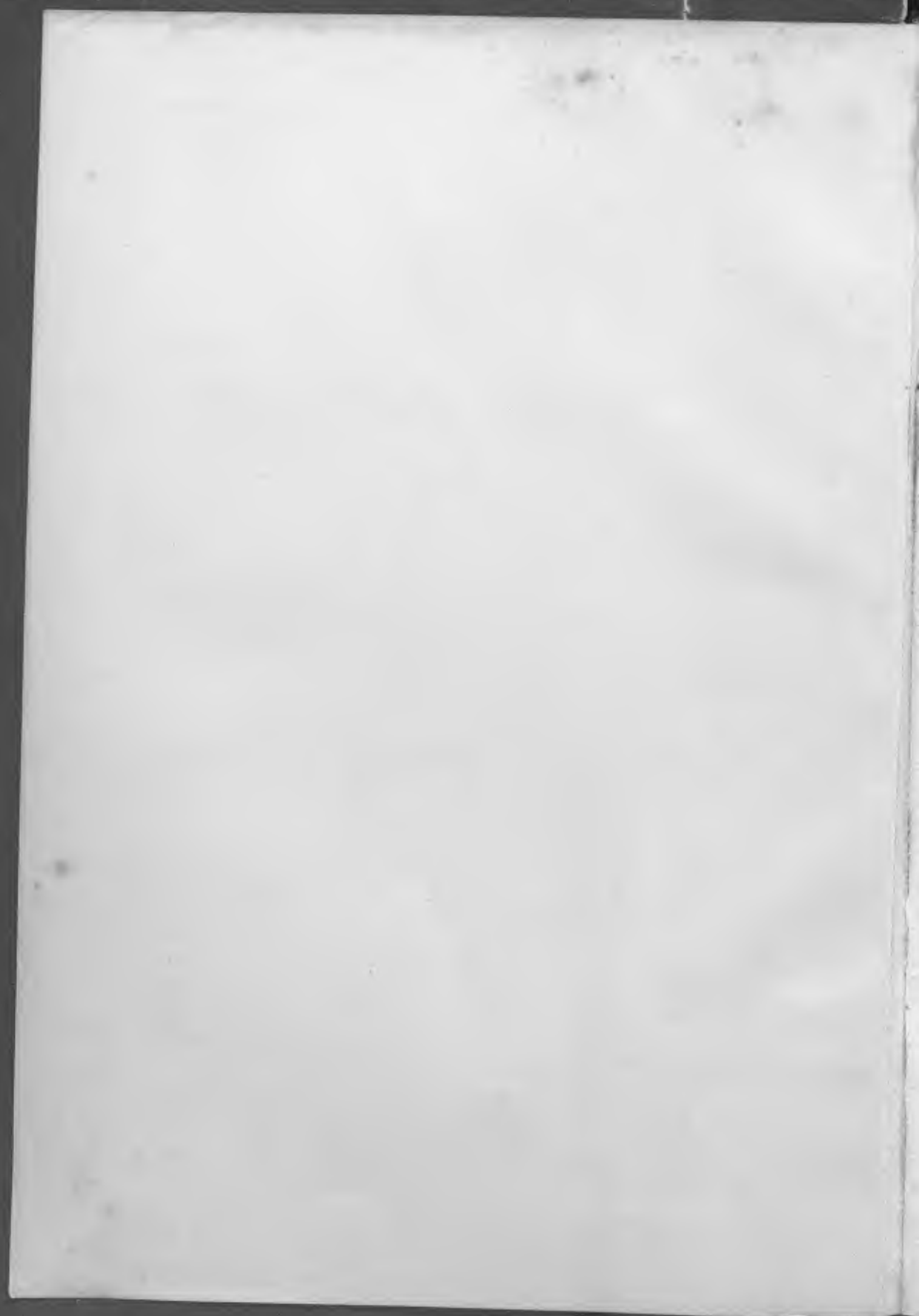
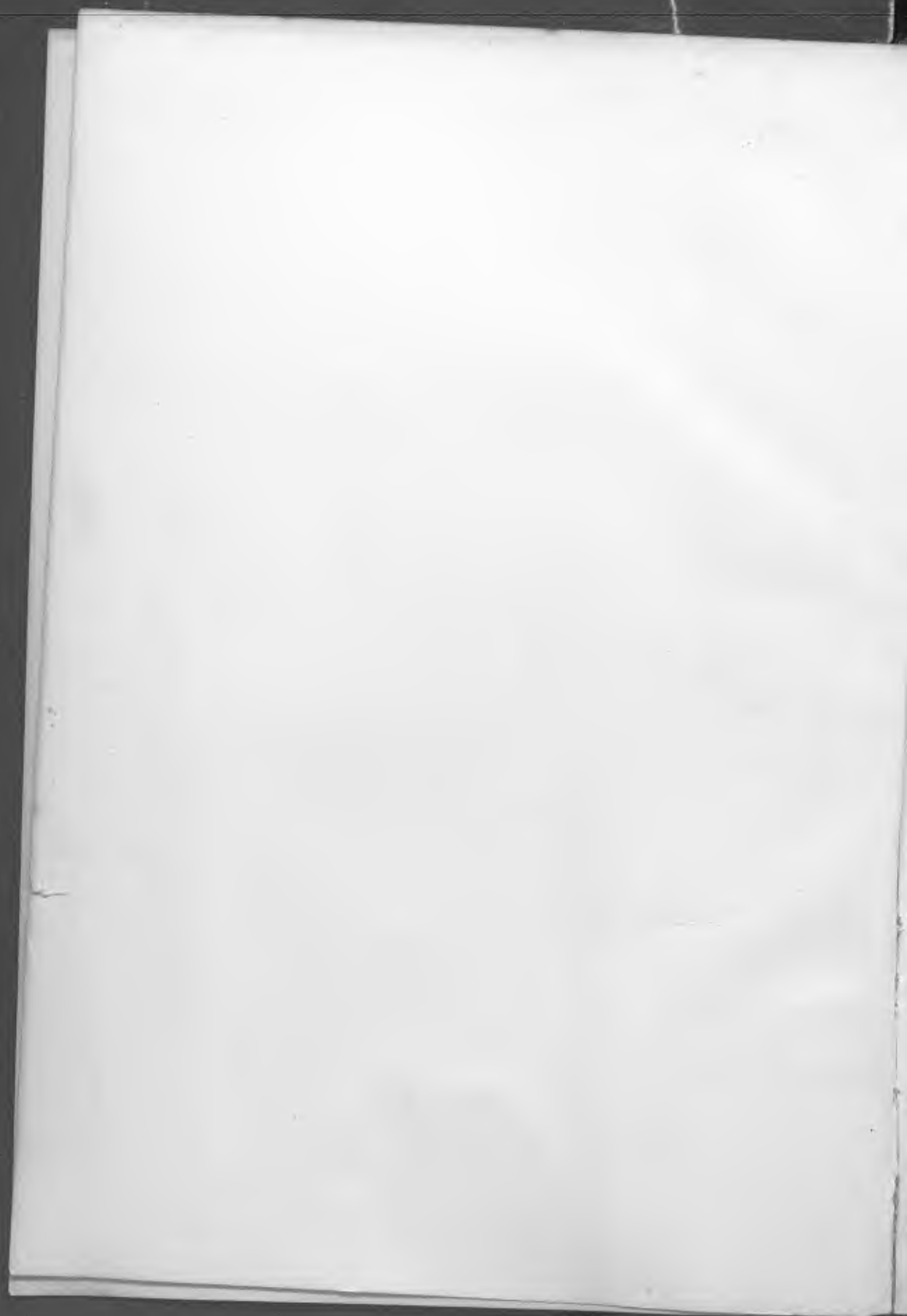








TRABALHOS
JURÍDICOS



O B R A S S E L E T A S D E
R U I B A R B O S A

XI

*TRABALHOS
JURÍDICOS*



C A S A D E R U I B A R B O S A • 1 9 6 2

TOMBO 009122



340.6
B238

CATÁLOGO 009110

ADVERTÊNCIA

Como ficou assinalado na advertência contida no volume anterior, o de número X, compreende o presente trabalhos de natureza jurídica, ou melhor dito, de cunho exclusivamente forense, porquanto, em tôdas as questões aqui versadas, atuou RUI BARBOSA como advogado, nos juízos de primeira instância e tribunais onde se discutiam as controvérsias em que funcionara êle como patrono de algumas das partes.

Com o desvêlo e competência, que lhe são peculiares, ainda uma vez o Dr. José Gomes Bezerra Câmara, digno magistrado e grande conhecedor da obra do patrono desta Casa, incumbiu-se da seleção e organização dos textos, com explicações prévias focalizando o histórico de cada questão e respectivo desfêcho.

A revisão tipográfica esteve igualmente ainda a cargo do emérito revisor Antônio de Sousa e Silva, que se houve nessa tarefa com a exação habitual.

Incluem-se neste volume quatro opúsculos, já divulgados nas OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA, conforme está dito em cada nota prévia. Cumpre, todavia, acrescentar que a nota que precede o primeiro dos escritos — Os Atos Constitucionais — redigida pelo Dr. José Gomes Bezerra Câmara, não consta do volume de Obras Completas onde se contém a referida monografia, por ter sido elaborada especialmente para as OBRAS SELETAS.

VIII

Além dos quatro opúsculos, todos versando matéria do mais alto interesse jurídico, quer pela atualidade dos temas, quer pela erudição com que foram êles tratados, sai também um fragmento a respeito do Uti Possidetis, capítulo com que rematou o Autor as Razões Finais pelo Rio Grande do Norte, em 1904, na causa contra êle movida pelo Estado do Ceará (Ação Originária n.º 6 — Sup. Tribunal Federal).

Excluiu-se da publicação a bibliografia, levantada nos volumes das OBRAS COMPLETAS pelo organizador, que a considera dispensável, a fim de não sobrecarregar em demasia o texto.

Casa de Rui Barbosa, maio, 1962.

EUGENIO GOMES

Diretor

I

OS ATOS INCONSTITUCIONAIS
DO CONGRESSO E DO EXECUTIVO



NOTA DO ORGANIZADOR

Nas ações ordinárias intentadas contra a Fazenda Nacional, em 1892, pelos reformados e demitidos em virtude dos decretos de 7 e 12 de abril daquele ano, funcionou RUI BARBOSA como patrono dos Autores. Suas razões finais foram divulgadas em 1893, sob o título *Os Atos Inconstitucionais || do Congresso e do Executivo || ante || a Justiça Federal | Capital Federal | 1893 | Companhia Impressora |* (IV, 249 págs.). As razões finais da suplicada foram também publicadas naquele ano, em avulso, sob o título *Os Sucessos de Abril perante a Justiça Federal* (Imp. Nacional, 1893), sendo seu Autor o procurador da República, RODRIGO OTÁVIO DE LANDGAARD MENESES. O trabalho de RUI BARBOSA foi incluído nas suas *OBRAS COMPLETAS* como parte do tomo V, do volume XX, correspondente ao ano de 1893 (Rio de Janeiro, 1958 [págs. 1 a 233]), onde foi acrescido de duas petições iniciais, copiadas dos autos das apelações cíveis nºs 112 e 116, do Supremo Tribunal, além da sentença da primeira e acórdão proferido na suprema instância. Foi, ali, também, incluída uma bibliografia de todas as obras utilizadas.

O texto ora reproduzido é de 1893, apenas modificada a ortografia, em conformidade com a que figura no volume já citado.

O feito que se converteu na apelação cível 112, tinha como Autor o Marechal José de Almeida Barreto; o processado na instância *ad quam* como apelação cível 116, tinha como suplicante o então Tenente-Coronel de Engenheiros Gregório Tauturgo de Azevedo, sendo, em ambos, ré a União, ali indicada como Fazenda Nacional, conforme o uso da época. O histórico de um deles ao outro se aplica.

A segunda das demandas já referidas, como ação ordinária, foi distribuída em 1892, sendo a inicial, de próprio punho de RUI BARBOSA (fls. 2 a 7 v.), datada de 12 de dezembro. Contestada pelo então Procurador da República (fls. 12 a 14). RODRIGO OTÁVIO, houve, a seguir, réplica por negação (fls. 15), aos 17 de janeiro de 1893, vindo a seguir as razões finais do Autor (fls. 18 a 181 impressas), oferecidas a 12 de maio de 1893, com um adendo a fls. 182, logo depois divulgadas em avulso. As razões finais da suplicada estão a fls. 184 a 220.

Permaneceu o feito paralisado, após exigência do Juízo (22 de agosto de 1893), intimado, para tanto, o Autor, a 27 seguinte, na pessoa do solicitador JOSÉ ANTÔNIO DO AMARAL. Só a 9 de fevereiro de 1895, mediante petição do próprio Autor, foi novamente movimentado, renovando-se a instância.

Por sentença de 9 de março de 1895 (fls. 242 v. a 254), do Juiz HENRIQUE VAZ PINTO COELHO, foi julgada procedente a ação, como se vê de seu texto adiante reproduzido, de que houve apelação, interposta pela Fazenda, representada esta pelo Procurador JOSÉ PEREIRA DA GRAÇA ARANHA (fl. 246.) Contra-arrazada pelo apelado, representado por MANUEL CAVALCANTI FERREIRA DE MELO (fls. 255-289), foi, no Supremo Tribunal Federal, convertido o feito na apelação n.º 116, ali funcionando, pela União, o Ministro Procurador Geral da República, SOUSA MARTINS. Distribuído o processo ao Ministro HERMÍNIO FRANCISCO DO ESPÍRITO SANTO, foi proferido o acórdão contido a fls. 192 v. a 293, dos autos, aos 11 de março de 1896, pelo qual não se tomou conhecimento do recurso, por entender-se que a ação prejudicada se achava, por força do decreto de 14 de novembro de 1895.

Os autos das ações mencionadas acham-se arquivados no Supremo Tribunal Federal.

1 — PETIÇÃO INICIAL (*)

Il.^{mo} Sr. Juiz de Secção da Capital Federal

O engenheiro GREGÓRIO TAUMATURGO DE AZEVEDO, official do exército brasileiro, por seu procurador, quer mover à Fazenda Nacional uma ação civil ordinária, nos termos do Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, em que demonstrará o seguinte:

1

Tenente-coronel do corpo de engenharia do exército, o suplicante, inopinada e violentamente, foi reformado por ato administrativo, aos 7 de abril d'este ano, firmado pelo presidente da República e publicado no *Diário Oficial* do dia immediato. (Doc. junto).

Ora,

2

Na efetividade do seu pôsto, antes da reforma, o suplicante, caso exonerado fôsse da comissão que exercia, teria, ainda assim, direito sempre, pelas leis militares, a 361\$000, mensalmente, como adido ao quartel general.

Mas,

3

Em consequência da reforma, os vencimentos hoje contados ao suplicante se reduzem a 230\$000 mensais.

Logo,

4

O decreto que o reformou, inflige-lhe um prejuízo permanente de Rs. 131\$000 mensais, ou Rs. 1:572\$000 por ano.

(*) As petições iniciais não figuram na edição primitiva, que só compreende as razões finais, comuns a todas as ações. Incluimos duas daquelas a título de exemplo, extraídas dos próprios autos.

5

Essa diminuição forçada nas vantagens do seu posto importa num verdadeiro esbulho; porquanto a reforma do suplicante atenta, em condições descomunais, contra as leis e a Constituição da República.

Em verdade,

6

Não há hipótese em que a legislação militar e o pacto da União reconheçam ao Chefe do Estado o arbítrio de reformar oficiais do exército por deliberação individual e soberana da Presidência da República.

7

Nem procede, em justificação dessa violência, o asserto, aliás vago e indemonstrado, formalmente desmentido pelo inquérito oficial, de que o suplicante perpetrasse o crime de conspiração, ou sedição, como afirma, nos considerandos que o precedem, o decreto reformatório.

Com efeito,

8

Ainda quando tais increpações não fôsem materialmente falsas, como o demonstram os documentos do inquérito submetido à Câmara dos Deputados, onde nem sequer se declina o nome do peticionário, de tal delito não podia ser convencido senão na forma das leis e por sentença da autoridade competente para processar, julgar, e punir.

Mas, ao contrário disso,

9

O peticionário foi acusado, sentenciado e condenado, sem intervenção de tribunal, qualificação de delito, indicação de culpa, nem interrogatório sequer, não tendo notícia da acusação senão pelo ato condenatório, abolidas assim tôdas as formas do processo, tôdas as garantias da defesa, tôdas as prerrogativas da justiça civil e militar, que destarte passou a residir absolutamente no arbítrio pessoal do chefe do Estado.

10

Nem colhe, em defesa dessa usurpação administrativa, a consideração de haver-se adotado êsse arbítrio em circunstâncias excepcionais, na esfera dos poderes extraordinários, em que a declaração do Estado de sítio investe o executivo.

De fato,

11

As faculdades anormais, conferidas ao chefe do Estado pela instituição do assédio político estão rigorosamente limitadas pela Constituição brasileira (art. 80, § 2.º), onde se estabelece que o Presidente da República, “durante o estado de sítio, restringir-se-á, *nas medidas de repressão contra as pessoas*, a impor :

“1.º A detenção em lugar não destinado aos réus de crimes comuns;

2.º O desterro para outros sítios do território nacional.”

E em nenhum desses capítulos se pode encabeçar racionalmente o arbítrio de reformar administrativamente oficiais de terra e mar.

Mas,

12

Ainda quando, pela declaração de estado de sítio, o chefe do Estado ficasse legalmente promovido à condição de legislador e juiz, nem como juiz, nem como legislador poderia êle confiscar aos servidores da nação direitos assegurados pela Constituição da República. Juiz, o seu poder circunscrever-se-ia a processar, e julgar, aplicando as leis vigentes. Legislador, a sua soberania não poderia avançar-se à do Congresso Nacional, entre cujas atribuições não se abrange a de revogar disposições constitucionais.

Ora,

13

Entre estas se destaca, na secção especialmente consagrada à *Declaração de direitos*, o preceito formal do art. 74, que dispõe:

“As patentes, os postos e os cargos inamovíveis são garantidos em toda a sua plenitude.”

E é óbvio, é elementar que a garantia estabelecida não abrangeria as patentes e os postos *em toda* a sua plenitude, se não compreendesse a *efetividade*, elemento normal dêles, salvas apenas as limitações legais, que a regulam.

14

Como executor das leis não é menos estupenda a violência do poder executivo contra elas na pessoa do suplicante; pois em toda a história legislativa do país não há tradição, que possa autorizar medidas tais.

Realmente,

15

Sob a legislação do Império, cuja Constituição, art. 149, não permitia privação de graduações, no exército e armada, "senão por sentença proferida em juízo competente", as regras concernentes à reforma de oficiais, que o governo, sob a monarquia, nunca violou, cingiam-na estritamente aos casos de :

a) Incapacidade física, averiguada em duas inspeções de saúde, por junta idônea, no decurso de um ano, em cujo período o oficial se conservava agregado à arma respectiva;

b) Mau procedimento *habitual*, verificados os seus elementos constitutivos, segundo o Código Penal Militar, em conselho de inquirição, composto de três oficiais de patente igual, pelo menos, à do acusado, e ouvido, em seguida, o Conselho Supremo Militar de Justiça;

c) Condenação à prisão por mais de um ano.

E, em relação ao peticionário, nenhuma dessas hipóteses ocorreu.

16

Sob o novo regímen, a reforma não se permite, senão :

a) Por efeito da idade, voluntária, ou compulsoriamente;

b) Em virtude de inaptidão física, reconhecida nos termos das leis anteriores;

c) Por mau comportamento habitual, conforme o disposto no Decreto n.º 260, de 1.º de dezembro de 1841.

Consequentemente,

17

Não tendo o suplicante incorrido no caso de incapacidade física;

Estando ainda muito longe de atingir a inabilitação pela idade;

Só se lhe poderia aplicar a reforma na hipótese de "mau comportamento *habitual*".

Ora,

18

Ainda quando sensatamente se pudesse qualificar de mau procedimento *habitual* a prática de um só delito, sem reincidência, nem continuidade, era indispensável, para verificar o caráter *mau* nos atos do suplicante e a *habitualidade* dêles, a observância das formas instituídas na Lei do 1.º de dezembro de 1841, art. 2.º § 3.º, que estatui:

"O govêrno poderá reformar qualquer official por motivo de mau comportamento habitual, *ouvida primeira-mente a opinião de um conselho de inquirição, composto de três officiais de patente igual, ou superior, e precedendo consulta do Conselho Supremo Militar*". .

Portanto,

19

Reformando o suplicante com desprêzo absoluto dessas formas judiciárias, o poder executivo cometeu contra a Constituição da República uma infração múltipla.

20

Transgrediu a Constituição da República, sobrepondo a sua vontade, e chamando soberanamente ao domínio dela os direitos e privilégios dos officiais de terra e mar, contra o disposto na Constituição, art. 34 n.º 18, segundo o qual compete privativamente ao Congresso Nacional legislar sobre o exército e a armada.

21

Transgrediu-a, como poder executivo, excedendo os limites das atribuições desse ramo do governo, que lhe foram conferidas para "*a fiel execução das leis*". (Art. 48, 1.º)

22

Transgrediu-a, desconhecendo os limites fixados à ação administrativa, quanto aos militares de terra e mar, nas disposições onde se lhes prescreve :

"Administrar o exército e a armada, e distribuir as respectivas forças *conforme as leis federais*;

Prover aos cargos civis e militares de caráter federal, *salvas as restrições expressas nesta Constituição*". (Const., art. 48, n.ºs 4 e 5.)

23

Transgrediu-a, absorvendo em si a autoridade das justiças militares, e anulando o direito conferido aos seus tribunais pela Constituição, no art. 77, que determina :

"Os militares de terra e mar terão fôro especial nos delitos militares.

Este fôro compor-se-á de um Supremo Tribunal Militar, cujos membros serão vitalícios, e dos conselhos necessários para a formação da culpa e julgamento dos crimes".

Demais,

24

Ainda quando legítima fôsse a reforma infligida ao suplicante por ato do poder executivo, *ex vi* das faculdades de exceção, que o estado de sítio lhe atribuía, juridicamente essa imposição, de caráter penal, não podia deixar de cessar com a anistia, pronunciada pelo poder legislativo sobre os acontecimentos de abril; visto que a anistia "*extingue todos os efeitos da pena*". (Cód. Penal, art. 75.)

Logo,

25

Prorrogando a pena além da anistia, o poder executivo, ainda por este lado, conculca a Constituição, desrespeitando a competência do poder legislativo, entre cujas atribuições privativas avulta a de anistiar e, portanto, a de remitir as consequências penais ligadas aos fatos, cujos vestígios é propriedade específica dessa medida apagar absolutamente.

Em suma, pois,

26

Sendo certo que

os vícios de autoridade anulam os atos em nome dela praticados;

que, portanto, é irrita e nenhuma, em direito, a reforma do suplicante;

que os atos írritos não produzem consequências legais contra os seus pacientes,

não pode subsistir a redução de vencimentos, a que, por efeito do decreto de 12 de abril, se mandou submeter o suplicante.

Por conseguinte,

27

É inquestionável a competência deste juízo para conhecer da ação que se pretende intentar, examinando a questão de constitucionalidade, em que ela se apóia, à vista do disposto no Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, art. 15, e na Constituição da República, art. 60.

Em presença do exposto, pois,

P. o suplicante que este requerimento seja recebido e afinal considerado provado, a fim de ser a Fazenda Nacional condenada a pagar ao peticionário, durante a sua vida, os vencimentos, a que lhe assiste direito como tenente-coronel efetivo do corpo de engenharia, vencidos e por vencer.

Com este intuito requer a V. S.^a que se digne mandar citar o Procurador da República ante

êste juízo, para, na primeira audiência, em que esta petição se oferecerá como libelo (Decreto de 11 de outubro de 1890, art. 119), falar aos termos da ação, cujos fundamentos se acabam de articular.

Capital Federal, 12 de dezembro de 1892.

RUI BARBOSA.

RÉPLICA

Atenta a irrelevância manifesta da contestação a fl.
replico por negação sob o protesto de convencer afinal.

Rio de Janeiro, 17 de janeiro de 1893.

RUI BARBOSA.



ADENDO

Não tem razão o sr. Procurador da República no asserto com que, a fl. 12 v., busca demonstrar que se reduz a Rs. 115\$200 anuais o dano infligido ao A. pela reforma inconstitucional de 12 de abril.

Mas, quando a tivesse, êle diminuiria apenas a importância pecuniária da reparação, sem lhe enfraquecer os fundamentos do direito, único objeto que os meus constituintes têm em mira.

Rio de Janeiro, 12 de maio de 1893.

RUI BARBOSA.



2 — PETIÇÃO INICIAL

II.^{mo} Sr. Juiz de Secção da Capital Federal

O Marechal JOSÉ DE ALMEIDA BARRETO, por seu representante, o abaixo assinado, habilitado com a procuração junta, quer propor contra a Fazenda Nacional uma ação civil ordinária, nos termos do Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, em que demonstrará o seguinte:

1.º

Ocupando no exército o posto de marechal e membro do Conselho Supremo Militar, o peticionário, sem solicitação sua e contra sua vontade, foi reformado, por ato administrativo do governo, em Decreto de 7 de abril de 1892, firmado pelo vice-presidente da República e publicado no *Diário Oficial* do dia imediato.

2.º

Ora, já em virtude de seu posto, já em consequência do cargo, que exercia, de membro do Supremo Conselho Militar, cargo vitalício por força da Constituição (art. 77, § 1.º) e do decreto preexistente, o suplicante percebia estas vantagens :

Sóldo	750\$000
Etapa	300\$000
Gratificação do exercício	370\$000
Criado	370\$000
perfazendo essas parcelas	1:450\$000,

importância total de seus vencimentos mensais.

Mas,

3.º

Pela reforma administrativa, que o esbulhou, ficou o peticionário reduzido a perceber apenas:

Sôlido	750\$000
Cota de reforma	213\$000,
somando tudo	963\$000.

E, portanto,

4.º

O prejuízo mensal do peticionário monta

em	1:450\$000
	— 963\$000
ou	486\$000

5.º

Esse prejuízo importa numa verdadeira espoliação; porquanto a reforma do peticionário, nas condições em que lha fulminou o poder executivo, atenta palpável e inquestionavelmente contra as leis e a Constituição da República. Em verdade,

6.º

Não há hipótese, em que o direito militar, ou o direito comum, e o pacto da União confirmam ao Chefe do Estado arbitrio de reformar oficiais do exército, ou da armada, por deliberação individual e soberana da presidência da República. Na espécie vertente,

7.º

O chefe do Estado pretendeu legitimar a sua deliberação, endereçando à Nação, no *Diário Oficial* de 8 de abril, concomitantemente com a publicação do decreto reformatório e firmado em a mesma data dêste, uma mensagem, onde se explicava a medida adotada contra o peticionário e os outros generais envolvidos nela, apontando o manifesto dado a lume por êles na véspera, e afirmando que nesse documento os seus signatários revelaram “um inconveniente espírito de indisciplina”.

8.º

A indisciplina, quaisquer que sejam as suas manifestações e por mais graves que forem, não autoriza o poder executivo com a faculdade discricionária de reformar administrativamente os oficiais indisciplinados. As atribuições do poder executivo, nesta parte, nunca se estenderam a mais que o arbítrio de mandar *repreender*, *prender*, ou *proceder a conselho de guerra*, precedendo conselho de investigação, para se castigarem os delinquentes em conformidade com o direito militar. Com preterição, porém, dessas regras, nunca violadas,

9.º

O peticionário foi acusado, julgado e condenado, sem qualificação de delito, nem intervenção de tribunal, erigindo-se assim a consciência do chefe da Nação em justiça suprema do país, e tentando-se justificar êsse atentado, na mensagem de 7 de abril, com as arguições vagas de “espírito de indisciplina, perturbação da ordem, gérmen de anarquia”, assacadas aos pacientes dessa violência. Entretanto, admitida a capitulação criminal que dessas palavras resulta,

10.º

A culpa incidiria nas disposições do reg. de 8 de março de 1875, art. 1.º, § 3.º, parte segunda, onde se compreendem “tôdas as ações ofensivas do sossêgo e da ordem pública”, que, no art. 5.º, vêm particularizar assim :

§ 1.º Autorizar, promover, ou assinar petições coletivas entre militares.

§ 3.º Publicar qualquer representação que tenha feito contra seu superior, sem permissão da autoridade a quem a mesma petição fôr dirigida.

§ 9.º Usar do direito de representação em termos não comedidos, ou, em vez de recorrer a êsse meio legal, censurar o seu superior por quaisquer escritos ou impressos.

11.º

O ato, em que, segundo a mensagem presidencial de 7 de abril, se apóia a reforma, fulminada, nessa mesma data, contra o peticionário, é a representação estampada

por êle, com o concurso de outros doze oficiais generais, nas fôlhas do dia antecedente, ponderando, em termos corteses e respeitosos, ao vice-presidente da República a necessidade legal de proceder-se à eleição para a presidência, vaga pelo falecimento do marechal Deodoro.

E, caindo êsse fato na previsão do texto supratranscrito,

12.º

A cominação penal a que estaria sujeito o peticionário, é indubitavelmente a taxada no reg. de 8 de março de 1875, em termos peremptórios e inampliáveis, dêste modo :

Art. 7.º São castigos disciplinares para os oficiais de patente e cadetes:

§ 1.º *Admoestação*;

§ 2.º *Repreensão*;

§ 3.º *Detenção*;

§ 4.º *Prisão*.

Art. 8.º A admoestação e a repreensão podem ser applicadas: 1.º verbalmente; 2.º por escrito.

Art. 9.º A admoestação e a repreensão verbais serão: 1.º particularmente; 2.º no círculo de oficiais de patente superior à do culpado; 3.º no círculo de todos os oficiais, ou de todos os cadetes, tratando-se de alguém desta classe.

13.º

Legalmente, constitucionalmente, portanto, não incorreria o peticionário jamais em penalidade estranha a essas — admoestação, repreensão, detenção, ou prisão —, considerada que fôsse como infração disciplinar a publicação, que se dá por motivo à reforma, nem caberia ao governo a possibilidade de trocar por esta as espécies de repressão naquêle regulamento estabelecidas.

14.º

Sob a legislação do Império, cuja Constituição, art. 149, não permitia privação de graduações, no exército e armada, “senão por sentença proferida em juízo competente”, as regras concernentes à reforma de oficiais, que

o governo, sob a monarquia, nunca violou, cingiam-na estritamente aos casos de :

a) Incapacidade física, averiguada em duas inspeções de saúde, por junta idônea, no decurso de um ano, em cujo período o oficial se conservava agregado à arma respectiva;

b) Mau procedimento *habitual*, verificados os seus elementos constitutivos, segundo o Código Penal Militar, em conselho de inquirição, composto de três oficiais de patente igual, pelo menos, à do acusado, e ouvido, em seguida, o Conselho Supremo Militar de Justiça;

c) Condenação à prisão por mais de um ano.

E, em relação ao peticionário, nenhuma dessas hipóteses ocorreu.

15.º

Sob o novo regímen, a reforma não se permite senão :

a) Por efeito da idade, voluntária, ou compulsoriamente;

b) Em virtude de inaptidão física, reconhecida nos termos das leis anteriores;

c) Por mau comportamento habitual, conforme o disposto no Decreto n.º 260, de 1 de dezembro de 1841.

Conseqüentemente,

16.º

Não tendo o suplicante incorrido no caso de incapacidade física;

Estando ainda muito longe de atingir a inabilitação pela idade;

Só se lhe poderia aplicar a reforma na hipótese de "mau comportamento habitual".

