não perca.

É evidente, de mais a mais, pelo seu próprio texto, que o decr. de 21 de outubro não se inspirou no espírito da salvação da ordem, mas em sentimentos de partido. Se o propósito dêsse ato fôsse a segurança pública, ou o bem da administração, e não o empenho de infligir aos supostos anistiados um mal, uma degradação e um prejuízo, uma lesão amarga nos direitos profissionais e no de propriedade, isto é, literalmente, uma *pena* discricionária, a medida legislativa limitar-se-ia a impedir que, durante certo prazo, revertissem à atividade: não os feriria na bolsa e nas expectativas legais da sua carreira, cerceando-lhes o vencimento, e suspendendo-lhes o curso da antiguidade. (*)

(*) Na 1ª ed.: carreira, tirando-lhes o exercício, cerceando-lhes o vencimento, suspendendo-lhes a antiguidade.

OS TÊRMOS DO PEDIDO

Reincido com premeditação na cinca de *libelo inepto*, que se dignou de assacar-me, no Supremo Tribunal, um dos seus membros mais ilustres, ainda bem que em unidade, no julgamento da questão dos generais reformados (*). Não peço aos tribunais que me abroguem, ou cassem o decreto de 21 de outubro, mas que, verificada a sua inconstitucionalidade e declarada a sua nulidade, mantenham aos meus constituintes os direitos, de que êle os priva.

Reincido; porque, enquanto o exímio magistrado não reformar, à imagem das suas idéias, a situação recíproca dos poderes políticos, o curso, que a sua lição me aconselha, seria o mais rematado êrro de ofício. Reincido, e reincidirei, quantas vêzes haja de opôr-me, em juízo, à aplicação de atos inconstitucionais; porque o régimen americano não converteu a justiça em segunda instância do poder legislativo: consagrou apenas a doutrina da precedência da lei soberana à lei subalterna, uma vez averiguada pelo juiz a divergência entre as duas: "*Inter discordantia concilia praeponitur sententia ejus quod est majoris auctoritatis*" (1).

(*) Voto vencido, proferido pelo Ministro Antônio Joaquim de Macedo Soares no julgamento da apelação cível nº 112, em sessão de 19 de setembro de 1895, do Supremo Tribunal Federal.

(1) LANCELOT: *Inst.*, L. 1. .t. 3, § 4º. App. *Corpus Juris Canonici*.

Essa doutrina, esboçada no direito romano pelas limitações à autoridade dos rescritos ⁽²⁾, pela proeminência do *jus legum* ⁽³⁾, pela distinção, segundo a teoria do mandato, entre as leis imediatas e as leis mediatas (MOMMSEN) ⁽⁴⁾, explicitamente definida e praticada no direito canônico até contra o arbítrio dos papas ⁽⁵⁾, considerada por MARSHALL ⁽⁶⁾ como corolário comum a tôdas as constituições escritas, adotada até na Alemanha, há vinte anos, em uma decisão célebre da côrte hanseática de apelação ⁽⁷⁾, advogada como aplicável sob a constituição imperial por espíritos da altura do de JOSÉ BONIFÁCIO na sua aureolada cadeira de professor, não superpõe a magistratura ao poder legislativo: reconhece-lhe simplesmente, entre uma lei, que formula a vontade permanente do povo, e outra, que traduz a vontade transitória de um congresso, o dever inevitável de examinar e declarar o direito para o caso occorrente ⁽⁸⁾.

Se o meu trabalho no pleito dos generais reformados merecesse chegar à altura da atenção do magistrado, cuja irreflexão me irrogou a inopinada censura, é impossível que o esclarecido espírito de tão sábio jurista conservasse enquistado nas suas idéias constitucionais o êrro impresso agora no seu voto.

(2) *Rescripta contra jus elicitata ab omnibus judicibus refutare proecipimus*. L. 7 Cod., L. 1., t. 19 L. 6 Cod., L. 1, t. 22. L. 4 Cod., l. 1, t. 19.

(3) CICERO: *Pro domo sua*, c. 13-27.

(4) COXE: ps. 135-18.

(5) "*Pontifex enim, licet possit, non censetur velli tollere jus quaesitum*". COXE, ps. 121-36. "Canon law courts had proceeded and decided in a similar manner long before the framers of the first american constitution were born". COOK, p. 127.

(6) MARSHALL: *Writings upom the federal Constit.*, ps. 24-5.

(7) COXE, ps. 95-99.

(8) BLACK: *American Const. Law*, p. 51, n.º 22.

A minha demonstração naqueles autos é o quadro completo da teoria americana sôbre o assunto ⁽⁹⁾. E quero que me apontem *uma* opinião destoante da lição ali expendida. É quanto me bastaria, para estender, submisso, a mão à férula.

Todos os autores, *todos* os arestos ensinam a uma que a justiça não atua diretamente contra os outros poderes ⁽¹⁰⁾, que não exerce um poder de revisão das leis em abstrato ⁽¹¹⁾, que resolve apenas os casos emergentes no curso dos pleitos ⁽¹²⁾, que os seus julgados não se estendem além das espécies em questão ⁽¹³⁾, e que só em relação a elas opera como oráculo definitivo ⁽¹⁴⁾. E isto não se sabe só na América, entre os que se dão à fadiga dêstes estudos. Até na Europa, tão longe das nossas constituições, é trivial, entre os que as resumem para o vulgo ⁽¹⁵⁾. E no Brasil mesmo, ao tempo em que o egrégio magistrado me irrogava a arguição, essa doutrina, apenas definida fora daqui em arestos e autores, era objeto de textos formais *entre as nossas leis*. A de 20 de novembro de 1894, art. 13, §§ 10 e 11, estatui:

“Os juizes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e *deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regu-*

(9) RUI BARBOSA : *Atos inconstitucionais*, ps. 96-124.

(10) POMEROY : *Const. Law*, p. 98, § 147.

(11) THAYER : *Cases*, vol. I, p. 205.

(12) MILLER : *Lectures*, p. 315.

(13) BANCROFT : *Hist. of the form. of the Const.*, vol. II, ps. 198, 202.

(14) ORDRONNAUX : *Constitut. Legisl.*, p. 420.

(15) GIACOMO GRASSO : *La Costituzione degli Stati Uniti dell' America Settentrionale* (Firenze, 1894), ps. 136-40.

lamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a constituição.

“As sentenças judiciais passarão em julgado e obrigarão as partes e a administração *em relação ao caso concreto que fêz objeto da discussão*”.

O provecto magistrado esquecera a lei.

Não é o poder judiciário que *anula* as leis inconstitucionais. A palavra anular, no tocante a essa espécie de sentenças, equivale meramente a *declarar nulo* ⁽¹⁶⁾. A nulidade preexiste à sentença, por efeito da inconstitucionalidade, intrínseca ao ato. Êste, “desde o seu princípio, não tinha vida, nem ação, achando-se assim nas mesmas condições em que se nunca o tivessem promulgado” ⁽¹⁷⁾. Provada a sua invalidade, “a lei é, para todos os efeitos legais, tal, qual se nunca existira” ⁽¹⁸⁾ e encaixa-se “como se não tivesse tido jamais a mínima força legal” ⁽¹⁹⁾.

Acresce que, em se lhe deparando um ato incurso nesse vício radical, não há, para a justiça, alternativa. Em presença de uma lei inconstitucional, não é uma faculdade, que se lhe deixe, é um

(16) «The word «annulling» is often used to-day to describe the effect of judicial action such cases, — as the equivalent of the phrase *declaring null and void*». THAYER: *Cases*, vol. I, p. 40, n.

(17) “It was invalid from the beginning had no life or operation, and is precisely in the same state, as if it had not been made”. *Vanhorn's Lessee v. Dorrance*. THAYER: *Cases*, vol. I, p. 104.

(18) “When a legislative enactment proves to be invalid, it is for all legal purposes as if it had never been”. COOLEY: *Princ. of Const. Law*, p. 55.

(19) “When a statute is adjudged unconstitutional, it is as if it had never been ... it is to be regarded as *having never, at any time, been possessed of any legal force*”. COOLEY: *Const. Limit.*, p. 224.

dever, que se lhe impõe, a declaração de nulidade ⁽²⁰⁾. Os tribunais de justiça, quando chamados a sentenciar entre a constituição e uma lei, que se lhe contrapõe, “são obrigados a executar a constituição, como suprema, daclarando írrita a lei”. Assim se exprime um dos mais antigos comentadores da constituição americana ⁽²¹⁾. “Se a lei é inconstitucional, aos tribunais toca o poder e “a obrigação de declará-lo”, dizem as *Institutas de BOUVIER* ⁽²²⁾. Já em 1795 a magistratura dos Estados Unidos afirmava desempenhar-se, nesses casos, *de um dever* ⁽²³⁾, cuja energia imperativa os modernos têm acentuado ainda mais profundamente ⁽²⁴⁾, e que, há quatro anos, a suprema côrte de Washington qualificava como um dos mais solenes da sua missão ⁽²⁵⁾.

Tais atos, insubsistentes de sua origem, feridos de esterilidade absoluta, insanáveis pela ação do

(20) RUI BARBOSA: *Atos inconstitucionais*, ps. 58. 75.

(21) «Courts of justice, when called into deciding a case in which the constitution and law are opposed, are bound to enforce the constitution as paramount, and to declare the law void”. SERGEANT: *Constitutional Law* (Phil., 1830), p. 401.

(22) “The courts have the power, and it is their duty, when the law is unconstitutional, to declare it to be so». BOUVIER: *Institutes of Americ. Law*, vol. I, n.º 103, p. 26.

(23) “In such case it will be the duty of the court to adhere to the constitution, and to declare the Act null and void”. *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*. (THAYER: *Cases*, vol. I, p. 97).

(24) “The reduction of the fundamental principles of government in the American States to the form of written constitutions... necessarily oblige the judicial department, in case of conflict between a constitutional provision and a legislative act, to obey the constitution as fundamental law, and disregard the statute”. THAYER: *Cases*, vol. I, p. 53.

“It is the province and duty of the courts to declare it”. *People v. Draper*. (THAYER: *Cases*, vol. I, p. 167).

(25) “... the court must in the exercise of its solemn duties determine wether the Act is constitutional, or not» *Chic. & Grand Tr. Ry. Co. v. Welmann*. (THAYER, vol. I, p. 171). Ver também BLUNTSCHLI: *Allgemeines Staatsrecht* (ed. 1863), ps. 550, 551).

tempo, insupríveis por arbítrio do juiz, pertencem ao número desses atos nulos, que melhor se chamariam *inexistentes*, e cuja teoria, primeiro formulada por ZACHARIAE, depois por MARCADÉ e sucessivamente por DEMOLOMBE, LAURENT e outros, se encontra desenvolvida em todos os civilistas contemporâneos. O ato *inexistente* "oferece apenas a aparência do existir"; mas juridicamente "não existe" ⁽²⁶⁾.

No que toca a esses atos, diz o profundo anotador das *Pandectas* de ARNDTS, "não se requer ação alguma, para os fazer anular; antes é impossível o exercício de tais ações, pois legalmente não existe ato nenhum, que reduzir a nada". Como, porém, obstar aos efeitos do ato *inexistente*? Um exemplo de jurisprudência civil o mostrará. No caso do testamento do impúbere, os herdeiros legítimos, "em vez de pedirem a nulificação do testamento, promovem logo a petição de herança (*hereditatis petitio*), onde, se lhes opuserem o pretenso testamento, replicarão demonstrando-lhe a inexistência jurídica. Em caso de controvérsia, terá que examinar o juiz se, juridicamente, o testamento existe, ou não; e, se o considerar inexistente, condenará o réu a restituir aos autores os bens hereditários, visto não ter realidade jurídica o testamento, em virtude do qual os retinha" ⁽²⁷⁾. Muitas vezes as doutrinas de direito privado estabelecem analogias, derivações e inferências, em que se vão inspirar as teorias de direito político. A idéia americana da limitação da autoridade da legislatura no círculo dos poderes traçados pelas constituições escritas e da insubsistência dos

(26) DE CRESCENZIO: *Sistema di diritto civile romano*, § 55. LOMONACO: *Delle Obbligazioni*, vol. II, ps. 491-6.

(27) ARNDTS SERAFINI: *Le Pandette*, § 79, n.º 2. BARTOLI: *La ratifica*, ps. 28-30.

atos legislativos que transcenderem as forças dêsse instrumento é reflexo dos princípios da jurisprudência civil em matéria de mandato e capacidade. Praticadas além das forças da outorga constitucional, as deliberações do congresso, atentatórias de direitos que ela reserva, são vãs e nenhuma em sua substância, pela incapacidade do seu autor. Não há, pois, que demandar a nulidade, caráter ligado à origem do ato, não à autoridade da sentença. Esta ocupar-se-á, está claro, com a nulidade, mas simplesmente como *fundamento de decidir*. O *objeto do pleito*, porém, se fôr juridicamente orientado, a *matéria do pedido* é outro: é a reintegração ou manutenção do direito pessoal, que o ato inexistente supôs invalidar.

Aqui está porque eu não solicito anulação da lei, nula, por sua natureza, de 21 de outubro, no art. 1., §§ 1.º e 2.º, mas sim que,

reconhecida a nulidade dessas disposições legislativas e, por conseqüência, a das ordens administrativas, que lhes deram execução, seja condenada a Fazenda a pagar aos meus constituintes os vencimentos, que êsse ato lhes tira, e a administração da Guerra a lhes contar a antiguidade, que êle lhes mandou interromper.

SENTENÇA

Alegam como autores Joaquim Franco,
Jorge Cavalcanti de Albuquerque,
Artur Thompson,
Alberto Carlos da Cunha,
Manuel Raimundo de Sousa,
Jorge Marques Dubouchet,
Conrado Heck,
Antônio Dinis de Faro Dantas,
Eduardo de Carvalho Piragibe,
Rafael Brusque,
João Teixeira de Carvalho Júnior,
Sebastião Bandeira,
Manuel Marques de Faria,
Norberto de Amorim Bezerra,
Carlos José de Araújo Pinheiro,
Luís José de Lima Júnior,
Alberto Durão Coelho,
Manuel Marques Coutinho,
José Libânio Lamenha Lins de Sousa,
Augusto Carlos de Sousa e Silva,
Manuel Pacheco de Carvalho Júnior,
Augusto Monteiro de Barros,
Benjamim Ribeiro de Melo,
Pedro Veloso Rebelo Júnior,
Francisco Roberto Barreto,
Heráclito Belfort Gomes de Sousa,
Oscar d'Ávila Munhoz Ribeiro,
Mário Bormann de Borges,
Horácio Coelho Lopes,
Antônio Carlos da Silva Piragibe,
Artur Afonso de Barros Cobra,
Viriato Duarte Hall,
José Nunes Belford Guimarães,
Alexandrino Faria de Alencar,
Alberto Fontoura Freire de Andrade,

Honório de Lamare Koeler,
Doutor Galdino Cícero de Magalhães,
Emílio Carvalhais Gomes,
João Francisco dos Reis Júnior,
Luís Pinto de Sá,
Doutor Afonso Henriques de Castro Gomes,
Antônio Júlio de Oliveira Sampaio,
Gentil Augusto de Paiva Meira,
José Ledurino Castelo Branco,
Adolfo Vitor Paulino,
João da Silva Retumba e
Alípio Augusto Dias Colona,

oficiais militares da armada e do exército, que pelo artigo primeiro da lei número trezentos e dez de mil oitocentos noventa e cinco, promulgada pelo govêrno da União Federal, ré, tendo sido anistiadas tôdas as pessoas que direta ou indiretamente se envolveram em movimentos revolucionários ocorridos no território da república até vinte e três de agôsto último digo agôsto do mesmo ano, entretanto logo depois estatuiu pelo parágrafo primeiro que os oficiais do exército e da armada assim anistiados não poderiam voltar ao serviço ativo antes de dois anos contados da data em que se apresentariam a autoridade competente e ainda depois dêste prazo se o poder executivo assim julgasse conveniente, e pelo parágrafo segundo que os mesmos oficiais, enquanto não revertissem a atividade apenas venceriam sôlido de suas patentes e só contariam tempo para reforma; que estas restrições porém são infringentes da constituição federal, porquanto sendo as patentes e os postos militares de terra e mar, inamovíveis, garantidos em tôda a sua plenitude, em cuja vigência os titulares podem ser aproveitados para quaisquer comissões pelo poder executivo, os respectivos direitos, em que se compreendem a antiguidade e os vencimentos, só podem ser reduzidos ou extintos mediante reforma com causa legítima ou condenação criminal proferida, segundo lei e processo anterior em que seja assegurado aos acusados a mais plena defesa com todos os recursos e meios essenciais a ela, por autoridade competente que é a dos tribunais militares, formalidades tôdas estas recomendadas pelo pacto federal; mas que a citada lei número trezentos e dez nos parágrafos primeiro e segundo com o carâ-

ter de penalidades infringiram os preceitos constitucionais recomendados; que o poder legislativo e executivo arrogando-se de uma competência, que não têm, mediante o citado decreto e sua execução expuseram os autores a uma reforma virtual mas arbitraria ou sem causa legítima e para fatos que já estavam purgados pela anistia estatuíram retroativamente uma pena criminal, lhes a infligiram e executaram, sem processo, sem defesa e sem recursos de forma prefixada; que como medidas de alta política não prevalecem as restrições impugnadas, porque não as há contra a constituição, de que as únicas medidas extraordinárias, suspensivas de certos direitos são as do estado de sítio em que não estão compreendidas as da lei em questão; que em consequência são inconstitucionais e nulos os parágrafos primeiro e segundo do decreto legislativo número trezentos e dez de mil oitocentos e noventa e cinco sancionado e promulgado pelo poder executivo que o executou; nesta conformidade pediram os autores que julgado inconstitucional e nulo o citado decreto na parte indicada, se lhe contasse tempo para todos os efeitos conforme as leis em vigor e fôsse condenada a fazenda nacional a pagar-lhes desde a data da anistia os vencimentos que por certo lhes competirem. A ré contestou por negação. É procedente a ação proposta pelos autores contra a ré. A anistia é um indulto dado pelo poder público para prevenir a ação penal contrária a indivíduos que em conceito praticaram um crime político. A anistia pode ser parcial e condicional. A da lei em questão é de forma condicional e a certos respeitos parcial, porque com exclusão dos civis impôs somente aos oficiais militares acaso envolvidos na rebelião as restrições dos parágrafos primeiro e segundo. No atual regimen político nacional só são válidas as causas restritivas da anistia quando não violam o pacto fundamental da república. São nulos por serem inconstitucionais as do citado decreto legislativo. Como a anistia, mesmo condicional, só é admissível quando há crime, as privações nocivas impostas como condição aos nela envolvidos só podem ser penalidades: as restrições de anistia em questão são privações nocivas aos autores em razão de presunção de crime. Como penas tais restrições são nulas porque o poder legislativo compreendidos todos os órgãos que colaboram na função não têm competência em circunstância alguma de infligir penas a certos e

determinados indivíduos, por certo e determinado crime, em certa e determinada espécie, o que só cabe ao poder judiciário e na hipótese aos tribunais militares (artigo setenta e sete da constituição federal). O poder legislativo pois convertido em judiciário em caso para o qual não tinha e não tem outorga constitucional, praticou um ato exorbitante de sua competência, nulo, porque o maior defeito que pode dissolver um ato jurídico é a falta de jurisdição para praticá-lo. A mera e arbitrária qualificação de medidas políticas dadas as restrições em questão, do ponto de vista da ré, não afeta a realidade irrita das mesmas do ponto de vista dos direitos dos autores. Tais medidas teriam tido provavelmente por intuito afastar os oficiais militares anistiados, pelo tempo nunca menor de dois anos, a juízo do poder executivo, dos meios materiais e profissionais de renovar a rebelião. A lei não declinou com individuação os oficiais sujeitos a esta precaução e somente indicou que o fato da apresentação de autoridade militar competente era bastante para lhe serem infligidas as restrições. O poder executivo no cumprimento de tal indicação registrou o fato da apresentação dos autores e submeteu-os às restrições da lei. Nestas condições a restrição como medida política ainda é resultante da presunção de imiscuidade dos autores no fato delituoso. Sendo esta presunção inconstitucional, a medida política conseqüente é inconstitucional. O fato de sedição é anterior à presunção do decreto: esta presunção viola os artigos onze, terceiro e setenta e dois, parágrafos segundo e décimo quinto do pacto federal. Ofende a cláusula de irretroatividade e de unidade da lei e meio novo de sujeitar indivíduos que podem ser inocentes e, quando criminosos, com responsabilidade mais ou menos intensa, a uma mesma presunção de criminalidade e infligir-lhes uma mesma redução de direitos sob pretexto de medida administrativa a indivíduos que não foram ouvidos nem convencidos perante seus tribunais privativos. A subsistência deste fato implicaria a razão de que os direitos das patentes e dos postos militares podem ser reduzidos ou aniquilados pela reforma como coisa legítima, pela pena criminal proferida pelos tribunais competentes segundo lei e processo anterior e por medidas políticas como condições absolutas, mesmo inconstitucionais, decretados pelo poder legislativo e executivo. A constituição da república não reconhece esta

última causa como legítima. Em consequência não havendo outras razões para que possam ser consideradas válidas anulo tôdas as restrições dos parágrafos primeiro e segundo da lei número trezentos e dez de mil oitocentos noventa e cinco, julgo os autores isentos das respectivas determinações como se estivessem livres de culpa e pena, e condeno a ré a contar-lhes tempo para todos os efeitos conforme as relativas leis em vigor e a pagar-lhes sôlido e demais vencimentos que em virtude delas lhes competirem e as custas, digo competirem, que se forem vencendo desde a data da citada lei número trezentos e dez e custas. Publique-se. Rio, vinte e sete julho mil oitocentos noventa e seis.

Aureliano de Campos.

3 - Razões dos Apelados

PELOS APELADOS

Quase nada há que dizer sobre as razões de defesa da Ré.

Principiam elas por uma inexatidão flagrante contra os autos, dizendo que pela presente ação pretendem os AA. que "o poder judiciário declare nulo o decreto n.º 310, de 21 de outubro de 1895, pelo qual lhes foi concedida anistia limitada" (*). Tal não há. O objeto da lide não é a nulidade do decreto, mas unicamente da parte dêle, que estabelece penas e, ao mesmo tempo, as aplica aos AA., sem processo, por ato legislativo, como se ao congresso fôsse dado julgar e condenar. Essa intenção é expressa em tôdas as razões de fl. 63 a fl. 97, assim como especialmente na petição inicial, artigos II e XVIII, parte final, nas palavras Pedem que reconhecida a nulidade do decreto *na parte indicada*

Demais, isso mesmo reconhece afinal a própria Ré, na última secção do seu arrazoadado, quando (fl. 124 a fl. 124v.) procura mostrar que a nulificação do sobredito decreto na parte indicada envolve a sua nulidade da outra.

(*) Parecer do Procurador Geral, Ministro Sousa Martins (N. R.).

Em tom de reparo adverte, em seguida, a Ré (fl. 123 v.) que "não existe nos autos o decreto legislativo de anistia, e ainda não foi distribuída a coleção de leis do ano de 1895"; "de modo que", acrescenta o Exm.^o Ministro Procurador Geral, "cinjo-me sôbre elles ao que transcrevem os A.A."

Perdoe-me S. Ex.^a. Os tribunais são obrigados a conhecer as leis, desde que se publicam no *Diário Oficial*; visto que três dias após a sua inscrição nessa fôlha elas principiam a ser obrigatórias no Distrito Federal. (Decreto n.^o 572, de 12 de julho de 1890, art. 1.^o, n.^o I).

O dechr. em questão foi estampado no *Diário Oficial* de 22 de outubro de 1895, e desde o dia 25, portanto, pelo menos, devia ser conhecido aos órgãos do ministério público. Como compreender, pois, que elle só agora chegue a conhecer êsse decreto, e para isso se veja obrigado a reportar-se à transcrição feita pelos Autores? Onde já se ouviu dizer que os tribunais e os representantes da justiça pública só saibam da existência dos atos legislativos depois de publicados na Coleção das Leis, ou que as partes sejam obrigadas a juntar aos autos documentos da realidade de atos legislativos devidamente promulgados e postos em vigor?

No mais não diz nada a Ré. Faz ligeiras observações sôbre pontos amplamente discutidos nas minhas razões de primeira instância, que, *data venia*, submeto a êste venerando tribunal como alegações finais.

★

A Ré invoca LAROUSSE, para mostrar que há casos de anistias condicionais. Não era mister recor-

rer a tão insigne autoridade jurídica, para demonstrar um assêrto, que os próprios A. A. se encarregaram de expor, em capítulo especial das suas alegações, como o apoio de tôda a história da anistia. O que se nega, é que a anistia em questão seja uma anistia condicional. E que o não é, provei-o eu ali, sem que o Exm.^o Procurador Geral apontasse nada em contrário.

O argumento, para o qual S. Ex.^a chama a atenção dos egrégios julgadores, coroando com êle a defesa da Ré, não tem em seu apoio senão a autoridade do deputado (*), cuja opinião mereceu a honra de ser conhecida pelo ministério público, antes que êste conhecesse o decreto de anistia, cuja notícia só lhe chegou aos ouvidos pelo meu arrazoado.

Trata-se, com efeito, de uma correspondência particular, dada a lume por certo indivíduo, não da tribuna parlamentar como deputado, mas da imprensa em caráter privado. Trata-se, ainda, de uma explosão de paixões pessoais, de um papel difamatório, que, se estivesse nos autos, me daria o direito de requerer ao Tribunal a depuração prescrita nas leis do processo.

Entretanto, o venerável órgão do ministério público, que se julgava desobrigado de conhecer o decreto da anistia, por ainda não estar distribuído o volume respectivo da coleção das leis, considera essa verrina como um fato judiciário, para que apela, pressupondo-o conhecido ao Tribunal.

É notável.

Entretanto, uma vez que essa notabilidade pode ainda aproveitar o benefício da sombra do LAROUSSE,

(*) Vide págs. 23 a 41.

juntarei no impresso anexo (*) a resposta cabal, que lhe dei, no prefácio à minha segunda edição da *Anistia Inversa*, isto é, das alegações de fl. 63 a fl. 97, que estão a deixar os prelos.

A maior evidência, em suma, da inabalabilidade jurídica da sentença apelada é a fraqueza absoluta das razões da apelação, que, portanto, esperam os Autores será desprezada.

Rio, 16 de outubro, 1896

(a) RUI BARBOSA

(*) Vide nota à págs. 23 a 41.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

APELAÇÃO CÍVEL N.º 216

ACÓRDÃO

Anistia com restrições. Improcedência da ação proposta pelos oficiais do exército e da armada, anistiados pelo decreto n.º 310, de 21 de outubro de 1895, para o fim de serem declarados nulos os §§ 1.º e 2.º do mesmo decreto.

N.º 216 (1.º acórdão) — Vistos, expostos e discutidos os presentes autos de ação sumária entre partes, como apelante a União Federal, por seu representante, o procurador da República, e como apelados o capitão-tenente Joaquim Franco e outros, oficiais da armada e exército. Alegam os apelados que foram eles considerados como incursos nas restrições dos §§ 1.º e 2.º do decreto n. 310, de 21 de outubro de 1895, que havia anistiado a tôdas as pessoas que se tivessem envolvido em movimentos revolucionários no território da República, até 23 de agosto daquele ano; que por virtude dessas restrições foram privados do serviço efetivo dos seus postos por espaço de dois anos, vencendo apenas o soldo de suas patentes e contando tempo somente para a reforma; que, com semelhante limitação de seus direitos, ficarão sujeitos às desvantagens resultantes da promoção e de serviço ativo por dois anos; que, entretanto, eram inconstitucionais as mesmas restrições impostas pelos citados parágrafos; que a anistia era em sua essência e por sua natureza um verdadeiro véu de esquecimento lançado sobre os acontecimentos passados; que, abolindo o delito e suas conseqüências, punha logo termo a todos os processos, ou impedia que fôsem eles instaurados; que, sendo assim, a restrição imposta a eles apelados era uma pena criminal; mas que, não podendo sofrer nenhum gênero de pena, senão por força de sentença em processo regular e por autoridade competente, foram, no entanto, ilegalmente condenados sem julgamento, sem defesa e por um poder incompetente; que, por

consequente, deverão ser declarados nulos os parágrafos do citado decreto n. 310, de 21 de outubro de 1895, que eram exorbitantes das atribuições do Congresso Nacional.

Isto pôsto, e considerando que, sendo a anistia uma medida essencialmente política, ao Poder autorizado para concedê-la compete apreciar as circunstâncias extraordinárias em que o interêsse social reclama o esquecimento de certos e determinados delitos ;

Considerando que, podendo a anistia ser geral, restrita, absoluta ou condicional, sômente ao Poder Legislativo, que pela Constituição Federal tem a atribuição privativa de decretar, assiste o incontestável direito de estabelecer as garantias e condições, que julgar necessárias ao interêsse do Estado, à conservação da ordem pública e à causa da Justiça ;

Considerando que cabe ao Poder Legislativo, consultando a elevados interêsses da disciplina, especificar em uma lei as condições para tornar efetiva a anistia a militares envolvidos em crime de rebelião ;

Considerando que, assim sendo, as condições prescritas no decreto n. 310, de 21 de outubro de 1895, muito embora prejudiciais aos interêsses dos apelados, não podem se revestir com o caráter de pena, por serem os consecutórios jurídicos de um ato de natureza condicional ou restrita ;

Considerando, por outro lado, que, segundo a jurisprudência norte-americana, a cujas instituições precisamos sempre recorrer, visto ter sido por elas modelado o nosso atual regímen, está firmado o princípio que o Poder Judiciário tem competência para *em espécie* conhecer da constitucionalidade das leis, exceto das que se originam das atribuições políticas confiadas pela Constituição aos órgãos da soberania nacional, sendo, entre outras, a êste respeito, notável a sentença proferida pela Côrte Suprema no litígio levantado por um dos Estados do sul, que impugnou de inconstitucionais as leis de reconstrução, votadas pelo Congresso, no período de 1866 a 1867, em que o Chief Justice Chase assim se exprime :

"É verdade que a intervenção da Côrte é reclamada porque se pretende que as leis em questão são inconstitucionais, mas não podemos compreender como esta circunstância possa modificar o princípio geral que veda ao Poder

Judiciário de *intervir nas funções políticas dos outros dois poderes*. O Congresso constitui o ramo legislativo do Governo e o presidente forma o ramo executivo. *Os tribunais não podem fiscalizar-lhes a ação*, pôsto que, em certos casos, os atos desses ramos do governo caíam sob a jurisdição do Poder Judiciário». (CHAMBRUN, *Le Pouvoir Executif aux Etats-Unis*) ;

Considerando que não se podem opôr a esta doutrina, que aliás repousa na independência dos órgãos da soberania nacional, os abusos que porventura se dariam no exercício dos poderes políticos ; porque, como muito bem observa Auguste Carlier, o remédio para essas eventualidades estará nas eleições periódicas do Congresso, em que o povo terá ocasião de demonstrar a sua reprovação, mas nunca, o que seria um grande perigo, em autorizar aos magistrados, em assunto que afeta diretamente a Nação, a substituir pelas suas impressões individuais o pensamento que atuou no ânimo do legislador na elaboração da lei. (*La République Americaine*) ;

Considerando que, nestes termos, dado por hipótese que ferisse abertamente a preceito do nosso pacto fundamental a parte ora impugnada do decreto n. 310, de 21 de outubro de 1895, estando as suas disposições intimamente ligadas e dependentes umas das outras e formando um só todo *indivisível*, não poderiam ser elas separadas sem quebrar a intenção, evidentemente revelada em votação anterior do Congresso, quando rejeitou o projeto de anistia ampla ;

Considerando que, assim claramente manifestada a intenção do Congresso, ao Poder Judiciário falece competência para destruir as condições, sem as quais o mesmo Congresso não teria votado a lei da anistia ;

Considerando que, se o Poder Judiciário, ultrapassando os limites de sua esfera, procedesse de modo contrário, a decisão que proferisse tomaria o aspecto agressivo de veto judiciário oposto à vontade das duas câmaras e isto em detrimento da coexistência harmônica dos poderes, tão indispensável à marcha regular das instituições democráticas :

Acórdam, por êstes fundamentos, dar provimento à apelação interposta pelo procurador da República, em ordem a se reformar a sentença apelada para julgar, como julgam,

improcedente a ação proposta; pagas as custas pelos apelados.

Supremo Tribunal Federal, 20 de janeiro de 1897. — *Pereira Franco*, V. P. — *Bernardino Ferreira*. — *H. do Espírito Santo*. — *Figueiredo Júnior*, voto vencedor na decisão acima, não aceito, entretanto, os seus fundamentos. O caráter político da anistia não pode legitimar as ofensas aos direitos dos anistiados, porventura contidas no ato respectivo, de envolta com o benefício da medida principal. A todo direito individual violado assiste o remédio de uma ação judicial para o seu restabelecimento ou para a reparação do dano consecutivo, de onde ou de quem quer que venha a violação. Este princípio é soberano e insusceptível de exceções, a não serem as únicas permitidas nos casos de suspensão das garantias constitucionais por motivo de salvação pública: fora desses casos, abri-las para aquêles em que a lesão jurídica proceda de atos políticos do corpo legislativo ou do govêrno fôra canonizar o despotismo, abandonando indefeso o cidadão a quantos excessos políticos podessem ferir-lo na sua liberdade, patrimônio, honra e até na própria vida. Os atos políticos, assim denominados *stricto sensu*, que escapam ao conhecimento do Poder Judiciário, segundo a jurisprudência americana invocada no acórdão, são os expedidos pela autoridade competente *no uso de qualquer atribuição* discricionária que constitucionalmente lhe pertença. Onde há, porém, uma ofensa a direitos individuais, é evidente que o preceito ofensivo, embora entranhado em um ato político, nem por isso se justifica; mas constitui um *abuso* da faculdade discricionária sujeito ao julgamento dos tribunais de justiça, uma vez provocada regularmente a sua intervenção pela parte ofendida. Esta doutrina, aliás intuitiva, acha-se consagrada no § 9.º, letra *b*, combinado com o § 10 do art. 13, da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, e foi lúcidamente explanada pelos apelados nas suas razões finais, sob a epígrafe "A objeção do caso político." Outros foram os motivos do meu voto. Fundando-se na invalidade das restrições postas, nos §§ 1.º e 2.º do art. 1.º do decreto n. 310, de 21 de outubro de 1895, aos direitos inerentes às suas patentes e garantidos pela Constituição, pedem os autores ser restituídos no pleno gozo desses direitos, sem perda, entretanto, da anistia outorgada na primeira parte do artigo. Não me parece procedente tal ação. Os §§ 1.º e 2.º não

foram disposições autônomas mas cláusulas adjetas à disposição principal do decreto, cláusulas que tornam modal, isto é subordinada a um encargo para os oficiais do exército e armada, a anistia, que é pura e simples para as demais pessoas envolvidas nos movimentos revolucionários ocorridos até 23 de agosto de 1895. Ora, é princípio inconcusso que nos atos benéficos a estipulação de um encargo pelo benfeitor não obriga ao beneficiado senão como condição potestativa para a efetividade do benefício. Não há, pois, nos citados parágrafos nenhuma infração de direitos adquiridos dos mencionados oficiais, nem muito menos a imposição de uma pena, desde que lhes ficava livre forrarem-se ao sacrifício, recusando a anistia. O que não lhes é certamente lícito é reivindicar o cômodo e repelir o incômodo. Nem colhe a objeção de ser a anistia irrecusável. Embora verdadeiro o princípio como regra geral, nenhuma aplicação pode ter ao caso especial em que o próprio ato da anistia estabelece como requisito dela uma cláusula restritiva de direitos inauferíveis dos anistiados, e cuja eficácia fica por isso dependente da anuência destes, sendo intuitivo que o direito de recusar tal cláusula implica o de repudiar a anistia, com ela inseparavelmente vinculada. — *José Higino*, vencido: julguei procedente a ação, atenta a inconstitucionalidade das restrições postas aos efeitos da anistia, nos §§ 1.º e 2.º do art. 1.º do decreto n. 310, de 21 de outubro de 1895. — *Ribeiro de Almeida*, vencido; de acôrdo com o voto do Sr. ministro José Higino.

Fui presente, *Lúcio de Mendonça*.

4 - Embargos

a) PETIÇÃO

Ilm.º e Exm.º Sr. Ministro Dr. José Higino,
Relator do Feito n.º 216

Joaquim Franco e outros, tendo relevantes embargos a opôr ao venerando Acórdão que reformou a sentença proferida a seu favor na primeira instância, requerem a V. Excia. se digne de mandar dar vista dos Autos ao seu Advogado para deduzi-los.

Assim

P. P. Deferimento
E. R. Mce.

Rio de Janeiro, 27 de fevereiro, 1897.

RUI BARBOSA.

b) SUSTENTAÇÃO

Por embargos de declaração ao acórdão de fl. 146 v. dizem os A. A. apelados:

1.º

Que na sessão de 20 de janeiro, data do julgamento desta apelação, o Supremo Tribunal Federal abriu os seus trabalhos e deliberou com o concurso de onze ministros, incluídos neste número o que assumiu a presidência (por se achar ausente o titular efetivo dêsse cargo) e o procurador geral da República ;

2.º

Que, tendo jurado suspeição no feito, quando os autos lhe foram submetidos, o sr. Pindaíba de Matos, um dos revisores, e declarando-se suspeito o sr. Américo Lôbo, ao entrar a causa em julgamento, ficou reduzido a sete o número de julgadores para êste desimpedidos ; mas

3.º

Que dois juízes, os srs. Belfort Vieira e João Barbalho, com a cooperação dos quais deliberou o Tribunal, visto que, ao abrir do julgamento, não declararam impedimento legal, e o acompanharam silenciosos, enquanto os outros ministros se pro-

nunciavam, escusaram-se a votar, no momento em que a isso eram convidados pelo presidente, alegando suspeição;

4.º

Que dêsse modo tomaram evidentemente parte nas deliberações do Tribunal sôbre o feito dois juizes, segundo a sua própria afirmação, sem qualidade para o fazer, visto que, calando a suspeição, que deviam revelar ao abrir do julgamento, neste participaram, evitando-o unicamente na ocasião do voto;

5.º

Que, com efeito, o processo do julgamento pressupõe, desde o instante em que se inicia, a integridade do tribunal, completo quanto ao número de juizes pela lei exigidos para a prolação da sentença, e, *ipso jure*, exclui, desde o momento em que se instaura, a colaboração, ainda que silenciosa, de julgadores inabilitados para julgar;

6.º

Que o processo do julgamento em assentada é pela sua natureza, um todo inteiriço e indivisível, cuja continuidade substancial não permite destacar o momento da enunciação do voto por cada um dos juizes, separando-o dos trabalhos que o precedem; e, por isso, assim como não é permitido julgar do juiz com cujo concurso não se abriu o julgamento, não pode ser lícito abster-se de julgar o magistrado presente, que em tempo não articulou o impedimento legal;

7.º

Que, por serem de evidência essas noções, a suspeição articulada pela parte, ou alegada pelo próprio juiz, constitui em toda a parte, e sempre constituiu entre nós, um ato preliminar à iniciação do julgamento;

8.º

Que a lei, em matéria de suspeição, teve sempre em mira, no dizer de PIMENTA BUENO, "evitar que os juizes, para fugir comprometimentos, sejam fáceis em se declarar suspeitos" (*Apont. sobre as formalidades do processo civil*, p. 22), e não podia deixar aberta a esse risco a maior das portas, admitindo que o magistrado oculte a sua suspeição, para a descobrir no momento do voto, reservando-se assim o arbítrio de esquivar-se a elle por um impedimento, que não o inibiu de ser parte na composição da casa para o julgamento do feito;

9.º

Que, na hipótese, o perigo incalculável da praxe introduzida por este precedente assume proporções monstruosas, em se considerando que os dois ministros, cuja tardia escusa faz objeto d'este reparo, só alegaram a sua suspeição depois de manifestados os sufrágios de todos os outros membros do tribunal; o que precisamente *converte a escusa em voto, e voto decisivo*, subtraindo-lhe o caráter de imparcialidade, que a abstenção do juiz suspeito se destina a assegurar à sentença;

10.º

Que dest'arte os dois juizes, cuja consciência se opunha à sua intervenção no feito, foram exatamente os que firmaram a decisão dando, pela sua abstenção, à maioria contrária aos autores a preponderância, que não julgaram lícito dar-lhe com o seu voto expresso ;

11.º

Que, por consequência, a suspeição enunciada pelo juiz no ato do voto há de forçosamente retroagir como vício de *nulidade incorrigível* sôbre o curso anterior do julgamento coletivo, em cujo processo êsse magistrado interveio, pela ocultação de seu impedimento, para constituir o número legal ;

12.º

Que, em segundo lugar, mercê da suspeição alegada, ao encerrar do julgamento a sentença foi proferida sômente por cinco juizes desimpedidos, num tribunal de quinze membros ;

13.º

Que o dec. n.º 848, de 11 de out. de 1890, art. 7.º, prescreve :

O Tribunal (o Supremo Tribunal Federal) funcionará com a maioria dos seus membros. Na falta de número legal serão chamados sucessivamente os juizes das secções mais próximas, aos quais competirá jurisdição plena, em quanto funcionarem como substitutos.