Ora,

17.º

Ainda quando sensatamente se pudesse qualificar de mau procedimento habitual a prática de um só delito, sem reincidência, nem continuidade, era indispensável para verificar o caráter *mau* nos atos do suplicante e a

habitualidade dêle a observância das formas instituídas na lei de 1.º de dezembro de 1841, art. 2.º, § 3.º, que estatui:

O govêrno poderá reformar qualquer official por motivo de mau comportamento habitual, *ouvida primeiramente a opinião de um conselho de inquirição, composto de três officiais de patente igual, ou superior, e precedendo consulta do Conselho Supremo Militar.*

Portanto,

18.º

Reformado o suplicante com desprezo absoluto dessas formas judiciárias, o poder executivo cometeu contra a Constituição da República uma infração múltipla.

19.º

Transgrediu a Constituição da República, sobrepondo a sua vontade, e chamando soberanamente ao dominio dela os direitos e privilégios dos officiais de terra e mar, contra o disposto na Constituição, art. 34 n.º 18, segundo o qual compete privativamente ao Congresso Nacional legislar sôbre o exército e a armada.

20.º

Transgrediu-a, como poder executivo, excedendo os limites das atribuições dêsse ramo do govêrno, que lhe foram conferidos para "*a fiel execução das leis*". (Art. 48, 1.º.)

21.º

Transgrediu-a, desconhecendo os limites fixados à ação administrativa, quanto aos militares de terra e mar, nas disposições onde se lhe prescreve :

Administrar o exército e a armada, e distribuir as respectivas fôrças *conforme as leis federais*;

Prover aos cargos civis e militares de caráter federal, *salvas as restrições expressas nesta Constituição*. (Const., art. 48, n.ºs 4 e 5).

22.º

Transgrediu-a, absorvendo em si a autoridade das justíças militares, e anulando o direito conferido aos seus tribunais pela Constituição, no art. 77, que determina:

Os militares de terra e mar terão fôro especial nos delitos militares;

Este fóro compor-se-á de um Supremo Tribunal Militar, cujos membros *serão vitalícios*, e dos conselhos necessários para a formação da culpa e julgamento dos crimes.

Demais,

23.º

Ainda quando legítima fôsse a reforma infligida ao suplicante por ato do poder executivo, juridicamente essa imposição, de caráter penal, não podia deixar de cessar com anistia, pronunciada pelo poder legislativo sobre os acontecimentos de abril, que a anistia "extingue todos os efeitos da pena". (Código Penal, art. 75).

Logo,

24.º

Prorrogando a pena além da anistia, o poder executivo, ainda por êste lado, conculca a Constituição, desrespeitando a competência do poder legislativo, entre cujas atribuições privativas avulta a de anistiar e, portanto, a de reemitir as conseqüências penais ligadas aos fatos, cujos vestígios é propriedade específica dessa medida apagar absolutamente.

Em suma, pois,

25.º

Sendo certo que —
os vícios de autoridade anulam os atos em nome dela praticados;

— que os atos irritos não produzem conseqüências legais contra os seus pacientes,

— não pode subsistir a redução de vencimentos, a que, por efeito do decreto de 1.º de abril, se mandou submeter o suplicante.

Por conseguinte

26.º

É inquestionável a competência dêste juízo para conhecer da ação que se pretende intentar, examinando a

questão de constitucionalidade, em que ela se apóia, à vista do disposto no Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, art. 15, e na Constituição da República, art. 60.

Em presença do exposto, pois,

P. o suplicante que este requerimento seja recebido e afinal considerado provado, a fim de ser a Fazenda Nacional condenada a pagar ao peticionário, durante a sua vida, os vencimentos, a que lhe assiste direito como marechal e membro do Conselho Supremo Militar efetivo, vencidos e por vencer.

Com este intuito requer a V. S.^a que se digne mandar citar o Procurador da República ante este juízo, para, na primeira audiência, em que esta petição se oferecerá como libelo (Dec. de 11 de outubro de 1890), falar aos termos da ação, cujos fundamentos se acabam de articular.

Rio de Janeiro, 8 de maio, 93.

O advogado
RUI BARBOSA

3 — RAZÕES FINAIS

Nas ações de reparação civil, que, em obediência a um alto dever, absolutamente desinteressado, iniciei, perante a justiça federal, em nome dos brasileiros prejudicados pelos atos arbitrários de abril de 1892, os princípios, que hão de reger a solução do litígio, são, no substancial, os mesmos, através das variações acessórias, que agrupam os meus constituintes em séries diferentes.

Uns são militares.

Outros, paisanos.

Dos militares, uns pertencem ao exército de terra; outros, ao de mar; o que, em pontos secundários, os subordina a disposições legislativas tanto ou quanto diversas.

Os militares, como tais, perderam sômente a efetividade dos postos, feridos assim, pela reforma forçada, no direito, constitucionalmente perpétuo, à integridade das patentes. Os civis viram-se esbulhados, em tôdas as suas vantagens, de cargos, nos quais a Constituição lhes assegura a vitaliciedade.

Parte dêles recebeu o golpe durante o estado de sítio; parte, antes dêle, sem êsse verniz, sequer, de pretexto coonestativo.

Mas, sob essas diversidades superficiais, o estôfo da questão é o mesmo em tôdas as causas, quer as encaremos no que respeita aos fundamentos da ação, quer no que toca às objeções da defesa.

A ação, em todos êsses pleitos, estriba nas mesmas regras constitucionais que afiançam indistintamente a estabilidade às patentes militares, a inamovibilidade às funções civis de caráter vitalício; argúi de infração dessas regras orgânicas da sociedade nacional as resoluções do executivo, fulminadas contra os meus constituintes; firma-se no prejuízo material infligido aos Autores por essas

medidas arbitrárias do governo, para reclamar, contra seus efeitos, a tutela da justiça, apoiando-se na consideração de que esses atos são inconstitucionais, de que atos inconstitucionais são atos nulos, de que atos nulos não surtem resultado legal, e de que, para conhecer dessas nulidades, pronunciando-as, a autoridade competente, no regimen adotado pela Constituição de 24 de fevereiro, é a dos tribunais federais.

Por sua parte, ao revés, a defesa recusa categoricamente aos tribunais essa competência, alegando que as reformas decretadas pelo presidente da República aos 7 de abril do ano passado se legalizam com a moção parlamentar de janeiro anterior, em cujos termos o poder administrativo ficara autorizado a empregar as deliberações mais enérgicas, para assegurar a ordem; que as reformas e demissões vibradas em 12 de abril de 1892 exprimem apenas o uso curial das faculdades extraordinárias conferidas ao executivo pela declaração do estado de sítio; que, sendo essas providências meios de ação de alta polícia política, representam atribuições "soberanas", absolutas e irreparáveis em seus efeitos, a não ser por deliberação da própria autoridade que as resolveu.

Este sistema de raciocínio, espécie de órbita cometária, que foge, alongando-se, a perder de vista, do curso das leis da nossa harmonia constitucional, obriga-me a tomar o assunto no seu complexo, qual elle se ramifica, através de todas as diversificações subalternas, pelas várias ações intentadas, mostrando que a defesa renega o nosso direito político em suas bases elementares, em seus elementos sagrados. Com este intuito, procurarei evidenciar :

que a inviolabilidade das patentes e dos empregos vitalícios pertence à classe dos direitos individuais, consagrados pela Constituição republicana;

que tais direitos não podem ser alterados, senão em virtude de deliberação constituinte;

que, a terem as câmaras esse poder, só poderiam delegá-lo por ato legislativo, mediante os trâmites competentes, que não são os das moções da espécie aludida, enxerto espúrio nos cânones do nosso regimen;

que, não assistindo, porém, às legislaturas ordinárias a prerrogativa de reduzirem, ainda por meio de leis, o

estado de direito firmado pelo pacto federal, o voto parlamentar de 21 de janeiro não legaliza os atos espoliativos de 7 de abril;

que o estado de sítio não suspende a Constituição, mas unicamente as garantias limitadas por ela ao definir êsse recurso extraordinário de governo, e, não estando entre essas a vitaliciedade das funções inamovíveis, exorbita de nosso direito constitucional o arbítrio que a violou;

que, conseqüentemente, a aprovação do estado de sítio pelo Congresso deixa a descoberto as demasias dêsse arbítrio, não assistindo à legislatura a faculdade de atribuir ao executivo competências, que a Constituição não reconhece a nenhum dos poderes do Estado;

que, por conseqüência, a nulidade dêsses excessos, perante a Constituição, é manifesta e irrecusável;

que os tribunais não têm autoridade, para os *revogar*, mas têm-na, indubitavelmente, para *lhes negar execução*, e manter contra êles o direito dos indivíduos, quando o caso fôr submetido à justiça, em ação regular, pelos prejudicados;

que êste direito de examinar a constitucionalidade dos atos legislativos, ou administrativos, é a chave de nosso regimen constitucional, seu princípio supremo;

em suma, que as ações propostas emanam de um direito superior à força de todos os poderes constituídos, e correspondem a uma obrigação dos tribunais, rudimentar no regimen americano, que é o nosso.

No trabalho desta investigação, os vários casos particulares, tratados cada qual no seu feito, são modalidades, ora ligeiramente dispare, ora idênticas, do mesmo abuso, de um atentado múltiplo, a que o critério jurídico depara a mesma reparação. Pareceu-me, pois, enfeixar em só estudo a apreciação geral de tôdas as espécies individuais, ainda que, num ou noutro tópico, daqueles em que se estabelece a dissemelhança, o arrazoadado comum se desvie das circunstâncias peculiares a cada lide. Essa leve irregularidade não tem inconvenientes; mas dela, em compensação, resulta a vantagem de monografar-se num só quadro o exame integral da matéria, ramificada em tamanho número de pleitos, simplificando-se destarte o objeto da controvérsia

e a tarefa da justiça, que aliás teria de arrastar-se fastidiosamente através de repetições infindáveis.

Por outro lado, esta unificação do debate me permite ventilar mais a fundo as questões capitais, em cujo desenvolvimento me vejo obrigado a entrar na mais larga explanação, atenta, de uma parte, a relevância excepcional de seu objeto, assim como a sua novidade, agora encarada pela primeira vez no fôro brasileiro, de outra a atitude radical da defesa, impugnando, com uma segurança digna das boas causas, verdades, que, em nosso organismo político, constituem a substância de seu tecido elementar.

Não entreveja o honrado procurador da República nas minhas palavras, por mais ásperas que seja a sua vibração, o menor toque de desconsideração, ou desestima, pela sua pessoa. Está na minha índole a simpatia pelo merecimento; e, quando ao merecimento se associa a mocidade, essa atração toma naturalmente, em meu espírito, as proporções da indulgência admirativa. No calor, ou na severidade de minhas apreciações não se enxergue, pois, senão a aversão impessoal aos erros, a que acidentalmente se liga, neste momento, o nome do jovem magistrado, de cuja individualidade abstraio, para poder combater com liberdade os seus paradoxos.

Cada profissão tem suas preocupações de ofício, que muitas vêzes podem mais do que a vontade dos que a exercem. Não sei se não seria à exigência de uma dessas tradições imperiosas, transmitidas, por herança do cargo, na sucessão do ministério público entre nós, que obedeceu insensivelmente o nobre representante da justiça, na composição da teoria constitucional, com que advoga os interesses de sua cliente. Outros exageraram, talvez injustamente, contra o meu opugnador, o alcance de seu passo, requerendo instruções e ordens ao Ministério da Fazenda, para cumprir os seus deveres nestes processos. Aliás essa diligência era, pelo menos, ociosa, senão estranhável. No símile, porém, que, em justificação dêle, procurou estabelecer entre as suas relações profissionais com a Fazenda e as da advocacia ordinária com a sua clientela, transluz o preconceito vulgar sobre o papel dessas funções, trai-se a inteligência imperfeita de sua verdadeira dignidade legal.

O órgão da justiça pública não é um patrono de causas, intérprete parcial de conveniências, coloridas com mais ou menos mestria: é, rigorosamente, a personificação de uma alta magistratura. A lei não o instituiu solicitador das pretensões contestáveis do erário, de seus interesses injustos: mandou-o, pelo contrário, em todos os feitos, onde servisse, "*dizer do direito*" ⁽¹⁾, isto é, trabalhar imparcialmente na elucidação da justiça.

Dessa trilha creio que se desviou, mais do que seria desculpável, o nobre procurador da República na contestação de fl., onde se acentua na intransigência de suas prevenções a paixão exclusivista do advogado. Sofismas, que o interesse político, na tribuna tempestuosa dos partidos, soprara desabrido, combatendo pelo poder, e que deixaram no ânimo do país as mais desagradáveis impressões, renascem, desmedidamente avultados, como através de um vidro ampliatório, nas alegações do representante oficial da justiça. Entre os que mais se assinalaram, com efeito, em ensanchar liberdades ao executivo no uso do estado de sítio, e preconizar a autoridade absoluta do Congresso no exame da constitucionalidade dessa medida, ninguém tentou roubar à justiça o direito de manter as garantias individuais contra desmandos administrativos, anteriores ao estado de sítio, ou essencialmente alheios à sua natureza constitucional, ainda que perpetrados no seu decurso; ninguém disse que a sanção *política* das câmaras ao acerto da *política* do governo na aplicação desse instrumento repressivo anule o direito às reivindicações *de ordem civil*, em defesa do patrimônio particular, estribadas nas cláusulas da carta federal, que ela positivamente elevou acima da ação de todos os poderes.

Felizmente o Supremo Tribunal Federal, em sua sentença de 27 de abril de 1892, proferida no *habeas-corpus* requerido por mim, ressaltou as atribuições do poder judicial para depois do juízo político do Congresso e, até, a

(1) "Compete ao procurador da República, na secção:

"a) promover e exercer a ação pública, funcionar e dizer de direito em todos os processos criminais e causas que recaiam sob a ação da justiça federal." Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, art. 24.

interferência dos tribunais, para julgarem das imputações irrogadas aos acusados ⁽²⁾; o que *a fortiori* envolve a asserção de sua competência, na matéria civil, para a reintegração de direitos constitucionalmente invioláveis, cuja perda se traduz em lesão material à propriedade particular. Essa afirmativa peremptória da suprema justiça nacional, declarando que, depois de funcionarem as câmaras, para julgar o procedimento do governo, "*deviam*" funcionar os tribunais, para julgar os cidadãos por êle acusados, quer dizer que o uso da função política, ainda que absolutamente regular, não importa nunca a privação definitiva de direitos individuais. Pronunciada pela representação nacional a absolvição mais plenária dos decretos de abril, ainda assim, reza o acórdão, os individuos sujeitos à ação daquele ato não poderiam continuar presos, ou desterrados: teriam de comparecer, para se defenderem, perante a justiça, quando não fôsem logo soltos pelo poder, que os acusara. Destarte firmou-se judicialmente, num aresto memorável, o princípio de que as imunidades individuais, abrangidas pela Constituição de fevereiro em sua declaração de direitos, não se destroem por atos do poder executivo, ou do legislativo. Ora, a vitaliciedade das patentes e dos cargos inamovíveis tem sua consagração, lado a lado com a da liberdade pessoal, no mesmo capítulo da Constituição republicana.

Esta consideração bastaria, ao que me parece, para assegurar de plano o triunfo a esta causa, e prevenir contra as seduições da imaginação política o respeitável órgão da justiça. O próprio sol, sôltas as rédeas à fantasia das divagações, contavam os antigos que incendiara o mundo. Não se agastará, pois, comigo o nobre procurador da República, se eu lhe disser que a carreira impetuosa de seu talento através dêstes autos me relembrou o episódio ovidiano. Ao encontro de suas doutrinas inauditas nada nos ficou das bases dessa Constituição mal-aventurada;

(2) "Considerando que, *antes do juízo político do Congresso*, não pode o poder judicial apreciar o uso que fêz o presidente da República daquela atribuição constitucional...

"Considerando que a cessação do estado de sítio não importa, *ipso facto*, na cessação das medidas tomadas dentro dêle, as quais continuam a subsistir, *enquanto os acusados não forem submetidos, como devem, aos tribunais competentes...*"

porque as bases da Constituição republicana consistem na supremacia da lei fundamental sobre todas as leis e sobre todos os poderes, na limitação estrita da autoridade da legislatura e da autoridade da administração às suas fronteiras escritas, na impenetrabilidade da muralha de garantias, que protegem o indivíduo com o círculo de sua cinta acastelada de formas solenes e de tribunais tutelares, na intervenção reparadora das justiças da União em todos os casos de violência ao direito constitucional, desça ela de que alturas descer. Todas estas trivialidades constitucionais, que resumem a essência do pacto republicano, seriam meramente palavras ôcas, se a argumentação da Fazenda, nestes autos, fôsse defensável. Levando as suas negações até os alicerces do nosso direito constitucional, o procurador da República obriga-me a levar até o chão raso, isto é, até os elementos mais elementares, a refutação dessa fantasia jurídica. A evidência carece reduzida agora a demonstração. Os axiomas invocam o concurso da análise, que deveria pressupô-los. Em tais condições, não me pode caber a responsabilidade da dilatação, que este arrazoado vai sofrer.

Nesta excursão pelas novidades de um regimen inteiramente sem passado entre nós, através dos artifícios, com que as conveniências e os infortúnios de uma época anormal lhe vão solapando o solo, e cavando-lhe mina a mina o esboroamento, nossa lâmpada de segurança será o direito americano, suas antecedências, suas decisões, seus mestres. A constituição brasileira é filha dêle, e a própria lei nos pôs nas mãos êsse foco luminoso, preservendo, nos artigos orgânicos da justiça federal, que "os estatutos dos povos cultos, especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity* serão subsidiários da jurisprudência e processo federal."⁽³⁾

LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS PODERES

Se atos do executivo demitindo funcionários indemnisáveis, reformando militares irreformáveis, se tornassem

(3) Dec. n. 848, de 11 de outubro de 1890, art. 387.

válidos por autorização prévia, ou ratificação ulterior do Congresso, assentada estava a regra de que o governo, com o concurso das duas câmaras, põe e dispõe dos direitos individuais. É a fórmula mais absoluta da onipotência da legislatura, senão da onipotência do chefe do Estado, servido por uma chancelaria parlamentar.

Tal, entretanto, em seu arcaboço, a teoria constitucional do meu antagonista, a suma, a resultante, o *substratum* de suas alegações. Bem pode ser que não lhe apraza vê-la sob esta forma chã. Mas a culpa não me cabe: é o esqueleto da sua opinião, desataviado.

Essa opinião, porém, assentará no direito brasileiro?

Países há, onde a Constituição não ressaí das outras leis senão como as cumeadas mais altas de uma serrania entre as eminências inferiores. Para esses, a Constituição é o conjunto dos atos ordinários do parlamento legislando sobre as necessidades orgânicas do governo. Este o caso da Inglaterra. Nalguns, diversamente, a Constituição se formula em um fato histórico, em um corpo de princípios superiores e fixos, sujeito, porém, à ação erosiva das correntes parlamentares, que podem modificá-lo mais ou menos profundamente, sem pontos de resistência noutro poder contra essas transformações do direito fundamental. É a hipótese de várias monarquias européias. Noutros, enfim, a Constituição fortificou-se entre as suas próprias disposições, estendendo e levantando por toda a sua circunferência o poder judicial como um dique de rochas, onde não se penetra senão por certas comportas, predispostas para esse efeito e sólidamente defendidas contra as monções passageiras da política, ou da multidão: as reformas constituintes. Esta a situação dos Estados Unidos, a nossa e a de várias repúblicas americanas.

Na Inglaterra, que é o tipo do primeiro gênero, outrora extensivo à Europa toda, hoje insulado naquele país, "o que se apelida estatutos constitucionais, desde a Magna Carta e o *Bill* dos Direitos, são puras leis ordinárias, que o parlamento poderia ab-rogar, quando lhe parecesse, exatamente como revogaria uma lei de viação, ou reduziria o impôsto sobre o fumo. Criou-se o hábito de falar na Constituição britânica, como se fôsse uma coisa concreta e definida. Mas na Inglaterra não há constituição, como

objeto distinto das outras espécies de leis: há apenas uma congêrie jurídica, em parte composta de atos legislativos, em parte de arestos e usos correntes, que outros arestos e outros atos legislativos incessantemente vêm modificar". (1)

Claro está que, neste sistema, no qual, em 1830, THIERS e GUIZOT estavam de acôrdo, e que, sob a influência da propagação inglêsa, se corporificou na carta da monarquia de julho, "uma deliberação do parlamento nunca poderia ser inconstitucional, no sentido estrito da palavra". (2) O poder constituinte, ali, "não se separa do poder constituído". (3) Depositário do poder popular em sua plenitude, sinônimo da própria nação, cuja vontade encarna em si (4), o parlamento aboliria, se quisesse, a igreja, a câmara dos *lords*, a coroa, a si mesmo. (5) No uso dessa autoridade absoluta, "sem freio, nem contraste" (6), sua jurisdição, na frase clássica, é de "tal transcendência, que não tem raias, quanto à matéria, ou quanto a pessoas". (7) "Seus erros de ninguém senão dêle mesmo podem receber emenda." (8) Só não lhe é dado, na expressão de BLACKSTONE, o "naturalmente impossível". (9) Sob a sua prerrogativa, legislação e soberania são termos conversíveis (*sovereignty and legislature are convertible terms*). (10) Sua vontade "pode mudar a constituição, como Deus criou a luz." (11)

(1) BRYCE: *The American Commonwealth*, 1st ed., I, página 323.

(2) WILLIAM PULEY: L. VI, c. VII. *Apud* ROD CALAMANDREI: *Monarchia e repubblica rappresentat.* (Torino, 1885), pág. 53.

(3) *Hist. du dr. et des instit. de l'Angleterre comparés.* (Par., 1883), tom. VI, pág. 46.

(4) BRYCE, I, pág. 336.

(5) *Ibid.*, pág. 324.

(6) ORLANDO: *Stud. giuridici sul governo parlament.* (Bologna, 1886), pág. 24.

(7) ED. COKE, 4, *Inst.* 36.

(8) MAY: *Law of Parliam.* (9th ed.), pág. 43.

(9) BLACKSTONE: *Comment.*, introd., § 2.

(10) DE LOLME: *Const. of England*, l. II, c. III (ed. de 1853), pág. 157: "The legislative power can change the constitution, as God created the light".

(11) FRANQUEVILLE: *Le gouvern. et le parlem. britann.*, tom. I (Par., 1887), pág. 81-2.

Essa onipotência teórica encontra, todavia, no domínio da realidade, fronteiras eficazes. Os autores têm-lhe indicado certos limites, averbando como inválidos os atos parlamentares, quando se oponham à moral, ao direito das nações ⁽¹²⁾, aos princípios fundamentais da *Magna Charta*. Lord COKE, ⁽¹³⁾ juiz supremo do *King's Bench*, sentenciou que o direito consuetudinário limita os atos do parlamento, e às vezes os priva de validade, quando repugnantes à razão (*common right and reason*). ⁽¹⁴⁾ Lord HOBART, outro *chief-justice*, e, com ele, mais tarde, lord HOLT, declararam que os atos do parlamento são irritos, quando contrários à equidade natural, porque *jura naturae sunt immutabilia, sunt leges legum*. ⁽¹⁵⁾ Mais de uma vez, na história constitucional de Inglaterra, especialmente durante o século dezoito, a humanidade dos tribunais vingou a honra do país, espontando as armas de perseguição legislativa forjadas contra dissidentes e católicos por parlamentos intolerantes. ⁽¹⁶⁾ Não raros exemplos se encontram ali, desde eras antigas, em que os juizes aboliram praticamente certas leis. ⁽¹⁷⁾ E, conquanto, há muito, os tribunais tenham aberto mão dêsse arbitrio, até os nossos dias “continua a vigorar como princípio cardeal na legislação inglesa a doutrina de que a legislatura é obrigada a acatar os direitos individuais”. ⁽¹⁸⁾

De fato, pois, em certo sentido, a Inglaterra não deixa de ter a sua Constituição, que determina plagas à soberania do parlamento. Ela está na tradição nacional, que naquele país tem uma realidade viva. “Máximas há, que o soberano sói observar, e a que a sociedade no geral adere”, diz um dos mais insignes mestres de jurisprudência,

(12) CALAMANDREI, *loc. cit.*

(13) UGO: *Sulle leggi incostituzionali* (1887), pág. 56.

(14) HEARN: *The Govern. of Engl.*, c. II, pág. 48. KENT: *Comment. of American Law* (ed. de 1867), vol. I, pág. 485.

(15) UGO: *Leggi incostit.*, págs. 194, 195.

(16) GLASSON: *Op. cit.*, vol. III, págs. 195-7, IV, págs. 167, 199, 203, 206. — HALLAM, *The const. history of Engl.*, c. I.

(17) LAWRENCE LOWELL: *Essays in government*, 1889, página 170.

(18) GLASSON: *Op. cit.*, vol. III, págs. 195-7, IV, págs. 167, 199, 203, 206. — HALLAM: *The const. history of England*, c. I.

que aqueles país tem produzido. ⁽¹⁹⁾ “Se as leis, ou os atos do soberano colidem com elas”, continua AUSTIN ⁽²⁰⁾, “esses atos, ou leis, podem se qualificar de *inconstitucionais*. As leis retroativas, por exemplo, denominadas *acts of attainder*, poder-se-iam tachar de *inconstitucionais* (se bem que no rigor legal o não sejam); porque contradizem uma norma de legislação tradicionalmente observada pelo parlamento e adotada pela comunhão britânica em sua generalidade”. ⁽²¹⁾ O sentimento público e o costume dos tribunais revestiram certos direitos de uma inviolabilidade, que os legisladores não ousariam arrostar. Esse costume não se estabeleceu, decerto, senão com o assenso tácito da legislatura; porque os tribunais ingleses apenas declararam a lei: não a constituem. ⁽²²⁾ Mas, uma vez assimilados à moralidade social, servem de diretório legislativo ao próprio parlamento, “contido pela opinião, que não permitiria votar certas leis, ou se insurgiria, se as votassem”. ⁽²³⁾ Daqui o dizer um juriconsulto inglês, dos que mais e melhor se têm ocupado com a organização política daquele país ⁽²⁴⁾, que “a inculcada onipotência do parlamento é quase uma contradição nos termos; pois, havendo, na Constituição, elementos estáveis, assim como há elementos variáveis, óbvio é que, se o parlamento puser a mão na parte estável, onde se embebem as raízes de sua própria existência, cometerá imprudência de suicida”.

Não se creia, pois, que a ausência de uma Constituição formal signifique, na Inglaterra, a carência de vínculos restritivos à ação dos representantes do povo. Um dos cons-

⁽¹⁹⁾ LAWRENCE LOWELL: *Essays in government* (1889), página 170.

⁽²⁰⁾ “One of the most eminent professors of jurisprudence, that this country has produced.” *Times*, 12 ag. 1867.

⁽²¹⁾ JOHN AUSTIN: *Lectures on jurisprudence* (Lond., 1885), vol. I, pág. 266.

⁽²²⁾ JOHN STUART MILL: *Dissertations and discussions* (Lond., 1875), vol. III, pág. 237: “There is law which the legislature has never expressly announced, but which is, with its tacit consent, made by tribunals which are not regularly authorized to enact law, but only to declare it.”

⁽²³⁾ FRANQUEVILLE, vol. I, pág. 82.

⁽²⁴⁾ SHELDON AMOS: *Fifty years of the English Constitution*. (Lond., 1880), c. II, pág. 14.

titucionalistas modernos que mais *ex professo* se têm ocupado com o assunto, e que mui de espaço se demora em mostrar a incompetência da justiça naquele país como órgão de resistência aos excessos da legislatura, confessa, todavia, que não deixa de haver freios poderosos ao parlamento inglês (*non si deve però ritenere che il parlamento inglese manchi di freni*). ⁽²⁵⁾ “Os grandes princípios consagrados pela *common law*”, diz êle, “estendem seu império e suas obrigações até o parlamento; e algumas limitações tem êste criado a si mesmo, em certas cláusulas, por exemplo, dos atos de união com a Escócia e a Irlanda em 1706 e 1800, assim como na de não poder tributar as colônias, estatuída pela lei de 1778, a chamada Magna Carta Colonial. Além de que também obrigam o parlamento as garantias instituídas nas leis supremas, em virtude do princípio de que um direito garantido contra um poder se deve igualmente reputar garantido contra os outros, como provam os casos do direito de resistência.” Êsse direito, afirmado, contra o rei, na Magna Carta, em 1215, e no triunfo da revolução de 1688, considera-se existente, no sentir dos melhores autores, contra todos os poderes do Estado. ⁽²⁶⁾

Como quer que seja, porém, ainda que sob tôdas estas sanções e condições, o poder constituinte, o poder de criar e reformar a Constituição, é exercido, naquele reino, pela legislatura ordinária, que o pratica sob a forma de leis ordinárias, sem outros requisitos de processo além dos instituídos a respeito destas. Se um parlamento pudesse divorciar-se do sentimento nacional, ao ponto de confundir as funções da justiça com as do executivo, subordinar o direito de reunião à autorização prévia do governo, estabelecer a eletividade da magistratura, dar à milícia a escolha de seus oficiais, ou retirar aos tribunais ordinários os crimes de ordem comum perpetrados por militares, a inconstitucionalidade de tais leis, seu conflito com êsse espírito de liberdade, que é a expressão geral do direito político na Inglaterra ⁽²⁷⁾, que forma, por assim dizer,

⁽²⁵⁾ GIO. BATTISTA UGO: *Leggi incostituzionali*, pág. 59.

⁽²⁶⁾ *Ib.*, pág. 62.

⁽²⁷⁾ BROUGHAM: *The British Constitution* (Edimb., 1873), c. XVII, pág. 285.

a sua constituição imanente, não teria paradeiro, não encontraria solução em nenhum dos poderes constituídos. Só a reação da vontade nacional pelos meios morais, pelas urnas populares, ou pela revolução, poderia reequilibrar a tradição jurídica, abalada pelo legislador. E, se não fôsem esses três contrapesos, dos quais os dois primeiros acabaram por inutilizar o último, se eles não representassem, na doutrina constitucional, assim como na prática, um poder, o poder que sobrepassa aos outros, e os refreia a todos, o inglês não poderia ensoberbecer-se, como se ensoberbece, de que "o governo de Inglaterra nunca foi teoricamente o despotismo". (28) O governo de Inglaterra seria, em princípio e de fato, o despotismo do parlamento.

O régimen americano é a antítese deste. "Na Inglaterra os grandes poderes políticos não são no mínimo grau criaturas de um poder constituinte; porquanto a existência deles precede a de qualquer ato constituinte, que se conceba. Seu título não é uma vontade expressa, regular, e distintamente manifestada em certo dia, mas uma antiga posse de fato, que, no correr de séculos, não sofreu turbacão. Seu fundamento está fora de toda e qualquer lei de organização, solenizada com o selo da soberania nacional. Está, por consequência, fora da Constituição, no significado francês desta palavra. E, se esses poderes nela figuram, não é porque ela os institua, ou consagre; é, ao revés, porque eles a engendraram. A Constituição, ali, não vem a ser mais do que a evolução sucessiva de um ajuste de fronteiras entre essas forças imemoriais, que, coexistindo lado a lado, se estendem, se estreitam, se encontram, reagindo e transigindo incessantemente entre si." (29) No sistema dos Estados Unidos, pelo contrário, servindo-me da expressão de um publicista francês a respeito da França (30), o poder legislativo é obra da Constituição. "Sendo a Constituição", dizia, acêrca da americana, um de seus

(28) *Essays introductory to the study of Engl. Constit. History by resident members of the University of Oxford*. Ed. by H. O. WAKEMAN AND A. HASSALL. (London, 1887). Ess. IV, página 159.

(29) BOUTMY: *Études de droit constitutionnel* (1885), páginas 229-30.