14.º

Que as expressões o “Tribunal funcionará” evidentemente não se referem só ao número de ministros necessário para perfazer o *quorum* indispensável à abertura das sessões ;

15.º

Que *funcionar*, quando se trata de um tribunal, quer dizer *julgar*, e que, portanto, quando a lei determina que o tribunal não *funcionará* sem maioria dos seus membros, o seu intuito manifestamente é estabelecer que as causas a êle submetidas não serão julgadas sem a assistência da maioria dos membros do tribunal desimpedida para julgá-las, procedendo-se à convocação dos substitutos legais, se, no julgamento de qualquer feito, se verificarem impedimentos que reduzam a assentada a número inferior a êsse limite ;

16.º

Que, para se dar ao texto legislativo outra intelligência, fôra mister que êle distinguisse entre número para fazer casa e número para julgar, restringindo expressamente a exigência da maioria dos membros do tribunal ao primeiro dêstes dois objetos, e dispensando-a quanto ao segundo, isto é, fixando para o julgamento um número de ministros menor que o estabelecido para a abertura da sessão :

Fora dêste caso segue-se o princípio de que na ordem moral a balança das opiniões é quem faz presumir a verdade e que a *maioria absoluta* é que representa o tribunal.

(PIMENTA BUENO, *op. cit.*, p. 25, nº 43.)

17.º

Que assim entendeu o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em cujo art. 85, § 3.º, se estatui :

Quando, em consequência das recusações ou impedimentos, não houver, pelo menos, seis juizes desimpedidos, serão convocados os substitutos necessários para completar êsse número (Lei de 18 de setembro de 1828, art. 28, e dec. n.º 848, art. 7.º).

Esta disposição conforma realmente com o art. 7.º do dec. n.º 848, de 1890, completando a maioria dos *membros do tribunal*, ali exigidos para que êle possa funcionar, com o presidente, que também delibera, e o procurador geral da República, que, apesar de não ter voto deliberativo, e representar os interesses da União, é membro do tribunal (dec. n.º 848, de 1890, art. 21).

18.º

Que o disposto nesse texto, não obstante pertencer, no Regim. Interno, a uma secção, em que êste se ocupa com o processo crime, encerra incontestavelmente um cânon, que não pode deixar de ser extensivo aos demais assuntos julgados no Supremo Tribunal Federal;

19.º

Que, com efeito, não tendo êste, no seu Regimento, autoridade, para inovar ou criar direito em matéria de ordem suprema, qual seja a que diz res-

peito à integridade do tribunal e as condições da sua competência, o preceito do art. 85, § 3.º, há de forçosamente considerar-se como simples aplicação especial ao processo crime de cláusula genêricamente instituída para todos pelo art. 7.º do decreto legislativo n.º 848;

20.º

Que realmente não se encontra na legislação, ou na praxe, fundamento absolutamente nenhum, para discriminar a tal respeito, admitindo que, nos pleitos diferentes daquele a que alude o Regimento Interno do Supremo Tribunal no artigo supra transcrito, possa haver sentença sem o concurso, pelo menos, de seis juízes desimpedidos;

21.º

Que a não se reconhecer nesse número o critério certo do mínimo de juízes imprescindível à integridade do tribunal, para julgar, se terá de chegar à conclusão de que as sentenças do Supremo Tribunal Federal, para serem válidas, não exigem mais que a presença de dois julgadores desimpedidos, pois tantos com o presidente bastam, para lhe manter o caráter coletivo (*Priscus tres facere existimae collegium et hoc magis sequendum est. Fr. 86, Dig. de verbor. signific., L. 16*), ou, quando muito, a do presidente com o relator e os dois revisores;

22.º

Que tal jurisprudência, porém, não se compadece com o caráter das decisões do Supremo Tribu-

nal Federal, cujas funções a lei orgânica da justiça federal não quis modelar pelo sistema do julgamento por turmas;

23.º

Que este, na legislação do império, foi estabelecido por disposição explícita, qual a do Reg. de 22 de novembro de 1871, art. 70, onde, para as Relações, se determinou que os feitos civis seriam vistos e julgados por três juizes;

24.º

Que, se os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, porém, demandam o concurso de outros julgadores, não se limitando aos membros da turma, há de haver necessariamente para sua validade um número mínimo de membros desta Corporação, e esse não pode ser outro senão o da maioria absoluta do tribunal, conforme o art. 7.º do decr. n.º 848, interpretado à luz do art. 85, § 3.º, do Regim. Interno;

25.º

Que a sentença, dada em um tribunal, por um número de juizes insuficiente é nula:

E é por direito a sentença nenhuma se eram muitos os juizes delegados e alguns deram sentença sem os outros" — *Ord. III, 75, princip.*
Repert. vol. 3.º, p. 758, n.º é nula a sentença.

26.º

Que esta regra é capital, e nunca deixou de ser observada no direito pátrio:

A decisão ou sentença proferida por menor número de juizes do que a lei determina é *absolutamente nula*.

(PIMENTA BUENO : *Op. cit.*, p. 24, n.º 41).

27.º

Que, sendo proferido só com o concurso de cinco juizes, os quais, com o presidente e o procurador geral da República, inteiram apenas o número de sete membros do tribunal, a despeito do estatuído no art. 85, § 3.º, do Regim. e do art. 7.º do dec. n.º 848, a sentença embargada, contravindo em princípio da Ordenação, apoiada na jurisprudência nacional, parece envolver a doutrina de que elle se acha revogado ;

28.º

Que a obscuridade e a confusão originados, em matéria de tamanha gravidade, por atos do mais alto tribunal do país gerariam erros, males e injustiças deploráveis ;

29.º

Que o assunto requer, portanto, declaração, para que se defina o pensamento do tribunal, cuja autoridade não se pode supor incursa em violação da lei positiva e de tradições jurídicas imemoriais ;

Em conclusão, por consequência,

30.º

Que os presentes artigos devem ser recebidos e, afinal, julgados provados, para se reconsiderar e

anular a sentença de fl., procedendo-se a novo julgamento da apelação.

Rio de Janeiro, 4 de março de 1897 (*)

RUI BARBOSA

(*) No original está 1896, do próprio punho do signatário e autor do arrazoado. O último artigo (o 30.º), cuja caligrafia pertence ao advogado EDMUNDO BITTENCOURT, tem no manuscrito o n.º 20. São equívocos, cuja materialidade indica naturalmente sua oportuna retificação, sem que, de tal critério, advenha qualquer eiva de infidelidade na reprodução do texto. (N. R.).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 216 (Embargos)

ACÓRDÃO

Não se toma conhecimento de embargos ofensivos opostos com o fundamento de nulidade do acórdão embargado por ter sido proferido somente por cinco juizes desimpedidos, número inferior ao legal, porquanto contra as sentenças proferidas pelo Supremo Tribunal nas apelações cíveis, são só admissíveis embargos de declaração ou de restituição, nos termos da lei.

N.º 216. (2.º acórdão sobre embargos) — Vistos, relatados e discutidos os embargos de declaração à fls. 153, opostos ao acórdão deste Tribunal, constante de fl. 146 v. à 149 v.: Articularam os embargantes Joaquim Franco e outros que o citado acórdão foi proferido por número de juizes inferior ao legal; porquanto, dispondo o art. 7.º do decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, que o Supremo Tribunal Federal funcionará com a maioria de seus membros, que é de oito, e sendo das respectivas funções a principal a do julgamento, no entanto, em consequência de impedimento de diversos ministros, apenas cinco membros do mesmo tribunal, em sessão, exclusive o presidente e o procurador geral da República, tomaram parte na prolação do supra dito acórdão, pelo que incorreu este em nulidade insanável, concluindo os embargantes, como se vê do último artigo (30), que se devia reconsiderar a decisão embargada para o fim de ser anulada, e proferir-se outra nos termos da lei:

Considerando, porém, que os indicados embargos, embora se intitulem de declaração, todavia não visam que se explique algum ponto obscuro ou contraditório do julgado, ou que se supra qualquer omissão deste, mas antes pretendem que se anule o acórdão, pelo que não podem deixar de ser considerados como embargos ofensivos, conforme a classificação de direito;

Considerando, entretanto, que os únicos embargos admissíveis contra as sentenças definitivas proferidas por este Tribunal nas apelações cíveis são excetuados os de restituição, os embargos de declaração, opostos por simples petição, como se colige dos arts. 93 e 94 do Regimento interno do mesmo Tribunal: Acordam não tomar conhecimento dos embargos de fl. 153 à 158, pelo que condenam os embargantes nas respectivas custas.

Supremo Tribunal Federal, 18 de agosto de 1897. — Aquino e Castro, P. — Manuel Murtinho. — André Cavalcanti. — H. do Espírito Santo. — Bernardino Ferreira. — Ribeiro de Almeida. — Pereira Franco.

Foi presente ao julgamento o Sr. Ministro procurador geral, Figueiredo Júnior.

II

CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N.º 428

PARECER

CONSULTA

É constitucional a disposição do art. 1.º, n. 13 da lei n. 428, de 10 de dezembro de 1896, impondo a taxa de fr. 0.10 ouro por palavra de telegrama em percurso nos cabos da *Brazilian Submarine Telegraph Company, Limited*, em face dos arts. 11, § 1.º e 72, §§ 2.º da Constituição da República?

Tendo-se em vista a circunstância de que os aludidos cabos transmitem grande número de telegramas estrangeiros que apenas transitam pela República e atendendo-se ao caráter individual e exclusivo de tal impôsto?

Rio de Janeiro, 4 de março de 1897.

Vai a resposta em separado — Rio, 8 de abril, 1897.

RUI BARBOSA.

Parecer

A constituição da república, art. 72, § 2.º, determina que

Todos são iguais perante a lei.

Essa garantia constitucional abrange indistintamente brasileiros e *estrangeiros*, visto que êsse artigo, no seu princípio, declara:

A constituição assegura a brasileiros e *estrangeiros* residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, a segurança individual e à *propriedade* nos termos seguintes.

No princípio de igualdade constitucional, assim estabelecido, se compreendem tanto os indivíduos, quanto *as associações*, pelo que toca a êsses direitos, um dos quais é especificamente o de propriedade: porquanto, pelo § 8.º do art. 72,

A todos é lícito associarem-se livremente.

A propriedade é uma das condições de existência das associações, e, por consequência, estas devem ser tratadas com igualdade pelo poder legislativo na decretação das regras que interessarem a fortuna das entidades coletivas.

É manifesta a relação do preceito estatuído no art. 72, § 2.º, com o régimen dos impostos. A autoridade discrecionária do congresso, a êsse respeito,

é ilimitada, contanto que não atente contra os limites fixados por garantias constitucionais. Uma dessas é a da igualdade perante a lei. Ela não quer dizer que todos os cidadãos, ou tôdas as associações hajam de ser tributados segundo uma medida invariável. Praticamente a participação de todo em todo igual nos encargos públicos é irrealizável. Ao poder tributário da legislatura cabe indubitavelmente o arbítrio de variar os ônus fiscais, segundo a situação dos contribuintes, de classe a classe de indivíduos, ou de associações. É, até certo ponto, nisso mesmo que a lei da igualdade consiste. Pode, todavia, haver nessa distribuição desigualdades evitáveis, ou inevitáveis, que não atentem positivamente contra o princípio da igualdade constitucional; e o remédio, em tais casos, é meramente legislativo, não judiciário. Há impostos, que se encontram, que se duplicam, ou exageram em detrimento de certas categorias de fortuna, ou certas situações sociais, sem que tenha lugar a ação da justiça, por ser antes econômico, ou administrativo, do que constitucional o defeito da lei.

Esta só incorre em vício rigorosamente constitucional, perdendo, portanto, a sua força obrigatória perante os tribunais, no régimen americano, que o Brasil adotou, quando o tributo estabelece exclusões, agravações, ou especificações, destinadas a beneficiar, ou sacrificar, na mesma classe de fortunas ou pessoas, certas e determinadas individualidades, ou propriedades, idênticas às outras compreendidas no gravame, ou dêle excluídas.

Impostos de tal natureza, ainda quando não fôssem opostos ao princípio terminante da igualdade perante a lei, seriam inconstitucionais, por contrários a própria natureza científica e constitucional do im-

pôsto. Este pode tornar-se um meio terrível de opressão, ou favoritismo nas mãos do legislador, se êle puder convertê-lo em arma de proteger, ou perseguir.

Transcreverei, para autorizar e definir melhor o meu pensamento, a opinião de constitucionalistas americanos, dos mais respeitáveis.

THOMAS COOLEY, no seu *Treatise on the Law of Taxation* (Chicago, 1886), p. 169-71, escreve:

Inequality does not necessarily follow the restricting of a tax to a few subjects only, or even to a single subject. Such a restricted tax might, on the other hand, under some circumstances, be as equal and just as any that could be laid. A tax laid exclusively on merchant's goods might not be burdensome to those who, in the first instance, paid it, since the effect would only be to increase the price to the consumer, and thus to diffuse the burden through the whole community. A license tax might not be unjust thought laid upon a single occupation, *provided that it was so laid that none who followed that occupation escaped it. Let it reach all of a class either of persons or things*, it matters not whether those included in it be one or many, or whether they reside in any particular locality or are scattered all over the state. *But when, for any reason, it becomes discriminative between individuals of the class taxed, and selects some for an exceptional burden, the tax is deprived of the necessary element of legal equality, and becomes inadmissible. It is immaterial on what ground the selection is made: whether it be because of residence in a particular portion of the taxing district, or because the persons selected have been remiss in meeting a former tax for the same purpose, or because of any other reason, plausible or otherwise; for if the principle of selection be once admitted, limits cannot be set to it, and it may be made use of for the purposes of oppression, or even of punishment.* It might also be made use of to give special privileges in the nature of monopolies; as if loans of money were in general taxed, but those made by named persons, or by residents of a named locality were exempted Even within the class taxed, however,

there may be rules of distinction, and these are perfectly admissible, *provided they are general rules and are observed*. If a state, for example, were to decide to levy an occupation tax upon one of the leamed professions, it might decide to lay the same tax upon each member, or it might discriminate so that the tax should be proportioned to the professional income. Either course would be admissible, *provided the rule were made general*.

Na causa *In re Washington Avenue*, o juiz Agnew, disse :

I admit that the power to tax is unbounded by any express limit in the constitution But, nevertheless, taxation is bounded in its exercise by its own nature, essential characteristics and purpose Like the rain, it may fall upon the people in districts and towns; but still it must be public in its purpose, reasonably just and *equal in its distribution*, and can not sacrifice individual right by a palpably unjust taxation. To do so is confiscation, not taxation; extortion, not assessment; and falls within the clearly implied restriction in the Bill of Rights.

Mr. CLARK HARE, citando, no seu *American Constitutional Law* (Boston, 1889), p. 292-3, vol. I, essa pinião judiciária observa :

An exact equalization of taxation is difficult, if not impracticable, and an attempt to enforce it through the courts would cripple, if not defeat, a power which must be exercised with some latitude in order to be effectual; but there are fixed boundaries which the legislature cannot pass. It needs no argument to prove that in a government which is not omnipotent, and is, on the contrary, hedged in by guarantees of private rights, there cannot be unlimited power to concentrate the public burdens *in certain specified things, classes, or persons*.

E ainda (a pág. 293) :

Persons engaged in the same trade or calling must be taxed uniformly.

Mr. CAMPBELL BLACK, no seu *Hand-book of American Constitutional Law* (St. Paul, Minn., 1895), a pág. 344, pronuncia-se assim :

"... But still, when the particular case is on its face so palpably oppressive and unequal as to furnish conclusive evidence *that equality was not sought for but avoided*, and that confiscation, instead of lawful taxation, was designed, *then it is the right and duty of the judiciary to declare that the legislative body has overstepped the limits of its legal discretion*".

Adiante ainda se lhe encontram estas palavras, concludentes para a espécie :

And when a principle of classification is then adopted, the interference of the judicial department will not be justified, unless the classification adopted should be based upon an invidious and unreasonable distinction or differente *to similar kinds of property*.

Ora a disposição da lei n. 428, de 10 de dezembro de 1896, art. 1.º, n. 11, sôbre que versa a consulta, anuncia-se dêste modo :

Renda dos telégrafos elétricos, inclusive a taxa de fr. 0,10, ouro por palavra de telegrama em percurso nos cabos da *Brazilian Submarine Company, limited*.

Evidentemente, na parte em que submete à taxa de fr. 0,10, ouro, os telegramas em percurso nas linhas dessa companhia, êsse texto cria um impôsto individualmente peculiar a ela. É uma contribuição declaradamente lançada sôbre um só contribuinte. Se a disposição tivesse em mira, não onerar uma associação singularmente, mas a indústria por ela representada e suscetível de ser exercida por outras entidades semelhantes, os seus têrmos seriam gerais, como costumam ser os das leis tributárias, e designariam

a indústria tributada, para abranger assim aquêles que a exercessem.

O impôsto, de que se trata, pois, é um impôsto nominativo e singular para uma só pessoa. Esse caráter individual e exclusivo imprime-lhe claramente, no meu entender, uma feição palpável de desigualdade flagrantemente inconciliável com o princípio constitucional.

Ora, perante a constituição brasileira, arts. 49 e 50, os atos legislativos, que a ofenderem, contemtam-se e anulam-se por ação judicial.

Nesse caso está o impôsto em questão.

Este o meu parecer.

Rio de Janeiro, 8 de abril, 1897.

RUI BARBOSA.

III

TEMPO DE SERVIÇO NAS FÔRÇAS ARMADAS

Cômputo do Desempenho de Mandato Legislativo

PARECER

CONSULTA (*)

O decreto n.º 1.388, de 21 de fevereiro de 1891, dispõe em seu art. 1.º:

"Os oficiais arregimentados e os dos corpos especiais contarão, *para todos os efeitos*, o tempo decorrido no desempenho do mandato legislativo no *Congresso Federal*, etc."

Pelo decreto legislativo n.º 34, de 12 de janeiro de 1892, tornou-se extensiva esta disposição aos oficiais do *exército e da armada eleitos membros dos Congressos dos Estados*.

O art. 13 do decreto n.º 5.461, de 12 de novembro de 1873, já mandava contar aos oficiais da armada, membros do Senado e da Câmara, o tempo de exercício de mandato para os efeitos da *antiguidade e da reforma*.

A, oficial da Armada, exerceu o mandato de Deputado desde 15 de novembro de 1890 até 11 de junho de 1892, e deseja saber:

1.º Em face dos decretos supra, n.ºs 1.388, de 21 de fevereiro de 1891 e 34, de 12 de janeiro de 1892 e do art. 85 da Constituição, deve-se-lhe contar *para todos os efeitos* o tempo durante o qual exerceu o mandato?

No caso afirmativo:

2.º Desde quando se lhe deve contar esse tempo a partir de 15 de novembro de 1890, ou de 21 de fevereiro de 1891?

3.º Dando-se a contagem do tempo para os seguintes efeitos — antiguidade, reforma e promoção, e exigindo a lei, como condição para a promoção, *dois anos* de embarque — diante das palavras "*para todos os efeitos*" — o tempo de exercício de mandato legislativo deve ou não ser

(*) *Anais do Senado*, 1898 — Discurso do Senador Belfort Vieira.

contado para o efeito da promoção como equivalente a tempo de embarque?

4.º O decreto n.º 704, de 29 de dezembro de 1891 e o de n.º 807, de 2 de maio de 1892 — obstam ou podem obstar a que o tempo de exercício de mandato legislativo seja considerado como equivalente a tempo de embarque?

Belfort Vieira.

Parecer

I

Em face do decreto n.º 1.388, de 21 de fevereiro de 1891, combinado com o decreto n.º 34, de 12 de janeiro de 1892, é indubitável que A, oficial da Armada, tem direito a se lhe contar para todos os efeitos o tempo, durante o qual, exerceu o mandato de representante da Nação no Congresso Federal.

Se o decreto n.º 1.388, art. 1.º, aludia unicamente aos oficiais do Exército, em relação ao seu tempo de mandato no Congresso Federal, o decreto n.º 34, ampliando essa disposição, quanto aos oficiais de terra e *mar*, a respeito do tempo em que exercerem cargo eletivo nos *Congressos dos Estados*, evidentemente pressupõe já extensivo êsse direito aos oficiais de marinha Deputados ou Senadores na legislatura da União.

Uma ampliação contém-se na outra, como o menos se contém no mais. E depois, à vista do disposto na Constituição da República, art. 85, os oficiais do Exército não podiam gozar de vantagem, que não coubessem também *ipso jure* aos da Armada.

II

Êsse tempo há de contar-se-lhe desde que o oficial, de que se trata, tem assento no Congresso

Federal, uma vez que as expressões do decreto de 21 de fevereiro de 1891 são estas : Os oficiais arregimentados dos corpos especiais, contarão, para todos os efeitos, o tempo *decorrido* no desempenho do mandato legislativo no Congresso Federal.

O particípio *decorrido* refere-se gramaticalmente ao passado, abrangendo em si desde o seu começo a duração do Congresso Federal, para compreender no benefício do texto quanto a êsse espaço de tempo, os oficiais, a que êsse texto alude.

E desde que, por força do preceito constitucional, êle se tornou comum à officialidade naval, a esta aproveita com a mesma plenitude do favor outorgado aos oficiais de terra.

Nem se argua que, constitucionalmente a lei não pode ser retroativa. Seria não saber a significação do princípio da irretroatividade das leis. Há leis que podem ser retroativas, e há leis, que necessariamente o são.

Pelo cânon constitucional da irretroatividade o que se veda é a retroação em matéria penal, das leis desfavoráveis ao indivíduo e, em matéria civil, das que se opuserem a direitos adquiridos, ou romperem as obrigações dos contratos.

Em qualquer esfera, porém, as leis *que não diminuem ou coatom direitos anteriores*, podem ser retroativas.

O contrário daria lugar a disparates, que envergonhariam o legislador constituinte, cuja linguagem, em matéria de retroatividade das leis, tem a sua definição nas noções universais de direito acêrca do assunto.

III

Antes da República o decreto n.º 5.461, de 12 de novembro de 1873, art. 13, já mandava contar o tempo de serviço legislativo para a antiguidade e a reforma. Havia então um efeito que se não atribuía ao tempo de mandato legislativo. Era o de ser equiparado ao tempo de embarque. Esse efeito, porém, não me parece lógico recusar-lhe agora, desde que o decreto de 21 de fevereiro de 1891, ampliado pelo pacto federal, art. 85 e pelo decreto n.º 34, de 12 de janeiro de 1892, atribui ao exercício da função parlamentar *todos os efeitos* de serviço no Exército ou na Armada.

IV

Esse direito, criado por atos legislativos, não pode ser derogado, por atos do Poder Executivo, como são o decreto n.º 704, de 29 de dezembro de 1891, e o decreto n.º 807, de 2 de maio de 1892.

Este, meu parecer, salvo melhor juízo.

..

RUI BARBOSA.

IV

AÇÃO REIVINDICATÓRIA

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

★

Enrique Venâncio Solano Lopez

e

J. B. Medici, AA.

Cia. Mate Laranjeira, Ré

★

Estado de Mato Grosso, Excipiente

Excetos, os AA.

Litisconsorte : União Federal

7 Na ação de reivindicações o

O possuidor de boa fi, acrescentam
esses prazitos; deve ser condenado ao res-
tamento da liti. contestação em diante. "Eles,
de com os frutos consumidos se foge mais
rico, parece justo restituir, pela regra - in
quam dno. locupletat - com danno de ou-
trm." (Ibid., " 110.) Esta regra é in-
questionável, e nas o é menos o exorbitante
deduzido.

2.. Ora mas se pode contestar que a Companhia state e thaxayana, constituida especialmente para explorar e desenvolver os terrenos cuja propriedade o elle affirmava, e cuja posse reclama, se fizesse mais uma, ou laxeitasse a sua cota deller. Mas sta- que emio: a elle deu, mas eo a sua propriedade, como a propria funde, ~~sta~~ a

Manuscrito das razões produzidas pelo Censelheiro Rui BARBOSA
na causa Solano Lopez.

NOTA DO REVISOR

Por decreto de 6 de junho de 1865, do vice-chefe de Estado, em obediência a ordem do Supremo Govêrno da República, obteve D.^a Elisa Alice Lynch, súdita inglesa domiciliada em Assunção, do Govêrno da República do Paraguai, a título de compra, uma propriedade consistente no território delimitado pelos rios Ivinheima, ao norte; Paraná, a leste; Igatimí, ao sul; e pela Serra de Amambá, ao oeste.

Ultimadas as formalidades exigidas a 25 de outubro, a 15 de janeiro seguinte (1866) efetuava-se solenemente a posse do território adquirido, sendo sua titular representada no ato pelo Comandante Militar da Divisão do Norte, Martin Urbietta, assistido por Benigno Dias e Manuel Martinez, conforme têrmo lavrado na Vila de Miranda. (Fô-lhas 28-32, escritura constante dos autos da Ap. Civ. 683.)

Terminada a guerra da vizinha República com o Império do Brasil, passou o território ao *domínio eminente* de nosso País, na jurisdição da província de Mato Grosso, *ex-vi* do Tratado de limites celebrado a 9 de janeiro de 1872, e promulgado pelo decreto imperial n.º 4.911, de 27 de março de 1872.

Falecendo D.^a Elisa Lynch, sucedeu-lhe, como herdeiro universal, seu filho, Enrique Venâncio Solano Lopez, único sobrevivente dos acontecimentos de Cerro Corá, nascido de sua união de fato com o antigo *Supremo* da República do Paraguai, Marechal Francisco Solano Lopez.

Em carta de Buenos Aires, onde residia, datada de 24 de abril de 1896, solicitou D. Enrique Solano Lopez o parecer do Conselheiro Rui Barbosa para o fim de saber se seus títulos referentes à propriedade de Igatimí, em Mato Grosso, adquirida por sua mãe, se achavam revestidos das

formalidades requeridas pelas legislação brasileira; e também se a Lei Torrens estava em vigor (*).

A 13 de junho de 1896 enviou o Conselheiro seu parecer, em carta endereçada ao consulente, documento que ora inserimos no princípio do opúsculo, tal como se acha no seu original manuscrito.

Anteriormente, o cidadão Tomás Laranjeira, por uma série de atos governamentais, havia conseguido o arrendamento do território em litígio, para exploração da erva-mate, convertendo mais tarde em sociedade anônima, sob o nome de Companhia Mate Laranjeira, a concessão outorgada. Mais ou menos nessa época, requereu D. Enrique Lopez ao Governo do Estado de Mato Grosso, *locus rei sitae*, inscrição de seus títulos na repartição competente, sendo indeferido o pedido pelas autoridades locais, por despacho de 15 de outubro de 1892 (fls. 50, dos autos) mas afinal, inscritos na comarca de Corumbá.

Dada a resposta favorável do Conselheiro Rui Barbosa, no que concerne à validade dos títulos ante as leis brasileiras, intentou D. Solano Lopez ação reivindicatória, para reaver a propriedade a que se considerava com direito.

Proposta no fôro da Capital Federal, sede da Companhia ré, a 17 de julho de 1896, foi na fase inicial da demanda, argüida *exceptio declinatoria fori* pelo Estado de Mato Grosso, atuando no feito o advogado Antônio Francisco de Azeredo, que entendia não ser competente o juízo desta Capital, e sim o Juízo Federal de Mato Grosso, em virtude da situação do imóvel questionado, e da qualidade de litisconsorte da União Federal.

Assinaram a petição inicial Rui Barbosa e Domingos Olímpio Cavalcanti.

Como advogado do autor, opôs o Conselheiro Rui Barbosa, nessa fase, impugnação à exceção argüida, integrando o seu trabalho o texto que enfeixamos no opúsculo (**).

Por despacho de 27 de outubro de 1897, o Juiz Federal Godofredo Xavier da Cunha rejeitou a exceção, sendo inter-

(*) Original do próprio punho do interessado, conservado no arquivo da Casa de Rui Barbosa.

(**) Acusado, mais tarde, por ter aceito o patrocínio desta causa, assim se exprimiu Rui Barbosa:

"Defendi, é certo, o filho do Lopez no começo do seu pleito. E por que não? Só lamento não lhe ter podido grangear o triunfo, que

posto recurso de agravo (N.º 223) para o Supremo Tribunal Federal. Minutado e contraminutado, foi, na suprema instância, distribuído ao Ministro Américo Lobo. Na sessão de 17 de novembro de 1897, o Supremo Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao agravo, para o fim de revogar o despacho recorrido, e julgar competente o Juízo Federal da Seção de Mato Grosso.

Proposta nova ação perante o Juízo Federal daquele Estado, funcionaram como advogados, por parte dos A.A., Enrique Solano Lopez e J. B. Medici, os Srs. José da Silva Costa Neto e Ulisses de Carvalho Brandão, não mais intervindo na lide o Conselheiro Rui. Pelo Estado de Mato Grosso atuou como seu patrono o advogado Francisco Barbosa de Resende.

Por sentença de 18 de outubro de 1900, o Juiz João de Moraes e Matos julgou os A.A. carecedores da ação (fls. 292-94). Interposta apelação, foi essa julgada pela Suprema Côrte a 17 de dezembro de 1902, sendo relator o Ministro André Cavalcanti. Confirmou-se a sentença recorrida, sob, entre outros fundamentos, o de que, não pertencendo ao Governo do Paraguai o território questionado e vendido à Sra. Lynch, ilegítimo e nulo era o título dos Autores apelantes (fls. 340-351). Opostos embargos, foram estes rejeitados por acórdão de 11 de outubro de 1904 (fls. 368), ficando mantida a decisão de 1.ª instância.

a justiça lhe devia. Esse paraguaio não pretendia levar terras da soberania do Brasil para o Paraguai. Reclamava apenas o domínio *privado* sobre um imóvel que lhe pertencia, e que, decidida a causa a seu favor, continuaria a pertencer ao território brasileiro. As nossas leis não vedam ao estrangeiro possuir terras neste país. Centenas de milhares de estrangeiros são, entre nós, proprietários territoriais. O caso do Lopez Filho era, portanto, idêntico ao de qualquer desses europeus, que possuem meio Rio de Janeiro, e, se o governo, ou a municipalidade fluminense, lhes quisessem confiscar as suas propriedades, certamente não deixariam de reagir nos tribunais brasileiros, nem de encontrar advogados entre os homens mais honestos e os melhores patriotas”.

(Carta ao dr. CANUTO DE FIGUEIREDO).

Petrópolis, 25 de abril de 1905.

(Correspondência — *H. Pires*, S. Paulo, 1933 — pág. 147; v. ainda *Discurso no Senado* a 13 de outubro de 1896 — Resposta a César Zama — *Obras Seletas de Rui Barbosa*, Rio, 1955, vol. II, p. 332).

1 - Carta

Rio, 13 de junho, 1896.

Ilm.º Sr. D. Solano Lopez.

Em resposta à consulta que V. Ex. me dirige, cumpro responder-lhe:

1.º) que o registro Torrens ainda não se acha em vigor no Brasil, por não ter sido regulamentada a lei, que o estabeleceu;

2.º) que são válidos, perante as leis brasileiras, os documentos, com que V. Ex. demonstra a sua propriedade sobre as terras, hoje, brasileiras, compradas por sua mãe, Mme. Lynch, ao govêrno paraguaio.

Com tôda a consideração, de V. Ex.

RUI BARBOSA.

2 - Impugnação dos Artigos da Exceção de Incompetência

1. Na ação de reivindicação o A. não só pede ser declarado senhor da coisa que reivindica, senão também que lha restituam "com todos os seus acessórios, *rendimentos* e indenização de deteriorações". (CORREIA TELES e T. DE FREITAS : *Doutr. das Aç.*, § 39, p. 59.)

O possuidor de boa fé, acrescentam êsses praxistas, deve ser condenado aos rendimentos da litis contestação em diante. "*Mas, se com os frutos consumidos se fêz mais rico, parece justo restituir, pela regra. — Ninguém deve locupletar-se com dano de outrem*". (*Ibid.*, n.º 110). Esta regra é inquestionável, e não o é menos o corolário deduzido.

2. Ora, não se pode contestar que a Companhia Mate e Laranjeiras, constituída especialmente para explorar e desfrutar os terrenos, cuja propriedade o A. afirma, e cuja posse reclama, se fizesse mais rica, ou locupletasse à custa dêles. Mais do que isso : a êles deve, não só a sua prosperidade, como a própria fazenda, que a substância do seu cabedal e até a sua existência, uma vez que não foi organizada, senão para extrair lucro e fortuna daquelas terras, para viver do seu produto.

Logo, dêsses frutos tem de dar conta ao dono do solo, e tem de dá-la pela ação de reivindicação, pela qual se reclama, ao mesmo tempo, a posse, de quem a exercer, e os frutos, de quem os percebeu.

3. Mas, "sendo dois ou mais os réus, e sujeitos a diversas competências, o autor *aciona todos no juízo domiciliar de um dêles*". (P. E SOUSA : *Prim. Lin.*, n.º 55, p. 37.) "A necessidade de não dividir a continência das causas, a fim de evitar incômodos e despesas inúteis, e com a possibilidade de aparecerem julgamentos contraditórios, faz com que a conexidade das causas torne competente para tôdas o juiz, que sem esta circunstância seria incompetente; e isto se verifica ou quando há dois ou mais litisconsortes, sujeitos a diversas jurisdições, caso êste em que o autor pode demandar a todos perante o tribunal do domicílio de um dêles..." (P. BATISTA : *Proc. Civ.*, § 59, pág. 71). "Resulta o fôro *continentiae causae* da indivisibilidade, que a lei deu às causas mistas, *comuns* e *conexas*, a fim de que sejam tôdas processadas e julgadas pelo mesmo juiz?... São continentes as causas... quando há muitos consortes da lide, sujeitos a jurisdições diversas". (RAMALHO : *Praxe*, § 12, págs. 19-20). "Fôro competente por conexão de negócio é aquêlê, em que é tratada uma causa, que a êle devera ser estranha, pela íntima conexão que tem com a outra; como quando o julgamento de uma importa o da outra, ou quando existem dois ou mais litisconsortes sujeitos a diversas jurisdições". (RIBAS : *Consolid.*, art. 174). Fr. 1,2 D. *de quibus rebus ad eundem iudicem eatur*, X, 2. L. 10 C. *de judiciis*, III, 1. Cód. do proc. civ. fr. art. 59, § 2. Cód. proc. civ. ital. art. 98. BOITARD : *Proced. Civ.*, ed. belg., v. I, págs. 94-5. GARSONNET, *Traité de proced. civ.*, v. I,

págs. 727-28. GALDI, PISANELLI, SCIALOJA e MANCINI, *Comment. del Cod. di proced. Civ.*, v. III, páginas 241-2. SAREDO : *Istit. di proc. civ.*, v. I, páginas 242, 244, n.^{os} 338, 340.

4. Verificada a conexão, a escolha entre os vários foros domiciliares dos consortes na lide toca livremente ao réu, que pode eleger, das várias jurisdições competentes *ratione loci*, a do réu mais interessado, ou a do menos interessado nas consequências do pleito. Com efeito a nossa jurisprudência não estabelece, a êsse respeito, distinção alguma, nem há legislação que a faça, a não ser a da Áustria, cuja iniciativa não tem imitadores, nem merece aplauso. "Codesto sistema avvrebbe gravi inconvenienti; come quello che esige una prima controversia, per decidere quale fra le persone interessate abbia nella causa un interesse maggiore delle altre: il che nuocerebbe al sollecito corso del procedimento". (SAREDO, *op. cit.*, pág. 242, n.^o 338).

Competente é, portanto, o fôro escolhido, contanto que seja o de um dos responsáveis no objeto da ação, ainda quando êsse co-réu fôr um dos que menor parte devam ter na condenação pedida :

La scelta spetta all'attore, e la maggior libertà gli è lasciata nel farla, purchè l'autorità che adisce sia competente per uno dei correi, *senza badare che questo abbia nella causa in interesse maggior degli altri.*

(CUZZERI: *Il cod. it. di proc. civ. illustr.*, v. I, pág. 341.)

5. De sorte que, numa causa onde se pleiteia contra um réu pela posse de um imóvel, de um latifúndio, e contra outro, ou outros apenas pelos frutos, o autor pode optar, a seu talante, pelo fôro dos últi-

mos, ainda que o principal interessado no litígio seja o primeiro.

6. Ora, na questão vertente, o autor não demandava a União e a Companhia Mate e Laranjeiras unicamente pelo domínio e posse das terras, de que se trata, senão também pelos seus frutos, cuja restituição incumbia parte a uma, parte à outra : a União pelo tempo decorrido até ao contrato com a Companhia, e esta pelo período posterior a êsse contrato até o têrmo da lide. É o que se acha expresso na petição inicial, fl.

7. Logo, ainda postas fora da causa a União e a Companhia, por se não considerarem possuidoras do imóvel reivindicado, ligadas ficarão uma e outra ao pleito como responsáveis pelos frutos, com cuja restituição nada tem o Estado de Mato Grosso, ao menos até à litiscontestação. (CORREIA TELES e T. DE FREITAS: *Doutr. das aç.*, p. 59, n.º 110.)

8. Não se dá, portanto, a hipótese, em que, feita a nomeação à autoria, o nomeado assume a posição do réu, excluindo o que nomeou, e declinando, portanto, do domicílio dêste para o seu. Do texto da Ord. 1. III, t. 45, § 10, assento primitivo de todo o nosso direito no assunto, se evidencia que a substituição do nomeante pelo nomeado não se autoriza senão no pressuposto, de que o primeiro responda, no feito, unicamente como possuidor da coisa, sem outra obrigação, para com a pessoa que a demanda, além da restituição da posse. Em tal caso, como quem está de posse é o nomeado à autoria, êste sucede ao outro na causa, sem se prejudicar a situação do autor, diminuindo-lhe as garantias do seu direito.