(30) HÉLLO: *Du régime constitutionnel*, part. 2.^a, c. I.

principais autores, "sendo a Constituição derivante de uma autoridade superior à legislativa, cabe a esta apenas expô-la, e obedecer-lhe, não regê-la, ou alterá-la." ⁽³¹⁾ Quase quarenta anos antes, em 1795, o juiz PATTERSON, no Estado de Filadélfia, rejeitando uma lei do congresso, por avessa à Constituição, disse: "A Constituição é a lei suprema; sua dignidade prevalece à da legislatura; só a autoridade, que a fez, poderá mudá-la; o poder legislativo é criatura da Constituição; deve à Constituição o existir; recebe os seus poderes da Constituição; e, pois, se os atos d'ele não conformam com ela, são nulos." ⁽³²⁾

A nossa política de fraseologia, a nossa ausência de educação jurídica, os vícios franceses de nossa disciplina intelectual levam-nos a confundir a nação com as assembléias representativas, e a usar indiferentemente da palavra *soberania*, quando nos referimos ao povo, ou quando nos referimos ao corpo legislativo. "A revolução avezou-nos ao despotismo das assembléias" (dizia LABOULAYE aos constituintes de 1871), "e apenas de ontem para cá é que se principia a falar, entre nós, em limites ao Estado. Se, entretanto, olharmos para a história, veremos que o progresso da liberdade é simplesmente uma redução sucessiva do governo." ⁽³³⁾ "Os franceses" (poderíamos dizer os brasileiros) "vêm nas câmaras a voz da nação; e, como nada pode coarctar a vontade nacional, também nos parece que nada pode limitar a autoridade legislativa das assembléias. Identificamos o mandatário e o mandante, deplorável confusão, que confisca a soberania nacional em proveito de alguns homens, entregando-lhes o país à mercê. Para os americanos, ao contrário, a soberania é inalienável; os deputados têm apenas um poder subalterno e derivado; nunca lhes seria dado esquecer que o povo é o seu soberano, e que não lhes assiste direito nenhum de excederem o mandato por ele conferido. Esse mandato é a

⁽³¹⁾ MADISON, carta a C. J. Ingersoll, em 1831, apud STORY: *Commentaries on the Const. of the Unit. States* (Ed. de Boston, 1891), vol. I, pág. 389.

⁽³²⁾ KENT: *Commentaries* I, pág. 489.

⁽³³⁾ ED. LABOULAYE: *Questions constitutionnelles* (1872), pág. 387.

Constituição.” (34) Numa palavra, conclui êsse eminente espírito, “todo o sistema político dos americanos assenta no princípio de que há uma lei, a que o legislador está submetido. Essa lei, *dirigida contra a onipotência das assembléias*, é a Constituição”. (35)

É a essa doutrina fatal da onipotência das assembléias, doutrina anacrônica e contrária ao nosso direito escrito, que se aferra o nobre procurador da República, avocando para o Congresso o direito de anular, por meio, não só de leis, como de simples moções, isto é, por acenos de seu poder, sem ao menos a forma do processo legislativo, os direitos constitucionais do indivíduo. Talvez o espante agora a disformidade do erro, a que o levou o zelo pelas conveniências de sua constituinte, muito mais interessada aliás em que lhe preservem a integridade da Constituição, *palladium* necessário dos verdadeiros interesses nacionais.

Mas, em que lhe pese, êsse é o erro do meu contraditor, erro irrelevável diante da Constituição de 1890. SISMONDI (36), há meio século, profligava como palmar a confusão “da soberania, que estabelece as próprias bases da sociedade, com a ação popular exercida nas formas predeterminadas pela Constituição”. O ministério público no Brasil, ano 1893, em face da Constituição americana, cuja imagem é a nossa, da opulência de seus comentários, de seus ares-tos, de seus livros elementares, dispensa às maiorias, para revogarem a Constituição, condições que esta preestabe-leceu até para a votação das leis triviais.

Magistrado do regimen americano, o nobre procurador da República fala como um funcionário da Convenção. A contrariedade firmada por êle é um documento da escola revolucionária francesa, contraposta à escola americana, de que a minha petição se inspira nos princípios fundamentais. Na primeira dessas escolas, entre as quais medeia o mesmo abismo que entre o jacobinismo de 1792 e o americanismo de 1789, “a assembléia é soberana por delegação do povo soberano”. Na outra “a soberania não se delega; está sempre nas mãos do povo; porque a sobe-

(34) *Ib.*, p. 385.

(35) *Ib.*, p. 388.

(36) *Études sur la constitution des peuples libres*, pág. 259.

rania de uma assembléia seria forçosamente a negação e a ruína da soberania nacional". Numa, "o poder judiciário depende inteiramente da assembléia". Na outra "o poder judicial é de todo em todo independente dela, a Constituição domina as leis, os tribunais guardam a Constituição". Na primeira, "é ilimitada a competência das assembléias". Na segunda, "a competência destas é restritamente limitada na Constituição, pela qual lhes é absolutamente defeso tocar na liberdade religiosa, na liberdade individual, na liberdade de imprensa, no direito de reunião, no júri" (37), nas outras instituições fundamentais.

Os autores de nossa Constituição, em cujo nome tenho algum direito de falar, não eram alunos políticos de ROUSSEAU e MABLY, como o nobre procurador da República: eram discípulos de MADISON e HAMILTON. Não queriam essa ilusória soberania do povo, da qual dizia o insigne professor de legislação comparada no Colégio de França que nunca foi, em seu país, "senão um grito de guerra explorado por ambiciosos". E, sabendo que essa soberania tumultuária, inconsciente e ludibriada "não serve senão para destruir" (38), querendo utilizar com sinceridade a soberania do povo como peça regular, como força conservadora no mecanismo político, embeberam a sua obra exclusivamente no exemplo americano; porque a doutrina das revoluções francesas, onde a democracia aparece apenas como um nome, cobrindo as oligarquias demagógicas, deixa no povo simplesmente a ficção da soberania, cuja realidade se absorve a benefício das assembléias legislativas.

Ora, os americanos, nosso padrão nesse trabalho, que hoje rege o país (ao menos nominalmente), sempre se distinguiram por "um profundo apêgo à liberdade individual e uma desconfiança invencível contra todo poder, fôsse qual fôsse. Aos seus olhos, as assembléias eletivas não ofereceriam mais segurança do que um rei hereditário, e o arbítrio de umas não é menos formidável do que o absolutismo do outro. Estava-lhes em mente a lembrança da resistência, que tinham tido que opor ao parlamento inglês, em defesa de seus direitos e interesses. Diante

(37) LABOULAYE: *Quest. constit.*, págs. IV-VII.

(38) LABOULAYE: *Quest. constit.*, pág. 294.

dêles se erguia a memória do monstruoso egoísmo e da néscia obstinação, com que *lords* e comuns se avieram por tanto tempo em sua política colonial. E sentimentos tão vivazes não podiam deixar de exercer acentuada influência na Constituição dos Estados Unidos". (39)

Essa experiência frutificativa explica a Constituição americana. Ela fizera-lhes sentir como a opressão é a mesma, "seja o poder exercido por um só tirano, ou por uma assembléia de tiranos". (40) O tipo constitucional da mãe pátria não podia servir-lhes. Vítimas dos abusos parlamentares, arrastadas por eles à revolução e à separação, as colônias americanas não podiam confiar no sistema, cujos perigos tão duramente provaram. Depois, o todo, em que iam fundir-se, era uma associação de Estados, que, renunciando a soberania de corpos independentes, careciam assegurar a individualidade de províncias autônomas. A essa necessidade só poderia corresponder um pacto expresso, isto é, uma Constituição escrita; e, como ela devia abroquelar a um tempo os Estados contra a União e os indivíduos contra o poder, cumpria que essa Constituição se esmerasse em circunscrever a autoridade federal em seus vários ramos, especialmente naquele, que, investido na função de fazer a lei, podia, a este título, invadir o contrato primitivo, e alterá-lo, se este lho não vedasse em termos absolutos.

O que com esta imensa inovação política lucraram os Estados Unidos, expõe-no lúcidamente um dos mais novos, mas não dos menos autorizados comentadores da Constituição americana. "Os esforços perseverantes e vitoriosos do povo inglês", diz ele (41), "no empreendimento de reprimir o poder da coroa, resultaram em fundar a supremacia do parlamento, que, pôsto conservador até estes tempos, vai-se transformando com rapidez numa assembléia meramente popular, e bem poderá proceder,

(39) DUPRIEZ: *Les ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique*, vol. II (1893), pág. 3-4.

(40) "It is wholly immaterial, whether power is vested in a single tyrant, or in an assembly of tyrants." STORY: *Commentaries*, II, pág. 391.

(41) CLARK HARE: *American Constitutional Law*, Boston, 1889, vol. I, pág. 122.

em relação à propriedade territorial na Inglaterra, como procedeu na Irlanda, contrariar a fé dos contratos, ou afrontar a economia política, reduzindo a efeito as teorias socialistas. Poderes tão absolutos, não era seguro enfeixá-los numa só mão. Mas é mais fácil abalizar a autoridade de um rei do que pôr limites à soberania do povo, ou de um governo que obra em seu nome. Os fundadores do governo federal e dos governos dos Estados, porém, obviaram à dificuldade, reduzindo os princípios da Magna Carta e da Petição de Direitos a cláusulas, que se incorporaram à Constituição, para servir de freio assim à legislatura, como ao executivo, e não permitindo que a própria maioria do povo possa alterá-la, a não se unirem nela três quartas partes do número dos Estados. Daí proveio a subordinação da vontade nacional, exprimida, ou adulterada, pela legislatura, à firme deliberação nacional de que a vida, a liberdade, a propriedade serão tão garantidas contra o Congresso, as assembléias dos Estados, ou o povo destes reunido em convenções, quanto o são, em Inglaterra, contra o monarca."

Notai bem: a democracia americana não se contenta de premunir-se contra seus representantes: premune-se contra si mesma; abriga o povo contra as legislaturas infiéis; abriga a nação contra as maiorias populares. É o transunto prático, a realização política desse ideal das democracias limitadas pela liberdade, do número limitado pela lei, do indivíduo escudado contra a multidão, das minorias protegidas contra as maiorias, que preocupa todos os conservadores, desde BURKE ⁽⁴²⁾ até NOAILLES ⁽⁴³⁾, todos os liberais desde HAMILTON ⁽⁴⁴⁾ até STUART MILL ⁽⁴⁵⁾, todos

(42) "Whatever is supreme in a State ought to have, as much as possible, its judicial authority so constituted as not only not to depend upon it, but in some sort to balance it. It ought to give security to the justice against its power. It ought to make its judicature, as it were, something exterior to the State." BURKE: *Reflections on the French Revolution*.

(43) "Ne doit-on pas applaudir au noble effort d'une démocratie cherchant des garanties contre elle même, par défiance de ses propres entraînements?" DE NOAILLES: *Cent ans de république aux États Unis*, vol. II, pag. 153.

(44) *The Federalist*, LXXVIII.

(45) *On Liberty*.

os pensadores desde VOLTAIRE ⁽⁴⁶⁾ até SCHERER ⁽⁴⁷⁾, e que, em nossos tempos, a sociologia acaba de assimilar aos seus princípios fundamentais consolidados nas palavras de SPENCER: "Numa nação popularmente governada, o governo é simplesmente uma junta de administração. Mera comissão de gerentes, claro está que não possui nenhuma autoridade intrínseca a si mesmo. A conclusão inevitável é que sua autoridade se reduz à que lhe conferirem os que o nomeiam, encerrando-se precisamente nas raías que êstes lhe puserem... Dantes a função do liberalismo era demarcar limites à potestade dos reis. A função futura do verdadeiro liberalismo será limitar a discricção do parlamento." ⁽⁴⁸⁾

Essa aspiração da democracia conservadora na Europa é já, para os Estados Unidos, uma tradição antiga e, para nós, na letra constitucional, uma atualidade. "Para formar a Constituição de um Estado", observava DE LOLME ⁽⁴⁹⁾, "é absolutamente necessário limitar o poder executivo; *mas ainda mais necessário é restringir o legislativo*". Imbuídos neste sentir, os organizadores da Constituição executada por WASHINGTON e MARSHALL compreenderam que, assim como acima da função legislativa está a soberania popular, acima da soberania popular estão os direitos da

⁽⁴⁶⁾ "VOLTAIRE ammirava *ces institutions où il n'y a aucune place à l'arbitraire*." ATTILIO BRUNIALTI: *Sul sistema parlamentare in Inghilterra* (Torino, 1886), pág. LXI.

⁽⁴⁷⁾ "Si la démocratie ne parvient pas à se limiter, elle est condamnée au désordre, et, comme les sociétés ne supportent jamais longtemps le désordre, la démocratie est condamnée à accepter le premier sauveur venu. Une force sans contrepoids; celui qui exerce le gouvernement indépendant de celui qui est gouverné; ce qu'il y a de plus esclave des impulsions, la foule, réduit à trouver en soi toutes les vertus nécessaires à la prospérité des sociétés, raison, prudence, empire sur soi même, telle est la terrible antinomie que la démocratie doit résoudre..."

"Je ne vois pas *a priori* pourquoi la démocratie n'arriverait point à demander aux institutions des garanties contre elle même." EDM. SCHERER: *La démocratie en France* (Par., 1883), págs. 54, 75.

⁽⁴⁸⁾ HERBERT SPENCER: *The man versus the State* (8th ed. 1885), pág. 106-7.

⁽⁴⁹⁾ *The Constitution of Engl.*, l. II, c. III, pág. 156.

liberdade. "Ser soberano, sem ser déspota" ⁽⁵⁰⁾ era o problema. Esse problema, é a glória dos patriarcas da independência americana haverem-no resolvido, "contendo eficazmente por meio do federalismo os excessos da democracia". ⁽⁵¹⁾ De modo que, quando, há três anos, a Suprema Côrte Federal, nos Estados Unidos, celebrava o seu centenário, o orador encarregado pelo fôro de comemorar as gerações de magistrados, a que aquela instituição deve o seu esplendor, pôde pôr acima de tôdas as suas glórias a de ser a expressão do dever iluminando o instinto, a razão nacional límpida sempre entre as reações populares contra o direito. "Este tribunal", exclamava êle, "é a consciência do povo, que, por se precatar contra os desvios da precipitação e da injustiça, submeteu os seus representantes às restrições da lei suprema. É o espírito e o acento do povo em seus melhores momentos. É a salvaguarda da minoria contra as veemências impulsivas da maioria." ⁽⁵²⁾

Como limita, porém, a democracia americana a ação de seus representantes?

Não lhes permitindo tocar nas disposições constitucionais, e subalternando-os a elas.

E como se limita a si própria ?

Exigindo, para as reformas da Constituição, maiorias tão amplas, que não possam exprimir transportes efêmeros, obter-se por influências de partido, refletir eclipses da moralidade nacional, inspirar-se em paixões anti-sociais, ou liberticidas. "O povo", dizia o célebre WEBSTER, pleiteando o caso *Luther v. Borden*, "pode coarctar não só os seus legisladores, como a si mesmo; e muitas vêzes, de feito, se coarcta, segurando-se contra reformas instantâneas, promovidas pela fôrça ordinária das maiorias. Disto é prova manifesta o art. V da Constituição dos Estados

⁽⁵⁰⁾ HARE, I, pág. 123: "To be sovereign and yet not despotic".

⁽⁵¹⁾ "Gli eccessi della democrazia sono efficacemente contenuti dal federalismo." ATTILIO BRUNIALTI: *Unioni e combinazioni fra gli stati compositi e lo stato federale* (Tor., 1891), pág. CXCVI.

⁽⁵²⁾ SEMMES: *The personal characteristics of the Chief-Justices*. CARSON: *The Supreme Court of the United States* (Phil., 1892), parte II, pág. 659.

Unidos.”⁽⁵³⁾ Esse artigo é o que demanda a aquiescência de três quartos dos Estados nas alterações constitucionais.

O mérito capital da Constituição brasileira é ter aproveitado esta lição, buscando precaver-nos, pela transplantação da idéia americana, contra a tirania parlamentar, que os mais convencidos propugnadores do parlamentarismo constituinte confessam mais fatal aos direitos dos cidadãos do que qualquer outra tirania⁽⁵⁴⁾ No art. 34 fixou a nossa Constituição a competência legislativa. Tirante as matérias abrangidas nesse artigo, toda ação das câmaras, que não disser respeito ao seu regimen interior (art. 18), à licença para processar deputados e senadores (art. 20), ou para os autorizar a aceitarem certas nomeações do governo (art. 23), e as funções judiciárias ou administrativas do senado (arts. 33, 48 n. 12, 56, 57 § 2.º), está fora da Constituição. E a reforma desta só se pode efetuar pelos meios constituintes, que ela prescreve no art. 90.

Logo, toda lei adotada fora do círculo do art. 34 contravém à Constituição.

Mas, ainda para atuar sobre as matérias que o art. 34 lhe submete, a competência toca indivisivelmente ao Congresso Nacional com a sanção do presidente da República (art. 16), e não poderá exercer-se senão por ação convergente das duas câmaras, isto é, mediante a aceitação de projetos, que transitem sucessivamente por ambas, segundo a praxe das deliberações legislativas. (Arts. 18, 37 e 39).

Não é permitido, portanto, às câmaras fazerem, por meio de indicações, moções, votações de uma só discussão, ou manifestações instantâneas, adotadas simultaneamente numa e noutra, o que lhes é defeso praticar por meio de leis. Isto é, o que se veda ao poder legislativo na sua ação

(53) HARE, I, pág. 122.

(54) “Nell’epoca attuale non si devono credere impossibili gli abusi del potere legislativo nei rapporti dei diritti dei cittadini. La storia della democrazia antica, medievale e moderna sta là per dimostrare in modo inconcusso che, lasciata senza freno, può essere fatale più di qualsiasi tirannide esercitata da un solo o da una accolta di pochi individui.” Ugo: *Leggi incost.*, pág. 76.

conjunta e plena, não pode ser lícito a uma de suas casas, ou a ambas, obrando separadamente em resoluções de ocasião.

Concluindo, pois, eis as premissas iniciais, que podemos agora fixar:

O poder de fazer a lei não compreende o de reformar a Constituição.

Tôda lei, que cerceie instituições e direitos consagrados na Constituição, é inconstitucional.

Por maioria de razão, inconstitucionais são as deliberações não legislativas de uma câmara, ou de ambas, que interessarem esfera vedada ao poder legislativo.

INCONSTITUCIONALIDADE IMPORTA NULIDADE

Definindo a qualificação de inconstitucionalidade perante os vários sistemas de constituições, escreve DICEY, o insigne constitucionalista inglês:

A expressão *inconstitucional*, aplicada a uma lei, tem, pelo menos, três acepções diferentes, variando segundo a natureza da Constituição, a que aludir:

I — Empregada em relação a um ato do parlamento inglês, significa simplesmente que êsse ato é, na opinião do indivíduo que o aprecia, oposto ao espírito da Constituição inglesa; mas não pode significar que êsse ato seja infração da legalidade e, como tal, nulo.

II — Aplicada a uma lei das câmaras francesas, exprimiria que essa lei, ampliando, suponhamos, a extensão do período presidencial, é contrária ao disposto na Constituição. Mas não se segue necessariamente daí que a lei se tenha por vã; pois não é certo que os tribunais franceses se repute obrigados a desobedecer às leis inconstitucionais. Empregada por franceses, a expressão de ordinário se deve tomar como simples termo de censura.

III — Dirigido a um ato do Congresso, o vocábulo *inconstitucional* quer dizer que êsse ato excede os poderes do Congresso e é, por consequência, nulo. Neste caso a palavra não importa necessariamente reprovação. O americano poderia, sem incongruência alguma, dizer que um ato do Congresso é uma boa lei, beneficia o país, mas, infelizmente, peca por *inconstitucional*, isto é, *ultra vires*, isto é, nulo. ⁽¹⁾

⁽¹⁾ DICEY: *Lectures introductory to the study of the law of the Constitution* (Lond., 1885), pág. 165-6.

Este o princípio estabelecido pelo regímen americano e invariavelmente observado pelos seus executores. "*Todo ato do Congresso*" (diz KENT, o grande comentador) "todo atos das assembléias dos Estados, tôda cláusula das constituições dêstes, que contrariarem a Constituição dos Estados Unidos, são necessariamente nulos. É uma verdade óbvia e definitiva em nossa jurisprudência constitucional." (2)

Esta consequência resulta evidentemente da própria essência do sistema. Onde se estabelece uma Constituição, com delimitação da autoridade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que êstes não podem ultrapassar essa autoridade, sem incorrer em incompetência, o que em direito equivale a cair em nulidade. *Nullus est major defectus quam defectus potestatis*.

A invalidade da ação dos poderes políticos fora do circulo dos textos constitucionais é o dogma cardeal do constitucionalismo americano. A evolução lógica dêsse dogma foi traçada admiravelmente por MARSHALL, o supremo expositor da Constituição americana.

Reproduzirei aqui, em sua íntegra, essa página deslumbrante de claridade:

Tôda a construção do direito americano tem por base a noção de que o povo possui originariamente o direito de estabelecer, para o seu futuro governo, os princípios, que mais conducentes se lhe afigurem à sua utilidade. O exercício dêsse direito original é um insigne esforço: não pode, nem deve repetir-se freqüentemente. Os princípios, que destarte uma vez se estabeleceram, consideram-se, portanto, fundamentais. E, como a autoridade, de que êles dimanam, é suprema, e raro se exerce, êsses princípios têm destino permanente. A vontade primitiva e soberana organiza o governo, assinando-lhe os diferentes ramos, as respectivas funções. A isto pode cingir-se; ou pode estabelecer raia, que êles não devam transpor. Nesta última espécie se classifica o governo dos Estados Unidos. Definiram-se e demarcaram-se os poderes da legislatura; e, para que sobre tais limites não ocorresse erro, ou deslembração, fêz-se escrita a Constituição. Com que fim se estipulariam êsses poderes, e com que fim se reduziria essa estipulação a escrito, se os limites prescritos pudessem ser ultrapassados exatamente por aquêles, que ela se propunha a coibir? Aca-

(2) KENT: *Commentaries*, I, pág. 337.

bou-se a distinção entre os governos de poderes limitados e os de poderes indefinidos, se os confins, que se estabelecem, não circunscreverem as pessoas, a que se impõem, e ficarem igualmente obrigativos os atos permitidos e os atos defesos. Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo da Constituição, é nulo. Esta doutrina *está essencialmente ligada às constituições escritas*, e portanto, deve-se observar *como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade*. (3)

Esta demonstração, bem se vê, não assenta em considerações peculiares à nação americana. Baseia-se não tanto nos textos como na índole de seu regímen constitucional, que a Constituição brasileira reproduz, e que se aplica, em geral, a tôdas as constituições escritas com separação limitativa dos poderes. "A regra de que todo ato da legislatura, oposto à Constituição, é irritado", dizia KENT, "não procede só neste país; procede em todos os outros, onde houver uma Constituição escrita, designando as faculdades e deveres do poder legislativo, assim como dos outros ramos do governo." (4)

Outra autoridade americana, comentando recentemente as palavras de MARSHALL, diz igualmente:

(3) *The writings of JOHN MARSHALL, late Chief-Justice of the United States, upon the Federal Constitution* (Bost., 1839), pág. 24-5.

(4) "In all other countries where there is a written constitution, designating the powers and duties of the legislative, as well as of the other departments of government." KENT: *Commentaries*, I, pág. 485.

Este raciocínio irresponsível aplica-se a tôdas as constituições escritas, sob as quais existir uma justiça independente e uma legislatura de poderes restritos. ⁽⁵⁾

Mas escusa estar a amontoar autoridades, para evidenciar a evidência.

Se, porém, os atos do legislativo, atentatórios do direito constitucional, são nulos, não menos nulos, por idêntico motivo, são os atos do executivo, que incorrerem na mesma tacha. "A Constituição é a última base, onde se há de apoiar a validade de todos os atos do governo nacional. Quaisquer atos de funcionários federais, que a Constituição não autorize, são legalmente nenhuns." ⁽⁶⁾

Mas, se a legislatura não pode violar a Constituição, sem que os seus atos incorram fatalmente em nulidade, claro está que, por delegação, ainda quando esta seja legítima, e revista a forma regular das leis, não pode habilitar o executivo a violá-la. Delegação é transferência de poderes. Poderes, que não existem, não podem transferir-se. O poder é uma propriedade de ação. Onde não reside a propriedade, não há possibilidade de transmiti-la. *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet*. O ato delegatório é nulo, por ausência, no delegante, da faculdade que se delega.

Em virtude destas noções de evidência vulgar tem-se julgado, nos Estados Unidos, que não pode aproveitar nunca ao funcionário, para lhe legalizar os atos, ou isentá-los de responsabilidade legal, o alegar, em defesa de seu procedimento, a autoridade de leis inconstitucionais. ⁽⁷⁾

⁽⁵⁾ "This unanswerable reasoning applies to every written constitution under which there exists an independent judiciary and a legislature with limited powers." HENRY HITCHCOCK: *Constitutional development in the Un. States as influenced by Chief-Justice Marshall*. No vol. *Constitutional History of the Un. States as seen in the development of American law* (1889), pág. 79.

⁽⁶⁾ "All acts of federal officials, which the Constitution does not authorize, are legally void." CHARLES A. KENT: *Const. develop. of the Un. Stat. as influenced by decisions of the Supr. Court since 1864*. No vol. *Constit. development*, pág. 203.

⁽⁷⁾ HARE: *Americ. Const. Law*, II, pág. 1.063.

Aqui posso registrar, pois, mais estas premissas:

Tôda medida, legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula.

Atos nulos da legislatura não podem conferir poderes válidos ao executivo.

AS NULIDADES E A JUSTIÇA FEDERAL

I

ATOS DO PODER LEGISLATIVO

Desde que, neste régimen, os direitos enumerados na carta fundamental são protegidos contra as leis, que a transgredirem, alguma força constitucional deve existir nêle, algum órgão eficaz de reintegração da ordem constitucional violada, que dê atualidade permanente a essa função.

Não seria, em verdade, estulto declarar teòricamente a improcedência das leis inconstitucionais, se elas, não obstante, houvessem de vigorar como válidas, por não se encerrar no organismo político uma instituição, destinada a reconhecer a inconstitucionalidade, pronunciá-la, e neutralizá-la ?

Já desde os tempos coloniais a jurisprudência americana se detinha ante esta questão, e várias vêzes a resolvia, atribuindo êsse poder, como função privativa, aos tribunais. Em 1780, no supremo tribunal de New Jersey, o *chief-justice* BREARLEY declarava acordarem os membros da còrte em que a justiça tinha o direito de sentenciar sôbre a constitucionalidade das leis. A magistratura da Virgínia, em 1782, increpava de nulo, como antagônico ao pensamento da Constituição, um ato da assembléia do Estado, que, dois anos antes, avocara à legislatura a prerrogativa de agraciar. E, sustentando EDMUNDO RANDOLPH que, conforme, ou contrária, à Constituição, a lei era igualmente obrigatória para os juizes, o presidente do tribunal redargüiu-lhe nestas palavras memoráveis: "Ainda quando a legislatura inteira tente saltar os limites, que o povo lhe traçou, eu, administrando a justiça pública do país, concentrarei a autoridade investida nesta cadeira, e, apontando a Cons-

tituição, direi aos legisladores: — Aqui estão os confins de vosso poder: daqui não passareis.” E o protocolo do feito consigna que o chanceler BLAIR, com os demais juizes, foram de parecer que o tribunal tinha competência, para declarar inconstitucionais e vãos os atos da legislatura, ou de qualquer de seus ramos.” Doutrina análoga sustentou, em 1776, a côrte de apelação virginiana, em uma representação dirigida à assembléa. Por essa época, em Nova York, uma decisão judiciária repeliu como inconstitucional um ato legislativo, que reduzira a seis o número dos juizados. Citam-se ainda outras sentenças, pronunciando a inconstitucionalidade de leis nos tribunais de Rhode Island em 1786 e da Carolina do Norte em 1787. ⁽¹⁾ CUTTING, escrevendo a JEFFERSON, em 1788, referia-se com orgulho a outro julgado semelhante, e recordava que caso idêntico acontecera em Massachusetts, “onde, tendo a legislatura transposto involuntariamente a barreira da Constituição, os juizes do supremo tribunal solenemente deliberaram que a lei era inconstitucional”. E no ano seguinte o estatuto condenado caiu, por voto unânime da legislatura que o decretara. ⁽²⁾ De modo que muito antes da revolução francesa o senso jurídico dos colonos anglo-saxônios da América do Norte resolvera praticamente esta questão, vital para os países livres, do equilibrio das assembléas políticas pelos tribunais de justiça, que, na grande e nunca tranqüilla França inquieta inutilmente, há cem anos, conservadores e radicais, estadistas e réformadores, desde SIEYÈS até TRACY, desde BONALD até LUÍS BLANC ⁽³⁾, e que, na Inglaterra, durante o século passado, levou a perplexidade e a confusão aos espíritos mais eminentes na política e no direito, opondo, nos conflitos entre o privilégio dos comuns e a autoridade dos juizes, a eloquência de CHATHAM à ciência profissional de MANSFIELD, e prorrogando indefinidamente o litígio sobre as fronteiras, sempre indecisas,

(1) WESTEL W. WILLOUGHBY: *The Supreme Court of the Unit. States* (Baltimore, 1890), pág. 29-31. — DICEY, pág. 152. — HITCHCOCK: *Op cit.*, pág. 72.

(2) GEORGE BANCROFT: *Hist. of the formation of the Constitut. of the Un. States of America* (Lond., 1882), vol. II, pág. 473.

(3) SAINT-GIRONS: *Séparation des pouvoirs*, pág. 560-62.

entre o parlamento e a justiça nas controvérsias constitucionais, todo dia suscitadas. ⁽⁴⁾

Ao gênio de MARSHALL coube a honra, no seu aresto histórico sobre o caso *Marbury v. Madison*, de “estabelecer para sempre a necessidade lógica dêsse poder sob uma Constituição limitada, comprovando a insensatez de outra qualquer teoria”. ⁽⁵⁾ E ainda hoje dizem os juristas americanos que ninguém, naquele país, resistiu a essa demonstração clássica. ⁽⁶⁾

É preciso transcrevê-la:

Se o ato legislativo, inconciliável com a Constituição, é nulo, ligará êle, não obstante a sua invalidade, os tribunais, obrigando-os a executarem-no? Ou, por outras palavras, dado que não seja lei, subsistirá como preceito operativo, tal qual se o fôsse? Seria subverter de fato o que em teoria se estabeleceu; e o absurdo é tal, logo à primeira vista, que poderíamos abster-nos de insistir.

Examinemo-lo, todavia, mais a fito. Consiste especificamente a alçada e a missão do poder judiciário em declarar a lei. Mas os que lhe adaptam as prescrições aos casos particulares, hão de forçosamente explaná-la, e interpretá-la. Se duas leis se contrariam, aos tribunais incumbe definir-lhes o alcance respectivo. Estando uma lei em antagonismo com a Constituição, e aplicando-se à espécie a Constituição e a lei, de modo que o tribunal haja de resolver a lide em conformidade com a lei, desatendendo à Constituição, ou de acôrdo com a Constituição, rejeitando a lei, inevitável será eleger, dentre os dois preceitos opostos, o que dominará o assunto. *Isto é da essência do dever judicial.*

Se, pois, os tribunais não devem perder de vista a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do poder legislativo, a Constituição, e não a lei ordinária, há de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Destarte os que impugnem o princípio de que a Constituição se deve considerar, em juízo, como lei predominante, hão de ser reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem cerrar olhos à Constituição, e enxergar a lei só.

Tal doutrina aluiria os fundamentos de tôdas as Constituições escritas. Equivaleria a estabelecer que um ato, de todo em todo inválido segundo os princípios e a teoria de nosso

(4) H. SUMNER MAINE: *Popular Government* (2.^a edic.), IV, pág. 221.

(5) HENRY HITCHCOCK: *Op. cit.*, pág. 73.

(6) MC MURTRIE: *A new canon of judicial interpretation*. No *American Law Register and Review*, jan. 1893, pág. 1.

governo, é, contudo, inteiramente obrigatório na realidade. Equivaleria a estabelecer que, se a legislatura praticar o que lhe está explicitamente vedado, o ato, não obstante a proibição expressa, será praticamente eficaz. Equivaleria a dar, de um só fôlego, à legislatura uma onipotência prática e real, professando aliás circunscrever-lhe os poderes em estritos limites. Equivaleria a prescrever-lhe confins, e outorgar-lhe o arbitrio de excedê-los a seu bel-prazer. Para se repelir semelhante interpretação, bastaria advertir em que ela reduz a nada o que estamos habituados a encarar como o maior dos melhoramentos em matéria de instituições políticas: a vantagem de uma Constituição escrita. Bastaria de si só isso, na América, onde com tanta reverência se estima o benefício das Constituições escritas, para se condenar esta hermenêutica. Mas há, na Constituição dos Estados Unidos, textos, que nos ministram argumentos adicionais no mesmo sentido.

Estende-se o nosso poder judicial a todos os casos subordinados à Constituição. Poderia estar no ânimo dos que conferiram este poder a intenção de que, ao usarmos dêle, desviássemos a vista da Constituição? a idéia de que houvéssemos de resolver os casos submetidos à Constituição, sem examinarmos o instrumento, a cuja alçada êles pertencem? Tãmanha extravagância não se poderia manter. Espécies há, portanto, em que os juizes têm de consultar a Constituição. E, se é força compulsarem-na, quais os lanços dêsse documento, que não lhes será permitido verem, ou cumprirem?

Muitos outros tópicos da Constituição esclareceriam ainda o assunto.

Estatui ela que "não se lancem impostos sôbre artigos exportados". Suponde que se criem tributos sôbre a exportação do fumo, do algodão, ou da farinha, e se instaurem processos, para os cobrar. Devem as sentenças deferir ao pedido? Devem os juizes fechar os olhos à Constituição e fitar exclusivamente a lei?

A Constituição proíbe "os *bills of attainder* e as leis re-troativas". Se, todavia, passar um *bill of attainder*, e em virtude dêle se perseguir alguém, há de o tribunal condenar à morte as vítimas, que a Constituição quis preservar?

"Ninguém", reza a Constituição, "ninguém será convencido de traição, a não ser mediante depoimento de duas testemunhas que jurem sôbre o mesmo ato manifesto, ou confissão do próprio acusado em sessão pública do tribunal." Aqui a linguagem da Constituição se endereça especialmente aos tribunais, prescrevendo-lhes diretamente uma regra de prova, de que não devem arredar-se. Se o poder legislativo alterasse a regra, decretando que uma testemunha, ou a confissão extrajudicial bastaria, para condenar, o princípio constitucional havia de ceder ao ato legislativo?

Destas e muitas outras seleções, que poderíamos fazer, se evidencia que os autores da Constituição traçaram nesse ins-

trumento um diretório comum para a legislatura, e os tribunais. ⁽⁷⁾

Esta competência dos tribunais, porém, como se vê, não resulta de cláusulas expressas, que positivamente a declarem. "Conta-se de um inglês inteligente", diz BRYCE ⁽⁸⁾, "a cujos ouvidos tendo soado que a suprema corte federal fôra criada, para proteger a Constituição, e tinha o poder de anular as más leis, gastou dois dias em revolvê-la, à cata dos textos recomendados à sua admiração. Não admira que os não encontrasse; pois não há palavra, na Constituição, a tal respeito". Já HAMILTON dissera, no *Federalista*: "Convém notar que esta doutrina decorre, não de preceito especial na Constituição, mas da teoria geral de tôdas as Constituições limitadas."

O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seq. 2.^a, cujo teor reza assim: "O poder judiciário estender-se-á a tôdas as causas, de direito e eqüidade, que nascerem desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos". ⁽⁹⁾

Não se diz aí que os tribunais sentenciarão sôbre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela.

Muito mais concludente é a Constituição brasileira.

Nela não só se prescreve que

"Compete aos juizes ou 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);

como, ainda que

⁽⁷⁾ JOHN MARSHALL: *Writings upon the Constit.*, pág. 25-7.

⁽⁸⁾ *The Americ. Commonwealth*, I, pág. 336.

No mesmo sentido LOWELL, *Essays in Government*, pág. 119: "The power to do this has been confided to the courts in accordance with the principles of common law, if not by the express provisions of the Constitution."

⁽⁹⁾ "The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority."

“Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar *sobre a validade* de tratados e *leis federais*, e a decisão do tribunal do Estado fôr contra ela”. (Art. 59, § 1.º, a.)

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, *como a das justiças dos Estados*, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Sômente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Êste ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, *a todos os tribunais*, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo êsse critério.

É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a êste propósito. “O intitulado *poder de anular as leis inconstitucionais*”, escreve BRYCE ⁽¹⁰⁾, “é antes *um dever* do que um poder, e êsse dever incumbe, não menos do que à *Suprema Côrte Federal em Washington*, ao mais humilde tribunal de qualquer Estado, logo que perante êle se pleiteie feito, que levante a questão. Quando, portanto, como às vêzes até nos Estados Unidos acontece, falam na Suprema Côrte como “guarda da Constituição”, apenas se quer dizer que é o tribunal de última instância, ao qual se podem levar os processos, que envolverem questões constitucionais. Mas as funções da Suprema Côrte são as mesmas, em gênero, que as de todos os outros tribunais, federais, ou de Estado. É obrigação dela e dêles aplicarem a lei; e onde quer que um tribunal, seja um tribunal de primeira instância no Estado, ou o tribunal federal da instância mais alta, encontrar uma lei, de autoridade inferior, contrariando uma

(10) BRYCE: *Americ. Commonwealth*, I, pág. 336.

lei de autoridade superior, cumpre-lhe rejeitar a primeira, como não-lei, e executar a segunda.”

Nem nesta maneira de ver, em apoio da qual facilímo seria multiplicar testemunhos entre os autores modernos ⁽¹¹⁾, cabe ao ilustre publicista inglês ⁽¹²⁾ o mérito da originalidade. Ele não faz mais que reproduzir, em certos pontos até literalmente, as noções em voga entre os mais antigos autores americanos. Lá se diz, por exemplo, nas anotações de DANA a WHEATON: “Nos casos de que conhece, a Suprema Corte não tem outra jurisdição, quanto às questões constitucionais, que não a possuída *pelo mais humilde tribunal do país, seja ele nacional, ou de Estado.*” ⁽¹³⁾ E muito antes já STORY, o mestre dos comentadores americanos, dizia:

O direito de todos os tribunais, quer nacionais, *quer locais*, a declararem nulas as leis inconstitucionais, parece estar hoje fora do alcance das disputações forenses. ⁽¹⁴⁾

Não esqueçamos que a Constituição brasileira firma claramente este direito. Mas, quando o não fizesse, ele não seria menos inelutável. “Nem as constituições locais, nem a dos Estados Unidos contêm artigo, que prescreva à autoridade judiciária não aplicar as leis inconstitucionais. Nenhum texto explícito e formal a investe nessa prerrogativa, tão importante; o juiz a possui *implicitamente*, como parte integrante de suas atribuições.” ⁽¹⁵⁾

(11) “Il diritto di sindacato non si esercita solo dalla Corte Suprema Federale, esso spetta anche alle corti di distretto e di circuito.” Ugo: *Leggi incost.*, pág. 104. “Il sindacato spetta altresì alle corti dei *singoli Stati.*” *Ib.*, pág. 105.

(12) Uma comissão da câmara dos deputados supunha-o, ano passado, “um dos mais reputados publicistas *americanos*”. *Anais da Câmara dos Deput.*, 1892, vol. II, pág. 93.

(13) “In cases before it the Supreme Court has no other jurisdiction over constitutional questions than is possessed by the humblest judicial tribunal, state or national, in the land.” WHEATON: *International Law*, DANA’s edit., pág. 79.

(14) “The right of all courts, State as well as national, to declare unconstitutional laws void, seems settled beyond the reach of judicial controversy.” STORY: *Comment.*, II, § 1842, pág. 612.

(15) DE NOAILLES: *Cent ans de république aux États Unis*, II, pág. 144-5.

STORY demonstra lucidamente que “o poder de interpretar as leis envolve *necessariamente* a função de verificar se elas se conformam à Constituição, declarando-as vãs e insubsistentes, se a ofendem. Sendo a Constituição a suprema lei do país, em qualquer conflito entre ela e as leis, sejam estas dos Estados, ou do Congresso, é dever do poder judiciário aderir ao preceito, cuja obrigação fôr predominante. Esta consequência resulta da própria teoria da Constituição dos governos republicanos; porque, de outra sorte, os atos do poder legislativo e do executivo seriam de feito supremos e incontrastáveis, não obstante as cláusulas limitativas, ou proibitivas, que a Constituição encerrasse, podendo-se tentar as usurpações de caráter mais suspeito e temeroso, sem nenhum remédio acessível aos cidadãos.” (16)

Essa função, pois, que SORIA DI CRISPANI, na primeira metade dêste século, definia como “um dos caracteres essenciais do poder judiciário”, e que se acha instituída na Constituição americana, como na brasileira, “sem restrição absolutamente nenhuma” (17), não é, como de ordinário se presume, uma singularidade feliz do regimen que procuramos imitar.

Não há dúvida que existem relações particulares de afinidade entre o federalismo e esta sindicância constitucional da judicatura sobre os outros ramos do poder. “É óbvio que, numa Constituição como a dos Estados Unidos, os tribunais hão de ser o eixo, em torno do qual gire a organização politica do país. A soberania reside ali em uma entidade (o povo), que raro exerce a sua autoridade, e tem, por assim dizer, uma existência meramente potencial; nenhuma das assembléias legislativas no país é mais do que um corpo subalterno de legisladores, habilitado, em rigor, apenas a promulgar atos regulamentares; as faculdades do executivo são, outrossim, limitadas pela Constituição; e os intérpretes desta são os juizes. A toga, portanto, pode e deve precisar os limites à autoridade do governo e à da legislatura; e, não tendo apelação as suas

(16) STORY: *Comment.*, II, § 1576, pág. 393.

(17) STORY, I, pág. 286, § 385.

sentenças, a consequência é que a magistratura vem a ser, não só a guarda, mas o oráculo da Constituição.” (18)

Não há dúvida, ainda, que, numa associação de sociedades, como são os governos federativos, a distribuição restrita da soberania pelos órgãos políticos de legislação e ação no todo nacional e nos elementos relativamente autônomos que o compõem, constitui uma necessidade ainda mais essencial do que nas Constituições onde a autoridade política é unificada. (19) Grande merecimento foi o dos fundadores da América em preverem que “a faculdade de interpretar a Constituição da República e as leis federais, determinando se as Constituições dos Estados e suas leis transgridem, ou não, as disposições daquelas, seria suficiente, para prevenir lutas entre a nação e os governos locais”. (20) Se essa missão se tivesse cometido ao congresso, ou ficasse à mercê de transações entre êle e as assembléias dos Estados, “extremos seriam os perigos de conflito, e muitas, em vez de uma, poderiam ter sido as guerras civis”. (21) Bem alto reconhecem hoje os americanos que, se não fôsse esta situação inconcussa do poder judiciário, tratando como irritas e nenhuma as leis, locais, ou federais, adversas à Constituição, a União estaria perdida. (22)

Mas, se aos estadistas americanos pertence a honra da prioridade nessa intuição, ou antes a da iniciativa em traduzi-la na primeira Constituição que pôde estritamente apresentar-se como a *law of the land*, a lei soberana de um país, criando assim o federalismo hodierno (23), o certo é, contudo, que o papel da justiça americana e de seu tribunal supremo “emana primariamente da própria

(18) DICEY: *The law of the Const.*, pág. 160-61.

(19) LUIGI PALMA: *Corso di Diritto Costituzionale* (Firenze, 1884), vol. II, pág. 620: “Un tal potere è colà giustificato dal bisogno di porre un potente freno... alle trentotto legislature locali, che facilmente potrebbero deviare dai principii sanciti nel patto federale.”

(20) BRYCE, I, pág. 342.

(21) *Ibid.*

(22) HITCHCOCK: *The Supreme Court and the Constitution*. HAMPTON CARSON: *The Supreme Court*, part. II, pág. 642.

(23) DICEY, *Op. cit.*, pág. 152.

natureza de suas funções" (24), por um processo lógico de necessidade irresistível, que se estende desde as Constituições federais a todas as outras, onde a soberania nacional não abdicar nalgum dos grandes poderes do Estado.

Em qualquer país de Constituição escrita há dois graus na ordem da legislação: as leis constitucionais e as leis ordinárias. Nos países federalizados, como os Estados Unidos, como o Brasil, a escala é quádrupla: a Constituição federal, as leis federais, as constituições de Estados, as leis destes. A sucessão, em que acabo de enumerá-las, exprime-lhes a hierarquia legal. Ela traduz as regras de precedência, em que a autoridade se distribui por essas quatro espécies de leis. Dado o antagonismo entre a primeira e qualquer das outras, entre a segunda e as duas subsequentes, ou entre a terceira e a quarta, a anterioridade na graduação indica a precedência na autoridade. Uma vez manifesta a colisão, está *ipso facto* resolvida. O papel do tribunal é apenas declaratório: não desata conflitos: indica-os, como a agulha de um registro, e, indicando-os, indicada está por sua natureza a solução. A lei mais fraca cede à superioridade da mais forte. (25) "Uma colisão entre a Constituição e as leis", dizia SUMNER no senado americano, "há de julgar-se como qualquer conflito ordinário entre duas leis." (26) Ora, da essência mesma do dever judicial é optar entre duas leis em conflito. Na alternativa de denegar justiça, direito que lhe não assiste, ou pronunciar-se pela lei subalterna, arbitrio insensato, só lhe resta pautar a sentença pela mais alta das duas disposições contrapostas.

O tribunal é apenas o instrumento da lei preponderante. Os maiores jurisconsultos e os maiores publicistas designam no poder judiciário o árbitro supremo, o intérprete final da Constituição. Assim STORY. (27) Assim DICEY.

(24) SUMNER MAINE: *Popul. Govern.*, pág. 217.

(25) BRYCE, I, pág. 331-2. — WILLOUGHBY, pág. 35.

(26) DE NOAILLES, II, pág. 193.

(27) PASCHAL: *Anotaciones a la constitución de Estados Unidos*. Trad. CALVO. Vol. II, pág. 296, n.º 441.

(28) Assim HARE. (29) Assim, *sem exceção*, todos os competentes. “É o mais nobre produto da sabedoria dos autores da Constituição federal”, dizem. “Ele mantém a ordem em todo o mecanismo dela.” (30) É “a grande roda na máquina republicana”, escrevem outros. (31) A admiração geral aponta-o como “o centro de gravidade da República”. (32) Toda essa majestade, porém, a mais augusta entre as instituições humanas, essa autoridade aparentemente indefinida, que dir-se-ia tocar as raias da imaginação, é a resultante apenas da observância de faculdades limitadas, que não representam o menor traço de poder discricionário. Como o fiel de uma balança, em cujas duas conchas estão duas leis de pesos diferentes, a justiça não tem a liberdade da escolha: pende fatalmente na direção inevitável, solicitada pela força de uma determinação que se lhe impõe. MARSHALL, no pleito *Osborn v. United States Bank*, reduziu às suas proporções naturais a noção dessa potência misteriosa, tão mal compreendida entre nós: “O poder judiciário não tem vontade própria, em caso algum. Sua autoridade, figurada como distinta da das leis, não existe. Os tribunais são meros instrumentos da lei, e não têm querer. Quando se diz que exercem discricção, quer-se aludir à discricção do intérprete, a qual se exerce simplesmente em discernir o rumo da lei; e, descoberto êste, não cabe ao tribunal senão segui-lo. O poder da justiça nunca se aplica em executar os designios do juiz, senão sim em

(28) “...A final and common arbiter provided by the Constitution itself, to whose decisions all others are subordinate; and that arbiter is the supreme judicial authority of the Courts of the Union.” *Commentaries*, vol. I, § 375, pág. 276.

(29) “It is in fact the final interpreter of the Constitution.” *The Law of the Const.*, pág. 146. — “...the Supreme Court thereby becomes the ultimate arbiter of all matters affecting the Constitution.” *Ib.*, pág. 149.

(30) “It was therefore necessary to provide some arbiter whose decision should be recognized as final.” *Americ. Constitut. Law*, I, pág. 27. Cf. pág. 54, 119, 135.

(31) BRYCE: *The predictions of Hamilton and De Tocqueville* (Baltim., 1887), pág. 37.

(32) “It has been (the Supreme Court) *the balance wheel of the republic*.” WILLOUGHBY, pág. 33. — Cf. HARE, I, pág. 2.

cumprir os do legislador, ou, noutras palavras, os da lei.”
(³³)

Certamente, no decidir se duas leis repugnam entre si, há sempre uma operação da inteligência; e toda operação intelectual envolve risco de erro, assim como toda enunciação exterior de um juízo pode ser viciada pela insinceridade do agente. Mas esses perigos na acareação entre uma lei ordinária e uma lei constitucional são igualmente inevitáveis na apreciação entre duas leis ordinárias. O argumento, que, por tais motivos, nos levasse a despir o juiz da função de pronunciar-se entre as primeiras, deveria necessariamente levar-nos a recusar-lhe a mesma autoridade a respeito das segundas. Ora, se entre a lei superior e a inferior a colisão é tão possível, quanto entre lei e lei da mesma classe, e se essa colisão, onde quer que se dê, há de ser resolvida, — a um dos poderes tinha de confiar-se, por força, o poder de resolvê-la. Mas, se êle se entregasse à autoridade que faz a lei, parte interessada (³⁴), juiz em sua própria causa, o Congresso substituir-se-ia à Constituição, a Constituição desapareceria na vontade indemarcável do Congresso.

A preponderância, nesse caso, caberia sempre à lei contra a Constituição. Ora, o mais rudimentar senso comum quer que êle pertença à Constituição contra a lei. A Constituição é a vontade *direta* do povo. A lei, a vontade *dos seus representantes*. (³⁵) E, se a única autoridade legítima destes resulta da daqueles, na divergência entre as duas a segunda não pode aspirar ao ascendente. “Exercendo esta alta autoridade” (são expressões de um aresto americano) (³⁶), “os juizes não tendem à supremacia

(³³) EZRA SEAMAN: *The American System of Government*, c. I, secção X, pág. 32.

(³⁴) JOHN MARSHALL: *Writings upon the Feder. Const.*, pág. 339.

(³⁵) BRYCE: *The Amer. Commonwealth*, I, pág. 330. “The Constitution is the direct legislative act of the people, and as such it must control any acts of their agents, the Legislature”. HORACE DAVIS: *American Constitutions* (Baltim., 1885), pág. 57.

(³⁶) COOLEY: *Constitutional Limitations* (Boston, 1883), pág. 193.

judicial: são apenas administradores da vontade comum. Declarando inválido um ato da legislatura, não assumem superintendência alguma sobre o poder legislativo: apenas reconhecem que o ato é proibido pela Constituição, e que a intenção popular, nela exarada, prefere à de seus representantes, exprimida nas leis." Entre duas delegações legislativas de eminência desigual, a constituinte e a ordinária, o tribunal, inclinando-se à segunda, implicitamente inverteria a ordem racional, traduzida no princípio elementar de que entre as prescrições antinômicas de duas autoridades de categoria diversa, a menos alta cede à mais elevada. ⁽³⁷⁾ KENT frisou a extravagância da outra maneira de ver, dizendo: "Querer que os tribunais de justiça obedeçam às imposições de um ato legislativo, quando este se lhes patenteia violatório da Constituição, importa o mesmo que julgar a Constituição inferior às leis." ⁽³⁸⁾ Ora, pelo contrário, se há, em direito político, axioma de ordem matemática, é o de que a Constituição senhoreia a lei: "*Constitution must control the laws.*" ⁽³⁹⁾

Na opinião americana, que o nosso sistema constitucional assimilou, a posição de legislador é a de um mandatário, cujos poderes precisos estão rigorosamente descritos no instrumento formal de mandato. Esse instrumento é a Constituição. Se os atos perpetrados pelo comissário fora das instruções do comitente não o obrigam, claro está que não podem obrigar o povo leis decretadas pelo poder ordinário além dos limites constitucionais. É o raciocínio que BRYCE desenvolveu amplamente em sua obra monumental ⁽⁴⁰⁾, mas que LABOULAYE, muito antes, resumira vigorosamente, com a sua luminosa concisão ⁽⁴¹⁾, o raciocínio que se reproduz a cada passo nos expositores americanos, e que HAMILTON, primeiro que todos, burilou, com dialética de aço, nas páginas do *Federalista*, esse reservatório de lições imortais na ciência das constituições,

⁽³⁷⁾ HITCHCOCK. Em CARSON's *Supreme Court*, pág. 644.

⁽³⁸⁾ KENT: *Commentaries*, pág. 486.

⁽³⁹⁾ WILLOUGHBY, pág. 30.

⁽⁴⁰⁾ *The Americ. Commonwealth*, I, pág. 325.

⁽⁴¹⁾ *Questions constitutionnelles*, pág. 385.

do qual GUIZOT dizia a RUSH: "É o maior livro que eu conheço." (42)

Creio que, ao inaugurarmos o debate sobre este assunto, ainda não aventado entre nós, perante a justiça federal, renderei homenagem necessária aos direitos dela e à importância do aresto que se lhe solicita, fixando aqui as palavras inolvidáveis de HAMILTON, o famoso apologista do federalismo, um de seus grandes criadores.

Ei-las :

Não há proposição assente em princípios mais claros: todo ato de uma autoridade delegada, contrário ao teor da comissão sob que ela se exerce, é nulo. O ato legislativo oposto à Constituição, portanto, nunca se poderá validar. Negá-lo seria afirmar que o deputado sobreleva ao seu constituinte; que o servidor está acima do soberano; que os representantes do povo são superiores ao povo; que homens, cuja ação é regulada por certos poderes, têm o arbítrio, não só de fazer o que esses poderes não autorizam, senão até o que proíbem.

Dizem que o corpo legislativo é o juiz constitucional de seus próprios poderes, e que sua maneira de interpretá-los é obrigatória para os outros ramos do governo. Mas podemos revidar que tal presunção não é natural, desde que nenhuma cláusula da Constituição deixa inferi-la. Fôra supor que a Constituição tivesse em mira habilitar os representantes do povo a substituírem *pela sua vontade* a de seus comitentes. Muito mais razoável será crer que ela contemplasse os tribunais como um corpo intermediário ao povo e à legislatura, com o fim, entre outros, de prendê-la nos limites fixados à sua autoridade. Interpretar as leis é jurisdição própria e peculiar dos tribunais. Uma Constituição é, de fato, e pelos juizes deve ser havida como a lei fundamental. Aos juizes, portanto, compete verificar o pensamento dela, assim como o dos atos legais do corpo legislativo. Acontecendo haver desinteligência irreconciliável entre os dois, há de necessariamente primar o de mais força; por outra: a Constituição deve prevalecer à lei, a intenção do povo à de seus agentes.

Nem esta conclusão pressupõe ascendência ao poder judiciário sobre o legislativo. O que ela supõe, é que a um e outro se avanteja o povo, e que, onde a vontade da legislatura, expressa em suas leis, está em contraste com a do povo, declarada na Constituição, os juizes devem-se reger por esta, de preferência àquela; devem pautar suas decisões antes pelas leis fundamentais do que pelas leis subordinadas.

(42) Citado por LORD ACTON, *The English Historical Review*, apr. 1889, pág. 392.

Num exemplo familiar se figura o exercício dessa discricção judiciária, exercida entre duas leis contraditórias. Não raro acontece existirem simultaneamente duas disposições legislativas, contendentes no todo ou em parte, entre si, sem que nenhuma apresente cláusula ou expressão revogatória da outra. Em tal caso incumbe aos tribunais liquidar e precisar o sentido e a ação de ambas. Se lhes fôr possível, mediante interpretação judiciosa, harmonizá-las, a razão e o direito conspiram em ditar que assim procedam; mas, se isso fôr impraticável, forçoso será executar uma das duas, com exclusão da outra. A regra admitida no fôro, para lhes determinar a validade relativa, é que a última na ordem do tempo invalide a primeira. Neste uso, porém, há simplesmente uma praxe de interpretar, que não tem assento em lei positiva, mas apenas na razão e natureza das coisas. É uma regra, não intimada aos tribunais por determinação legislativa, mas adotada pela magistratura mesma, de acôrdo com a verdade e a conveniência, para dirigir a ação à justiça como intérprete da lei. Estabeleceram os juizes, como expediente aconselhado pelo bom senso, que na concorrência entre atos divergentes de uma autoridade *igual*, predominaria a última expressão de sua vontade.

Mas, se os atos, que colidem, são de autoridades diferentes, uma superior, outra subalterna, se emanam um de um poder originário, outro de um poder derivado, a natureza e a razão do caso estão indicando como regra obrigatória o inverso daquela. Ensinam elas que o ato anterior da autoridade mais eminente deve levar a primazia ao ato subsequente da autoridade subordinada, e que, por conseqüência, onde quer que qualquer lei contravenha à Constituição, os tribunais de justiça hão de aderir à Constituição, desatendendo à lei.

Nada vale objetar que, sob o pretexto de resolver uma contradição, o tribunal pode sobrepor seu próprio arbítrio às intenções constitucionais do poder legislativo. Tal hipótese poderia ocorrer igualmente no caso de duas leis contraditórias e, até, em qualquer julgamento sob uma só lei. Aos tribunais cabe declarar a inteligência da lei; e, se lhes aprouvesse exercerem a *vontade*, em vez do *juízo*, a conseqüência seria sempre trocar-se o arbítrio do corpo legislativo no arbítrio deles. O argumento, se alguma coisa provasse, provaria que não se deve admitir a função de julgar senão no próprio legislador. ⁽⁴³⁾

Depois desta demonstração já ninguém ousaria repetir, a propósito do direito, reclamado para os tribunais, de examinar a constitucionalidade das leis, a apóstrofe de

⁽⁴³⁾ *The Federalist*. Ed. de CABOT LODGE. Lond., 1838, páginas 485-7.

D'ARGENTRÉ aos juizes de seu tempo: *Cur de lege judicas, qui sedes ut secundum leges judices?* Por que te abalanças a julgar das leis, quando o teu cargo é julgar *segundo* as leis? Não. "O juiz delibera conforme *tôdas* as leis, uma das quais é a Constituição, e, recusando aplicar leis inconstitucionais, tão pouco exerce funções legislativas, quanto praticaria atos administrativos, negando-se a executar um regulamento ilegal do intendente, ou do prefeito." (44) A Constituição não desaparece debaixo das leis, como os documentos clássicos, nos palimpsestos, sob a escrita dos copistas medievos. Sobreeminente ao legislador, obrigando ao legislador, tanto quanto ao magistrado (45), obrigando ao magistrado, tanto quanto ao legislador, tem direito à obediência dos tribunais, não menos que à do Congresso.

A recusa de submissão às leis constitucionais não é, pois, somente "o direito natural do magistrado", como dizia TOCQUEVILLE (46): é a sua "missão" (47); é seu *dever positivo*. (48) "O dever legal, *the legal duty, de todo juiz*" (ensina um dos grandes mestres), "quer funcione, suponhamos, como magistrado no Estado de Nova York, quer sentencieie no supremo tribunal da União, é manifesto. Sua obrigação (*he is bound*) é tratar como nulo qualquer ato legislativo, inconsistente com a Constituição dos Estados Unidos. Este dever é tão óbvio como o de um magistrado inglês, provocado a determinar a validade de um regulamento adotado pela *Great Eastern*, ou qualquer outra companhia de viação férrea. Proferindo sentença, o juiz americano tem que adscrever-se aos termos da Constituição, do mesmo modo como o seu confrade em Inglaterra há de obedecer, resolvendo o caso, aos atos do parlamento." (49)

(44) SAINT-GIRONS: *Man. de droit constitutionnel*, 1885, pág. 580.

(45) SEDGWICK, cit. por TOCQUEVILLE. V. SAINT-GIRONS, *Séparat. des pouvoirs*, pág. 556.

(46) *Démocratie en Amérique*, ed. de 1864, vol. I, pág. 168.

(47) GIO. BATTISTA UGO: *La responsabilità dei pubblici ufficiali*, Torino, 1885, pág. 106.

(48) LÉON DONNAT: *Critique de la Constitution brésilienne* (1890), pág. 14: "... le droit, ou plutôt le devoir, de déclarer inconstitutionnelle une loi fédérale contraire à la constitution."

(49) DICEY: *Law of the Const.*, pág. 145.

Dêsse dever não é lícito aos juizes declinar. "The duty to do this... it is now generally agreed that the courts cannot decline." ⁽⁵⁰⁾ Chamados *judicialmente* a decidirem sobre a constitucionalidade de um ato de qualquer dos poderes, tem de negá-la, ou confirmá-la. Se se abstiverem de declará-lo inconstitucional, diz STORY ⁽⁵¹⁾, *ipso facto* lhe afirmam a constitucionalidade.

Desde que MARSHALL formulou tão lúcida e inexpugnavelmente esta regra no célebre aresto de 1803, "ninguém mais o contestou nos Estados Unidos". ⁽⁵²⁾ Familiar hoje ali na prática usual de julgar, êle tem levado a justiça a se pronunciar sobre questões de inexcédível gravidade, sobre os mais sérios direitos do Congresso, como o de legislar acêrca da prioridade entre as dívidas da União e as dos Estados, o de autorizar bancos, o de estabelecer impostos, o de legislar a respeito da milícia, o de emitir papel-moeda. ⁽⁵³⁾ No decurso de menos de noventa anos essa função judicial exerceu-se sobre mais de duzentas causas dessa espécie, em vinte das quais se declararam inválidos, por contrários à Constituição, atos do poder legislativo federal, e nas outras se rejeitaram, igualmente como inconstitucionais, um sem-número de leis de trinta e quatro Estados. ⁽⁵⁴⁾ E a esta firmeza no uso de uma atribuição a princípio olhada com tantas apreensões, à continuidade na ação dêsse instrumento ⁽⁵⁵⁾, se deve não só a durabilidade da União pela harmonia entre os poderes, entre os Estados, entre a federação e seus membros, como "a observância da justiça, a existência da liberdade comercial no país, o respeito geral aos direitos de propriedade". ⁽⁵⁶⁾

⁽⁵⁰⁾ COOLEY: *Constitutional Limitations*, pág. 193.

⁽⁵¹⁾ *Commentaries*, II, pág. 339 n.

⁽⁵²⁾ HITCHCOCK: *The Supreme Court and the Constit.* CARSON, part. II, pág. 646.

⁽⁵³⁾ KENT: *Comment.*, I, pág. 489 e segs. — DICEY: *Law of the Const.*, págs. 149-50. — UGO: *Leggi incostituzion.*, págs. 16 e 44.

⁽⁵⁴⁾ HAMPTON CARSON, part. II, pág. 646.

⁽⁵⁵⁾ STORY: *Comment.*, § 392, pág. 294.

⁽⁵⁶⁾ DICEY: *Op. cit.*, pág. 150.

É, portanto, indubitavelmente um dos grandes triunfos do sistema americano. ⁽⁵⁷⁾ Obra, sem protótipo ⁽⁵⁸⁾, dos estadistas que a criaram, essa posição dos tribunais no regimen que nacionalizamos, originária da idéia elementar de justiça organizada nas Constituições escritas, e sobretudo nas Constituições federativas, vai-se propagando com o desenvolvimento da teoria constitucional, com os progressos de sua política entre as nações novas.