Cessa, porém, manifestamente essa disposição, por cessar a sua razão, se o que chama, para defender a coisa, aquê de quem a houve, ficou, pelos frutos com que ela o locupletar, na condição de responder por êles ao autor. Nessa hipótese há necessariamente dois réus: o responsável pela coisa e o responsável pelos rendimentos, o que nomeou à autoria e o nomeado à autoria.

Essa instituição do chamado e nomeação à autoria, conhecida pelos romanos sob o nome de *auctoritas* (Fr. 76 D. *de evict.*, XXI, 2; PAULO, *Sentent.*, II, 18, §§ 1 e 3) e mal estudada entre nós, rege-se nos códigos modernos mais ou menos pelas mesmas normas que nas nossas Odenações, 1. III, t. 44 e 45. *Appell en garantie* e *chiamata in garantia* lhe chamam franceses e italianos. Entre êles também o *garante* (o chamado ou nomeado à autoria) pode excluir da causa o *garantido* (a pessoa que o chama à autoria): “Nei casi di garantia per azioni reali, il garante può assumere la causa del convenuto (pode assumir a causa do réu), e queste può assumere la causa del convenuto (pode assumir a causa do réu), e queste può chiedere di esser messo fuori di causa”. (*Cód do proc. civ. it.*, art. 198) PISANELLI, SCIALOJA, MANCINI e GALDI, no seu monumental comentário (vol. IV, pág. 255), explicando êsse texto, dizem: “L’oggetto del giudizio è la res. Intorno à quel’oggetto reale e materiale se travagliano il revindicante e i defensori. Sempronio, chiamato in garanzia, può assumere la difesa totale, surrogarsi alla difesa di Caio. Ciò è permesso dalla legge, PERCHE NON RENDE IN VERUN MODO DETE-RIORE LA CONDIZIONE DEL ATTORE”.

PESCATORE, "il sommo Pescatore", é como o qualificam os seus compatriotas, o maior dos processualistas italianos de nosso tempo, acentua essa ressalva, advertindo, a propósito do caso em que "*il possessore ha percepito i frutti*", e "alla domanda di rivendicazione l'attore aggiunge un'azione personal accessoria, cio è *la domanda in restituzione dei frutti e in risarcimento dei danni*", que

in simili casi il convenuto, obbligato personalmente, all'attore *non avrebbe diritto di dimettersi dal giudizio* (em casos tais o réu, pessoalmente obrigado para com o autor, não teria o direito de exonerar-se da ação).

— PESCATORE: *Sposizione compendiosa della proced. civ. e crim.*, v. I, parte I, pág. 230.

MATTIROLO expende a mesma doutrina, observando que o direito do que chama à autoria (*il garantito*) a cessar de ser réu, só se verifica "*se non è chiamato a rispondere di alcuna sua obbligazione personale verso l'attore principale*". (*Tratt. di dir. giud. civ. ital.*, v. III, pág. 610, n.º 725). Essa noção encontra-se, até, na obra elementar de MORTARA (*Principii di proced. civ.*, n.º 86, pág. 137): "*Egli può intervenire nel giudizio ed assumere la controversia in luogo del convenuto principale che può allora essere messo fuori di causa, salvo che abbia inoltre qualche obbligo personale in contestazione*".

9. A exceção, que se acaba de firmar, não se acha consagrada nos textos legislativos. Êsses consagram amplamente, como se viu no art. 198 do cód. do proc. civ. italiano, acima transcrito, o direito do que nomeia à autoria a "*esser messo fuori di causa*", isto é, a deixar a responsabilidade da ação única-

mente à conta do nomeado. Essa a regra; e a lei não consigna senão a regra. A exceção, foi a jurisprudência que a inferiu dos motivos da lei.

Acima das regras do processo peculiares ao incidente da autoria estão com efeito os princípios gerais do direito que impõe a condição do réu a todos os vinculados por obrigações pessoais ou reais à mesma causa, ou a causas inseparáveis. A tódia a obrigação corresponde, no obrigado, a necessidade inevitável de responder à ação competente. Quando, portanto, os textos especiais do processo determinam (dec. n.º 848, art. 153) que, vindo a juízo o chamado à autoria, com êle prosseguirá a causa, sem que seja lícito ao autor a escolha de litigar com o réu principal, ou com o chamado à autoria, é no pressuposto de que o chamado à autoria carregue com a responsabilidade total do pedido, e o que o chamou não tenha parte pessoal nas obrigações demandadas. Se o que se pleiteia, é sòmente a coisa possuída, comparcendo a juízo o possuidor, estão satisfeitos completamente os direitos do autor, que nenhum motivo razoável teria para insistir pela presença do primitivo réu. O que se litigava, era a coisa, e a coisa está representada por aquêle que a possui.

Mas se, além da posse da coisa, se demandam acessoriamente *obrigações* inerentes à pessoa daquele contra quem se intentou a ação, a nomeação à autoria, exonerando-o da responsabilidade pela entrega do objeto reclamado, não o exime da sua parte na condenação pelos encargos accessórios, a cuja satisfação está pessoalmente vinculado.

A lei não podia atribuir à nomeação à autoria a virtude extravagante de beneficiar o réu a expen-

sas do autor, extinguindo neste um direito adquirido e naquele uma obrigação pessoal. Quando essa obrigação pessoal existe, como na hipótese em que se aciona o detentor da coisa pelos seus frutos, o acionado, no concernente a êstes, continua a ser réu, bem que no tocante à coisa já o não seja.

Aplicando à espécie em questão, perguntaremos: quem embolsará ao A., na hipótese de condenação, a importância dos frutos do imóvel correspondentes ao tempo decorrido até à data em que a constituição republicana transferiu para os Estados as terras devolutas? quem lhe pagará, outrossim, a indenização relativa ao período vencido até à litiscontestação? Certamente não é o Estado de Mato Grosso, mas a União e a Companhia acionada. E por que ação se têm de cobrar êsses frutos? Por outra? Não, por esta, uma vez que essa demanda é, por sua natureza, accessória à reivindicacão. Logo, a nomeação à autoria, cuja confusão com o chamado à autoria não é (como se figura nos artigos de excepção) obra do A., mas do decr. n.º 848, de 1890, não pode excluir da causa nem a União nem a Companhia. Ficará sendo réu o governo de Mato Grosso, para defender contra o A. o domínio do imóvel. Mas a União e a Companhia, quanto ao ressarcimento dos frutos, pelo qual são responsáveis, não podem ser defendidas senão por elas mesmas.

São, portanto, inevitavelmente rés.

10. Ora a Companhia Mate e Laranjeiras tem e confessa a sua sede nesta capital (doc. a fl. 55).

Logo, pelo direito, indisputável ao autor, de escolher entre os consortes na lide aquêlê cujo domi-

cílio determinará o fôro do pleito supra, n.º 3 e 4, é inegável o desta capital, por onde se propôs a ação.

11. Não sendo, pois, de receber a exceção de fls. 85-6, deve ser rejeitada, para continuar a ação a correr contra a União, a Companhia Mate e Laranjeiras e o Estado de Mato Grosso, representado aqui pelo seu legítimo procurador.

Rio de Janeiro, 21 de agosto de 1897.

RUI BARBOSA.

NOTAS DE PRÓPRIO PUNHO DO CONSELHEIRO RUI BARBOSA
PARA ESTUDO DO PROBLEMA SUSCITADO PELA EXCEÇÃO

QUESTÃO S. LOPEZ

Exceção de incompet.

Sendo muitos os réus, todos sujeitos ao fôro do seu domicílio, e este diferente de uns para outros, o A. tem o arbitrio da escolha.

Galdi, v. III, p. 241-2.

Cuzzere I, 341.

Pescatore I, 170-71.

Garsonnet I, p. 727-8.

Boitard, ed. belg. I, 94-5.

Saredo I, p. 242, 244.

Cod. pr. civ. it., a 98.

C. pr. civ. fr., a 59.

Ribas, a 174

Ram., p. 20.

P. e Sousa, n. 55, p. 37.

P. Batista, p. 71.

AUTORIA

(Chamado, nomeação à)

— *Ann. della proc. civile* I, 359, — II, 451. — III, 378. — IV, 336.

— V, 354. — VI, 323. — VII, 1889. — VII, 330. — IX, 418,

— X, 384. — XI, 343. — XII, 376.

— *Archivio Giuridico* XXXIII, p. 388.

QUESTÃO LOPEZ

— *MARTENS: Précis*, 132, 151.

— *PIÉDILIEVRE*: I, 124, 130, 366, 367, 373, II, 314, 315.

— *FIORE: Dir. Int. Cod.*, 419-20.

- SALOMON: 7, 8, 9, 10-13, 14, 334-7, 345-6.
- HALLECK: I, 152-3.
- JÈZE: 314, 337-41, 310-13.
- CARNAZZA-AMARI: 24, 22.
- GROTIUS: I, 256-7.
- BLUNTSCHLI: *Dr. Int. Cod.*, p. 174-5, 179, 410.
- CALVO: I, 258. IV, 248-9, 399-401. V, 380.
- DUDLEY FIELD: 22, 441, 616-7.
- HEFFTER, p. 304.
- WESTLAKE: *Chapters*, p. 129-34, 145, 147-9.
- HOLTZENDORFF, 174.
- WHEATON, 467-9, 267, 707-9.
- HALL, 523, 527, 515, 519.
- GIORGI: *Obblig.*, VI, p. 444-57.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AGRAVO Nº 223

ACÓRDÃO

N. 223. — Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo que o Estado de Mato Grosso, nomeado à demanda, nos têrmos da Ord. Liv. 3.º, T. 45, § 10, pela Companhia *Mate Laranjeira*, cuja sede é nesta Capital, depois de ter sido citado na pessoa de seu presidente, a requerimento do autor, ora agravado, Henrique Solano Lopez, cidadão paraguaio, residente na República Argentina, interpõe do despacho a fls. 97 v. e 98, onde o juiz federal dêste distrito desprezou os artigos da exceção de fl. 85 e, atentas as cláusulas *b*, *c*, e *f* do art. 60 da Constituição, declarou-se competente para processar e julgar esta demanda intentada originariamente contra a União e a sobredita Companhia, para lhes ser reivindicado o território sito em Mato Grosso entre os rios Ivinheima ao norte, Paraná a leste, Iguatemi ao sul e a serra do Amambai a oeste, com superficie excedente a 33.000 quilômetros quadrados, assim como para o pagamento do valor dos frutos percebidos, danos e prejuízos causados pela indébita ocupação dêsse solo, que D.^a Elisa Alice Lynch, mãe do agravado, obtivera de Sanchez, vice-presidente da República do Paraguai, por decreto de 31 de outubro de 1865, mediante o preço de 155.000 pesos, e do qual ela fôra empossada aos 21 de fevereiro de 1866, mas que transferiu ao agravado, conjuntamente com outras propriedades rústicas e urbanas, sitas no Paraguai e na República Argentina, ao preço comum de 100.000 pesos, pela escritura de compra e venda traduzida à fl. 34, que, lavrada em Buenos Aires aos 3 de fevereiro de 1885, foi transcrita no registro geral de Corumbá aos 24 de outubro de 1892, sem fiel e exata observância do art. 39 do decreto n. 5.581, de 31 de março de 1874 :

Considerando que, tendo o Governo do Paraguai, em um só dia, por um só ato e em favor de uma só pessoa, sob a expressa justificativa da utilidade ou da necessidade de um subsídio pecuniário para as despesas da guerra que então sustentava contra a tríplice aliança, disposto de todo o território limítrofe que um dos beligerantes, o Brasil, afirmava pertencer-lhe, e de que a concessionária houve tradição militar em 27 de dezembro de 1865, quando as tropas paraguaias ocupavam a parte meridional de Mato Grosso, das mãos do major Martin Urbietta, comandante da divisão do norte, o qual, tendo proferido na vila de Miranda os despachos de 1.º de dezembro do dito ano e de 15 de janeiro de 1866, necessários tanto para a devolução, como para o cumprimento do decreto de 31 de outubro, a que devia preceder a citação de terceiros interessados, diligência omissa, apesar de ordenada, no título de fl. 13, atingiu, em desempenho de sua comissão, a margem direita do Ivinheima, linha extrema das pretensões de seu govêrno, onde nomeou o capitão de cavalaria Romualdo Canteros fiscal *ah hoc* para representar o erário paraguaio, como efetivamente o representou, na formalidade da tradição — tais atos são evidentemente frustratórios do art. 1.º do tratado de limites, celebrado após a cessação da guerra, aos 9 de janeiro, e promulgado pelo decreto n. 4.911, de 27 de março de 1872, que declarou, definiu e reconheceu o domínio brasileiro sobre aquêlê território, mais extenso que o Estado do Rio Grande do Norte, porquanto, dada a sua validade, o Govêrno de um dos países beligerantes teria exercido antecipadamente, de modo definitivo e irretratável, sobre o solo alheio, na mor parte ainda inculto e deserto, o direito inerente à soberania, de sua livre disposição, apropriando-se do preço respectivo e aplicando-o às despesas da luta, cuja indenização se lhe não exigiu; logo, a ação tendente ao julgamento da validade de tais atos acompanhada, como a atual, do pedido de perdas e danos provenientes da ocupação conforme ao tratado de limites, seria, em substância, a prevista no art. 59, n. 1, cláusula *d* da Constituição, que é da privativa competência dêste tribunal; mas o agravado, que move a demanda sob outro aspecto, não representa, por si ou por sua antecessora, a Nação Paraguaia, nem a União, legítimamente representada, satisfaz a condição imposta por sua dignidade

e soberania à admissão judicial desse pleito, que é o consentir ela em ser citada para este tribunal e responder perante ele ao pedido de parcial nulificação de um tratado internacional, independentemente de novo tratado ou de prévio arbitramento (Constituição, art. 34, cláusula 11);

Considerando que, excluída a hipótese de um contrato celebrado entre o agravado ou a sua antecessora, e o Governo Federal (Constituição art. 60, cláusula b), a despeito de não ser fundada a ação proposta no tratado de limites de 1872, sob cujos efeitos pretende o agravado que não incide o decreto do governo paraguaio, contudo é óbvia na espécie a competência dos juizes federais inferiores (cláusulas c e f do citado artigo constitucional); em verdade se baseará necessariamente na força e supremacia do referido tratado a defesa da União, nesta ação de reivindicação de terras, da qual é ela condômina e com-possuidora na Serra do Amambá, porque, ao contrário do que se vê no art. 1.º, secção 8.ª, cláusula 17, da Constituição Norte-Americana, e no art. 67, cláusula 27, da Argentina, a primeira das quais até exige consentimento do Estado onde haja mister estabelecerem-se fortalezas, estaleiros ou arsenais federais, o art. 64 de nossa Constituição, consoante ao dispositivo dos arts. 3.º e 34, n.º 31, reservou expressamente para o domínio nacional a porção, até aqui ainda não determinada, de terras devolutas, indispensável para a defesa das fronteiras;

Considerando não se aplicar ao ato de nomeação do agravante à demanda o cap. 19 do decreto n.º 848 de 11 de outubro de 1890, porque, sendo mera arrendatária como se mostra nos decretos n.º 9.692, *bis*, de 31 de dezembro de 1886, n.º 520, de 23 de julho de 1890, e n.º 436 C, de 4 de julho de 1891, e como evidencia o contrato celebrado com o agravante na data de 2 de agosto, e autorizado pela lei local n.º 76, de 13 de julho de 1894, a companhia *Mate Laranjeira* não possui no próprio nome a superfície reivindicada (art. 150 do decreto n.º 848), art. 64 da Constituição da República; portanto, atentos os princípios de direito universal e especialmente a Ord. Liv. 3.ª, T. 45, § 10, que é subsidiária do citado decreto orgânico da Justiça Federal, qual se exprime a primeira parte do seu art. 378, a referida companhia, depois da nomeação e da citação do senhorio ora

agravante, não mais responde pelo petitório de fls. 3, nem pelos efeitos da litiscontestação que lhe não são imputáveis; não há nos autos outra ação proposta contra ela e, se o agravado, mudando a substância e a causa da demanda, aditar a petição inicial para acumular qualquer ação pessoal contra a companhia, será preciso que de novo seja ela citada (decreto n.º 848, art. 105, Ord. Liv. 3.º, T. 1.º, § 7.º);

Considerando que, constituindo legislação subsidiária da jurisprudência e processo federal, conforme a letra da segunda parte do citado art. 387, os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações judiciais na República dos Estados Unidos da América do Norte, e os casos de lei comum e equidade, é visto que, modelada pela cláusula 1.ª, secção 2.ª, do art. 3.º da Constituição Norte Americana, e modelada mais restritamente, pois não abrange ações propostas contra os Estados por estrangeiros domiciliados fora do território nacional, a cláusula do art. 60 da nossa Constituição deve lógica e necessariamente ser entendida e praticada de acôrdo com os princípios gerais de direito público geralmente correntes e com a inteligência dada à disposição matriz por Hamilton, no cap. 81 do *Federalista*, e pela emenda 11 incorporada à respectiva Constituição — *jamaiz se poderá interpretar o Poder Judiciário dos Estados Unidos de modo que se estenda a ações de lei ou equidade, propostas ou continuadas contra um dos Estados Unidos por cidadãos de outro Estado ou por cidadãos ou súditos de um Estado estrangeiro*; logo, as ações movidas ou prosseguidas por pessoas particulares contra um dos Estados Unidos do Brasil, que não se basearem em qualquer outra das cláusulas do art. 60, não são admissíveis no fôro federal, salvo consentimento do Estado acionado; já a República encontrara as antigas províncias, que hoje são Estados, na posse mansa e pacífica de juizes privativos para as suas causas.

Considerando, porém, determinar a cláusula *h* do art. 60 a competência da Justiça Federal para conhecer da causa movida pelo agravado ao agravante, porque o seu objetivo é o julgamento e o reconhecimento de um direito privado de propriedade imobiliária em terras brasileiras, decorrente de um decreto do antigo Governo do Paraguai, o qual está em conflito com o art. 64 da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, que transmitiu ao agravante sôbre as mesmas

terras o direito de propriedade mantido por toda a nossa legislação anterior, *signanter* a lei n.º 601 de 18 de setembro de 1850, onde se prescreveram os modos originários e derivados de sua aquisição e se determinou quais as autoridades competentes para conceder ou legitimar os respectivos títulos;

Considerando não se ajustar à espécie dos autos a disposição excepcional do art. 61 do regulamento n.º 737 de 25 de novembro de 1850, conforme a qual, quando forem mais de um os réus simultaneamente obrigados, e diversos os domicílios, podem ser todos demandados naquele que o autor escolher, porque, limitada às ações pessoais, a disposição sobredita não se amplia às ações reais, como a que o agravado propõe contra o agravante perante a Justiça Federal, para a qual o agravante, um dos Estados componentes da União Brasileira, não tem domicílio abstrato, diverso da mesma União, que é indissolúvel; a hipótese dessa abstração, ociosa e antinatural, é repelida pelas cláusulas *c, d e e* do art. 59, n.º 1, da Constituição Federal, que conferem a este tribunal, cuja sede é na Capital da República, e diversa, portanto, da área dos Estados, alguns deles bem longínquos, jurisdição para conhecer de questões atinentes aos mesmos Estados e relativos a atos consumados dentro de seus territórios;

Considerando invocar o agravante o direito que lhe dá a Ord. Liv. 3.º, T. 11, §§ 5.º e 6.º e T. 45, § 10, de ser demandado no fóro do seu domicílio, mas aquêles textos legislativos, no tocante às ações mistas, e, portanto, em relação às ações reais, foram derogados pelo Governo Provisório da República, no decreto n.º 720 de 5 de setembro de 1890, cujo capítulo 2.º do título 1.º atendeu aos votos manifestados pelos juristas, entre os quais Paula Batista, *Teoria e Prática do Processo Civil*, nota ao § 57, para que se estendesse entre nós a competência do fóro *rei sitae*, tão indispensável ao régimen federativo em que cada Estado tem o seu Poder Judiciário autônomo e independente, e de tanta força e vigor, que obriga os brasileiros ou estrangeiros, domiciliários fora do Brasil a responder perante nossas justiças às demandas concernentes a imóveis sitos no território nacional, conforme acentua Felício dos Santos no art. 43, n.º 1.º, do *Projeto do Código Civil*;

Considerando que, instituída uma secção da Justiça Federal em cada Estado e neste distrito (decreto n.º 848, arts. 13 e 365), sempre que em uma espécie, como na vertente, de reivindicação parcial do território de Mato Grôso, verificar-se a competência relativa especial do *fôro rei sitae* com o qual tem pontos de afinidade a competência privativa conferida ao juízo seccional dêste distrito pelo art. 16 da lei n.º 221 e 20 de novembro de 1894, diferentemente do que pareceu ao juiz *a quo* quando rejeitou a exceção oposta pelo agravante e perfilhada pelo procurador seccional da República, não há possibilidade de prorrogar-se, contra a manifesta vontade das partes, e portanto, de ser prevenida a genérica e absoluta jurisdição de outro fôro:

O Supremo Tribunal Federal, dando provimento ao agravo interposto no termo de fls. 101, revoga a decisão recorrida para declarar, como declara, o juiz seccional de Mato Grosso competente para processar e julgar a presente ação, e condena o agravado nas custas.