Sob as monarquias européias, moldadas, na fase atual, pelas tradições do parlamentarismo inglês, única fórmula de conciliação possível entre a realeza e as instituições liberais, o princípio geral é o da soberania, mais ou menos ampla, dos parlamentos. Nessa forma de governo, é contra os reis que as nações se premunem, assim como nas democracias é contra as assembléias representativas. "Il potere costituente nelle monarchie assolute è riposto nel sovrano legittimo; nelle monarchie costituzionali il parlamento, cioè il re e le camere, ne sono pienamente investiti", dizia CAVOUR. Ainda ali, porém, tem irrompido na opinião, e às vezes na jurisprudência, a noção americana da sindicância dos tribunais sobre a inconstitucionalidade das leis. Alguns a têm defendido na Bélgica ⁽⁵⁹⁾, na própria França. ⁽⁶⁰⁾ Na Itália, várias sentenças de tribunais superiores (*Corte d'appello* de Gênova, 14 julho 1856; *corte d'appello* de Casale, 26 junho 1857; *corte d'appello* de Nápoles, 16 março 1870) atribuem essa função ao poder judiciário. Averiguada indubitavelmente, dizem elas, a lesão de um direito por parte de uma lei, os juizes não devem aplicá-la. ⁽⁶¹⁾ E, bem que, por via de regra, os escritores políticos, naquele país, sejam contrários a esta opinião ⁽⁶²⁾, convém notar que o mais extremado

⁽⁵⁷⁾ WILLOUGHBY, pág. 27.

⁽⁵⁸⁾ H. TAYLOR: *The origins and growth of the English Const.*, pág. 73. — MAINE: *Popul. Gov.*, pág. 218.

⁽⁵⁹⁾ ROUSSEL: *Encyclopédie du droit*, pág. 530. — EUG. VERHAEGEN: *Des lois inconstitutionnelles*, Brux., 1850. — DICEY: *The Law of the Const.*, pág. 123.

⁽⁶⁰⁾ BERRIAT SAINT PRIX: *Théorie du droit constitutionnel français*, n. 725.

⁽⁶¹⁾ UGO: *Leggi incostituzionali*, págs. 162, 164, 165.

⁽⁶²⁾ SAREDO: *Trattato delle leggi* (Fir., 1886), pág. 142.

entre todos eles em combatê-la reconhece essa competência da justiça quanto às ofensas ao direito dos cidadãos cometidas nas leis orçamentárias. ⁽⁶³⁾

Depara-nos a Suíça a anomalia de uma federação, onde os tribunais não podem acoimar de inconstitucionalidade os atos do poder legislativo. Esta excentricidade, porém, tem sua causa na força de influências tradicionais, nas idiossincrasias de seu passado e de seu meio. "As tradições da história suíça são desfavoráveis ao desenvolvimento dessa supremacia regular da lei nacional, que forma a característica das instituições fundadas pelo povo inglês. Quanto mais de perto estudamos a Constituição helvética e as Constituições cantonais, melhor se percebe que a tendência do povo suíço continua a ser, como foi durante séculos, para atribuir à legislatura o exercício de funções judiciais." ⁽⁶⁴⁾ A escola política de 1848 reduziu o *Bundesgericht*, o Tribunal Federal, a uma posição mui diversa da Suprema Corte nos Estados Unidos, associando às funções legislativas da Assembléia Federal (*Bundesversammlung*) atribuições que, a certos respeito, a convertem numa corte de apelação. Mas a revisão de 1874 alargou consideravelmente a esfera judicial, e, fato notável, no cantão de Uri, a mais antiga das democracias suíças, assinalada pela prefulgência do senso jurídico, "com que sempre se distinguiu na história" ⁽⁶⁵⁾, o cidadão ferido em seu direito por uma decisão da *Landsgemeinde* (a autoridade legislativa) pode recorrer ao juiz, o qual "sentenciará", reza a Constituição cantonal (art. 37), "conforme sua consciência e seu juramento, a questão de direito entre o povo e o reclamante". ⁽⁶⁶⁾ Segundo os aquilatores mais competentes, em suma, a exceção suíça, explicada e atenuada, até certo ponto, pelo amiadado uso

⁽⁶³⁾ UGO: *Leg. incostit.*, pág. 189, n. 102.

⁽⁶⁴⁾ DICEY, *The Nation*, out. 8, 1885. — *Apud* MOSES: *The Federal Government in Switzerland* (Oakland, 1889), pág. 163.

⁽⁶⁵⁾ DUBS: *Le Droit Public de la Confédération Suisse*, vol. I, pág. 175.

⁽⁶⁶⁾ "Der Richter wird dann (unabhängig von neuen Landsgemeindebeschluss) die Rechtsfrage zwischen Volk und den Rechtsdarschlagenden nach Eid und Gewissen entscheiden."

do *referendum* ⁽⁶⁷⁾, que reduz a possibilidades mínimas a hipótese de abusos legislativos contra a Constituição, é uma peculiaridade viciosa, constitui a feição menos satisfatória no organismo constitucional da Helvécia ⁽⁶⁸⁾, e parece tender a fundir-se, com o correr do tempo, no tipo americano. ⁽⁶⁹⁾

Fora dêsse caso insulado, a idéia prima das federações é a limitação do poder legislativo pela Constituição e a expansão do poder judiciário como órgão supremo da hermenêutica constitucional.

Nas principais constituições da América Latina sobressai a transplantação do princípio firmado na dos Estados Unidos.

A do México, art. 101, dispõe:

Los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite:

1.º Por leyes ó actos de cualquiera autoridad, *que violen las garantías individuales*.

2.º Por leyes ó actos de la autoridad federal, que vulneren ó restrinjan la soberanía de los estados.

3.º Por leyes ó actos de las autoridades de éstos, que invadan la esfera de la autoridad federal.

Isto se decretava em 1857. A Constituição argentina, adotada três anos depois, segue a mesma corrente. Basta considerarmos o art. 100 nas suas primeiras palavras :

Corresponde á la corte suprema y á los tribunales inferiores de la nación el conocimiento y decisión de *todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución*.

A da Bolívia, promulgada em 1871, atribui (art. 82, 2.º) à corte de cassação a competência, para “conocer de los negocios de puro derecho, cuya decisión dependa de la *constitucionalidad ó inconstitucionalidad de las leyes*”.

⁽⁷⁰⁾

⁽⁶⁷⁾ ADAMS AND CUNNINGHAM: *The Swiss Confederation* (Lond. 1889), pág. 268.

⁽⁶⁸⁾ MOSES: *Op. cit.*, pág. 162. — DICEY: *Law of the Const.*, pág. 156.

⁽⁶⁹⁾ DUBS, *loc. cit.*, pág. 176.

⁽⁷⁰⁾ Ver AROSEMENA: *Estudios constitucionales* (Par., 1888), vol. I.

A de Venezuela (ano de 1874) determina entre os objetos da jurisdição cometida à alta corte federal, "declarar cuál sea la ley vigente, cuando se hallen en colisión las nacionales entre si, ó éstas con las de los estados, ó las de los mismos estados" (art. 89, 90), cláusula onde "naturalmente se comprendem os casos de inconstitucionalidade das leis secundárias". (71)

A Constituição estabelecida para o Haiti em 1879 prescreve (art. 156) que "os juizes recusarão aplicar as leis inconstitucionais". (72)

Nas colônias parlamentares de Inglaterra essa regra é geral. (73) Elas gozam do auto-governo; mas suas assembléias representativas não podem adotar leis, que vão de encontro ao direito geral do império britânico, ou à organização dada às colônias por estatutos imperiais. Eivados de inconstitucionalidade consideram-se os atos das legislaturas locais, que os infringirem. Essa jurisdição coloca os tribunais canadaenses e os das outras dependências inglesas, parlamentarmente constituídas, numa situação semelhante à das justiças dos Estados Unidos, acima, como estas, do poder legislativo, quanto à interpretação das leis. (74)

Assim, onde quer que se levante o princípio federativo, a superioridade da Constituição às leis ordinárias concretiza-se logo na função judicial de custodiar a primeira contra as segundas. (75) "Aos olhos dos estadistas europeus

(71) AROSEMENA, vol. II, pág. 178.

(72) *Annuaire de législation étrangère*, 1885, pág. 829 e seg.

(73) ALPHEUS TODD: *Parliamentary Government in the British Colonies* (1880), págs. 219-20, 375.

(74) MUNRO: *The Constitution of Canada* (Cambridge, 1889), págs. 11-12. — BOURINOT: *Canadian studies on comparative politics* (Montreal, 1890), pág. 24. — MOSES: *The Federal Govern. of Switzerland*, pág. 146 e seg. — JOSEPH DOUTRE: *Constitution of Canada* (Montreal, 1880), pág. 331.

(75) No mesmo sentido: LIEBER, *On civil Liberty* (ed. de 1883), págs. 162-3. — HARE, *Americ. Const. Law*, I, 120-21. — SEMMES, em *CARSON'S Supreme Court*, 660. — MAINE: *Popul. Govern.*, pág. 217. — DOUTRE: *Const. of Can.*, pág. 331. — BRYCE: *Amer. Comm.*, I, 341. — GEORGE T. CURTIS: *Constitutional History of the Un. States*, vol. I (ed. de 1889), pág. 593. — TAYLOR: *Growth of the Engl. Const.*, pág. 73.

êsse poder dos nossos tribunais parece uma maravilha em permanência; mas, para o americano, não é mais que o resultado natural e óbvio de toda Constituição escrita. Ele é, de feito, o corolário imperioso das formas limitadas de governo. Se a legislatura se acha investida apenas em faculdades restritas, todo ato, que exorbite dêsses limites, é desautorizado, *ultra vires* (em linguagem forense), isto é, exorbitantes das forças do poder legislativo, e baldo, portanto, de vigor. Qualquer pessoa poder-lhe-á negar obediência, porque êsse ato é nulo de todo o ponto, e os tribunais, evidentemente, não lhe podem atribuir efeito.”⁽⁷⁶⁾ Professa-se essa regra da superioridade da Constituição às leis, diz outro escritor respeitável dêste continente, um publicista chileno⁽⁷⁷⁾, “onde quer que haja uma Constituição escrita, e naturalmente se desprende dêstes dois elementos: 1.º que a Constituição, dada por meios especiais e extraordinários, cria o poder legislativo do mesmo modo que os demais; 2.º que o introduzir alterações na Constituição requer processo especial e distinto do que se emprega, para fazer as leis secundárias. Permitir a aplicação de uma lei inconstitucional o mesmo seria que autorizar reformas operadas pelos meios comuns de legislar, sancionar um contraprincípio, destruir por negligência e timidez o que resolutamente se estabeleceu com pleno conhecimento de causa”.

Logo, o art. 59, § 1.º b, e o art. 60 a da Constituição brasileira, que terminantemente cometem aos tribunais federais, desde a instância inferior, conhecer dos pleitos, onde se invoque o pacto federal, e se litigue acêrca da validade das leis perante êle, consagram uma idéia impreterível na espécie de organização que pretendemos naturalizar; e o seu comentário ilustrativo está nos anais do federalismo, em toda a parte onde êle tem realidade coerente.

MARSHALL, no caso *Cohen contra o Estado da Virginia*, enunciou uma verdade de ordem primária neste sistema de governo, estabelecendo que “o poder da justiça, em toda Constituição bem formada, há de ser *coextensivo com o*

(76) LAWRENCE LOWELL: *Essays on Govern.*, pág. 40.

(77) AROSEMENA: *Estudios const.*, vol. I, págs. 387-8.

da legislatura, e deve estar aparelhado, para resolver tôdas as questões, que surgirem do direito constitucional, ou das leis". (78) Esta proposição, acrescentava êle, pode considerar-se como *axioma político*. HAMILTON escrevia, na sua apologia imortal do regimen americano: "Se existe axioma político irrefragável, é o que prescreve ao poder judiciário extensão igual à do legislativo." (79) Com a mesma energia insiste STORY (80) neste dogma de política constitucional, e, como êle, KENT (81), HARE (82), COOLEY (83), todos êsses luzeiros que iluminam a ciência do direito federativo. (84) E TOCQUEVILLE, cuja autoridade não empalidece entre essas, diz: "O âmbito do poder judicial, no mundo político, deve ser comensurado ao do poder eletivo. Se estas duas coisas não andarem a par, o Estado acabará por cair em anarquia, ou servidão." (85)

Felizmente a Constituição brasileira não descurou dessa necessidade. Sua letra e seu espírito imprimem à justiça federal êsse vigor, essa elevação, asseguram-lhe essa dignidade e essa eficácia, que, no regimen federativo especialmente (86), representam a primeira condição de vitalidade e harmonia. Sua função de declarar se os atos do Congresso transgridem, ou não, o pacto republicano (87) é, entre nós, tão inelutável como nos Estados Unidos. Se ela tem ali "o poder de fixar virtualmente a lei" (88), entre nós não o tem menos. Se ali essa missão de fixar a lei, fulminando nulidade, na aplicação judicial, às provisões legislativas, inquinadas de vício contra a Constituição,

(78) JOHN MARSHALL, *Writings upon the Const.*, pág. 228.

(79) *The Federalist*, LXXX, pág. 495.

(80) *On the Const. of the Un. States*, I, pág. 399.

(81) *Comment.*, I, pág. 313.

(82) *Americ. Const. Law*, II, pág. 988.

(83) *Constitutional History as seen in the develop. of Americ. law*, pág. 34.

(84) HARE, I, pág. 119.

(85) *De la Démocr. en Amér.*, vol. I, pág. 121.

(86) DOMENICO ZANICHELLI: *Del governo di gabinetto* (Bologna, 1889), pág. 154.

(87) LIEBER: *Op. cit.*, pág. 163. — ALLEN BUTLER: *The origin of the Supreme Court and its place in the Const.* CARSON'S *Supr. Court*, pág. 611.

(88) L. LOWELL, *Essays*, pág. 120.

é o elemento sôbre todos poderoso na idéia nacional de justiça ⁽⁸⁹⁾, êste traço capital não avulta em menor relêvo na fisionomia atual do nosso regimen. Se os constituintes americanos viam nos tribunais “os baluartes de uma Constituição limitada contra as invasões legislativas” ⁽⁹⁰⁾, nessa inspiração se embeberam igualmente os nossos, modelando pelo mesmo padrão as instituições congêneres no Brasil novo. Se o seu objeto, em suma, no exemplar trasladado por nós, é “manter a Constituição contra as leis” ⁽⁹¹⁾, fazer respeitar a Constituição pelos próprios legisladores ⁽⁹²⁾, a cópia, aqui, estereotipou o original, formando exatamente a justiça brasileira à sua imagem, poder real entre os outros, dotado amplamente, como na América do Norte, de funções da soberania ⁽⁹³⁾, juiz exclusivo da extensão de sua própria autoridade. ⁽⁹⁴⁾

Em suma, pois:

Aos tribunais federais compete declarar a nulidade dos atos legislativos por quebra da Constituição Federal.

Essa declaração, regularmente provocada, corresponde, para as justiças da União, não só a um direito legal, como a um dever inevitável.

II

ATOS DO PODER EXECUTIVO

Claro está que, se a justiça, neste regimen, é a instituição repressiva dos abusos do Congresso, por maioria de

⁽⁸⁹⁾ BUTLER, *Op. cit.* (CARSON, II), págs. 612, 617. — HITCHCOCK, *loc. cit.* (CARSON, II), págs. 642, 644.

⁽⁹⁰⁾ HAMILTON: *The Federalist*, LXXVIII (ed. de 1888), pág. 487.

⁽⁹¹⁾ ATT. BRUNIALTI: *Guida allo studio del diritto costituzionale* (Tor., 1882), págs. 232, 235.

⁽⁹²⁾ PIERANTONI: *Trattato di diritto costituzionale*, vol. I, pág. 242.

⁽⁹³⁾ HOSTOS: *Lecciones de derecho constitucional* (S. Domenico, 1887), pág. 243.

⁽⁹⁴⁾ “Erecting the judiciary into a department of the government which is the sole judge of the extent of its powers...” HARE: *Americ. Const. Law*, I, pág. 120. — “The Federal Supreme Court is final judge of its own authority.” COOLEY: *Const. History in the development of Americ. Law*, pág. 40.

razão não pode evadir-se à autoridade dela a ação inconstitucional do executivo.

MARSHALL, constitucionalista sem rival entre os constitucionalistas americanos ⁽⁹⁵⁾, proferia uma sentença inabalada até hoje, quando, no feito *Marbury versus Madison*, escreveu: "Se o presidente excede a sua autoridade, ou usurpa a de um dos outros ramos do govêrno, suas ordens, instruções, ou decretos não protegem a ninguém, e os agentes, que as executarem, ficam pessoalmente responsáveis por seus atos. O freio dos tribunais consiste, pois, na faculdade, que lhes pertence, de *manter o executivo dentro na esfera de sua autoridade, recusando sanção jurídica a qualquer ato, a que ele fora dela se aventurar.*" ⁽⁹⁶⁾

STORY desenvolve a mesma lição: "O dever, que incumbe aos tribunais, de declarar inexecutíveis tôdas as leis inconstitucionais adotadas pelo Congresso, ou pelas assembléias dos Estados, prevalece de modo idêntico, sempre que qualquer outro ramo do govêrno, local, ou nacional, exorbite de suas funções constitucionais." ⁽⁹⁷⁾ Os poderes republicanos são mandatários da nação soberana dentro no terreno das faculdades que ela lhes traça. Na Constituição está o instrumento do mandato, que lhes limita o perímetro legítimo de ação. Ela é parte essencial de cada lei e de cada ato administrativo, "tanto quanto uma procuração o é da escritura celebrada em nome da autoridade que ela confere." ⁽⁹⁸⁾ Todo o arbitrio exercido além desse termo é vão e inútil como os atos do falso procurador. "O presidente não tem faculdades de dispensar na lei." ⁽⁹⁹⁾ Se o fizer, ainda que procure acobertar-se sob o pretexto de autorizações legislativas, tão nulo será o procedimento do chefe do Estado, quanto o da legislatura cuja sombra sôbre

⁽⁹⁵⁾ "The common consent of your countrymen has admitted you to stand without a rival." STORY, I, pág. III.

⁽⁹⁶⁾ MARSHALL'S *Writings on the Feder. Const.*

⁽⁹⁷⁾ STORY: *Comm.*, II, § 1842.

⁽⁹⁸⁾ "As a letter of attorney is of the deed executed under the authority which it confers." HARE, I, pág. 121.

⁽⁹⁹⁾ DAVIS: *The relations of the three departments as adjusted by a century*, pág. 51.

êle se projeta. E o poder a quem se comete o exame da controvérsia, a decisão entre o executivo e o indivíduo agravado pelo abuso, não pode ser senão a justiça. A decisão de MARSHALL, proferida há noventa anos, "adquiriu força de lei" ⁽¹⁰⁰⁾, com a aquiescência de tôdas as gerações que se lhe têm sucedido, porque essa decisão nascia fatalmente da essência das instituições, cujo espírito interpretava. O princípio dêsse aresto firmava a distinção fundamental entre os governos da lei e os governos pessoais, "*between a government of laws and a government of men*", na frase eloqüente do grande juiz americano. ⁽¹⁰¹⁾

As sentenças proferidas no desempenho dêsse *dever*, como lhe chamam todos os publicistas e juristas daquele país, obrigam a administração. "É obrigação constitucional do poder executivo", diz BURGESS, um dos mais modernos ⁽¹⁰²⁾ (para citar um, dentre inúmeros), "*obedecer às decisões definitivas dos tribunais dos Estados Unidos em relação aos direitos e imunidades individuais, e executar as leis de acôrdo com elas*." Desta proposição, ninguém poderá duvidar neste regímen: "*No one doubts that the executive is bound by a judicial construction of a statute*." ⁽¹⁰³⁾

Nem esta regra vigora unicamente nas repúblicas federativas, ou depende especialmente das peculiaridades do regímen americano. Ela é comum a todos os países constitucionais, e vigora indiferentemente nas democracias republicanas, ou nas monarquias representativas.

Quanto à Itália, por exemplo, eis as palavras do mais autorizado entre todos os seus professores de direito constitucional ⁽¹⁰⁴⁾: "A administração administra livremente, no círculo de ação descrito pela lei. A magistratura julga, não só os particulares, mas os funcionários públicos e as

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibid.*

⁽¹⁰¹⁾ HITCHCOCK: *Const. Hist. in the developm. of Am. law*, pág. 77.

⁽¹⁰²⁾ JOHN BURGESS: *Political Science and comparative constitutional law* (Boston, 1891), vol. I, pág. 178.

⁽¹⁰³⁾ L. LOWELL: *Essays*, pág. 122. — No mesmo sentido: KENT, *Constitutional development since 1864*, págs. 203, 205; CURTIS, *Const. History*, I, pág. 592.

⁽¹⁰⁴⁾ LUIGI PALMA: *Corso di diritto cost.*, vol. II, pág. 622.

contestações com a pública administração, tôda vez que se trate, não de apreciar interêsses, esfera de ação cujo domínio a lei lhes atribui, nem de anular as ordenanças, os decretos e os atos da sua competência, por isso que o poder judiciário não tem o direito de substituir-se ao executivo, mas de pronunciar-se *acêrca da violação de direitos individuais, que êsses atos hajam lesado.*" E adiante: "Para a justiça, isto é, para a interpretação e aplicação da lei, para a resolução dos pleitos jurídicos, temos a ordem judiciária, a qual deve ser investida neste poder em tôda a sua amplitude, a saber, não só entre particulares e nas questões de interêsse privado, mas também nas que se agitarem com a administração, *interessando o direito público*, designadamente no tocante à *constitucionalidade*, assim das circulares e atos ministeriais, como dos regulamentos e *decretos régios*, ou à conformidade dêles com as leis e a reta interpretação delas. Em faltando essa conformidade, ou verificando-se usurpação do poder legislativo nesses atos do executivo, a justiça, nas espécies particulares, cingindo-se ao caso submetido à sua apreciação, tem o *direito e o dever* de negar-lhes de todo efeito jurídico." (105)

Na Bélgica a Constituição prescreve (art. 107) que "as côrtes e tribunais só aplicarão os decretos e regulamentos *gerais*, provinciais e locais, *quando conformes às leis*". A justiça belga só obedece às deliberações do poder executivo, só as sanciona em suas sentenças, "quando o poder executivo *não transpõe o círculo de suas atribuições constitucionais*". (106)

(105) *Ib.*, págs. 623-4. — No mesmo sentido Ugo, *Leggi incostituz.*, págs. 40, 203, 204, e SAREDO, *Trattato delle leggi*, pág. 145.

Diz êste último jurisconsulto, *conselheiro de estado* do rei Humberto:

"Se il potere esecutivo se attribuisca facoltà che non hà, ed ecceda i confini del mandato chiaramente formulato, le leggi da lui promulgate, malgrado l'osservanza delle forme, sono incostituzionali. I cittadini possono rifiutare di obbidire a codeste leggi, e i tribunali, di applicarle." (*Ibid.*)

(106) THONISSEN: *La const. belge annotée* (3ème ed.), n. 505, pág. 331. — Cf. GIRON: *Le droit publique de la Belgique* (Brux., 1884), pág. 154.

Das Ilhas Britânicas bem se sabe que “uma das pedras angulares da liberdade inglesa consiste na doutrina de que todo o poder executivo se acha prêso nos limites estritos da lei.” ⁽¹⁰⁷⁾ “O direito, atribuído, por nós aos tribunais, de examinarem se os atos do governo se coadunam com os princípios constitucionais”, diz um juriconsulto americano ⁽¹⁰⁸⁾, “firmou-se, desde eras remotas, na Inglaterra.” “Esse princípio”, observa ainda o mesmo escritor, “serviu da maior utilidade em colocar o poder judiciário a par do executivo, proporcionando ao povo inglês os meios de consumir pacificamente a conquista de sua liberdade.” ⁽¹⁰⁹⁾

Ainda nas monarquias, portanto, os atos do executivo, perpetrados por ordem ou em nome da coroa, nem por isso estão escudados contra a nulidade, se discrepam da Constituição. Entretanto, ali, a Majestade do trono, por um lado, com suas tradições e seus direitos, e, por outro, a dignidade dos ministros, como procuradores do parlamento, concentram nos atos da administração uma dupla autoridade, que, apoiando-se em ambos os poderes, de ambos moralmente participa. No plano de nosso regimen, porém, o executivo é um braço da Constituição, limitado em sua eficiência ao raio que ela lhe descreve. O corpo legislativo aqui não impõe ao chefe do Estado os seus conselheiros, nem se entrelaça com a administração pelas combinações do sistema parlamentar. Como, pois, desfrutaria, a benefício de seus atos, quando incompatíveis com a lei fundamental, o privilégio de imunidade às sentenças da justiça, denegado aos próprios decretos do poder legislativo? Em Inglaterra o parlamento é onipotente: a justiça não perscruta a constitucionalidade de seus atos. Sendo, pois, o executivo ali uma comissão do parlamento, que governa por autoridade dêste, conquanto em nome do rei, suas resoluções deveriam, parece, estar igualmente ao abrigo da sindicância constitucional dos tribunais. Mas a mesma jurisprudência que estabelece a superioridade do parlamento aos julgados da magistratura, subordina a êsses julgados o governo do monarca. Quem leu uma vez a história

(107) BRYCE: *The Amer. Comm.*, I, págs. 327, 345.

(108) HARE, I, pág. 135.

(109) *Ib.*, pág. 136.

de Inglaterra, que esquecesse jamais o episódio instrutivo de Wilkes? Submetido pelo governo de Jorge III a um processo tumultuário, vítima de uma ordem inconstitucional de prisão, expedida pela coroa, o célebre editor do *North Briton*, ao mesmo passo que arcava, de um lado, com a Câmara dos Comuns, apoiado em reeleições sucessivas, sucessivamente anuladas, vencia, nos tribunais, o poder executivo. O governo pessoal do famoso soberano, com todos os recursos da corrupção ministerial flagelada por *Junius*, não conseguiu esmagar a liberdade individual, personificada, por triste acidente, num homem que as suas paixões e os seus vícios condenavam à desconsideração social. Os tribunais fecharam os olhos ao amor-próprio do rei, à majestade do cetro, à força dos ministros, à reputação deplorável do perseguido; e fulminaram a perseguição coroada com uma série de sentenças, que, além de todas as decepções infligidas ao governo, custou ao erário, segundo as declarações contrafeitas de *lord North*, mais de cem mil libras esterlinas em perdas e danos. ⁽¹¹⁰⁾

Os atos do presidente da República brasileira no fim do século XIX não podem ter mais força contra os preceitos formais de uma Constituição escrita como a nossa, do que a tirania parlamentar da casa de Hanover, em meados do século XVIII, contra o espírito de uma Constituição indeterminada como a de Inglaterra.

A Constituição brasileira (art. 60) incumbiu aos juizes e tribunais federais "as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal". As causas, que agora defendo, são dessa ordem, porque nelas se argúi o poder executivo de haver quebrantado o pacto republicano em suas disposições. Da mesma ordem são todas lides, em que os autores, ou os réus, increparem a administração pública de ter desconhecido o direito constitucional. Todos esses litígios, conseqüentemente, caem na competência dos tribunais da União. O art. 60 não excetua, não distingue, não limita: submete indiferentemente a essa autoridade todas as questões, logo que uma

⁽¹¹⁰⁾ P. FITZGERALD: *The life and times of John Wilkes* (Lond., 1888), vol. II, pág. 19. — RAE: *Wilkes, Sheridan, Fox, the Opposition under George III* (N. York; 1882), pág. 45.

das partes invoque a Constituição federal. Se aquêle, contra quem a invocam, é o poder executivo, nem por isso procede menos a determinação do artigo citado. Pelo contrário. Indivíduo, ou governo, o infrator, pretense, ou real, da Constituição, não pode esquivar o império da justiça.

Fiquemos aqui, pois, com esta conclusão indisputável:

A nulidade dos atos inconstitucionais do poder executivo, como a dos do legislativo, e por maioria de razão, firma-se mediante ação judicial.

III

CONDIÇÕES DA ANULAÇÃO JUDICIAL

O honrado procurador da República muito pouca justiça nos faz, aos tribunais e a mim, quando nos desfecha, como raio, esta proposição: "O poder judiciário não tem competência, para *revogar* atos políticos do poder executivo."

Perdoe-me o nobre contraditor. Qualquer estudante dos manuais de direito constitucional, que, nas escolas americanas, se distribuem às crianças, tem noção de que o poder judiciário não *revoga* atos de outro poder. Estudante sou também destas matérias, mas estudante velho, que não esperou a revolução, para versar êstes livros, que os compulsa, e os ama, há vinte e cinco anos, idade de uma geração. Por muito rude que fôsse o aluno, a vontade era muito boa; e, a poder de cavar no sulco precioso, sempre descobri alguma coisa mais do que o que o meu eminente compatriota me atira como lição. Não é sômente contra as deliberações *políticas*, da administração, ou do Congresso, que os tribunais não dispõem de autoridade *revogatória*. Os tribunais só revogam sentenças de tribunais. O que êles fazem aos atos inconstitucionais de outros poderes é coisa tècnicamente diversa. Não os revogam: desconhecem-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis, ou dos atos do executivo; mas a cada indivíduo, por êles agravado, que vem requerer contra êles proteção, ou reparação, que demanda a manutenção de um direito ameaçado, ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante, que usa, com êsse fim, do meio judicial, os

magistrados, em homenagem à lei, violada pelo governo, ou à Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir, e deferir.

Eis a minha intenção; eis o fim destas ações; e, neste terreno, em que pese ao ministério público, elas são inexpugnáveis.

Eu não precisava de recorrer aos autores americanos, para achar a consagração da regra, que me satisfaz, e me dirige. Bastava-me qualquer comentador das constituições européias, ao discutirem a posição dos juizes nos pleitos movidos contra atos ilegais da administração. Sobre a validade desses atos, como já vimos, sentença a justiça, ainda em países onde não tem direito de sentenciar sobre os atos inconstitucionais da legislatura. Que pretende um cidadão, quando, na Inglaterra, na Itália, na Bélgica, recorre aos tribunais contra um decreto executivo? A *revo-gação* desse decreto? Certo que não: simplesmente a sua imunidade pessoal em relação a êle. Um dos mais venerandos expositores da Constituição belga observa, a êste propósito: "*La Constitution leur attribue*" (aos tribunais) "*de ne pas tenir compte des actes illégaux attentatoires aux droits civils et politiques des citoyens; mais l'arrêté ou le règlement qu'ils refusent d'appliquer n'en reste moins debout.*" (111) Não se leva em conta o ato ilegal: despreza-se; isto é, assegura-se contra a aplicação dêle o impetrante. *On ne tient pas compte de l'acte. Mais il n'en reste moins debout.* Mas nem por isso o ato deixa de perdurar, nos seus efeitos gerais, a respeito de todos aquêles, que não demandarem a restituição, ou a nulidade. Uma hipótese, por exemplo, com respeito ao caso vertente. Cem pessoas, suponhamos, foram violentamente colhidas nos atos, com que o governo, em abril, preludiu e consumou o estado de sitio. Mas apenas uma, ou cinco, ou dez pugnam judicialmente por seus direitos. O tribunal (vamos de hipótese em hipótese) julga de conformidade com o pedido. Ab-rogaram-se os decretos de abril? Não: perduram em tôdas as suas conseqüências, quanto aos que se abstiveram de pleitear.

(111) THONISSEN: *Op. cit.*, pág. 332, n. 507.

Depois, a imputação, que me assaca o ministério público, de promover a *revogação* de um decreto do poder executivo, peca solenemente contra a realidade material dos autos. Não pedi à justiça federal que ab-rogasse os atos de 9 e 12 de abril, que restituisse os oficiais reformados ao quadro do exército, que reintegrasse os lentes demitidos nos quadros do magistério. Se tal o fizesse, seria decente a objeção. O governo poderia pretextar nesse caso, em resposta, que os tribunais, atendendo à ação, invadiam o terreno administrativo. Mas, precisamente por evitar êsse escolho técnico, busquei o desvio natural e legítimo, reclamando, não a reposição dos prejudicados nos cargos, onde o seu regresso poderia contrariar melindres, ou interesses da administração, mas a satisfação do dano e a manutenção da propriedade, que, perpétua por declaração constitucional, representa direitos inacessíveis ao alcance do poder.

Eu sabia que o remédio judicial contra os atos inconstitucionais, ou ilegais, da autoridade política não se deve pleitear *por ação direta e principal*. A regra é que “os tribunais não podem conhecer da legalidade de tais atos, senão enquanto são chamados a contribuir para a sua execução: *quando o governo, ou os particulares invocam os tribunais, para obter uma condenação civil, ou criminal*. Então, antes de se associar a eles, a justiça é obrigada a examinar o valor do ato, que se pretende em vigor; e, se o acha inquinado de ilegalidade, se o poder administrativo saiu do círculo de suas atribuições, é dever dela abster-se de apoiá-los com o seu concurso”. ⁽¹¹²⁾ Por êste motivo não me dirigi à justiça federal, dizendo-lhe: “Estas demissões, estas reformas são inconstitucionais. Mandai-me cancelar estas reformas, estas exonerações.” Não; em tal leviandade não resvalava eu, por mais ruim aprendiz que me suponha o meu digno antagonista. O que eu requeiro da justiça, é o que a justiça me não pode negar. Êstes atos do executivo, digo, esbulharam os meus constituintes de uma parte inviolável de seu patrimônio: a posse de um título legal a certas e determinadas prestações do Tesouro. Mas eu não podia articular a minha intenção, sem esteá-la. E,

(112) THONISSEN, n. 508.

para esteá-la, é que me foi mister demonstrar a inconstitucionalidade da medida, que subtraiu aos meus clientes essa vantagem. A inconstitucionalidade, portanto, não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito, cuja reivindicação se discute. O advogado não podia aventurar a afirmação de um direito, sem lhe sobpor a base. A base qual é? A Constituição, que positivamente garantiu êsse direito. E por que mo arrancaram a despeito dessa garantia suprema? Em virtude de uma resolução do presidente da República. E eis aí, frente a frente, no pretório, o presidente da República e a Constituição, sem que eu aliás fizesse do presidente da República, ou da Constituição, o objeto da causa. Entre uma e outro há direitos, que se dizem violentados. Sobre êsses direitos versa o litígio. O valor relativo dos dois princípios, que se representam no chefe do Estado e na Constituição, acareados nos atos de um e nos textos da outra, não entra na lide senão como elemento de julgar: não é o seu ponto de mira judicial. O princípio geral debate-se a propósito do caso particular ⁽¹¹³⁾; e a sentença há de resolver simplesmente o caso particular, ainda que a importância do incidente possa deixar à sombra o alcance do principal.

A questão foi assentada por mim, pois, nos únicos termos em que podia ser posta, de conformidade com o rigor técnico das regras, que a situação me impunha. É a primeira vez que, neste país, se intenta uma ação desta natureza. A que devia eu socorrer-me? Evidentemente, ao espírito das novas instituições e aos cânones consagrados de sua jurisprudência na terra de seu berço. A impugnação do ministério público denota a mais absoluta ausência de intuição constitucional nestes assuntos, contrangendo-me a evocar autoridades sobre autoridades, uma vez que a minha é tão fraca, e a do meu contraditor tão elevada. A conta dêsse dever, releve-me o colendo juiz a dureza da penitência, acompanhando-me neste ensartar de citações, a que me força a linguagem da defesa. Para os nossos hábitos, a razão pouco vale. Estamos na escola: ainda não aprendemos a amar a verdade senão através de PLATÃO e ARISTÓTELES. Tudo, entre nós, se contesta, e

(113) DE NOAILLES: *Cent ans*, II, págs. 166-7.

tudo se defende. O melhor argumento, portanto, é o verbo dos mestres. Eles que me ajudem.

Este método americano de resolver, de julgar as mais vastas questões de direito constitucional a propósito de litígios de direito privado, é um desses inestimáveis legados, que a América recebeu de Inglaterra nesse tesouro do *common law* ⁽¹¹⁴⁾, onde se cristaliza em gemas de eterno valor o gênio jurídico dos saxônios. Foi num pleito desses que MANSFIELD julgou e condenou a escravidão em Inglaterra. Os tribunais não discutem esses assuntos *in abstracto*, sobre proposições gerais. Não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral. Não são órgãos consultivos nem para o legislador, nem para a administração. Sabe-se como em 1793 se baldou a tentativa de Washington, solicitando à Suprema Corte um parecer. ⁽¹¹⁵⁾ A justiça não é auxiliar dos que decretam a lei, nem dos que a executam. Nem preparadora, nem revisora, também pode ser: “Nunca devem os juizes pronunciar-se acêrca de uma lei”, dizia MADISON, “senão quando sobre ela se demandar perante eles. *They ought never to give their opinions on a law, until it comes before them.*” ⁽¹¹⁶⁾ É um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação. Assegura a estabilidade dos princípios constitucionais, simplesmente “pelo julgamento de casos concretos”, ⁽¹¹⁷⁾ não mediante ação espontânea do juiz, *officii munere*, mas à reclamação das partes interessadas. Daí o dizer um admirável escritor político que o federalismo substituiu a luta legislativa pela luta judiciária: “*Federalism substitutes litigation for legislation.*” ⁽¹¹⁸⁾

Ora, o primeiro caráter de todo litígio é a provocação do interessado. Ela dá impulso à intervenção judicial, que aliás nunca se produziria. Esta noção é fundamental; mas, até hoje, raros a têm compreendido entre nós. Daí ouvirmos freqüentemente estranhar a inércia dos tribunais ante certos atentados oficiais contra a Constituição. Para os tribunais esses fatos, seja qual fôr a sua gravidade,

⁽¹¹⁴⁾ BRYCE, I, pág. 345.

⁽¹¹⁵⁾ STORY, II, § 1.571.

⁽¹¹⁶⁾ Cit. por BUTLER. Em CARSON, II, pág. 604.

⁽¹¹⁷⁾ HITCHCOCK. (CARSON, II, pág. 644).

⁽¹¹⁸⁾ DICEY, pág. 164.

não têm existência, enquanto não forem levados à sua presença pela iniciação de uma lide, "*at the suit of an individual*". ⁽¹¹⁹⁾ Não lhes cabe poder de iniciativa, diz WOODROW WILSON ⁽¹²⁰⁾; hão de esperar pela vontade dos litigantes. "*They must wait until voluntary litigants have made up their pleadings.*" Nas palavras de TOCQUEVILLE: "*Un des caractères de la puissance judiciaire est de ne pouvoir agir que quand on l'appelle, ou, suivant l'expression légale, quand elle est saisie. De sa nature le pouvoir judiciaire est sans action; il faut le mettre en mouvement, pour qu'il se remue.*" ⁽¹²¹⁾

Intervindo a iniciativa individual, entra em ação o processo. O processo; quer dizer: a forma jurídica de abrir o exame contraditório do assunto, e submetê-lo à decisão da justiça. Outro ponto êste, em que entre nós se tem claudicado deploravelmente. Imaginam que uma petição, uma representação, uma exposição, qualquer meio trivial de levar a matéria ao conhecimento do juiz, como se levam as questões de polícia, ou administração, ao conhecimento de um chefe de serviço, basta, para determinar a deliberação judicial. A propósito de tudo falam em *recursos*, como se fôsse possível encetar uma ação por um recurso, quando todo recurso pressupõe sentença anterior, ou *recorrer* da administração para a justiça. Erros sobre erros, em matéria, que aliás, para a sua boa inteligência, reclama apenas um pouco de atenção e critério. Todo juízo tem solenidades, que, na grande maioria dos casos, são garantias essenciais do direito. É preciso, para cada espécie, fixar a questão, a jurisdição e a ação. E a ação, como a jurisdição, como as vias de recurso, têm regras necessárias de seleção, que, violadas, comprometem a substância pelos erros de forma. Poderá o ministério público dizer que escolhi mal a jurisdição, ou a ação?

Mas preciso acompanhar-me dos mestres, para não deixar as minhas asserções improvas.

⁽¹¹⁹⁾ HARE, I, pág. 123.

⁽¹²⁰⁾ *Congressional Government*, pág. 35.

⁽¹²¹⁾ TOCQUEVILLE, *Démocrat.*, I, pág. 165. No mesmo sentido, SAINT-GIRONS, *Dr. Constit.*, págs. 579-80.

EIS STORY ⁽¹²²⁾:

Este ramo do governo só pode ser chamado a sentencear lides, que se lhe anteponham em forma legal.

COOLEY ⁽¹²³⁾:

Nenhuma autoridade têm os tribunais, para decidir questões abstratas: é necessário que elas possam revestir o aspecto de verdadeiros litígios.

LIEBER ⁽¹²⁴⁾:

O tribunal não resolve diretamente sobre os atos da legislatura. Delibera simplesmente, para o caso de que se trata, se há, em verdade, colisão entre leis diferentes, e, na afirmativa, não sendo possível conciliá-las, qual a que pela sua proeminência há de prevalecer. Em resultado, entretanto, como essa decisão ficará constituindo aresto para os casos congêneres, enquanto não fôr competentemente revogada, a questão de constitucionalidade estará virtualmente solvida, e solvida por um processo natural, fácil, legítimo, seguro, de acôrdo com a supremacia da lei e a independência da justiça.

WALKER ⁽¹²⁵⁾:

O poder judiciário não estabelece preceitos, senão para casos individuais. Sua função capital é julgar, e esta só se estende às partes em juízo... É necessário que se formule uma *causa*, isto é, que se instaure a lide, segundo o curso regular das ações judiciárias.

JAMES KENT ⁽¹²⁶⁾:

Compete-lhe determinar a lei suprema, toda a vez que, perante êle, se formule judicialmente uma ação.

BANCROFT ⁽¹²⁷⁾:

A sentença de um tribunal, em todas as causas submetidas à sua jurisdição, é definitiva entre as partes no feito... Sob

⁽¹²²⁾ *Commentaries*, II, pág. 3888, § 1571.

⁽¹²³⁾ *The General principles of Constit. law in the Un. St. of Amer.* (Bost., 1880), pág. 139.

⁽¹²⁴⁾ *On Civil Liberty*, pág. 164.

⁽¹²⁵⁾ *Introduction to American Law* (Boston, 1887), págs. 109, 118.

⁽¹²⁶⁾ *Comment.*, I.

⁽¹²⁷⁾ *History of the Constit. of the Unit. States*, II, pág. 198.

esta reserva, a Constituição dá aos juizes o direito de confrontarem com ela qualquer ato do Congresso.

WILLOUGHBY ⁽¹²⁸⁾:

Presume-se válido todo ato do poder legislativo. Só se lhe põe à prova a constitucionalidade, quando aventado no tribunal em caso particular. O tribunal não vai jamais ao encontro de uma lei, nem antecipa juízo acêrca de sua inconstitucionalidade. É independentemente de sua vontade que se lhe depara a questão política. Sentencia a respeito da lei, unicamente porque é obrigado a sentenciar o pleito.

CHARLES KENT ⁽¹²⁹⁾:

Nenhum tribunal federal pode resolver questões constitucionais, senão quando suscitadas em processo. Essa competência resulta da obrigação de declarar a lei entre os litigantes... Anos e anos podem correr, sem que se controverta sobre a validade de uma lei, ou de um ato do poder executivo. Mas, se em qualquer tempo se promover demanda, na qual as pretensões de alguma das partes ofereçam relação com êsse ato, os tribunais têm o dever de sentenciar sobre a sua constitucionalidade.

MULFORD ⁽¹³⁰⁾:

O poder judiciário emudece, enquanto a discussão de um feito lhe não abre os lábios.

HITCHCOCK ⁽¹³¹⁾:

O poder dos tribunais só se pode exercitar curialmente, resolvendo sobre o objeto real de um litígio, trazido à presença dos juizes sob a forma prescrita na lei.

TOCQUEVILLE ⁽¹³²⁾:

O primeiro caráter do poder judiciário, entre todos os povos, é o do árbitro. Para que se dê lugar à ação por parte dos tribunais, cumpre que haja contestação. Para que funcione juiz, é mister que se forme processo. Enquanto uma lei não dá ensejo à impugnação, o poder judiciário não tem ocasião de considerá-la. Ela existe; mas êle não a vê. Apreciando, a pro-

⁽¹²⁸⁾ *The Supr. Court of the Un. States*, pág. 36.

⁽¹²⁹⁾ *Const. Hist. in the develop. of Americ. Law*, págs. 203, 204.

⁽¹³⁰⁾ *The Nation* (Bost., 1889), pág. 202.

⁽¹³¹⁾ HAMPTON CARSON'S, *Supreme Court*, pág. 627.

⁽¹³²⁾ *Démocratie en Amérique*, I, pág. 164.

pósito de um processo, uma lei concernente a êle, o magistrado amplia o círculo de suas atribuições, mas não o ultrapassa, pois teve que julgar a lei, digamos assim, para julgar a lide.

Imenso poder político é o que os americanos confiaram aos seus tribunais; mas, obrigando-os a não contrariarem as leis senão pelos meios judiciários, diminuíram consideravelmente os riscos dêsse poder.

CURTIS ⁽¹³³⁾:

Todos êstes assuntos podem envolver-se, e constantemente se acham envolvidos em pesquisas judiciais acêrca dos direitos, poderes, funções e encargos de indivíduos particulares, ou funcionários públicos. Portanto, para que o poder judiciário esteja habilitado a desempenhar com eficácia suas funções, cumpre que, nos limites da sentença reclamada, possa declarar nulo qualquer ato, ainda que legislativo, que desrespeite as prescrições constitucionais.

STUART MILL ⁽¹³⁴⁾:

Aguarda o tribunal que a questão lhe seja submetida judicialmente, em questão entre indivíduo e indivíduo. Daí resulta a consequência salutar de que suas declarações não se produzem na primeira fase da controvérsia, de que largos debates públicos a procedem, de que o tribunal não julga, senão depois de ouvir a dificuldade amplamente ventilada de parte a parte por advogados de nome, e não se adianta, na sentença, senão até onde a causa o reclamar.

SUMNER MAINE ⁽¹³⁵⁾:

Êste notável poder só é suscetível de exercício indireto, e não se põe em atividade senão por força de litígios, em que sejam partes indivíduos, Estados, ou a União. A questão de constitucionalidade suscita-se na discussão do feito, e o julgado obedece ao sentir do tribunal acêrca da Constituição. Não há exemplo de uma declaração de inconstitucionalidade, que não tenha sido provocada por controvérsia judicial.

LAWRENCE LOWELL ⁽¹³⁶⁾:

O tribunal liquida as questões concernentes aos limites da autoridade política, do mesmo modo que outros quaisquer problemas jurídicos, a saber, quando elas surdem, no correr de um processo.

⁽¹³³⁾ *Const. Hist. of the Un. States*, vol. I, pág. 592.

⁽¹³⁴⁾ *On Representative Government*, c. XVII, pág. 304.

⁽¹³⁵⁾ *Popul. Government*, págs. 217-18.

⁽¹³⁶⁾ *Essays on government*, pág. 103.

DE NOAILLES (137):

Não se envolve o poder judiciário com atos legislativos, antes que se suscite certo litígio e determinado, proporcionando-lhe ocasião de aplicá-lo. Não pode submetê-los ao seu exame, senão a propósito de ação regular, movida por indivíduos diretamente interessados. Até então tôdas as leis se reputam subsistentes, e os tribunais não têm faculdade de apreciá-las. Diante dêles não se travam debates políticos sôbre o valor, ou as conseqüências possíveis, de uma lei, estudada em abstrato: a polémica, estritamente judicial, versa acêrca do efeito imediato da lei, encarada em sua aplicação a casos atuais e definidos.

CARLIER (138):

O uso, que de tais poderes se faz, está sujeito à verificação dos tribunais de justiça, não por modo absoluto e em tôdas e quaisquer circunstâncias, mas apenas ocasionalmente, nos pleitos submetidos às jurisdições competentes. Só então declaram solenemente os tribunais se a lei, ou o ato do poder, que se invoca, era, ou não era, conforme à Constituição. *A freqüência desta espécie de lides faz passar sucessivamente por esta prova a maioria dêsses atos, e todo julgamento proferido acêrca de questões de constitucionalidade é a pedra de toque da validade dos atos e leis increpados como atentatórios da lei fundamental.* O poder judiciário contém destarte o poder legislativo, mas em justos limites, que advertem a um e outro de que cada qual representa o povo fracionariamente, dependendo em absoluto de concurso dos dois a boa ordem e a harmonia constitucional.

Ante êste acervo de dados positivos, de autoridades indiscutíveis, de noções elementares, que se poderia à vontade elevar às proporções de montanha, se me fôsse lícito avultar indefinidamente as dimensões a êste trabalho, já demasiado extenso, estarei eu, sèriamente, pelo fato de trazer aos tribunais um caso de inconstitucionalidade flagrante e monstruosa do poder executivo, convidando a justiça a revogar decretos, a invadir esfera estranha à sua? O fato é daqueles que, ainda perante juizes europeus, em mais de um país, se poderia pleitear; porque ali também os direitos constitucionais do indivíduo, feridos por arbitrios da administração, podem buscar refúgio à sombra da magistratura, provocando sentenças reparadoras. En-

(137) *Cent ans de républiq.*, II, pág. 196.

(138) *La République Américaine*, vol. IV, pág. 127.

tretanto, aqui, perfilhadas por nós as instituições americanas, à primeira vez em que se tenta recorrer a este instrumento de ordem, trivialíssimo, comezinho nos Estados Unidos, dando assim o único exemplo que pode salvar este país, o do apêlo à justiça contra o delírio das paixões, levantamos uma pedra de escândalo, quando presumíamos prestar serviço patriótico, semeando hábitos salutareos. Realmente dir-se-ia que, com a nossa transformação política, em vez de entrarmos na América, segundo se supunha, fugimos dela, e estamos hoje tão distantes dos Estados Unidos quanto a China.

Não, a coarctada não tem sequer vislumbres de plausibilidade. A sentença, que peço aos tribunais federais, não seria revogação dos decretos de abril: seria simplesmente a declaração judicial de que eles não revogaram a Constituição, isto é, de que direitos criados por esta não podiam ser supressos por eles. Por outra: seria a sustentação destes direitos, *em cada caso individual*, contra atos do executivo, para cuja execução o poder judiciário não podia concorrer com a sanção de seus julgados, sem incidir em cumplicidade no atentado contra a lei fundamental.

Não importa que indiretamente, pela reiteração de sentenças semelhantes, o ato do executivo se paralisasse nalguns de seus efeitos. (Notem bem: no caso é apenas quanto a alguns; poderiam ser todos, em casos diferentes, como freqüentemente se dá nos Estados Unidos, e seria possível dar-se entre nós.) Não importa, visto que o conflito de poderes só se realizaria, se a derrogação fôsse formal, e não apenas virtual, se operasse por via direta, em vez de indiretamente, se cancelasse o decreto em sua generalidade, quando só lhe ataca, espécie a espécie, os efeitos proibidos por lei superior.

Falem por mim os mestres.

DICEY ⁽¹³⁹⁾:

Os juizes, nos Estados Unidos, velam pela Constituição, *mas desempenhando funções meramente judiciais, desde que não resolvem senão pleitos submetidos ao seu conhecimento.* Naturalmente sói dizer-se que a Suprema Côrte invalida atos do Congresso. Mas de fato assim não é. Esse tribunal *nunca*

⁽¹³⁹⁾ *Law of the Const.*, pág. 150.

sentença acêrca de atos do Congresso. O que faz, é simplesmente estatuir que, numa questão dada, o individuo A tem, ou não, direito à sentença, que demanda, contra X; conquanto, no decidir a lide, tenha o tribunal de declarar que certo e determinado ato legislativo não pode receber aplicação, por exceder as faculdades constitucionais do Congresso.

TOCQUEVILLE ⁽¹⁴⁰⁾ :

Quando um juiz impugna uma lei, em um debate obscuro, e acêrca de uma aplicação particular, a gravidade da impugnação furta-se em parte aos olhares do público. A decisão tende apenas a ferir um interesse especial: a lei só acidentalmente se entretetece com o caso. Aliás, censurada assim, ela não é destruída: reduz-se-lhe a força moral; mas o efeito material não fica suspenso. Pouco e pouco, sob os amiudados golpes da jurisprudência, é que ela vem, afinal, a perecer.

DONNAT ⁽¹⁴¹⁾ :

Se o poder executivo, ou o legislativo, excede as suas atribuições, se acontece que um ou outro infrinja direitos invioláveis do individuo, então, naturalmente, se suscita o processo entre os cidadãos, por uma parte, e, pela outra, a lei, ou o decreto. Quem há de ser o juiz no litígio? Quem unicamente pode sê-lo? O poder judiciário. Nem com isto se desconhece a divisão dos poderes. Desconhecida seria ela, se, promulgada a lei, o magistrado para logo se desse pressa em declará-la *ex officio* incompatível com a Constituição. Haveria, nesse caso, encontro de atribuições, análogo ao que se produzia, quando os nossos antigos parlamentos recusavam registrar um edito régio. Mas o processo, aqui, é outro. O individuo lesado queixa-se, e, sobre a sua queixa, o juiz decide que a lei é inaplicável, porque a Constituição o protege contra as disposições dessa lei. Sentença idêntica, se outros intentarem o mesmo meio. Nunca se contraria a lei rosto a rosto; mas ela acaba por se fazer em pó (segundo a expressão de TOCQUEVILLE), e, para sair da betesga, ou o povo modifica a sua Constituição, ou o legislador revoga a sua lei.

DE CHAMBRUN ⁽¹⁴²⁾ :

Os tribunais da União não têm que aplicar sempre a lei, tal qual o poder legislativo a fez : compete-lhes também julgar se, *relativamente aos feitos que se lhe apresentam*, ela está de acôrdo com a Constituição, e, caso haja antagonismo entre as duas, cumpre-lhes observar o direito constitucional.

⁽¹⁴⁰⁾ *Démocrat. en Amér.*, I, pág. 170.

⁽¹⁴¹⁾ LÉON DONNAT: *Crit. de la const. brésilienne*, pág. 15.

⁽¹⁴²⁾ *Le pouvoir exécutif aux États-Unis*, pág. 177.

DANA ⁽¹⁴³⁾:

O tribunal não rejeita ou declara formalmente nula a lei, ou o decreto, inconsistente com a Constituição. Apenas decide o caso vertente, segundo a lei, e, se há leis em conflito, segundo a que mais elevada autoridade tem: a Constituição.

WOODROW WILSON ⁽¹⁴⁴⁾:

As sentenças proferidas contra a constitucionalidade de uma lei não decretam que a lei é vã e nula, mas que *não se executará na espécie (that the law will not be enforced in that case)*. Daí saberão os interessados o que esperar em casos iguais. E é *destarte*, indiretamente, que se leva a efeito a desejada anulação.

Assim, por tôdas as partes se limita, quanto à maneira de pronunciar a nulidade, e executá-la, a ação do poder judiciário. Não se fere, nem desconhece nunca a autonomia, a especialidade das funções dos outros poderes. O ato criminado subsiste no corpo geral das leis, ou dos decretos, enquanto o poder competente o não desfizer. A interferência dos tribunais circunscreve-se ao intuito de excluir da ação dêsse ato um direito individual, que individualmente se demonstrou estar garantido contra êle por uma lei superior a tôdas as leis. Essa função, pois, não obra senão caso a caso, a favor dos que reivindicarem a imunidade constitucional, não atuando para a série das espécies afins, senão moralmente, pelo prestígio do julgado, pela concludência de seus fundamentos, pela paridade das suas conclusões.

A justiça não aprecia os atos impugnados senão sob um aspecto: o de ofensa à Constituição. Todos os outros lhe escapam. Eis o primeiro valo à sua jurisdição, largo e profundo valo, que não permite facilmente equívocos. É mister que a causa seja daquelas, que, segundo a expressão do pacto americano, "*arise under the Constitution, nascem da Constituição*", ou, conforme o nosso (art. 60), "se funde em disposições da Constituição Federal".

CURTISS, no seu tratado da *Jurisdição prática e jurisprudência dos tribunais dos Estados Unidos*, delimita a

⁽¹⁴³⁾ WHEATON: *International Law*, pág. 79, n.

⁽¹⁴⁴⁾ BRYCE'S *American Commonwealth*. Na *Political Science Quarterly*, vol. IV (1889), pág. 157.

esfera dessas hipóteses: "Uma causa instaura-se, nasce (*arises*), na acepção constitucional, toda a vez que uma controvérsia, relativa à Constituição, às leis, ou aos tratados do país assume forma, que a ponha ao alcance da autoridade judiciária, que a entregue à sua ação. Esta só se torna possível, quando o assunto lhe é submetido por alguém, que afirme o seu direito sob as formas taxadas na lei. Então está instaurada a causa." ⁽¹⁴⁵⁾ COOLEY ⁽¹⁴⁶⁾ explana o assunto nestas linhas: "Diz-se que uma causa *arises under the Constitution*, suscita-se sob a Constituição, as leis, ou os tratados, quando se questiona acerca de uma faculdade conferida, um direito reclamado, um privilégio concedido, uma proteção assegurada, ou uma proibição contida no tratado, na lei, ou na Constituição... Se a lide versa, no todo, ou em parte, sobre a interpretação, ou aplicação de uma cláusula constitucional, a validade ou a mente de uma resolução legislativa, o vigor ou a extensão de um convênio, a defesa de um ato de funcionário federal a título de obediência à autoridade de um poder federal... em qualquer destas eventualidades, a causa cabe nos termos desta provisão constitucional, na esfera de seus motivos e de sua necessidade." Em suma, para condensar tudo numa expressão sintética, *causas sob a Constituição*, ou *causas fundadas na Constituição* se consideram aquelas, "cuja solução requer interpretação da lei orgânica, ou determinação das faculdades, que ela confere, ou recusa." ⁽¹⁴⁷⁾

Se a interpretação constitucional não está em litígio, os atos do Congresso, ou do executivo, não são discutíveis perante os tribunais. O primeiro requisito é este; e este requisito constitui, ao mesmo tempo, uma limitação poderosa e uma justificação irresistível. Mas a este sucedem outros.

Se uma pessoa, real ou supostamente lesada pelo excesso legislativo, ou governativo, não mover a instauração

⁽¹⁴⁵⁾ G. TICKNOR CURTIS: *Commentaries on the jurisdiction of the United States* (Philad., 1854), vol. I, pág. 5, § 7.

⁽¹⁴⁶⁾ *General principles of const. law*, págs. 110-11.

⁽¹⁴⁷⁾ POMEROY: *An Introduction to the Constitutional Law of the United States* (10th edit.; BENNETT'S), pág. 626, § 748. — HARE, II, págs. 994 e segs., 1081, 1084, 1088.

da lide, a justiça ignora a inconstitucionalidade. É a primeira precaução contra a hipótese de conflito entre os poderes, de assunção pela justiça de atribuições peculiares aos outros dois. "Um tribunal", ensina COOLEY ⁽¹⁴⁸⁾, "não dará ouvidos a objeções articuladas contra a constitucionalidade de um ato, se ele não envolve direitos do articulante, e se este não tem, portanto, interesse em frustrá-lo. Tem-se por válida a lei, enquanto alguém não se queixar da invasão de seus direitos por ela. Só nessa hipótese, havendo quem resista à sua execução, e chame em auxílio o poder judicial, reclamando a não aplicação dela à sua pessoa, à sua propriedade, aos seus direitos, é que se pode levantar e sustentar a objeção de inconstitucionalidade. Com o respeito ao poder legislativo conspiram, portanto, os princípios assentes de direito na conclusão de que tais atos não são nulos, senão somente anuláveis; de onde se segue, por inferência juridicamente inevitável, que essa razão de nulidade só será utilizável pelos que tiverem direito a contestar a validade do ato. Por estranhos, não. Nem fôra necessário ir além, para assegurar e tutelar os direitos de todos contra o exercício ilícito do poder legislativo. Só nesses limites, pois, têm os tribunais de justiça competência, para interferir."

Óbvio é, portanto, que a ação judiciária não pode estabelecer-se, onde não houver agravo ao direito de uma pessoa. Esta condição desdobra-se naturalmente da anterior. A justiça federal não pode assumir a sua autoridade protetora da Constituição, "senão quando os atos do poder legislativo, ou do poder executivo, colidirem com os direitos individuais, ou a propriedade particular. Só se pode intentar a lide, quando houver *relações individuais diretamente prejudicadas*". ⁽¹⁴⁹⁾

Também a sentença, ainda que *nos seus fundamentos* precise de cotejar o ato abusivo com a Constituição, contra a qual ele atenta, *no seu dispositivo* há de retrair-se desse terreno, *limitando-se a definir a situação jurídica das partes*. "*The court determines only the rights of the parties thereto.*" ⁽¹⁵⁰⁾

⁽¹⁴⁸⁾ *Constitutional limitations*, pág. 197.

⁽¹⁴⁹⁾ BURGESS: *Political Science*, vol. II, pág. 327.

⁽¹⁵⁰⁾ HITCHCOCK, CARSON'S *Supreme Court*, II, pág. 644.

E aí tendes a que se reduz, em suas proporções técnicas, essa autoridade extraordinária, conferida aos tribunais no regimen hoje nosso. Suas conseqüências morais são de tal alcance, tão imensamente benfazejas, que parece estabelecerem “uma diferença essencial entre o sistema americano e o de todos os outros governos populares no mundo”.⁽¹⁵¹⁾ Mas essa virtude, não a exerce o poder judiciário, essa insólita autoridade sua não opera senão, digamos assim, *por ação reflexa*. Em última análise, êle é “o derradeiro árbitro, em todos os assuntos concernentes aos poderes distribuídos na Constituição, o juiz irrecorrível de seus próprios direitos, assim como dos do Congresso e do executivo”.⁽¹⁵²⁾ Mas essas propriedades não atuam mediante reações contra a ação dos outros dois ramos constitucionais. O método peculiar de sua missão é, deixem-me dizer, negativo: manifesta-se pela recusa de seu concurso aos atos desorganizadores da administração, ou da legislatura. E, como êsse concurso é a sanção prática das relações jurídicas na vida social, a retração dessa força basta, para desarmar os abusos, para anular os excessos, para corrigir, por pressão indireta, os desvios constitucionais dos dois poderes ativos. Que distância entre esta função conciliadora e o caráter agressivo, com que a desfigura aqui o ministério público, enxergando no exercício dela a revogação dos atos de um por outro poder! Vejam agora: enquanto, aos olhos do nobre representante da justiça, essa faculdade judiciária cresce e deforma-se como uma espécie de anomalia teratológica no seio da ordem republicana, embrião desmesurado de conflitos renascentes, — um dos dois ou três verdadeiros descobridores europeus no campo do constitucionalismo americano, BRYCE, o insigne observador político, profundamente impressionado por essa cadeia de formas restritivas, destinadas a fixarem a justiça em seu círculo natural, medindo-lhe a autoridade no exame constitucional dos atos dos outros poderes, escreve: “As faculdades dos tribunais federais são as mesmas que as de todos os outros tribunais em países civilizados, se é que dessas não se diferenciam antes por inferior-

(151) H. DAVIS: *American Constitutions*, pág. 45.

(152) L. LOWELL: *Essays on govern.*, pág. 123.

ridade que por excesso, limitadas como se acham a certas classes de causas.” ⁽¹⁵³⁾

É que não é senão com estes três meios universais da justiça — a interpretação dos textos legislativos, a solução do conflito entre as leis contraditórias, os litígios de direito privado — que os tribunais americanos preservam o direito individual contra as tendências invasivas do poder.