Supremo Tribunal Federal, 17 de novembro de 1897.
— Aquino e Castro, P. — Américo Lôbo — Pisa e Almeida
— Ribeiro de Almeida. — Macedo Soares. — André Cavalcante. — Lúcio de Mendonça. — Bernardino Ferreira.
— Augusto Olinto. — H. do Espírito Santo. — Pereira Franco. — Pindaíba de Matos.

V

AÇÃO DE COBRANÇA DE
HONORÁRIOS

Litisconsórcio Passivo da União
Competência da Justiça Federal

PARECER

Parecer

Segundo o Decr. n.º 848, de 11 de outubro de 1890, art. 15, "compete aos juizes de secção processar e julgar as causas, que tenham por origem atos administrativos do govêrno federal".

Mas essa disposição se deve entender de acôrdo com a da constituição de 24 de fevereiro, assento definitivo do direito concernente à linha divisória entre a justiça federal e a dos Estados.

A constituição de 24 de fevereiro prescreve, a êsse respeito, que "compete aos juizes ou tribunais federais processar e julgar tôdas as causas propostas *contra o govêrno da União*, fundadas em disposições da constituição, leis e regulamentos do poder executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo govêrno". (Art. 60, *b.*)

Logo, se a ação, de que se trata, se intentasse unicamente *contra o banco*, ainda que estribada em ato do govêrno da União, não caberia no fôro da justiça federal.

Mas B. pode propor a sua causa a um tempo contra o banco C, refratário ao pagamento dos honorários do seu fiscal, e contra o govêrno da União, atenta a obrigação solidária que a êste incumbe, em favor do prejudicado.

Os serviços dêle, com efeito, como fiscal do banco foram prestados, não a êste, mas ao govêrno,

que o nomeou, e se utilizou da sua atividade. Se, por contrato entre o estabelecimento emissor e a administração nacional, implícito aos termos em que se faziam as concessões de emitir, os bancos assumiam o compromisso de pagar os fiscais, essa situação, convencionada entre os bancos e o governo em vantagem dêste, não tira ao que serviu o direito, inerente aos serviços, de cobrar a quem lhes desfrutou a sua importância por êle mesmo estipulada, se o intermediário se não desempenhou do seu encargo. Eram os bancos, neste particular, simples mandatários do governo federal, que, como preponente, é obrigado a fazer boa a obrigação confiada aos seus prepostos, e por êles infringida. A falta dêstes é para com o governo, que, por sua vez, é quem está em falta para com os prejudicados. O devedor propriamente é o governo, e só como representante civil da fazenda nesse compromisso é que o banco C. poderá ser demandado por B. A ação poderia correr, portanto, só contra o governo. Para atalhar sofismas, porém, convirá movê-la contra o governo e o banco. Em qualquer dos casos claro está que a justiça competente é a federal.

Rio, 14 de setembro, 97

RUI BARBOSA

VI

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

EFEITO DEVOLUTIVO

*Competência da Justiça Federal em Questões de
Marca de Fábrica*

Limite Temporal da Lei

PARECER

Parecer

I

Não tem efeito suspensivo o recurso de B. para o Supremo Tribunal Federal; porquanto "as apelações interpostas das sentenças das justiças dos Estados, ou do Distrito Federal, em última instância nos casos definidos nos arts. 59, § 1.º, e 61, § 2.º da constituição e art. 9.º, parágrafo único, do Decr. n.º 848, de 1890 só têm efeito devolutivo". (Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, art. 54, n.º IV, e art. 58.)

Pôsto que as disposições da constituição federal invocadas pelo recorrente não lhe favoreçam o intento, ao menos segundo o que da consulta se depreende, todavia, fundando êle nessas disposições a sua defesa, o recurso é dos capitulados nos arts. 59, § 1.º, e 60, letras *a* e *d* da lei fundamental. Logo, é meramente devolutivo o seu efeito. A despeito dêle, portanto, pode A. dar ingresso à execução na justiça do Estado.

II

Determina o decr. n.º 848, de 11 de outubro de 1890, art. 16:

Quando um pleito, que, em razão das pessoas, ou da natureza do seu objeto, deva pertencer à competência da justiça federal, fôr, não obstante, proposto perante um juiz

ou tribunal de Estado, as partes contestem a lide sem propor exceção declinatória, *se julgará prorrogada a jurisdição, não podendo mais a ação ser sujeita à jurisdição federal*, nem mesmo em grau de recurso, salvo nos casos do art. 9.º, II, parágrafo único.

Na espécie não se verifica nenhum desses casos, e o réu, tendo-se-lhe feito os autos com vista, para contestar, opôs a exceção de ilegitimidade de parte, em vez da de incompetência. Destarte, ainda quando competente não fôsse a justiça do Estado, prorrogada estaria a sua jurisdição, por efeito do disposto no texto supra transcrito do decr. n.º 848.

Mas a justiça do Estado não era incompetente; porquanto a ação se propôs em 25 de julho de 1894, e a competência dos tribunais federais nas questões de marcas de fábrica só se instituiu pelo art. 12 da lei n.º 221, de 20 de novembro daquele ano, muito posterior à iniciação do litígio.

Que essa competência não preexistia, que não foi definida, mas criada por êsse ato legislativo, demonstram-no os arestos do Supremo Tribunal Federal citados na consulta e o próprio texto do indicado art. 12, na lei de 1894, que reza: "*Além das causas mencionadas no art. 15 do decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890 e no art. 60 da constituição, compete mais aos juizes seccionais processar e julgar em primeira instância as que versarem sobre marcas de fábrica, privilégios de invenção e propriedade literária*".

Mas as leis que alteram a competência não retroagem sobre as causas pendentes. Esta regra é de existência imemorial no direito judiciário: *Ubis acceptum est semel judicium, ibi et finem recipere debet.* (Fr. 30, D., de just., V. 1.) Eis como a

êsse respeito se pronuncia o tratadista por excelência das questões de retroatividade: "Rispetto alle procedure già avviate, e nelle quali per conseguenza la competenza é già fissata in modo irrevocabile, la legge nuova... non può essere retroativa, per il noto principio: *ubi judicium acceptum, ibi et finem accipere debet*, e per l'altro fondamentale e generalissimo cannone della dottrina della retroattività, che gli atti compiute non possono da una legge nuova venire considerati come non fatti, per sostituirvi dei nuovi. La determinazione della competenza è la prima indagine che si fa in qualunque procedura, e, avvenuta che sia, la procedura continua nella istanza in oni venne pomossa senza che su quell'argomento più si ritorni". (GABBA: *Della retroattività*, volume IV, pgs. 437-38.)

No mesmo sentido: MERLIN, *v.º Compétence*, § 3.º, e *v.º Effet rétroact.*, secç. 3, § 7.º n.º 3; DEMOLOMBE, *v. I*, n.º 59; AUBRY ET RAU, ed. de 1897, *v. I*, § 30, p. 105; LESELYER, *Dr. crim. v. IV*, 1460 e segs.; LACANTINERIE, *Des personnes*, *v. I*, n.º 176, p. 123; GARSONNET: *Traité de procédure*, *v. I* n.º 148, pág. 635.

Entre nós, onde a irretroatividade das leis tem consagração constitucional, não se lhe pode negar fôro de cidade a esta consequência, para universalizar a qual nos demais países, bastaram as necessidades racionais do direito, ou das disposições dos códigos civis. Depois o direito republicano já reconhecia expressamente, antes da constituição, este cânon de equidade e ordem pública no art. 363 do decr. n.º 848: "As causas de qualquer natureza, pendentes da decisão dos juizes e tribunais dos Estados ao tempo da promulgação da presente lei, e

que por sua natureza ou caráter dos litigantes devam pertencer à jurisdição federal, continuam, entretanto, sob a jurisdição, em que foram iniciadas e contestadas, até final sentença e sua execução”.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, não poderá dar provimento ao recurso extraordinário de B.

III

Prescreve o decr. legislativo n.º 3.346, de 14 de outubro de 1887, art. 24, que o processo para as ações de nulidade do registro das marcas de fábrica será o estatuído nos arts. 236 e segs. do reg. n.º 737, de 25 de novembro de 1850.

Ora, nesse processo, que é o das ações sumárias comerciais, o reg. n.º 737 só prescinde da extração da sentença, se esta “fôr de absolvição do pedido, e só houver condenação de custas para executar”. (Art. 244.)

A espécie cai, portanto, na regra geral de que as sentenças, para se darem à execução, têm de ser extraídas dos autos, regra em nenhuma de cujas exceções pode caber a hipótese vertente. (PEREIRA E SOUSA e T. DE FREITAS: *Prim. Lin.*, § 373, n.º 709; n.º 737, de 1850, arts. 476 e 477; Decr. n.º 848, de 11 de outubro de 1890, art. 241.)

IV

Reproduzindo o disposto no reg. n.º 737, de 1850, art. 504, estabelece o decr. n.º 848, de 1890, que “nas sentenças ilíquidas a primeira citação de executado será para vir oferecer os artigos de liquidação”.

Desta disposição, porém, não se poderá razoavelmente depreender, que, quando a condenação versar sobre dois objetos, um dos quais é líquido, a execução, na parte concernente a êste, fique subordinada à liquidação do ilíquido. Para o caso deve prevalecer a lição de PEREIRA E SOUSA, estribada, por argumento de inferência, na Ord. 1. IV, t. 78. § 4.º: “A sentença, na parte em que se acha ilíquida, *deve logo ser executada*; porque a *execução do líquido não se suspende pelo ilíquido*”. (Prim. Lin., n.º 810, ap. § 429. Ed. de 1879, v. II, p. 67.)

Qualquer que seja a importância apurável das perdas e danos, e ainda que ela se reduza a zero, subsiste sempre o outro objeto da ação e da sentença: a supressão da marca anulada. E nessa parte os efeitos do julgado são, por sua natureza, imediatos: não devem aguardar o resultado do processo de liquidação.

Todavia, como a execução da sentença é uma só, como a sentença tem uma parte ilíquida, como essa iliquidez a sujeita à regra legal de que a citação para a liquidação não se pode propor a nenhuma outra (decr. n.º 848, art. 253), ao autor empenhado em executar logo o julgado na parte relativa à nulidade da marca o meio, que se oferece, de levá-lo imediatamente a efeito é citar o condenado ao mesmo tempo para os dois fins. A liquidação das perdas e danos prosseguirá, ou se demorará, como ao autor convier, ao passo que a supressão da marca terá para logo o seu cumprimento.

V

Os meios, de que dispõe autor, para tornar efetiva a primeira parte da sentença, vem a ser a proi-

bição judicial ao réu de continuar a empregar a marca anulada e requisição à Junta comercial, a fim de cancelar o registro, que cessa ante o disposto no decr. n.º 3.346, art. 8.º, n.º 6, art. 9.º, n.º 2, e art. 11, n.º 1.

VI

Se, desobecedendo à sentença executada, o réu B. continuar a usar da marca, A. poderá usar então contra êle das garantias facultadas no decr. número 3.346, art. 21, e reg. n.º 9.828, de 31 de dezembro de 1887, art. 32.

Antes, não; porque, enquanto não cessar o registro, tanto aproveitam a B. como a A. essas garantias, instituídas a benefício de toda marca "devidamente registrada, depositada e publicada".

VII

O juízo competente para todos os atos da execução da sentença é o que a proferiu. (PEREIRA E SOUSA, § 375 e n. 713. — RIBAS, *Consolid.*, art. 1.234. — Decr. n.º 737, de 1850, art. 490, § 1.º. — Decr. n.º 848, de 1890, art. 244).

VIII

Persistindo após a execução da sentença em utilizar-se da marca anulada por constituir indébita imitação da marca legítima de A., incorrerá B. no delito previsto no decr. legislativo n.º 3.346, art. 14, reg. n.º 9.828, art. 36, e código penal, arts. 353 e 354. Só a si, pois, terá que imputar as conseqüências da sua culpa.

Servindo-se, por sua parte, das garantias assecuratórias instituídas a favor da sua propriedade pelo decr. n.º 3.346, art. 21, e reg. n.º 9.828, art. 32, A. não fará mais que usar do seu direito formalmente legal. É, portanto, absurdo supor que corra por isso o risco de ficar obrigado a perdas e danos. *Qui jure suo utitur, neminem laedit*. A obrigação de perdas e danos pressupõe o quase delito, isto é, a culposa violação do direito alheio (CHIRONI, *Colpa-extracontrattuale*, v. I, págs. 40-41), alegação inadmissível ao contrafeitor da marca alheia contra o proprietário que a defende pelos meios legais.

Rio, 11 de setembro, 1897.

RUI BARBOSA

VII
INSTITUIÇÃO DE HERDEIROS

VALIDADE DE TESTAMENTO

PARECER

NOTA DO REVISOR

O parecer adiante reproduzido diz respeito ao rumoroso processo de inventário de Góis Viana, no Estado do Rio de Janeiro. Foi incluído no memorial dos apelados Comendador Bernardino Martins Ferreira e Antônio de Farias Guimarães, quando, para a Relação do Estado do Rio de Janeiro, intentaram recurso de apelação os terceiros prejudicados Albino Exposto e Rosa Maria Cardoso. (*)

(*) *Relação do Estado do Rio*. Inventário Góes Vianna. Appellações de 3os prejudicados: 1º de Albino Exposto; 2º de Rosa Maria Cardoso. Memorial dos Apellados, Commendador Bernardo Martins Ferreira e Antônio de Farias Guimarães. *Parecer* — Rio de Janeiro. Typ. de Carlos Gaspar da Silva & Campos, 1897.

Parecer

Alterando a ordem aos quesitos, começarei pela resposta ao

3.º

“Sou solteiro”, diz o testador, “não tenho filhos legítimos nem ilegítimos...; por isso não conheço parentes; razão, por que posso dispor livremente de meus bens”. E em seguida, prescritos vários legados, faz uma instituição de herdeiros, que devem receber os remanescentes da sucessão.

Admitindo que seja realmente irmã a pessoa, não conhecida por êle, que ora se apresenta como tal, seguir-se-á, dos têrmos do testamento que caduque a instituição de herdeiros, por havê-la determinado o testador no falso pressuposto de que não tinha parentes?

Não.

Conheço, é verdade, uma sentença do tribunal de Paris (9 de fevereiro, 1867), segundo a qual “a declaração do testador de que não tendo herdeiros, nem dívidas, lega aos pobres as ações industriais, que possui, deve fazer reputar nulo êsse legado, se se apresentarem parentes do testador em grau sucessível, que demonstrem não n’os haver êle conhecido até ao momento de sua morte, e estarem em situação de fortuna, que êle certamente levaria em conta”. (*Pandectes Françaises. Donations et testam.*, v. I, nº 682). Mas nessa espécie é manifesto que o defunto só legou aos indigentes aquêles valores, por não ter

afeição de espécie alguma, a quem destinasse essa liberalidade.

Aí, portanto, a ausência de tais relações foi o *motivo determinante* da obra de caridade praticada. Ao menos assim o entendeu o tribunal, não sei se de todo com razão; porque nada nos assegura que, no espírito do testador, a idéia de fechar a sua vida com uma ação pia não prevalecesse à de beneficiar a parentes, aos quais não tinha afeto.

Podia vir a conhecê-los; mas não achar no simples fato do parentesco, sem outro sentimento que o reforçasse, móvel bastante forte, para os preferir aos necessitados, em cujo alívio um impulso de amor do próximo o levava a cuidar. Como quer que seja, porém, o tribunal não decretou a invalidade do legado senão por ver na referência do testamento à falta de parentes o *motivo determinante* do benefício feito a estranhos.

O êrro não vicia o legado, ou a instituição de herdeiro, senão quando envolve a *causa determinante* da deliberação do testador. É necessário, como dizia BIGOT-PRÉAMENEA a respeito do êrro de fato em geral no tocante à validade do consentimento nos contratos, "estar convencido o juiz de que a parte não se teria obrigado, se não se achasse em êrro." (*Exposé des motifs*. LOCRÉ, *Législation*, XII, p. 318 e segs.)

Não basta apontar o êrro: cumpre considerá-lhe a natureza. "*On doit, en effet, se montrer très réservé pour l'admission de cette cause de nullité, parce que la volonté du disposant est souveraine, qu'il ne doit aucun compte de ses motifs, et qu'alors même que son erreur serait démontrée, on ne peut affirmer qu'il n'aurait point disposé de la même manière si la vérité lui aurait été connue. L'erreur ne pourra donc entraîner l'annulation des dispositions à*

titre gratuit qu'autant qu'elle serait substantielle, c'est à dire *que le disposant n'aurait point certainement fait la libéralité*, s'il n'avait pas été dans cette erreur". (*Pandectes Franç.*, loc. cit., n.º 673; DEMOLOMBE, v. I, p. 389.)

Não existindo, pois, "a certeza" de que o testador não teria testado como testou, se não estivesse no erro, em que estava, a disposição subsiste a despeito dêle; porque "toute libéralité procède d'un sentiment d'affection" (*Pand. Franç.*, loc. cit., n.º 676) no domínio das afeições ninguém poderia penetrar, para calcular com segurança o seu pêsso relativo sobre as intenções do disponente, e seria temerário, portanto, aventurar que, conhecendo a realidade ignorada, o *de cujus* não teria persistido, apesar dela, na predileção que o inspirou.

Por isso tem estabelecido a jurisprudência que o erro quanto à causa da liberalidade testamentária só acarreta a nulidade desta, *quando a causa é final*, tendo como causa final a que se enuncia *sob a forma de condição*, ou de outro modo *indubitável*.

Era assim desde os romanos.

Quod autem juris est in falsa demonstratione, hoc magis est in falsa causa, veluti ita «Titio fundum do, quia negotia mea curavit,» item «fundum Titius filius meus, se frater ejus centum ex arca sumpsit fundum praecipito», ita utile erit legatum, si et ille negotia curavit, et hujus frater centum ex arca sumpsit. (Fr. 17, §§ 2, 3, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, XXXV, I). No mesmo sentido § 31 Inst. *de legatis*, II, 21: Longe magis legato falsa causa non nocet... Sed si conditionaliter enunciata fuerit causa, aliud juris est.

Para mostrar que os jurisconsultos modernos não sentem de outro modo, bastará considerar neste lance

categorico de uma das autoridades mais eminentes entre êles:

L'errore sulla causa della disposizione testamentaria invalida la volontà del disponente, quando la causa su cui cada è *finale*; tale cioè, senza della quale egli non avrebbe fatto la disposizione medesima. La causa si reputa finale quando è *espressa sotto forma di condizione*, come se il testatore scriva: instituisco erede Paolo, se avrà preso la bandiera al nemico o meritato la medaglia al valor militare o civile: in vero in tale forma di disposizione, il testatore subordina la esistenza stessa di questa alla realtà di tal fatto. Quando poi la causa non sia espressa in tal forma, fa d'uopo de esaminare attentamente il contestato dell'alto, e tenere anche esatto conto della natura della causa, per riconoscere se fu mente del testatore *di subordinare o no la efficacia della disposizione alla verità della causa medesima*. (PACIFICI-MAZZONI: *Tratt. delle successioni*, v. II, p. 137.)