Bem singelas são, portanto, as condições, graças às quais se obtém essa maravilha política, se regula e legitima o apêlo à justiça contra as inconstitucionalidades administrativas, ou legislativas. Condensando-as em sua essência, poderemos reduzir as condições necessárias para a regularidade no exercício da função judicial contra os atos inconstitucionais do Congresso, ou do govêrno a estes requisitos elementares :

1. *Que o direito, cuja ofensa se acusa, assente em disposição constitucional, se o ato impugnado é do poder legislativo, em disposição constitucional, ou legislativa, se o ato acoimado fôr da administração.*

2. *Que a intervenção judicial seja provocada por interessado.*

3. *Que essa intervenção se determine por ação regular, segundo as formas técnicas do processo.*

4. *Que a ação não tenha por objeto diretamente o ato inconstitucional do poder legislativo, ou executivo, mas se refira à inconstitucionalidade dêle apenas como fundamento, e não alvo, do libelo.*

5. *Que a decisão se circunscreva ao caso em litigio, não decretando em tese a nulificação do ato increpado, mas subtraindo simplesmente à sua autoridade a espécie em questão.*

6. *Que o julgado não seja exequendo senão entre as partes, dependendo os casos análogos, enquanto o ato não fôr revogado pelo poder respectivo, de novas ações, processadas cada uma nos termos normais.*

⁽¹⁵³⁾ *American Commonwealth*, I, pág. 336: “The powers of the Federal courts are the same as those of all other courts in civilized countries, or rather they differ from those of other courts by defect and not by excess, being limited to certain classes of cases”.

Regras tôdas estas consubstanciáveis numa só, que aqui deixarei lançada, como elemento concorrente com as premissas anteriormente fixadas para a minha dedução final:

A inaplicabilidade do ato inconstitucional do poder executivo, ou legislativo, decide-se, em relação a cada caso particular, por sentença proferida em ação adequada e executável entre as partes.

IV

A EXCEÇÃO DOS CASOS POLÍTICOS

Desde MARSHALL, no memorável aresto em que se sagrou a jurisdição dos tribunais contra o exercício inconstitucional das faculdades do govêrno, ou do Congresso, ficou, ao mesmo tempo, reconhecido existir no domínio dêsses poderes uma região impenetrável à autoridade da justiça: a região *política*.

Mas em que têrmos se deve entender o horizonte desta expressão? Adotada em sua acepção ampla, ela abrangeria no seu raio a esfera inteira da soberania constitucional, baldaria absolutamente a competência, que para o judiciário se reclama, de coibir-lhes as incursões no terreno do direito individual, reduzindo esta competência a nada. O poder executivo e o poder legislativo são órgãos políticos do regímen; política é sua origem, seu caráter, sua atividade; políticas tôdas as suas funções. A se considerar, pois, a êste aspecto a ituação dêsses poderes, não haveria um só de seus atos, para o qual não se pudesse reivindicar imunidade à sindicância dos tribunais; e o ascendente pretendido por êstes, como propugnáculo das garantias constitucionais contra a usurpação do chefe do Estado, ou das assembléias representativas, seria pura e simplesmente uma burla.

É a consequência extravagante, que POMEROY quis prevenir, quando escreveu: "Fundamento não há para a absurda noção, aventurada algumas vêzes, de que, onde quer que o litígio tenda a um julgamento acêrca da vali-

dade de um estatuto do Congresso, a matéria é necessariamente política.” (154)

Claro está, pois, que, dentre assuntos políticos e assuntos políticos, mais ou menos propriamente tais, a restrição há de abranger uma limitada classe de casos, e excluir a mais vasta categoria deles; porque aliás a tutela judicial ficaria sendo a exceção, quando é, pelo contrário, a regra: “Os americanos confiaram aos tribunais de justiça o encargo (*the duty*) de resolver os pleitos, que envolvam debate sobre a limitação dos vários ramos do governo.” (155) Qual o critério discriminativo, por onde apurar, dentre os atos do Congresso e do governo, todos genericamente políticos, os estritamente tais, para verificarmos quais os que escapam à ação da justiça, quais os que não podem esquivá-la?

A linha diretriz não me parece difícil de traçar. De um lado estão os grandes poderes do Estado, com as suas atribuições determinadas em textos formais. Do outro, os direitos do indivíduo, com as suas garantias expressas em disposições taxativas. Em meio a uma e outra parte, a Constituição, interpretada pela justiça, para evitar entre os direitos e os poderes as colisões possíveis. Quando, portanto, o poder exercido não cabe no texto invocado, quando o interesse ferido por esse poder se apóia num direito prescrito, a oportunidade da intervenção judiciária é incontestável. O assunto será então judicial. Quando não, será político. Versa a questão sobre a existência constitucional de uma faculdade, administrativa, ou legislativa? A solução, nessa hipótese, está indicada pela enumeração constitucional das faculdades consignadas a cada ramo do governo. A matéria é judicial. Versa ela sobre a extensão desse poder relativamente aos direitos individuais? O confronto entre a cláusula, que confere o poder, e a cláusula, que estabelece a garantia, determina, por intuição, ou interpretação, o pensamento constitucional. O assunto ainda é judiciário. Versa, enfim, sobre a maneira de exercitar esse poder, sua conveniência, sua oportunidade? Neste

(154) POMEROY: *An introduct. to the const. law of the Un. States*, pág. 624.

(155) L. LOWELL: *Essays*, pág. 103.

caso a questão é política; porque seus elementos de apreciação pertencem *intrinsecamente* à função conferida, e a ingerência de outro poder a anularia *intrinsecamente*.

A questão pode ser política (no sentido que nos interessa: no sentido estrito) por três modos: pela natureza do assunto, pela forma que a controvérsia assumir, pelos termos em que a resolverem.

Se fôsse lícito levantar a questão de constitucionalidade *principal*, em vez de, incidentemente, tratar o exame do ato inconstitucional como objeto *imediatamente* da causa, e intentá-la solenemente *como meio revogatório* da lei, ou do decreto, que se censura, a questão, ainda que de sua índole o não fôsse, viria a se tornar política, pela sua forma, pela sua direção, pelo seu alcance. Política; porque abriria combate entre os poderes da União, entregando a uma autoridade soberana de cassação sobre os atos dos outros.

As condições, porém (há pouco examinadas por mim), do processo estabelecido para determinar a legitimidade da ingerência judicial nestes assuntos, despem-nos da feição política, imprimindo-lhes severamente o caráter das controvérsias de direito particular. "O tribunal liquida questões concernentes aos limites dos poderes políticos, pelo mesmo modo por que liquida outros pontos jurídicos; isto é: resolve-as unicamente quando suscitadas no decurso de um litígio travado entre indivíduos, ou outras quaisquer pessoas, que demandem no caráter de partes em juízo. Destarte estremeou-se, quanto possível, da política a interpretação constitucional." ⁽¹⁵⁶⁾ Esta face do constitucionalismo americano tem atraído sempre a atenção dos observadores mais penetrantes. Com ela se ocupou TOCQUEVILLE. ⁽¹⁵⁷⁾ BRYCE não a esqueceu. ⁽¹⁵⁸⁾ SUMNER MAINE, cuja autoridade é primacial, dá-lhe o devido relêvo nestas linhas: "A Constituição dos Estados Unidos impõe aos juizes um método essencialmente britânico de julgamento. Não se estabelecem, perante o tribunal, proposições gerais, a não serem as que naturalmente decorram dos fatos em litígio.

⁽¹⁵⁶⁾ *Ibid.*

⁽¹⁵⁷⁾ *Démocratie en Amér.*, I, pág. 171.

⁽¹⁵⁸⁾ BRYCE, I, pág. 337.

A fortuna da Suprema Côrte resulta, em boa parte, desta maneira de solver as questões de constitucionalidade e inconstitucionalidade. O processo é mais lento, mas estreme da suspeita de pressão, menos ocasionado a despertar zelos do que sucederia na hipótese de uma deliberação judicial acêrca de amplas teses políticas. Esta hipótese é a que preocupa o observador estrangeiro, ao contemplar o espetáculo de um tribunal de justiça decidindo alegações de violação da lei constitucional." (159)

Nos limites postos à faculdade judiciária de pronunciar a respeito das infrações constitucionais, escreve um profissional de valia considerável (160), está precisamente o meio "de tornar essa faculdade prerrogativa judicial, em vez de prerrogativa política. Eles resumem-se em que esta atribuição só se exerce em casos litigados; em que tôda a sua fôrça direta se circunscreve na fixação do direito dos litigantes; em que não se pode invocar, senão quando se suscite uma questão ajuizável". (161)

* Pelos mesmos motivos resvalaria para a degeneração política o exame judicial dos atos inconstitucionais da administração, ou da legislatura, se os julgados, que os resolvessem, pudessem atacar o decreto, ou a lei, na plenitude de sua tese, concluindo pela anulação formal de suas disposições, ou pela supressão direta delas na generalidade dos seus efeitos. Nesse caso a justiça se transformara numa instância de cancelamento para as deliberações do Congresso, ou do executivo. Seria a absorção de todos os poderes no judiciário, ou o conflito organizado entre os três. Insulando-se, porém, na espécie demandada, a sentença evita rigorosamente a deturpação política do papel dos tribunais.

(159) MAINE: *Popul. Govern.*, págs. 223-4.

(160) HITCHCOCK: *Const. Hist. in the develop. of Amer. Law*, pag. 80.

(161) "The universal sense of America has decided that, in the last resort, the judiciary must decide upon the constitutionality of the acts and laws of the general and State governments, so far as they are capable of being made the subject of judicial controversy."

STORY: *Comment.*, II, § 1576, pag. 395.

Quais são agora as matérias inevitavelmente políticas por sua natureza ?

Tomemos a mão a MARSHALL:

Tu duca, tu signore e tu maestro.

Dizia êle, sentenciando no processo *Marbury v. Madison* :

Pela Constituição dos Estados Unidos o presidente é investido em certos poderes políticos importantes, no exercício dos quais tem de usar de sua própria discricção, ficando responsável exclusivamente para com seu país, no caráter político, e para com sua consciência. Em tais casos... a matéria é política; *porque respeita à nação, e não aos direitos individuais (they respect the nation, not individual rights)*: e, sendo confiados ao executivo, a deliberação dêste é terminante. ⁽¹⁶²⁾.

Em face destas premissas, doutrina o grande *chief-justice*, os secretários de Estado não têm que dar contas, senão ao presidente, dos atos, em que a lei os obriga a se cingirem à vontade de seu chefe.

"Mas" (aqui se acentua de novo a limitação) "quando a legislatura impõe a êsse funcionário outros deveres; quando se lhe comete a execução de certos atos; quando da realização dêstes pendem direitos individuais, já o funcionário, nesta parte, é agente da lei, responde perante as leis por seu procedimento, e não pode ao seu arbítrio dispor de direitos adquiridos. Onde, portanto, os chefes de administrações são instrumentos políticos e confidentiais do poder executivo, instituídos apenas para cumprir as vontades do presidente, ou antes, para servir em assuntos, *nos quais o executivo exerça discricção legal, ou constitucional (in cases in which the executive possess a constitutional or legal discretion)*, perfeitamente óbvio é que seus atos não são examináveis senão politicamente. Mas onde a lei estatui especificadamente um dever, e há *direitos individuais*, dependentes da observância dêste, igualmente manifesto é que qualquer indivíduo, que se considere agravaado, tem o direito de recorrer, em procura de remédio, às leis do país." ⁽¹⁶³⁾

⁽¹⁶²⁾ JOHN MARSHALL: *Writings upon the Federal Const.*, págs. 13-14.

⁽¹⁶³⁾ *Ib.*, pág. 14.

E, afinal, resumindo o seu pensamento numa fórmula magistral:

"A esfera do tribunal é unicamente decidir acerca dos direitos individuais, não investigar de que modo o executivo (ou seus funcionários) se desempenha de encargos cometidos à sua discricção. The province of the court is solely to decide on the rights of individuals, not to inquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have a discretion." ⁽¹⁶⁴⁾

Nestes três lances ressaí várias vezes a noção de que os tribunais só não podem conhecer da inconstitucionalidade imputada aos atos do poder executivo, quando esses atos se abrangem na categoria daqueles, que são confiados à sua discricção, e não interessam garantias individuais. Se entendem com essas garantias, e não se compreendem na ação constitucionalmente discricionária do poder, esses atos constituem matéria judicial. No caso contrário, são propriamente políticos.

Escuso advertir que o princípio de caracterização adotável para discernir, nos atos do poder executivo, os reservados à esfera política dos acessíveis ao exame judicial, cabe idênticamente, para os mesmos fins, aos atos do poder legislativo. O mesmo critério quadra indiferentemente aos de um e outro poder. E esse critério ressalta das palavras de MARSHALL tão bem definido, que autores e magistrados, após ele, não têm feito senão explanar o pensamento do aresto de 1803.

"No caso *Marbury v. Madison*", dizia, há três anos, na celebração do centenário da Suprema Corte Federal, um dos órgãos mais ilustres do fôro americano, "este tribunal definiu com extraordinária força e lucidez as balizas da autoridade respectivamente distribuída aos três ramos do governo. Então se demonstrou que todo ato legislativo, repugnante à Constituição, deve ser desprezado pelos tribunais como nulo; que os funcionários administrativos podem ser compelidos pelo poder judiciário a cumprir os deveres, que lhe forem explicitamente impostos, e não envolverem faculdade discricionária (*and not involving official discretion*); porquanto, disse o tribunal, o governo dos

⁽¹⁶⁴⁾ *Ib.*, pág. 17.

Estados Unidos é um governo de leis, não de arbítrio pessoal (*a government of laws and not of men*), e a alçada judicial limita-se a decidir *sobre direitos individuais*, não lhe competindo liquidar questões de seu natural políticas, intrometendo-se em assuntos encarregados pela Constituição, ou pelas leis, *ao critério (to the discretion)* de outro poder." (165)

Noutro lugar, HITCHCOCK doutrina que as questões, que "não tocam à província da justiça, são as *puramente políticas, isto é*, as que as disposições da Constituição, ou de leis, confiam à *discrição administrativa, ou legislativa* (...questions purely political, or which are by the Constitution and laws committed to either the executive, or legislative discretion)". (166)

No livro de CARLIER sobre a República Americana há, a este respeito, algumas páginas, que merecem consideradas.

"Como deixar sem limitação", diz êle, "o poder legislativo e o executivo? Dêsse modo a Constituição mal ficaria com uma autoridade moral, sem sanção legal de espécie nenhuma; pois dêsses poderes dependeria dobrá-la aos seus caprichos, ou interesses. Por outro lado, que meio haveria de conciliar com êsse estôrvo a liberdade, que a cada um dos órgãos do governo se deve deixar, para se desempenharem útilmente de sua missão? Estabeleceram-se, com o intuito de solver êstes graves problemas, certas distinções entre os poderes pela Constituição conferidos. Uns são de ordem política; a saber, *têm o caráter discricionário. Os demais (e é o maior número) interessam à vida civil, e devem ser encarados, abstraindo-se da autoridade que os exerce.*" (167)

Vários são os exemplos, que o autor aduz, para esclarecer estas distinções, "geralmente admitidas". O primeiro alude ao poder, conferido ao Congresso, de declarar a guerra, decretar e aplicar os impostos, regular as relações comerciais e internacionais. "São assuntos de ordem po-

(165) HAMPTON CARSON'S *Supreme Court*, II, pág. 634.

(166) *Constitution. Hist. in the developm. of Amer. Law*, pág. 80.

(167) *La Républ. Américaine*, tom. IV, pág. 124.

lítica superior. Não se compreenderia que se instituísse um tribunal de revisão, para devassar as resoluções do Congresso, em tais assuntos." Nas mesmas condições está a prerrogativa, deixada ao presidente, de convocar e mobilizar a milícia. "O chefe do Estado é, e deve ser, o único juiz da oportunidade, para entrar em campanha, e dirigir essas forças, como lhe pareça, sob sua responsabilidade pessoal. Neste caso a autoridade do presidente há de ser forçosamente discricionária." Poderíamos, com o publicista francês, multiplicar a exemplificação "dos poderes de ordem *política e discricionária*, que não admitem sindicância judicial". (168)

HARE, no seu precioso curso de Constituição americana, examina uma série de hipóteses, assinaladas todas pelo mesmo cunho: poderes de ordem essencialmente discricionária, tais como o do presidente em optar e intervir, com as forças da União, entre dois governos coexistentes e rivais no mesmo Estado, ou o do Congresso em condenar o governo de um Estado como não republicano, sob a faculdade, que, em termos indefinidos, lhe outorga o art. IV do pacto federal. (169)

Tôda a gente percebe que subordinar atribuições desta ordem à instância revisora dos tribunais seria grosseiro contra-senso e rematada confusão. É irregular, ou desastrosa a declaração de guerra? intempestiva, ou perigosa a mobilização da milícia? desigual, ou opressiva a fixação dos tributos? parcial, ou inepta a ingerência federal nas lutas intestinas dos Estados? São questões de natureza opinativa, que se resolvem, não de acôrdo com regras preestabelecidas e formais, mas segundo o critério da observação, da previdência, da utilidade. (170) São, portanto, questões de governo. Incumbem à esfera do administrador, do estadista. A justiça, porém, gira unicamente no círculo das relações, acêrca das quais o dever e o direito se determinam pela vontade positiva da lei.

Suponhamos agora que, a pretexto de operações de guerra, o poder executivo confiscasse a propriedade particular, negando aos proprietários o direito de indenização.

(168) *Ib.*, págs. 125-7.

(169) HARE: *Amer. Constit. Law*, I, págs. 124-35.

(170) COOLEY, n. a STORY, I, § 375, pág. 276.

Admitamos que, a título de levantar a milícia, impusesse, contra as leis, a obrigação do serviço militar, abrisse o recrutamento forçado, ou constrangesse ao impôsto de sangue cidadãos isentos por escusa legal. Figuremos que, no uso da prerrogativa tributária, o Congresso criasse alfândegas entre os Estados, gravando o comércio interior com impostos de fronteira entre as províncias da União. Imaginemos que, sob a côr de reconstrução política de um Estado, entregue à violência das facções, o poder legislativo suspendesse, para os habitantes dêle, o código civil. Pergunto: em qualquer destas hipóteses, não será evidente o direito dos tribunais a intervirem, o seu dever de fazê-lo, ainda que qualquer dessas ilegalidades, dessas inconstitucionalidades se procurasse coonestar com o verniz dos poderes discricionários, em cujo nome a administração, ou a legislatura as perpetrou? O caráter discricionário de uma função não legitima senão os atos ditados pela natureza de seus fins. A discricção legal no uso de uma atribuição não importa o direito de associar arbitrariamente a ela competências, que ela naturalmente não abrange. E, se um poder, senhor de uma prerrogativa discricionária, a estende a domínios, que a lei manifestamente reservou a outros poderes, ou vedou sob a invocação de outros direitos, os tribunais não invadirão o terreno da função privilegiada, se interpuserem a mediação legal do seu juízo, para obstar a que ela transborde os limites de seu objeto.

* O arbítrio, administrativo, ou legislativo, onde a Constituição o autoriza, o arbítrio de cada função política no círculo de si mesma, tem sempre o seu termo nos direitos individuais, ou coletivos, que a própria Constituição garante. * A matéria de um pleito é política e alheia ao domínio da justiça”, diz POMEROY, “tão-somente quando envolve a existência *de jure* de um governo, ou a legalidade de medidas *puramente governativas* (*purely governmental*).” (171) Mas, se o ato não prende exclusivamente com interesses políticos, se, de envolta com estes, há direitos individuais, de existência constitucional, que êle atropela, a jurisdição dos tribunais então é inegável; porque ela,

(171) *An Introduct. to the Const. Law*, § 746, pág. 624 n.

de seu natural, abrange todo o campo das questões, onde se acharem “fundamentalmente interessados o direito e a propriedade particulares”. ⁽¹⁷²⁾ Esta distinção, respeitando a circunferência privativa a cada poder nas extremas de sua discrição legal, não permite que essa circunferência alongue arbitrariamente o seu diâmetro, ou se multiplique em pretensões excêntricas ao seu objeto.

MARSHALL, na opinião dos jurisconsultos americanos ⁽¹⁷³⁾, deixou traçada indelêvelmente a linha divisória entre as duas idéias, quando, em 1804, sentenciou que o capitão de um navio de guerra, acionado pela apreensão ilegítima de bens particulares, era sujeito a perdas e danos pelo atentado, *conquanto houvesse procedido sob as instruções diretas do presidente*. Está nas atribuições do poder executivo armar vasos de guerra; está em sua competência comissioná-los à polícia dos mares territoriais, reprimindo, por meio dêles, quando convenha, as infrações marítimas contra interesses e leis da União. Mas, se sob côr de exercer nos limites de sua discrição natural essa autoridade, o poder executivo conculca direitos individuais, a função discricionária não pode cobrir usurpações, que a pretexto delas se ousarem.

* É que o princípio de direito comum, muitas vêzes secular entre os anglo-saxônios e transmitido pela jurisprudência inglesa à americana, não permite que haja agravo ao direito particular, sem a correlativa reparação legal. Toda injustiça tem seu remédio jurídico. *Where there is a wrong, there is a remedy*. ⁽¹⁷⁴⁾ “O princípio é que, em sofrendo agravo uma pessoa, ou uma entidade coletiva, o caso d lugar a ação judicial, e há sempre reparo na lei.” ⁽¹⁷⁵⁾

Nem é sòmente no régimen americano que se reconhece aos tribunais a autoridade de examinar atos de

⁽¹⁷²⁾ BURGESS: *Op. cit.*, vol. II, pág. 362.

⁽¹⁷³⁾ *Const. Hist. of the Un. States in the develop. of Americ. Law*, pág. 80.

⁽¹⁷⁴⁾ FISCHER: *Constit. d'Angleterre* (trad. VOGEL, Par., 1864), vol. I, pág. 344. — BERTOLINI: *Delle garanzie della legalità* (Roma, 1890), pág. 90.

⁽¹⁷⁵⁾ DE CHAMBRUN: *Droits et libertés aux États-Unis* (1891), pág. 277.

outro poder, e negar-lhes aplicação, quando violem a lei, em prejuízo de direitos individuais. Esta regra é da própria natureza das constituições, onde êsse direito se resguardar sob garantias eficazes. A Constituição belga, por exemplo, determina (art. 92) que “as contestações que tiverem por objeto direitos civis, são exclusivamente da alçada dos tribunais”. A mesma disposição contém-se no art. 93, em relação aos direitos políticos, “salvo”, quanto a êstes, “as exceções estabelecidas em lei”. Ora, pelo art. 67 da Constituição belga, o rei “expede os regulamentos e decretos necessários para a execução das leis”. Conquanto, nesse texto mesmo, se proíba ao chefe do Estado suspender as leis, ou dispensar na execução delas, não se pode negar a soma evidente de arbítrio, que se encerra nessa faculdade de regulamentar os atos legislativos, e prover aos meios de sua efetuação. *Quid*, pois, se ocorrer contestação quanto a um decreto, ou regulamento, expedido pela coroa, que se acuse de molestar direitos individuais? A faculdade de regular as leis é uma faculdade *política*. Mas demos que, no exercício dessa faculdade, o poder executivo, intencional, ou inadvertidamente, adote providências, que desrespeitem garantias individuais. Se os ofendidos provocarem a ação da Justiça, a natureza *política* da atribuição, em cujo nome se praticou o ato agravativo, tolhe acaso aos tribunais o exame da questão? Não, responde a Constituição belga (art. 107): “As côrtes e os tribunais não aplicarão os decretos e regulamentos gerais, provinciais e locais, *senão enquanto conformes às leis*.”

* Todo direito, portanto, assegurado num texto de lei, seja ela fundamental, ou ordinária, goza da proteção dos tribunais contra o arbítrio do poder executivo, ainda quando êste se verifique no exercício aparente da discricção essencial à eficácia de suas prerrogativas. “Não pode haver a menor dúvida em que”, diz um sábio magistrado belga ⁽¹⁷⁶⁾, “o direito de assegurar a execução das leis por meio de ordenações emanadas quer diretamente do rei, quer dos agentes do poder executivo, compreende também o de estatuir acêrca das dificuldades e contestações, que se depararem na aplicação dêsses atos. Há, entretanto, uma

(176) DE CUYPER. Cit. por THONISSEN, n. 384, pág. 267.

espécie de questões, que, em razão de sua importância, foram retiradas à competência da administração. A ação administrativa não tem, nem pode ter outro objeto, que não seja o interesse coletivo da sociedade: *não pode tocar nos direitos individuais*, que a lei afiança aos cidadãos; e, precisamente porque na inviolabilidade dos direitos individuais consiste a primeira condição de toda ordem social, o legislador *confiou a manutenção desses direitos ao amparo do poder judiciário*.” Esta doutrina é corrente na jurisprudência e na administração belgas. “O art. 107”, escreve THONISSEN ⁽¹⁷⁷⁾, “pôs termo aos debates, que se tinham suscitado sobre a questão de saber se os tribunais podiam, em certos casos, deixar de aplicar decisões do poder executivo. Dando solução afirmativa a este grave problema jurídico, a Constituição restituiu ao poder judiciário todas as suas prerrogativas e toda a sua independência.” De modo que, se os tribunais não podem abster-se de sancionar as deliberações da administração, “quando esta não transpôs o círculo de suas atribuições constitucionais”, o mais estrito dever obriga-os a procederem opostamente, a recusarem efetividade a esses atos, “se forem ilegais, e ferirem direitos civis, ou políticos, das partes”. ⁽¹⁷⁸⁾

Nem entendem os tribunais belgas que, procedendo segundo esta regra, se adiantem pela esfera política, estabelecendo confusão entre os poderes. Pelo contrário, a Corte de Apelação de Bruxelas ⁽¹⁷⁹⁾, invocando-a altamente como sua norma de ação, declarou que “os tribunais, quando recusam aplicar decretos ilegais, dão cópia de docilidade à lei, seu guia absoluto, mantendo-se assim nos limites de suas atribuições”. E tão imperioso lhes parece o dever dessa intervenção que, nos casos duvidosos, manda a jurisprudência, entre eles, opinar pela competência da justiça. “Se o juiz se achar em presença de dúvida séria, cumpre que se pronuncie pela competência dos tribunais.” ⁽¹⁸⁰⁾

⁽¹⁷⁷⁾ *Op. cit.*, pág. 330, n. 503.

⁽¹⁷⁸⁾ *Ib.*, pág. 331, ns. 505 e 506.

⁽¹⁷⁹⁾ Acórdão de 26 de abril de 1834. THONISSEN, pág. 333, n. 508.

⁽¹⁸⁰⁾ THONISSEN, pág. 268, n. 385.

Dêstes elementos podemos bem extrair conclusões positivas.

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

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

Se o ato não é daqueles, que a Constituição deixou à discricção da autoridade, ou se, *ainda que o seja*, contravém às garantias individuais, o carácter 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.

AS DEMISSÕES E AS REFORMAS

I

DEMISSÕES DE EMPREGADOS VITALÍCIOS

Dos membros do magistério superior, o DR. ARTUR FERNANDES CAMPOS DA PAZ, lente catedrático da 1.^a secção na Faculdade de Medicina desta cidade, e o DR. JOSÉ JOAQUIM SEABRA, lente catedrático da 2.^a cadeira da 2.^a série no curso de ciências sociais da Faculdade de Direito de Pernambuco, foram violentamente arrebatados aos seus lugares pelo decreto de 12 de abril de 1892.

Sob o Império, o princípio da vitaliciedade, nos cargos a que ela inere, não tinha garantia constitucional. A matéria era então puramente legislativa.

Também não continha disposição a tal respeito o projeto de Constituição republicana promulgado pelo Governo Provisório em 22 de junho de 1890 (decr. n. 510), nem disto se cogitou nas alterações a que esse mesmo governo sujeitou mais tarde o seu primeiro trabalho.

A Constituinte de 1890, porém, entendeu que a matéria merecia resguardo na lei fundamental contra a volubildade das maiorias representativas, e engastou cuidadosamente na Constituição de 24 de fevereiro, art. 74, esta cláusula absoluta:

As patentes, os postos e os cargos inamovíveis são garantidos *em toda a sua plenitude*.

Inamovível, ensinam os lexicólogos, é o funcionário indemissível arbitrariamente, ou o cargo, de que não há exoneração, a não ser nos casos excepcionais de indignidade previstos em lei. Na acepção legal, a palavra é sinônimo de *vitalício*, pois que a vitaliciedade, nas funções públicas, tem restrições inevitáveis nas hipóteses, legalmente prefixas, de inabilitação penal.

Nas funções catedráticas das nossas Faculdades a inamovibilidade, ou vitaliciedade é tradicional. As leis vigentes ao tempo da revolução positivamente consagravam esse princípio.

Leis posteriores, porém, vieram ainda ratificá-lo.

A respeito das Faculdades de Direito, o decreto número 1.232-H, de 2 de janeiro de 1892, art. 55, prescreve:

“Os lentes catedráticos e substitutos *são vitalícios* desde a data da posse.”

Em relação às Faculdades de Medicina, dispõe o decreto n. 1.270, de 10 de janeiro de 1891, art. 41:

“O membro do magistério *é vitalício*.”

Ambas essas provisões legislativas são anteriores, como se vê, aos atos ditatórios de abril do ano passado.

Nesses mesmos textos se consigna a limitação admitida ao privilégio da vitaliciedade.

Assim (quanto às Faculdades médicas) o artigo 41 do decreto de 10 de janeiro de 1891, em seguida às palavras supratranscritas, acrescenta:

“Perderá, porém, o cargo, *se fôr condenado por crime infamante*.”

Mas crimes *infamantes*, não os há hoje em nossa legislação, nem sequer os havia na data do regulamento de 10 de janeiro; porquanto o Código Penal, que é de 11 de outubro de 1890 (decr. n.º 847), diz, no art. 44:

“Não há penas infamantes.”

A disposição do art. 41, portanto, no decreto de 10 de janeiro, constitui uma excrescência inútil, inadvertidamente deixada no texto. Quanto à lei orgânica das Faculdades de Medicina, portanto, os seus professores são *absolutamente* inamovíveis. Não há caso de perda para a sua vitaliciedade.

A esta classe de funcionários, porém, como a todos os demais empregados vitalícios, se estende a prescrição do Cód. Penal, art. 55, que reza:

O condenado à pena de prisão celular, maior de seis anos, incorre por tal fato em interdição, cujos efeitos são:

b) perda de todo ofício eletivo, temporário, ou *vitalício*, emprêgo público da Nação, ou dos Estados, e das respectivas vantagens e vencimentos.

Para um lente dos nossos cursos jurídicos esta é, por conseguinte, a única hipótese de privação da vitaliciedade.

Incorreria nessa hipótese o lente de medicina, destituído por decreto de 12 de abril?

Para isso era mister que, processado e convencido, fôsse *condenado* ao castigo de prisão celular maior de seis anos.

Segundo o texto do art. 55, realmente, “o condenado à pena... incorre por tal fato em interdição, cujos efeitos são... a perda do emprêgo público...” Há aqui três tempos sucessivos: primeiro, a *condenação*; segundo, *pelo fato* da condenação, a *interdição*; terceiro, *como efeito* da interdição, a *demissão*. A condenação gera a interdição; a interdição determina a exoneração. Esta é, pois, o último dos três estados jurídicos, que assim se encadeiam, e dos quais o primeiro, causa dos outros dois, é a *sentença condenatória*.

Ora, não consta, creio, que nenhum dos fulminados pela ditadura de abril sofresse processo, quanto mais que fôsse condenado, e, de mais a mais, a prisão celular. Cuido

que não serei obrigado a fazer a demonstração desta realidade notória, pôsto que evidências equivalentes a esta na ordem moral tenham sido, e continuem a ser, intrêpidamente contestadas pela reação oficial contra os meus clientes.

Demos, contudo (por absurdo), que para a extinção da vitaliciedade não se haja mister sentença, e baste, sem a menor forma, ensaio, ou comêço de processo, a simples imputação de um delito sujeito àquela penalidade.

Ainda sob esta interpretação o lente de medicina demitido era indemissível.

Com efeito, os crimes atribuídos pelos decretos de 10 e 12 de abril aos cidadãos exonerados e reformados são os de sedição e conspiração.

Mas ao crime de sedição a pena cominada é de três meses a um ano, ou, se o fim criminoso fôr conseguido, de *um a quatro anos* de prisão celular (Cód. Pen., art. 118). E, para o crime de conspiração, não há, sequer, pena de prisão celular: há a de reclusão, e esta nunca por mais de seis anos (Cód. Pen., art. 115).

O lente de medicina destituído (o dr. Campos da Paz) não decaiu, pois, legalmente da vitaliciedade; roubaram-lha pelo mais arbitrário dos arbítrios.

Quanto ao lente de direito, exonerado a 12 de abril (o dr. José Joaquim Seabra), a situação é rigorosamente a mesma.

Realmente, o supra-invocado art. 55, do Decreto n.º 1.232-H, de 2 de janeiro de 1892, imediatamente após a declaração de que "os lentes catedráticos e substitutos são *vitalícios* desde a data da posse", estatui:

"... e não poderão perder os seus lugares *senão na forma das leis penais*."

Ora, nas leis penais, o que a tal propósito existe unicamente, é o disposto no art. 55, pouco há trasladado por nós, do Código Penal, que impõe a privação do cargo vitalício aos condenados à prisão celular *excedente de seis anos*.

Mas nem a penalidade cominada às transgressões, de que o querem argüir, chega sequer aos seis anos de prisão celular, nem essa mesma increpação criminosa se verificou

judicialmente contra alguns dos meus honrados constituintes, os quais não sofreram outro *processo* mais que o dos transees do destêrro. Não viram tribunal, senão o de Itamarati. E, quando tivessem tido a honra, que o seu direito lhes assegurava, de comparecerem à presença de magistrados, onde se desagravassem, o libelo de conspiradores e sediciosos não lhes podia (já o vimos) consignar pena, que importasse a caducidade dos seus cargos.

A infração constitucional, portanto, é completa, decidida, radical. Dois funcionários federais *vitalícios*, na plenitude perfeita de seu jus à vitaliciedade, foram esbulhados da função inamovível por ato da vontade pessoal do chefe do Estado.

Assim:

A destituição dos dois lentes exonerados em 12 de abril de 1892 ataca diretamente a Constituição e as leis federais.

II

REFORMAS DE MILITARES

Por decreto de 7 de abril de 1892 tiveram reforma forçada:

O vice-almirante Eduardo Wandenkolk;

Os contra-almirantes José Marques Guimarães e Dionísio Manhães Barreto;

O marechal José de Almeida Barreto;

Os generais de divisão Cândido Costa, Antônio Maria Coelho e José Clarindo de Queirós;

Os generais de brigada José de Cerqueira Aguiar Lima e João Nepomuceno de Medeiros Mallet;

O general de brigada João Luís de Andrade Vasconcelos;

O general de brigada dr. João Severiano da Fonseca.

Por decreto de 12 do mesmo mês foram também forçadamente reformados:

Na armada nacional

Capitães-tenentes: Duarte Huet de Bacelar Pinto Guedes, José Gonçalves Leite e João Nepomuceno Batista.

Primeiros tenentes: João da Silva Retumba, Bento José Manso Saião e José Libânio Lamenha Lins de Sousa.

No exército

Corpo de engenheiros: Tenente-coronel do quadro extranumerário Gregório Taumaturgo de Azevedo.

Corpo de estado-maior de 1.^a classe: Coronel do quadro extranumerário João Soares Neiva, capitão Felisberto Piá de Andrade.

Repartição sanitária: Tenente-coronel, médico de 2.^a classe, dr. Antônio Pinheiro Guedes.

Arma de artilharia: 2.^o tenente do quadro extranumerário Domingos Jesuino de Albuquerque.

Arma de cavalaria: Major-fiscal Sebastião Bandeira, capitão Gentil Elói de Figueiredo, tenente-coronel comandante Antônio Adolfo da Fontoura Mena Barreto, capitão Modestino Roquete.

Arma de infantaria: Coronel agregado Antônio Carlos da Silva Piragibe, alferes Alfredo Martins Pereira, alferes Carlos Jansen Júnior, capitão Manuel Raimundo de Sousa.

Consideremos cada um desses dois atos à luz do pretexto legal, com que buscaram corá-los.

A Constituição, como já verificamos, no art. 74, assevera que “as patentes e os postos são garantidos *em toda a sua plenitude*”.

Ora, a patente e o posto decompõem-se em dois elementos: o título, que sobrevive à reforma, e a efetividade, que com ela cessa. Assegurar, portanto, as patentes e os postos “*em toda a sua plenitude*”, é assegurá-los em seus dois elementos: contra a privação da efetividade, tanto como contra a privação do título; contra a reforma, tanto quanto contra a destituição. Isto é: a estabilidade dos postos e patentes, a integridade das patentes e dos postos são invioláveis, diante da Constituição, na forma das leis em vigor.

A reforma, em suma, imposta ao oficial, em casos que não os taxados nas leis militares, fere a Constituição.

Vejamos se a nossa legislação, pois, apóia as reformas de 7 e 12 de abril.

§ 1.º REFORMAS DE 7 DE ABRIL

O ato extravagante de 7 de abril não invoca em sua defesa nem uma só disposição legislativa. Não precisaríamos de mais, para *a priori* depreender que nenhuma disposição legislativa o sufraga. A ditadura, sempre que pode, não desdenha de usar a sua fôlha de vinha.

A mensagem que o precede, em linguagem esfumada e rubra como as chamas de arma de fogo, alude à lei, de que protesta “jamais se afastará”. Mas não nos deixa lóbrigar, nem por um cano de fuzil, o esconderijo, onde, nos textos, foi buscar as severidades, com que caiu sôbre os signatários do manifesto de 31 de março. Nesse documento, diz a mensagem presidencial, onde parece ouvir-se o rangir das botas e o tinir das esporas do general escrevendo sôbre o dorso de um canhão, nesse documento “todos êles” (os treze generais) “revelam um inconveniente espírito de *indisciplina*, procurando plantar a *anarquia* no momento crítico da reorganização da pátria e da consolidação das Constituições republicanas”. Essas imputações de espírito de anarquia e indisciplina são a única réstia de luz na obscuridade dêste quadro de barraca. Elas projetam o seu clarão surdo sôbre a culpa indistinta dos condenados. Êsses homens “animavam a *desordem* no país” com a publicação do truculento manifesto onde reverentemente suplicavam ao chefe do Estado a convocação dos comícios populares para a eleição do presidente da República na forma do preceito constitucional.

Diante dessas referências, únicos indícios bem mortíços, de que o pensamento da lei passou por aquêlê ato da fôrça, o crime dos generais castigados com a reforma de 7 de abril não poderia ser senão o que se capitula nas disposições do reg. de 8 de março de 1875, art. 1.º, § 3.º, onde se prevêem “as ações ofensivas do *sossêgo* e da *ordem pública*”, praticadas por militares. Essas ações vêm definidas no art. 5.º assim :

§ 1.º Autorizar, promover, ou assinar petições coletivas entre militares.

§ 2.º Publicar qualquer representação, que tenha feito contra seu superior, sem permissão da autoridade, a quem a mesma petição fôr dirigida.

§ 9.º Usar do direito de representação em termos não comedidos, ou, em vez de recorrer a êsse meio legal, censurar o seu superior por quaisquer escritos, ou impressos.

Mas contra essas transgressões *disciplinares* a representação estabelecida é indubitavelmente a que se prescreve nesse mesmo regulamento militar:

Art. 7.º São castigos disciplinares para os oficiais de patente e cadetes :

- 1.º Admoestação;
- 2.º Repreensão;
- 3.º Detenção;
- 4.º Prisão.

Art. 8.º A admoestação e a repreensão podem ser aplicadas: 1.º verbalmente; 2.º por escrito.

Art. 9.º A admoestação e a repreensão verbais serão: 1.º particularmente; 2.º no círculo de oficiais de patente superior à do culpado; 3.º no círculo de todos os oficiais, ou de todos os cadetes, tratando-se de alguém desta classe.

Legalmente, pois, não poderiam os autores do manifesto incorrer em punição superior a estas: admoestação, repreensão, detenção, ou prisão. Trocá-las pela reforma era ludibriar com escândalo a disposição constitucional do art. 74, que faz guarda ao direito das patentes.

§ 2.º REFORMAS DE 12 DE ABRIL

Em justificação do seu desabrimento, afirmava o decreto de 12 de abril, no seu considerando final, que os oficiais, cuja reforma ordenou, "atentaram contra a ordem, envolvendo-se em crime de conspiração e sedição".

Dêste modo o presidente dos Estados Unidos do Brasil acusa, processa, e condena, em um só ato, no tribunal augusto e imperscrutável de sua alma. Em duas linhas revoga tôda a legislação civil e militar em matéria penal. Senão, digam-me perante que instância, militar, ou civil, responderam os meus constituintes? O mesmo pregão oficial, que nos deu a primeira notícia de seu crime, trouxe-nos a certeza de sua condenação. E essa condenação fulminou-os exatamente no direito de suas patentes, de seus postos, a que a Constituição consagrou cláusula especial e peremptória de garantia.

Sob a legislação do império, cuja Constituição (art. 149) não permitia privação de patentes, no exército e armada, "senão por sentença proferida em juízo competente", as leis concernentes à reforma de oficiais, leis que o governo, sob a monarquia, *nunca* infringiu, em cinquenta anos, limitavam-na rigorosamente aos casos de:

a) Incapacidade física, averiguada, em duas inspeções de saúde, por junta idônea, no decurso de um ano, em cujo período o oficial se conservava agregado à arma;

b) Mau procedimento *habitual*, verificados os seus elementos constitutivos, segundo o código penal militar, em conselho de inquirição, composto de três oficiais de patente igual, pelo menos, à do acusado, mediante prévia consulta do Conselho Supremo Militar de Justiça;

c) Condenação à prisão por mais de dois anos.

E, em relação ao peticionário, nenhuma dessas hipóteses ocorreu.

Sob o novo regime, a reforma não se permite senão:

a) Por efeito da idade, voluntária, ou compulsoriamente, de acordo com o Decreto n.º 108-A, de 30 de dezembro de 1889, art. 5.º;

b) Em virtude de inaptidão física, reconhecida nos termos das leis anteriores;

c) Por mau comportamento *habitual*, conforme o disposto no Decreto n.º 260, do 1.º de dezembro de 1841.

É o que terminantemente prescreve o Decreto legislativo promulgado pelo Governo Provisório em 30 de dezembro de 1889, art. 3.º, última parte, dizendo:

Reforma é a situação, a que chega o oficial dispensado de todo o serviço, ou por incapacidade física, ou por ter atingido a idade limite, de que trata o art. 5.º, ou finalmente por mau comportamento habitual, *provado em conselho*, como dispõe o art. 2.º, § 3.º, da Lei n.º 260, de 1 de dezembro de 1841.

Mas, não tendo os meus constituintes incorrido no caso de incapacidade física;

Não tendo atingido também "a idade limite" (Decreto n.º 101-A, de 30 de dezembro de 1889, art. 5.º);

Só se lhes poderia aplicar a reforma na hipótese de "mau comportamento habitual" (Cit. decr., art. 3.º, *in fine*).

A idéia de *habitualidade* envolve a de freqüência, costume, inveteração na prática de ações da mesma natureza. A incidência momentânea, ou passageira, em um delito não pode racionalmente classificar-se como delinquência habitual. O ato culposos, de que se arguem os reformados em 12 de abril, consiste nas suas *supostas* relações com uma conjuração *também suposta*; — suposta esta, como aquelas; porque, até hoje, nem comêço de prova se descobriu contra os increpados. Onde, pois, “o mau comportamento *habitual*”?

Mas, em suma, não é este o tribunal, para lhes julgar o procedimento. Ainda menos o era, porém, o que o julgou em 12 de abril: a razão individual, o arbítrio íntimo do chefe do Estado. Admito que houvesse mau comportamento, e habitual. Nesse caso, porém, era mister instituir a jurisdição capaz, segundo a lei, de reconhecê-lo, e puni-lo. Perante o Decreto de 30 de dezembro de 1889, essa culpabilidade só autoriza a reforma, sendo “*provada em conselho*, como dispõe o art. 2.º, § 3.º, da Lei n.º 260, de 1 de dezembro de 1841. E os termos, em que se enuncia a Lei de 1.º de dezembro, art. 1.º, são estes :

O governo poderá reformar qualquer general por motivo de mau comportamento habitual, *ouvida primeiramente a opinião de um conselho de inquirição, composto de três oficiais de patente igual, ou superior, e precedendo consulta do Conselho Supremo Militar.*

Mas não houve audiência do Conselho Supremo Militar;

Não houve exame do caso em conselho de inquirição;
Não houve, sequer, nomeação dêste.

Ergo, não podia haver deliberação do governo, infligindo a reforma.

Decretadas, por consequência, com preterição palmar das leis militares, que regem o assunto,

As reformas de 12 de abril, tanto quanto as de 7, conculcam o art. 74 da lei fundamental.

§ 3.º CONCLUSÕES COMUNS AOS DOIS CASOS

Transgredindo a Constituição no art. 74, que defende as patentes e os postos militares contra o arbitrio do poder,

o governo *ipso facto* violou ainda a lei fundamental, no art. 48, n.ºs 4 e 5 :

“Administrar o exército e a armada *conforme as leis militares*;

“Prover os cargos militares *salvas as restrições expressas na Constituição*.”

Outrossim, a Constituição, art. 77, determina:

“Os militares de terra e mar terão fôro especial nos delitos militares.

Este fôro compor-se-á de um Supremo Tribunal Militar, cujos membros serão vitalícios, e dos conselhos necessários para a formação da culpa e julgamento dos crimes.”

O Decreto de 12 de abril trocou, pois, o fôro militar, com os seus elementos de justiça, no tenebroso régimen do *ex informata conscientia*, personificado no chefe do governo.

Portanto:

As reformas de 7 e 12 de abril contrariam materialmente a Constituição, arts. 74, 77 e 48 n.ºs 4 e 5.

AS ESCUSAS DA INCONSTITUCIONALIDADE

Se os atos de 7 e 12 de abril (argumenta a defesa da ditadura) não quadram às atribuições do poder executivo, a legitimidade dêles, contudo, não é menos certa; porquanto o governo dispunha, num e noutro caso, de poderes extraordinários, em virtude dos quais lhe era lícito sair discricionariamente da Constituição.

Graças a tão estupendo invento, aleijão de uma idéia que encontraram à superfície dos livros acêrca do régimen americano, e adulteraram por um processo análogo ao do fabrico dos monstros artificiais, — essas faculdades extraordinárias (por outra: essas faculdades inconstitucionais) formam, no meio da Constituição, um presídio vedado a ela mesma, onde não tem ingresso a lei, onde os tribunais hão de cruzar braços ante o sacrifício dos mais altos direitos individuais.

De onde nasce, porém, esse poder heteróclito ?

Para o decreto de 7 de abril, de uma moção *parlamentar*.

Para o de 12, da declaração do estado de sítio.
Estudemos estas duas originalidades.

I

A MOÇÃO E O DECRETO DE 7 DE ABRIL

Um jurisconsulto, da espécie rara daqueles que personificam a jurisprudência na mais alta acepção da palavra *rerum divinarum et humanarum notitia* ⁽¹⁾, RUDOLF VON JHERING, escreveu algures: "O espírito da verdadeira liberdade não é cativo a nenhuma forma de govêrno: muitas vezes tem desertado a república, para ir aninhar-se em monarquias absolutas." ⁽²⁾ Por que não confessá-lo? É a impressão, que se apodera dos espíritos liberais, ao verem preconizadas em nome da legalidade republicana teorias, como a do ministério público, que fazem do direito constitucional joguete das maiorias políticas. Que doutrinas tais se vociferassem na tribuna tempestuosa das câmaras não me espantaria; porque aqui, como em França, bem se poderia dizer que "em cada um dos nossos deputados há sempre um membro da Convenção prestes a despertar". Mas que, rejeitadas, como foram, da tribuna política, venham reconstruir-se perante a justiça, em nome dela, é assombro, confrangimento e desânimo para os bons cidadãos, para os republicanos esclarecidos.

Os fundadores da Constituição americana, em cujos sentimentos se embeberam os autores da Constituição brasileira, envidaram todos os recursos, para estabelecer nesse instrumento de limitação de poderes um anteparo sério, não contra o executivo somente, mas, e talvez mais, contra as assembléias. Nos governos onde um monarca hereditário reúne em suas mãos um conjunto de prerrogativas poderosas, dêsse lado é que está o perigo para a liberdade. Nas democracias, porém, há mais de um século

(1) ALPH RIVIER. Na *Juridical Review*, jan., 1893, pág. 8.

(2) *Espírito do Direito Romano*, vol. II, t. II, c. 3.

foi demonstrado por MADISON ⁽³⁾ que “é contra a arrojada ambição dos corpos representativos que o povo deve observar a maior desconfiança, e esgotar absolutamente as precauções”. A mais grave das contingências, nesse regime, e a mais provável, “está nas usurpações da legislatura, que, conglobando todo o poder nas mesmas mãos, seria origem de uma tirania semelhante à das usurpações administrativas”, mas ainda mais formidável do que a destas. JEFFERSON ⁽⁴⁾, o próprio JEFFERSON, o mais saturado entre todos os americanos no contágio das influências da revolução francesa, JEFFERSON mesmo clamava contra essa ameaça: “Não foi por um *despotismo eletivo* que nós pelejamos, mas por um governo, que, fundando-se nos princípios liberais, tivesse os poderes públicos de tal arte repartidos e contrabalançados entre os vários corpos do Estado, que nenhum conseguisse transcender os confins legais, sem ser *incontinenti* detido e contido pelos outros.”

Tal a preocupação daquelas gerações, que levantaram à liberdade civil esta esplêndida construção popular, “o mais notável monumento de sabedoria política que a história conhece” ⁽⁵⁾, “a maior maravilha criada de uma vez pelo cérebro e pela deliberação do homem”. ⁽⁶⁾ “Vivia o povo na mais sincera convicção de que” (escreve o grande historiador da Constituição americana), “fôssem quais fôssem os poderes conferidos ao Congresso, era mister que o maior empenho de todos os patriotas e amigos da liberdade consistisse em ter olhos desvelados no exercício deles, e tocar a rebater à mínima tentativa de excesso no seu uso.” ⁽⁷⁾ Por isso, na Convenção convocada para deliberar sobre o projeto de Constituição federal, votado em Filadélfia, “os mais valorosos adeptos da democracia achavam natural e salutar que os abusos das câmaras representativas viessem naufragar à barra de um tribunal.

⁽³⁾ *The Federalist* (fev. 1, 1788), n. XLVIII.

⁽⁴⁾ *Notes on the State of Virginia*, pág. 195. Cit. por MADISON, *Federalist*, XLVIII (ed. de 1888), pág. 311.

⁽⁵⁾ RUSSELL LOWELL: *Political Essays* (1888), pág. 311.

⁽⁶⁾ GLADSTONE: *Kin beyond sea. Gleanings of past years*, vol. I (1879), pág. 212.

⁽⁷⁾ VON HOLST: *The Constitutional and political History of the United States* (LALOR's transl.), vol. I, pág. 33.

Aquêles mesmos, que combatiam a instituição dos juizes federais, fundavam essa opinião no receio de ver periclitarem em mãos demasiado fracas a defesa das liberdades individuais contra a onipotência das assembléias". (8) "Os oradores, a quem respondo", exclamava PATRICK HENRY, um dos titães da emancipação americana, em 1788, na Convenção da Virginia, "tributam grande honra à nossa magistratura, asseverando que ela é bastante firme, para contrapesar, quando cumpra, o poder legislativo. Sim, nossos juizes têm tido a energia de contrastar resoluções das legislaturas, declarando que, como poder judiciário, opor-se-ão sempre a qualquer ato inconstitucional. Estais certos, porém, senhores, de que o vosso poder judiciário federal mostrará o mesmo vigor? Será êle tão bem organizado, tão independente, quanto o nosso poder judiciário nos Estados?... Porque a *mais pura glória dêste país está na possibilidade de anularem-se, em seus efeitos, pelas sentenças dos tribunais, as leis transgressivas da Constituição.*" (9)

A função do poder judiciário, para que hoje apelo, de opor-se às leis inconstitucionais, foi estabelecida, portanto, exatamente como "uma das mais reforçadas barreiras, que se poderiam erigir *contra a tirania das assembléias políticas*". (10) O Congresso é a primeira das entidades, cujas demasias tinha em mente aquêlê magistrado americano que formulou em palavras lapidares êste princípio supremo em nosso regimen: "Tôda vez que uma corporação pública, das que compõem o sistema de govêrno instituído pelo povo soberano, assumir, sem expressa outorga da Constituição, das leis, ou do direito consuetudinário, o poder de turbar a administração pública, as leis, ou as disposições constitucionais, *comete o crime de usurpação*, e seus atos são irritos e nulos." (11)

Um dos maiores filósofos políticos de Inglaterra, considerando neste aspecto do nosso sistema constitucional,

(8) DE NOAILLES: vol. II, pág. 143.

(9) *Elhot's Debates*, vol. II, pág. 248. Cit. em NOAILLES, *ibidem*.

(10) DE TOCQUEVILLE: *Démocrat.*, I, pág. 172.

(11) ALEX. JAMESON: *A Treatise on Constitutional Conventions* (4th edit.; Chicago, 1887), c. II, pág. 26.

observa: "A Constituição americana pretende firmar certas leis fundamentais, que não obrigam só aos cidadãos, mas ao próprio Congresso e às legislaturas dos Estados. Daí provém a anomalia de que o mesmo poder soberano está encadeado. Para bem dizer, não há poder soberano. Os movimentos do Congresso estão limitados por travas. A Constituição fez o que entre nós passaria por impossível: *atou as mãos à legislatura.*" (12)

A maior expressão da sublimidade política desta forma de governo reside no princípio, em que ela acima de todos se inspira, de que, "sob o domínio da democracia não se deve deixar indeterminada nenhuma das importantes questões concernentes ao exercício dos poderes políticos". (13) E, pela própria índole do regimen democrático, no jôgo de seu mecanismo a instituição mais inclinada a excessos e mais formidável nêles é a das assembléias populares. "Não é do executivo", diz um dos melhores críticos da Constituição americana (14), "que se devem temer os maiores perigos. A legislatura é o espírito agressivo. É a fôrça motriz do governo. E, se o poder judiciário não tiver autoridade, que a reprima, de pouca utilidade serão os tribunais como rodas compensadoras neste sistema."

Antípoda a estas verdades, firmando-se descobertamente no pólo oposto a elas, o ministério público faz do Congresso o árbitro da Constituição, a que, pelo contrário, devia estar sujeito segundo as leis de um regimen, onde "a Constituição domina os legisladores tanto quanto os simples cidadãos". (15) É, em suas feições mais brutais, a expressão dêsse cativoiro eletivo, contra o qual se indignava JEFFERSON, exclamando: "Pouco nos importa que o despotismo seja meneado por uma só mão, ou por muitas." (16) Ao passo que, segundo os cânones essenciais dêste sistema, não digo sòmente na pureza de seu ideal, mas na própria realidade natural da adaptação instituída entre

(12) BROUGHAM: *De la Démocratie* (trad. RÉGIS; Par., 1872), c. XXX, pág. 421.

(13) SUMNER MAINE: *Popul. Govern.*, pág. 111.

(14) WOODROW WILSON: *Congressional Govern.*, pág. 35-6.

(15) DE TOCQUEVILLE: *Démocrat.*, I, pág. 168.

(16) *Loc. cit. Federalist*, XLVIII.

nós, o povo mesmo está subordinado à Constituição, cuja reforma não pode efetuar por meras maiorias, o Congresso gira insuperavelmente na órbita da lei fundamental, e o legislador, ainda nas matérias de sua competência incontestável, não crea, abole, suspende, ou modifica direitos, *senão por meio de leis*, — a representação oficial da justiça pública no Brasil acaba de descobrir que as duas câmaras, em deliberações independentes, sem a menor figura de processo legislativo, podem violar autorizadamente a Constituição, autorizando o poder executivo a violá-la.

Por meio de *moções*, sob o pretexto de excepcionalidade das circunstâncias, as câmaras podem resolver o que o próprio *poder legislativo não poderia por meio de leis*.

Praticamente, esta nova escola nos submete a duas constituições: a Constituição escrita, de poderes definidos, estabelecida pela soberania nacional para as situações ordinárias; a *Constituição extraordinária*, decretada pelo arbítrio da maioria de cada uma das casas do Congresso e consistente nesse mesmo arbítrio, direto, ou delegado, para os casos que lhe convenha qualificar de extraordinários.

Tirada em vulgar, esta mirífica inovação quer dizer, pouco mais ou menos: toda a vez que a legalidade, estabelecida para manietar as facções, lhes embaraçar os movimentos, as facções legislarão a sua própria vontade. E, como, vazada no molde legislativo, essa vontade poderia soçobrar, no escolho constitucional, à beira dos tribunais, arredam-se as garantias tutelares, proclama-se francamente a conveniência discricionária, põe-se aos seus ditames a marca de “atos políticos”, e diz-se à justiça: “Aqui cessa a fiscalização judicial, e suspendem-se todos os direitos estabelecidos. *Noli me tangere*.”

Maior prova não se poderia dar de nossa inferioridade moral ao regimen promulgado em 24 de fevereiro do que o triunfo (se êle fôsse possível) de semelhante jurisprudência.

Para baseá-la, seria mister assentar duas premissas crassamente errôneas: primeiro, a legitimidade jurídica das delegações de poder a poder, num sistema constitucional, cuja essência é a discriminação inalterável dos poderes

entre si; segundo, a possibilidade racional da transmissão de faculdades, que o transmitente não possui.

Admitidas, sob certas restrições, nos governos parlamentares, as delegações de arbítrio legislativo à administração pelo parlamento são inconciliáveis (já de sobejo o demonstramos noutra parte) com a substância de um regímen, cuja principal característica está precisamente na inflexibilidade orgânica das leis que traçam essa delimitação fundamental.

Mas ainda nos países parlamentares não se admitiria, em boa doutrina, delegação legislativa, que investisse o chefe do Estado na atribuição de suspender leis ordinárias (quanto mais disposições constitucionais) em pontos concernentes aos direitos do indivíduo.

Na Bélgica, por exemplo, ante o art. 6.º da Constituição, que formalmente nega à coroa a faculdade de suspender a execução das leis, suscitou-se a questão de saber "se está nas mãos da legislatura outorgar ao rei, mediante cláusulas explícitas, a *faculdade de suspender, em certos casos, uma ou outra disposição de lei, especialmente designada*". Pois bem: apesar de tôdas as restrições, que, como se vê, limitam a gravidade do quesito, os juizes mais competentes o resolvem negativamente. É assim que, impugnando a afirmativa, diz uma das maiores autoridades constitucionais daquele país:

"Este sistema, adotado em sentido absoluto, exporia aos mais graves perigos as liberdades públicas. Onde estariam as garantias do corpo social, se, suponhamos, o poder legislativo, por lei especial, delegasse ao chefe do Estado o direito de suspender momentaneamente as leis, que lhe aprovesse?" (Note-se: é exatamente este o alcance, que aqui se está querendo atribuir à famosa moção.) "Basta estabelecer a questão desta maneira", continua o eminente publicista, "para evidenciar que ela deve resolver-se por uma distinção essencial. Nos assuntos, que têm relação necessária com os direitos cívicos assegurados pela Constituição, o poder legislativo evidentemente desconheceria a sua missão, se concedesse ao rei a *faculdade de suspender a seu sabor o efeito das leis*." (17)

(17) THONISSEN: *La Constitution Belge*, pág. 216, n.º 296.

Na Itália há exemplos, não raros, da concessão de faculdades legislativas pelas câmaras ao poder executivo. Mas, em primeiro lugar, essa precaução sempre se confere *sob a forma de leis*, isto é, sob a garantia da multiplicidade das deliberações, do concurso das duas câmaras e da sanção, que associa o chefe do Estado à responsabilidade da medida. Depois, essas autorizações nunca atribuíram ao monarca a licença de preterir direitos constitucionais, E, ainda assim, a opinião estreme de interesses políticos tem profligado sempre essa prática, averbando-a de abusiva e inconstitucional. “Na maior parte dos casos”, escreve um autor dos mais ilustrados, “cumpre condená-la como verdadeira abdicação, irrefletida, ou forçada por invasões administrativas, de funções que o Estatuto confiou taxativamente ao corpo legislativo, não a outrem, que, portanto, devem exercer-se sob as formas, nos moldes e pelas pessoas determinadas no Estatuto. A delegação a estranhos, feita *a priori* e incondicionalmente, soa como aberta violação da carta constitucional e das normas absolutas, nela inscritas, com que as leis devem conformar-se, para obrigar a liberdade dos cidadãos.” ⁽¹⁸⁾

Mas, se, ainda em monarquias parlamentares, como a Itália e a Bélgica, se condenam como ilegítimas as autorizações legislativas em assuntos da competência da legislatura, como não se pronunciaria ali a razão jurídica, se se tratasse de delegações parlamentares em matéria que lhe fica extra-alcance, *em matéria constitucional*?

Substituam agora um parlamento por um Congresso, a monarquia pelo regimen presidencial, um governo de poderes comunicáveis por um governo de poderes intransferíveis; e vejam como, a não estar de todo perdido o senso lógico (para não falarmos no jurídico), se poderia admitir delegação legislativa sobre o direito, *que o delegado não tem*, de suspender a Constituição. Adquirir o que se não possui, *por dádiva de quem o não possui*, seria maravilha maior, perante a razão natural, do que o prodígio divino de transubstanciação, ou o mistério da Trindade. *Dare nemo potest quod non habet, neque plusquam habet*. E,

⁽¹⁸⁾ BERTOLINI: *Lo Stato per gli individui* (Roma, 1889), pág. 74.

todavia, é, nem mais nem menos, o que se pretende, quando se quer tolerar ao Congresso, autoridade subalterna à Constituição, o arbítrio de habilitar o poder executivo, outro instrumento dela, a limitar-lhe, ou interromper-lhe o vigor.

Demos, porém, tudo o que quiserem. Subscrevamos esta inversão do senso comum. O Congresso pode ter o capricho de liberalizar o que lhe não pertence. De acôrdo. E, se o tiver, o donatário adquire o que o doador não possuía. Seja. Mas, pelo menos, seria preciso demonstrar no doador a intenção da liberalidade. Ninguém dá o seu, ou o alheio, sem o propósito de dá-lo.

Ora, onde está o documento dessa autorização, que se anda a sonhar, do Congresso ao governo, para esbulhar cidadãos brasileiros de direitos constitucionais?

Na moção, diz o ministério público.

Mas a moção, aprovada no Senado e na Câmara dos Deputados em 21 de janeiro de 1892, reduz-se, em sua parte deliberativa, a estas palavras:

O Senado... a Câmara... resolve dar por terminados os trabalhos da presente sessão extraordinária, esperando do governo, *em quem amplamente confia*, e que se acha forte pelo apoio de tôda a nação, o emprêgo de *todos os meios, mesmo os mais enérgicos*, que as circunstâncias aconselhem, a fim de manter a ordem, *punir severamente* os que tentarem, ou vierem a tentar, perturbar a paz e tranqüilidade pública, restabelecer o regimen *verdadeiramente federativo*, conspurcado pelo ato de 3 de novembro, e consolidar a república.

Nada mais.

Onde está aqui a permissão de ferir a lei constitucional?

Não há, no texto, uma sílaba, que entremostre êsse pensamento. De onde concluir devo ou que tal pensamento não se teve, ou que, se o tiveram, e o encobriram, é porque se pejaram de enunciá-lo. Na primeira hipótese, não no havemos de emprestar nós às duas câmaras; na segunda, penetrar-lho seria atentado contra o seu próprio pudor. Respeite-se, ao menos, ao Congresso o decoro, que êle quis guardar.

Verdade é que as duas câmaras declaram ali “confiar amplamente” no governo. Mas isso diziam, sob a monarquia, todos os parlamentos a todos os ministérios, sem que

ninguém jamais confundisse *moções de confiança* com delegações legislativas, ou houvesse gabinete, que, por tais manifestações, se julgasse habilitado a revogar leis, quanto mais a