Exprimem-se do mesmo modo as *Pandectas Francesas*, loc. cit., n.º 681: "Quant à la fausseté du motif qui a pu porter le disposant à faire une libéralité, elle ne peut entraîner la nullité de la disposition *que si ce motif a été énoncé sous la forme d'une condition, ou s'il resulte clairement des termes mêmes de la disposition* que le disposant a voulu faire dépendre l'efficacité de la donation ou du legs de l'existence de ce motif".

Se o motivo da disposição testamentária, pois, não assume a forma condicional, ou não se mostra que êle foi a origem *sine qua non* da liberalidade, prevalece a resolução expressa do testador contra as conjecturas possíveis acêrca do seu procedimento na hipótese de conhecer a verdade, cuja ignorância as suas palavras revelam. Nada mais perigoso do que soltar a rédea neste assunto à sagacidade engenhosa dos intérpretes, quando a verdade, que o testador igno-

rava, podia, ainda conhecida, não lhe influir no ânimo.

Se o testador diz, como sucede na espécie, "Não tenho filhos legítimos, nem ilegítimos, não conheço parentes, *por isso posso dispor livremente de meus bens* e instituo herdeiros F... e F...", o que êle quis foi, não dar a razão da sua liberalidade para com os herdeiros instituídos, mas assinalar a *sua liberdade de praticá-la*, não exprimir o motivo do benefício outorgado, mas justificar a sua legitimidade exibindo o direito, que tinha, de outorgá-la. Se o testador tivesse filhos, ou outros descendentes sucessíveis, se contasse, outrossim, ascendentes, êsses seriam seus herdeiros necessários, e êle não poderia dispor senão da terça dos seus bens. Não gozaria, portanto, da faculdade de distribuí-los *livremente*.

Ê a essa faculdade que êle explicitamente se refere, nas palavras: "razão por que posso dispor livremente dos meus bens".

Se tivesse parentes dessa categoria, e os não instituísse, ou os deserdasse sem causa, a instituição de herdeiros seria nula (Ord. IV, 82 § 1.º). Que êsse obstáculo não se opunha à livre disposição dos seus bens, foi o que o testador teve em mente declarar; e os têrmos em que o fêz, aludindo à sua plena liberdade de testar, não deixam a menor dúvida a tal respeito.

O motivo da liberalidade, calou-o, nem importava, dizê-lo: é o mesmo de tôdas as liberalidades, a afeição, o pendor de quem as faz por quem as recebe. Ninguém poderá dizer que êle cessasse ante a simples notícia da existência da parenta, que agora se descobre. Quem nos diz que, êle a reconhecesse? Quem não diz que a reconhecendo a preferisse aos

amigos contemplados no testamento? Quem nos diz mesmo que a não conheceu entre o testamento e a morte, e, não obstante, manteve a disposição testamentaria?

Esta última consideração é do maior valor; porque a circunstância de ignorar ao tempo do testamento não induz a ignorância ao tempo da morte. E por isso, na sentença do tribunal de Paris acima citada, para anular o legado, foi mister que os parentes ignorados pelo testador na época do testamento "*établis- sent être restés inconnus de celui-ci jusqu'au moment de son décès*". (*Pandectes Françaises — Donations et testaments*, vol. I, n. 682.)

Na espécie é inverossímil que, verificando-se o reconhecimento em 1836, o testador se finasse mais de meio século depois, sem ter notícia dêsse fato. E, se o tinha, menos verossímil é ainda que não conhecesse a existência da irmã, cuja pretensão agora se discute. Logo, da declaração, que faz em testamento, de não ter parentes, o que se depreende, é que não se conformava com a sua filiação à perfilhadora, que não a reputava sua mãe, e, portanto, não lhe considerava a filha como irmã.

1.º

Não vale a escritura de reconhecimento, transcrita na consulta:

Primeiro, porque não pode constituir prova de filiação contra o filho, que a nega, a escritura de reconhecimento, em que êle não interveio. C. TELES e T. DE FREITAS (*Manual do Tabel.* p. 323) apontam como requisito desas espécie de instrumentos o consenso do perfilhado.

Bem que essa condição não seja, contudo, indispensável, ao menos para os efeitos decorrentes contra o perfilhador, contra o perfilhado e seus sucessores não pode ter conseqüências um ato, em que ele não foi parte, e que pode não ser a expressão da verdade. É direito incontestável do reconhecido opugnar o reconhecimento, em que não conveio; e êsse desmentido à escritura da perfilhação é o que implícita, mas obviamente, se contém no testamento, como adiante mostrarei.

Segundo, porque *ambas* as inculcadas testemunhas da escritura assinaram *de cruz*; o que, em última análise equivale à ausência das suas assinaturas, desaparecendo assim essa condição necessária da autenticidade do ato;

Terceiro, porque, de mais a mais, o único indivíduo não analfabeto, que, além do tabelião, interveio na escritura, assinando a rôgo da testadora, era filho do próprio tabelião, como êste mesmo consigna no teor do instrumento;

Quarto, porque, das duas testemunhas do ato, uma era "familiar" do tabelião, que o lavrou, segundo ali se declara, e, como tal, moralmente, defeituosa.

Temos, pois, um instrumento lavrado em nome de um cego e testemunhado por outros dois, sem terem tido, ao menos, a audição do que se escrevera, nem haver, sequer, para garantia da sinceridade do ato, da veracidade do oficial público, a insuspeição da única pessoa, que, além dêles, o assinou, pois essa lhe estava ligada pela dependência de filho a pai.

Depois, esas escritura, que, afinal, se reduz a um ato exclusivo do tabelião com o concurso de seu filho e três figuras mudas, uma analfabeta, acompanhada por dois analfabetos, essa escritura, em que,

por outro lado, não teve participação o indivíduo perfilhado, está evidentemente desmentida pelo testamento dêste. A mãe que, pelo reconhecimento solene, divulga ao público o segredo da sua maternidade, não podia ocultá-lo justamente ao filho, o mais interessado em conhecê-la, o que ela queria beneficiar, abrindo-lhe acesso "aos direitos", reza a escritura, "que as leis do reino concedem aos filhos perfilhados". Mas o testador afirma que não conheceu parentes, e mãe só teve a de criação. Logo, tinha motivos, para não admitir a filiação declarada na escritura de reconhecimento, que a sua autora não podia ter-lhe escondido. Aquêlé, que até a sua morte respeitou e socorreu a sua mãe de criação, conforme no testamento se diz, não repudiaria a sua verdadeira mãe, se ela aos seus olhos o fôsse.

É direito do filho contestar o reconhecimento feito sem o seu concurso; "porque pode atribuir-lhe um estado, que não é o dêle" (LAFAYETTE: *Direitos de Família*, § 124, p. 135. BEVILÁQUA: *Direito da Família*, p. 423). E não pode haver contestação mais expressiva do que a que resulta dêste testamento.

2.º

Verificada assim intrínseca e extrínsecamente a insubsistência do reconhecimento, claro está que não pode surtir efeitos jurídicos, ou servir de base a ação alguma.

3.º

Não; a presumida irmã do testador, qualquer que seja o valor atribuído aos seus documentos, e ainda quando êles a habilitem a mover ação contra os herdeiros instituídos, não pode apelar no inventário.

Não é geral e absoluto o princípio, que confere ao terceiro o direito de apelar, se "da sentença lhe possa vir algum prejuízo". Os prejudicados pela sentença não podem recorrer dela, se só o são "em uma esperança e não em direito adquirido" (RIBAS, *Processo Civil*, art. 1.526, § 5º).

E, ainda quando se queira ver, na hipótese, um direito adquirido pela simples abertura da sucessão, temos que a Ord. I, III, t. 81, pr. não admite, especialmente em questões testamentárias, a apelação de pessoa estranha à causa, senão quando for herdeiro instituído, ou legatário contemplado no testamento, pugnando pela observância dêste: "... poderão apelar dela quaisquer herdeiros, que fôsem instituídos no testamento, e os legatários, a que fôsem no dito testamento deixados alguns legados, pôsto que com êles não fôsse tratada a demanda, porque poderiam êles alegar tais razões na causa da apelação, pelas quais deveria ser julgado em favor do dito testamento".

Ê, portanto, em benefício do testamento que se facilita aos contemplados pelo testador intervirem por apelação na causa em que não eram partes. Tratando-se de anular o testamento, o litígio, de alta indagação, não pode começar na segunda instância, e liquidar-se no último termo de um inventário.

4.º

Já não posso responder negativamente na hipótese dêste quesito.

Se o que tenta apelar, exhibe testamento posterior, ao primeiro, êste deve considerar-se revogado por aquêle, e aos que o apresentam não se pode recusar a faculdade permitida na Ord. III, 81, pr. a benefício da vontade do testador.

O testamento revogatório do primeiro, porém, tendo sido feito e registrado em território português, deve ser exibido no original, que, segundo o código civil daquêlê país, art. 1.935, se devolve aos interessados, depois de aberto e lançado no registro do lugar.

Rio, 6 de julho de 1897.

RUI BARBOSA.

BIBLIOGRAFIA

I

ANISTIA INVERSA

CASO DE TERATOLOGIA JURÍDICA

- ALVES JÚNIOR, Tomás. — *Curso de Direito Militar*. — Tomo II. *Annuaire de Législation Etrangère*. 1878.
- ARARIPE, Tristão de Alencar — *Guerra Civil no Rio Grande do Sul*. Rio, 1881.
- ARNDTS, L. R. von Arnesberg — *Lehrbuch der Pandekten*. 13te. Stuttgart, 1886.
- ARNOLD, — *History of Rhode Island*.
- BAKER, A. J. — *Annoted Constitution of the United States*. Chicago, 1891.
- BANCROFT, George — *A Plea for the Constitution of the U.S. America wounded in the House of its Guardians*. New York, 1886.
- BANCROFT, George — *History of the Formation of the Constitution of the United States of America*. 2nd. edition. New York, 1882.
- BARBOSA, Rui — *Cartas de Inglaterra*. Rio de Janeiro, 1896.
- BARBOSA, Rui — *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro, 1893.
- BARTOLI, G. Cannada — *La Ratifica riguardo alla inesistenza e alla rescindibilità degli atti giuridici*. Napoli, 1885.
- BERNER, Alberto Frederico — *Trattato di Diritto Penale*. Trad. e annotato dall'Avv. EDUARDO BERTOLA. Con. Pref. de LUIGI LUCHINI. Milano, 1887.
- BLACK, Henry Campbell — *Handbook of American Constitutional Law*. St. Paul, 1895.
- BLASCKSTONE, William — *Commentaries on the Laws of England together with a copious analysis of the contents and some considerations regarding the study of the Law*. Chicago, 1884.
- BLUNTSCHLI, M. — *Le Droit Public Général [Allgemeines Staatsrecht]*. Trad. de l'allemand et précédé d'une préface par M. Armand de Riedmatten. Paris, 1885.

- BOUVIER, John — *Institutes of American Law*. New edition. Philadelphia, 1870.
- BRYCE, James — *The American Commonwealth*. 3rd. edition. London, 1893-95.
- CARMIGNANI, Giovanni — *Elementa Juris Criminalis*.
- CARRARA, Francesco — *Programma del Corso de Diritto Criminale dettato nella Reale Università de Pisa*. Parte Generale. Lucca, 1877.
- CARSON, Hampton L. — *Judicial Power and Unconstitutional Legislation*. In *American Law Review*, dec. 1895.
- CESARESCO, Countess — *The Liberation of Italy*. London, 1895.
- CICERO, M.T. — *Opera* — Venetiis, 1772.
- Código de Justicia Militar [de Espanha].
- CICERO, M.T. — *Opera* — Venetiis — 1772.
- COGLIOLO, Pietro — *Completo Trattato di Diritto Penale*. Milano, 1888-1890.
- Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891.
- COOLEY, Thomas. — Vide: BLACKSTONE, *Commentaries of the Laws of England*.
- COOLEY, Thomas — *A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*. Boston, 1883.
- COOLEY, Thomas — *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*. 2nd. edition.
- Corpus Iuris Canonici*. Editio Lipsiensis secunda post Aemilii Ludouicii Richteri. Lipsiae, 1879-81.
- COXE, Brington. — *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation being a commentary on parts of the Constitution of the United States*. Philadelphia, 1893.
- DE CRESCENZO — *Sistema di Diritto Civile Romano*.
- DALLOZ — *Répertoire Méthodique et Alphabétique de Législation et de Jurisprudence*. Paris, 1874-18.
- DEMOLOMBE, C. — *Cours du Code de Napoléon*. Paris, s/d.
- DEMOSTHENES — *Contra Timócrates*. In *Opera*, ed. F. Didot.
- DURUY, Victor — *Histoire des Grecs*. Depuis les temps reculés jusqu'à la réduction de la Grèce en province romaine. Paris, 1887-89.
- FISKE, John — *The Critical Period of American History, 1783-1789*. New York, 1890.
- HÉLIE, Faustin — *Traité d'Instruction Criminelle*. 2me. édition. Paris, 1866-67.

- FORSYTH, William — *Hortensius, An Historical Essay on the office and duties of an advocate*. 3rd edition. London, 1879.
- GABBA, Carlo Francesco — *Teoria della Retroattività delle Leggi. — Retroattività in Materia Pennale*. Torino, 1884-89.
- GARDINER, Samuel Rawson — *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1628-1660, selected and edited*. Oxford, 1889.
- GARRAUD, — *Traité Théorique et Pratique de Droit Penal Français*. Paris, 1888.
- GARSONNET, E. — *Traité Théorique et Pratique de Procédure*. Paris, 1882-1897.
- GIACCHETTI, Carlo — *Dei Reati e delle pene in generale secondo il Codice Penale Italiano del 30 giugno 1889*. Firenze, 1889-90.
- GOODNOW, Frank J. — *Comparative Administrative Law*. New York, London, 1893.
- GRASSO, Giacomo — *La Costituzione degli Stati Uniti dell'America Settentrionale*. Firenze, 1894.
- GROTE, George — *A History of Greece*. London, 1869.
- GROTIUS, Hugo — *De Jure belli et pacis*. Libri tres. Cambridge, at the University Press, s/d.
- HARDCASTLE, Henry — *A Treatise on the Construction and Effect of Statute Law*. With appendices. London, 1892.
- HAUS, E. — *Droit Penal Belge*.
Harvard Law Review. Nov. 1893.
- HERBARD, A. — V.^o *Amnistie* IN *Dictionnaire Général de la Politique* par M. BLOCK.
- HOLM, Adolph — *The History of Greece*. From its Commencement to the Close of the independence of the Greek Nation. London, 1894.
- HOLST, H. von — *Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika* [MARQUADSEN'S *Handbuch des öffentlichen Rechts*]. Freiburg, 1895.
- JOHNSTON, Alexander — *Amnesty*. Labor's. — *Cyclopedie of Political Science*.
- KENT, James — *Commentaries on American Law*. Boston, 1867.
- LAURENT, F. — *Principii di Diritto Civile*. Trad. italiana. Milano, 1890-189....
- LAWSON, John D. — *Rights, Remedies, and Practice at Law, in equity, and under the codes*. A Treatise on American Law in civil Causes with a dissert of illustratives cases. San Francisco, 1889-91.
- Legal Tender Cases*, Nr. 110, U.S. 421.

- LÉGER, Louis — *A History of Austro-Hungary from the earliest time to the year 1889*. London, 1889.
- LE SELLYER, Achille François — *Traité de Droit Criminel. Appliqué aux actions publique et privée*. Paris, 1844.
- LISZT, Franz von — *La Législation Pénale Comparée*. Berlin, 1895.
- LOMONACO, Giovanni — *Delle Obligazioni e dei Contratti in Genere*. Napoli, 1890.
- MC-MASTER, John Bach — *A History of the People of the United States from the Revolution to the Civil War*. New York, 1893.
- MAHON, Lorde — *History of England from the Peace of Utrecht to the Peace of Versailles (1713-1783)*. Leipzig, 1853-54.
- MARCADÉ — Vide: PONT, Paul, op. cit.
- MATTIROLI, Luigi — *Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano*. Torino, 1892-98.
- MEL, Isidore — *Il Nuovo Codice Penale Italiano con les Disposizione per la sua attuazione*. Roma, 1890.
- MILLER, Samuel Freeman — *Lectures on the Constitution of the United States*. New York, 1891.
- MITTERMAIER, K. J. A. — *Traité de la Procédure Criminelle en Angleterre, en Ecosse et dans l'Amérique du Nord*. Trad. par Chauffard. Paris, 1868.
- MOTLEY, John Lothrop — *The Rise of the Dutch Republic: A History*. London, s/d.
- NICOLINI, Nicola — *Procedura Penale*.
- ORDRONAUX, John — *Constitutional Legislation of the United States. Its origin, and application to the relative powers of Congress*. Philadelphia, 1891.
- PALMA, Luigi di — *Corso di Diritto Costituzionale*. Firenze, 1883-85.
- PATTERSON, James — *The United States under the Constitution*. Philadelphia, 1888.
- PAULUS — *Libri Quinque Sententiarum*. Edidit PAVLVS KRUGER, Berolini MDCCCLXXVIII.
- PESCATORE, M. — *La Logica del Diritto, Frammenti di Dottrina e di Giurisprudenza*. Torino, 1883.
- PIERRE, Eugène — *Traité de Droit Politique, Electoral et Parlementaire*. Paris, 1893.
- PIMENTA BUENO, José Antônio — *Apontamentos sobre as Formalidades do Processo Civil*. Rio de Janeiro, 1859.
- POMEROY, John Norton — *An Introduction to the Constitutional Law of the United States, especially designed for students*. Boston, 1888.

- PONT, Paul — *Spiegazione Teórico-pratica del Codice Napoleone*. Contenente l'analisi, crita degli Autori e delle giurisprudenza. Firenze, 1882-85.
- RUSSELL, William O. — *Treatise on Crimes and Misdemeanors*. Vol. III. 9th. edition. Philadelphia, 1877.
- SERGEANT, Thomas — *Constitutional Law*. Philadelphia, 1830.
- SPENGEL, Charles — *Vide*: RUSSELL, William Oldnall, *op. cit.*
- STEVENS, C. Ellis — *Sources of the Constitution of the United States considered in relation to colonial and english History*. New York, 1894.
- STORY, Joseph — *Commentaries on Equity pleadings, and the incidents thereof*. Boston, 1892.
- Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
- SWIFT — *System of the Law of Connecticut*.
- SWINDEREN, O. Q. van — *Esquisse du Droit Penal actuel dans les Pays Bas et à l'Etranger*. Groningue, 1888.
- THAYER, Jones Bradley — *Cases on Constitutional Law*. With notes. Cambridge, 1894-95.
- THAYER, Jones Bradley — *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitution Law*. IN *Harvard Law Review*, nov. 1893.
- THIRY, Fernand — *Cours de Droit Criminel*. Liège, 1892.
- TIFFANY, Joel — *A Treatise on Government and Constitutional Law*. Being an inquiry into the source and limitation of government at authority, according to the American Theory. Albany, 1867.
- TITARA, Ladislau dos Santos — *Auditor Brasileiro*. Segundo Complemento. 1.^a edição. Rio de Janeiro, 1859.
- THUCYDIDES — *Translated into English with Introduction, marginal analysis, notes and indices* by B. JOWETT. Oxford, 1881.
- United States Reports*. Vol. 131. Albany, 1889.
- United States Revised Statutes*.
- WALKER, Timothy — *Introduction to American Law*. Boston, 1887.
- WEBSTER, Daniel. — *Vide*: TIFFANY, Joel, *op. cit.*
- ZACCHARIAE, K. S. — *Le Droit Civil [Handbuch des Französischen Civil Rechts]*. Trad. de l'allemand par G. MASSÉ et Ch. VERGÉ. Paris, 1854-60.

IV

AÇÃO REIVINDICATÓRIA

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

BOITARD — *Code de Procedure Civil*. Leçons de Feu Boitard Publiées par Gustave de Linage. Bruxelles, 1840-42.

Code de Procedure Civil.

Codice de Procedura Civile.

Corpus Juris Civilis — Editio Stereotypa Septima. Recognovit Paulus Krueger [et] Theodorus Mommsen. Berolini, 1895.

CUZZERI, Emanuele — *Il Codice Italiano di Procedura Illustrato*. Vol. I. Torino, 1883.

GALDI, — *Vide*: PISANELLI, Giuseppe, *op. cit.*

GARSONNET, E. — *Traité Théorique et Pratique de Procedure*. Paris. 1882-97.

MATTIROLO, Luigi — *Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano*. Torino, 1892-98.

MANCINI, — *Vide*: PISANELLI, Giuseppe, *op. cit.*

MORTARA, L. — *Principii di Procedura Civile*. Ed. Barbera.

Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Recopiladas per Mandado Delrei D. Filipe o Primeiro. Coimbra, 1850-51.

PESCATORE, Matteo. — *Sposizione Compendiosa della Procedura Civile e Criminale*. Torino, 1865.

PISANELLI, Giuseppe. — *Commentario del Codice di Procedure Civile*.

RAMALHO, Joaquim Inácio. — *Praxe Brasileira*. São Paulo, 1869.

RIBAS, Antônio Joaquim. — *Consolidação das Leis do Processo Civil*. Rio de Janeiro, 1879.

SAREDO, Giuseppe. — *Istituzioni di Procedura Civile*. Preceduta dell'Esposizione dell'Ordinamento Giudiziario Italiano. Firenze, 1887-88.

TELES, José Homem Correia — *Doutrina das Ações*. Acomodada ao Fôro do Brasil por Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro, 1880.

SCIALOJA, Vittorio. — *Vide*: PISANDELLI, Giuseppe, *op. cit.*

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. — *Vide*: CORREIA TELES, José Homem, *op. cit.*

ÍNDICE ONOMÁSTICO

- ALBA, Fernando Alvarez, Duque d'Alba ou Alva, p. 113.
ALBUQUERQUE, Jorge Cavalcanti de, ps. 11, 167.
ALBUQUERQUE, José de Medeiros e, p. 175.
ALENCAR, Alexandrino Faria de, ps. 12, 167.
ALENCAR, Armando de, p. 9.
ALVES, Tomás, ps. 86, 144.
ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de, p. 160.
ANDRADE, Alberto Fontoura Freire de, ps. 12, 167.
AQUINO E CASTRO, Olegário Herculano de, ps. 196, 244.
ARARIPE, Tristão de Alencar, ps. 124, 126.
ARNDTS, Ludwig von, p. 164.
ARNOLD, p. 55.
AUBRY, p. 253.
AZEREDO, Antônio Francisco de, p. 220.
AZEVEDO, Grégório Taumaturgo de, ps. 43, 147.
BAKER, A. J., ps. 57, 89, 149.
BANCROFT, George, ps. 61, 101, 152, 161.
BANDEIRA, Esmeraldino Olímpio Tórres, p. 8.
BANDEIRA, Sebastião, ps. 11, 20, 167.
BARBALHO, João [João Barbalho Uchoa Cavalcanti], ps. 8, 185.
BARBOSA, Homero de Miranda, p. XII.
BARBOSA, Rui, ps. IX, X, XI, XII, XIII, 7, 8, 9, 20, 21, 23, 41,
44, 46, 57, 65, 81, 147, 148, 154, 161, 163, 176, 183, 194,
199, 206, 213, 217, 220, 221, 223, 248, 257, 272.
BARRETO, Francisco Roberto, ps. 11, 167.
BARRETO, José de Almeida, ps. 43, 147.
BARROS, Augusto Monteiro de, ps. 11, 167.
BARTOLA, G. Cannada, p. 138.
BATISTA, Francisco de Paula — p. 243.
BERNER, Alberto Frederico, p. 100.
BERTAULD, p. 138.
BEVILÁQUA, Clóvis, p. 270.
BEZERRA, Norberto de Amorim, ps. 11, 20, 167.
BITTENCOURT, Edmundo, ps. XI, 8, 194.

- BLACK, Henry Campbell, ps. 28, 36, 44, 53, 62, 90, 97, 104, 160, 205.
- BLACKSTONE, William, ps. 49, 56, 86, 89, 100, 136, 139.
- BLANCHE, Antoine, p. 138.
- BLUNTSCHLI, Johann Gaspar, ps. 100, 163.
- BOITARD, p. 226.
- BORGES, Mário César Bormann de ps. 12, 167.
- BOUVIER, John, p. 56.
- BRANDÃO, Ulisses de Carvalho Soares, p. 221.
- BRUSQUE, Rafael, ps. 11, 167.
- CAMPOS, Aureliano de, ps. 23, 171.
- CANTEROS, Romualdo, p. 223.
- CARDOSO, Rosa Maria, p. 261.
- CARLIER, Augusto, p. 179.
- CARLOS V, p. 112.
- CARMIGNANI, Giovanni, p. 67.
- CARRARA, Francesco, ps. 65, 85.
- CARSON, Hampton L., ps. 48, 52.
- CARVALHO, Gaspar Teixeira de, ps. XI, 8.
- CARVALHO Júnior, José Teixeira de, ps. 11, 167.
- CARVALHO Júnior, Manuel Pacheco de, ps. 11, 167.
- CASTELO BRANCO, José Leduino, ps. 12, 168.
- CAVALCANTI, André, ps. 196, 221, 244.
- CAVALCANTI, Domingos Olímpio, p. 220.
- CAXIAS, Luís Alves de Lima e Silva, Duque de, p. 125.
- CESARESCO, Countess, p. 112.
- CHAMBRUN, Adolphe, p. 179.
- CHASE, p. 139.
- CHAUVEAU, p. 138.
- CÍCERO, Marco Túlio, ps. 34, 160.
- COBRA, Artur Afonso de Barros, ps. 12, 167.
- COELHO, Alberto Durão, ps. 11, 167.
- COGLIOLO, Pietro, ps. 65, 115.
- COKE, p. 54.
- COLONA, Alípio Augusto Dias, ps. 12, 168.
- COOLEY, Thomas, ps. 17, 25, 26, 28, 36, 37, 39, 40, 49, 53, 55, 88, 89, 90, 95, 96, 99, 101, 102, 103, 136, 139, 162, 203.
- CORREIA TELES, José Homem, ps. 228, 268.
- COSTA NETO, José da Silva, p. 221.
- COUTINHO, Manuel Marques, ps. 11, 167.
- COXE, Brington, ps. 47, 52, 149, 160.
- CRESCENZIO, p. 164.
- CROMWELL, Oliver, p. 54.

- CUJÁCIO, Jacob, p. 110.
CUMMINGS, p. 98.
CUNHA, Alberto Carlos da, ps. 11, 167.
CUNHA, Godofredo Xavier da, p. 221.
CURTIS, George Tikhnor, p. 111.
CUZZERI, Emanuele, p. 227.
DALLOZ, Désiré, ps. 65, 115, 117, 132, 133.
DANTAS, Antônio Dinis de Faria, ps. 11, 167.
DEMOLOMBE, Charles, ps. 164, 253, 265.
DEMÓSTENES, p. 111.
DIAZ, Benigno, p. 219.
DUBRUCHET, Jorge Marques, ps. 11, 167.
DURUY, Victor, ps. 108, 111.
ESPÍRITO-SANTO, Herminio Francisco do, ps. 180, 196, 244.
EUGÈNE, p. 121.
EXPOSTO, Albino, p. 261.
FAVRE, Jules, p. 121.
- FARIA, Manuel Marques de, ps. 11, 167.
FERREIRA, Bernardino Martins, p. 261.
FIGUEIREDO, Canuto de, p. 221.
FIGUEIREDO JÚNIOR, Joaquim Antunes de, ps. 9, 180, 196.
FILPE, Luís, p. 133.
FILPE II, p. 113.
FISKE, John, p. 55.
FONSECA, Anibal Freire da, p. 9.
FORSYTH, William, p. 33.
FRANCO, Joaquim, ps. X, 1, 7, 11, 21, 167, 177, 195.
GABBA, Carlo Francesco, ps. 88, 136, 137, 139, 141, 253.
GALDI, Domendicantonio, ps. 227, 229.
GALLATI, p. 151.
GARLAND, p. 99.
GARRAUD, ps. 65, 67, 100, 131, 138, 140, 142.
GARSONNET, E., ps. 142, 226, 253.
GIACHETTI, Carlo, ps. 65, 67.
GLICÉRIO, Francisco, p. 7.
GOMES, Afonso Henriques de Castro, ps. 12, 168.
GOMES, Emilio Carvalhais, ps. 12, 168.
GOMES, Higino Pires, p. 125.
GOODNOW, Frank J., p. 150.
GRAÇA ARANHA, José Pereira da, p. 8.
GRANT, p. 150.
GRASSO, Giacomo, p. 161.

- GROTE, George, ps. 108, 109, 111.
GROTIUS, Hugo de, p. 67.
GUIMARÃES, Antônio de Farias, p. 261.
GUIMARÃES, José Nunes Belfort, p.s 12, 167.
HALL, Viriato Duarte, ps. 12, 167.
HAMILTON, p. 242.
HARDCASTLE, p. 141.
HARE, Clark, p. 204.
HARLAN, p. 154.
HEBRARD, A., p. 112.
HECK, Conrado, ps. 11, 167.
HELLO, p. 133.
HÉLIE, Faustin, p. 138.
HIGINO, José [v. PEREIRA, José Higino Duarte].
HOLM, Adolph, p. 108.
HOLST, p. 129.
JEFFERSON, Thomas, p. 151.
JOHNSON, Alexander, p. 123.
KENT, James, ps. 61, 102.
KOEHLER, Honório de Lamare, ps. 12, 168.
LACANTINERIE, p. 253.
LANCELOT, p. 159.
LARANJEIRA, Tomás, p. 220.
LAROUSSE, Pierre, ps. 174, 175.
LAURENT, François,
LAWSON, p. 90.
LAWSTON, John D., ps. 62, 135.
LÉGER, Louis, p. 112.
LEGRAVEREND, p. 65.
LESELYER, p. 253.
LIMA Jr., Luís José de, ps. 11, 167.
LINCOLN, Abraão, p. 123.
LISANDRO, p. 109.
LISZT, Franz von, p. 70.
LÔBO, Américo [Américo Lôbo Leite Pereira], ps. 185, 221, 244.
LOCRÉ, p. 264.
LOMONACO, p. 164.
LOPES, Horácio Coelho, ps. 12, 167.
LOPES, Isidoro Dias, p. 9.
LOPEZ, Enrique Venâncio Solano, ps. X, XI, 215, 217, 219, 220, 211,
223, 239.
LOPEZ, Francisco Solano, p. 219.

- LUCHINI, Luigi, p. 92.
LUÍS XVIII, p. 118.
LYNCH, Elisa Alice, ps. 219, 221, 223, 239.
MACEDO SOARES, Antônio Joaquim de, ps. 159, 244.
MACHADO, Álvares, p. 125.
MAC MAHON, p. 122.
McMURTRIE, p. 52.
MAGALHÃES, Galdino Cícero de, ps. 12, 168.
MAHON, Lord, ps. 114, 122.
MANCINI, Vicenzo, ps. 227, 229.
MARCADÉ, p. 164.
MARSHALL, John, ps. IX, 8.
MARTINEZ, Manuel, p. 219.
MARTINS, Antônio de Sousa, ps. IX, 8, 173.
MASTER, p. 55.
MATTIROLO, Luigi, ps. 100, 230.
MATOS, João de Moraes e, p. 221.
MAXIMUS, Valério, p. 111.
MAZZONI, Pacifici, p. 266.
MEDICI, Antônio, ps. XII, 215, 220, 221.
MEIRA, Gentil Augusto de Paiva, ps. 12, 168.
MELO, Benjamin Ribeiro de, ps. 11, 167.
MENDONÇA, Lúcio de, ps. 9, 181, 244.
MERLIN DE DOUÉ, Antoine, p. 253.
MILLER, ps. 49, 135, 150, 151, 152, 161.
MITTERMEIER, K. J. A., p. 88.
MOMMSEN, Theodor, p. 160.
MORTARA, Ludovico, p. 230.
MORLEY, p. 113.
MURTINHO, Manuel José, ps. 9, 19b.
NAPOLEÃO, Luís, p. 121.
NASSAU, Maurício de, p. 112.
NELSON, p. 150.
NEUVILLE, Hyde de, p. 104.
NEWTON, Isaac, p. 52.
NICOLINI, Nicola, p. 87.
OLINTO, Adolfo Augusto, p. 244.
ORDRONAUX, ps. 47, 49, 50, 57, 101, 104, 153, 161.
PALMA, Luigi, p. 100.
PATROCLEIDES, p. 109.
PATTERSON, ps. 47, 56, 97.
PAULINO, Adolfo Vitor, ps. 12, 168.

- PAULO, Júlio, ps. 110, 229.
PEDRO, João, V.: VIEIRA, João Pedro Belfort
PEIXOTO, Floriano Vieira, p. 7.
PEREIRA, Lafayette Rodrigues, p. 270.
PEREIRA, José Higino Duarte, ps. 9, 181, 183.
PEREIRA FRANCO, Luís Antônio, Barão de Pereira Franco, ps. 180, 196, 244.
PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano, ps. 226, 254, 255, 256.
PESCATORE, Matteo, ps. 156, 230.
PIERRE, Eugène, p. 123.
PIMENTA BUENO, José Antônio, Marquês de São Vicente, ps. 187, 189, 193.
PINDAÍBA DE MATOS, Eduardo, ps. 185, 244.
PINHEIRO, Carlos José de Araújo, ps. 11, 167.
PIRAGIBE, Antônio Carlos da Silva, ps. 12, 20, 167.
PIRAGIBE, Eduardo de Carvalho, ps. 11, 167.
PISA E ALMEIDA, Joaquim de Toledo, p. 244.
PIRES, Homero [Homero Pires de Oliveira e Silva], p. XII.
PISANELLI, Giuseppe, ps. 227, 229.
POMEROY, John Norton, ps. 51, 96, 98, 99, 102, 103, 128, 136, 161.
POPE, p. 150.
QUINCY, Josiah, p. 151.
RAU, p. 253.
REBELO JÚNIOR, João Francisco, ps. 12, 168.
REIS JÚNIOR, João Francisco, ps. 12, 168.
RESENDE, Francisco Barbosa de, p. 221.
RETUMBA, João da Silva, ps. 12, 168.
RIBAS, Antônio Joaquim, ps. 256, 271.
RIBEIRO, Oscar d'Ávila Moniz, ps. 12, 167.
RIBEIRO DE ALMEIDA, Antônio Augusto, ps. 9, 181, 196, 244.
RUSSELL, p. 68.
SÁ, Luís Pinto de, ps. 12, 168.
SAMPAIO, Antônio Júlio de Oliveira, ps. 12, 168.
SAREDO, Giuseppe, p. 227.
SANCHEZ, p. 239.
SATURNINO, p. 125.
SCIALOJA, Vittorio, ps. 227, 229.
SELLYER, p. 65.
SERGEANT, Thomas, p. 48.
SILVA, Augusto Carlos de Sousa e, ps. 11, 167.
SILVA, Bernardino Ferreira da, ps. 9, 180, 196, 244.
SOUSA, Heráclito Belford Gomes de, ps. 12, 167.

- SOUSA, José Libânio Lamenha Lins de, 11, 167.
SOUSA, Manuel Raimundo de, ps. 11, 20, 167.
STEVENS, p. 54.
STORY, Joseph, ps. 96, 142, 143.
SUTHERLAND, ps. 136, 139, 142.
SWIFT, Jonathan, p. 90.
SWINDEREN, p. 69.
TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, ps. 225, 228, 254, 268.
THAYER, James Bradley, ps. 28, 36, 47, 48, 54, 55, 56, 62, 79, 97, 100,
101, 104, 105, 149, 150, 155, 156, 161, 162, 163.
THIERS, Adolphe, p. 122.
THIRY, Victor, ps. 67, 68, 138.
THOMPSON, Artur, ps. 11, 167.
TUCÍDIDES, p. 66.
TIFFANY, Joel, ps. 45, 46, 101, 123.
TINDAL, p. 114.
TITARA, Ladislau dos Santos, p. 72.
TRASIBULO, p. 111.
URBIETA, Manuel Martinez, ps. 219, 240.
VIEIRA, João Pedro Belfort, ps. 9, 185.

ÍNDICE

	Págs.
PREFÁCIO	IX
I. ANISTIA INVERSA — Caso de Teratologia Jurídica — Ação Sumária — Joaquim Franco e outros, Autores — União Federal, Ré	1
Nota do Revisor	7
1 — PETIÇÃO INICIAL	11
[Petição]	21
2 — ALEGAÇÕES FINAIS	23
Prefácio [do Autor]	23
Defesa dos Condenados pela Anistia de 1895 ..	43
Inconstitucionalidade importa nulidade	53
Nulidade parcial	61
Decreto de 21 de Outubro de 1895	63
Anistia Penal	65
I — Inatividade	68
II — Redução na Antiguidade	71
III — Redução nos Vencimentos	75
IV — Supressão do Direito Constitucional	78
Decreto-Sentença	85
I — Abolição do Processo	87
II — Supressão do Tribunal	93
III — Espoliação e Invasão	100
<i>Sola et Una</i>	107
Anistias «Restritivas»	131
Retroatividade	135
A Objeção do Caso Político	147
Os Termos do Pedido	159
Sentença	167
3 — RAZÕES DOS APELADOS — Pelos Apelados	173
Supremo Tribunal Federal — Apelação Cível	
nº 216 — Acórdão	177
4 — EMBARGOS	183
a) Petição	183
b) Sustentação	185
Supremo Tribunal Federal — Apelação Cível	
nº 216 (Embargos) — Acórdão	195

	Págs.
II. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 428	197
Consulta	199
PARECER	201
III. TEMPO DE SERVIÇO NAS FORÇAS ARMADAS — Cômputo do Desempenho de Mandato Legislativo — Parecer	207
Consulta	209
PARECER	211
VI. AÇÃO REIVINDICATÓRIA — Exceção de Incompetência — Enrique Venâncio Solano Lopez e J. B. Medici, AA. Cía. Mate Laranjeiras, Ré. Estado de Mato Grosso, Excipiente — Excetos, os AA. — Litisconsorte: União Federal	215
Nota do Revisor	219
1ª — CARTA	223
2ª — IMPUGNAÇÃO DOS ARTIGOS DA EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA	225
Notas de próprio punho do Conselheiro Rui Barbosa para Estudo do Problema Suscitado pela Exceção	235
Supremo Tribunal Federal — Agravo nº 223 — Acórdão	239
V. AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS — Litisconsórcio Passivo da União — Competência da Justiça Federal — Parecer	245
PARECER	247
VI. RECURSO EXTRAORDINÁRIO — Efeito Devolutivo. Competência da Justiça Federal em Questões de Marca de Fábrica — Limite Temporal da Lei — Parecer	249
PARECER	251
VII. INSTITUIÇÃO DE HERDEIROS — Validade de Testamento — Parecer	259
Nota do Revisor	261
PARECER	263
BIBLIOGRAFIA	273
ÍNDICE ONOMÁSTICO	281

AOS 20 DIAS DO MÊS DE OUTUBRO DO ANO DE
1955, ACABOU-SE DE IMPRIMIR NAS OFICINAS
GRÁFICAS DO DEPARTAMENTO DE IMPRENSA
NACIONAL, NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO,
ÊSTE TOMO,

O 1.º DO VOLUME XXIV

DAS

OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA

MANDADAS PUBLICAR PELO GOVÊRNO DA
REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL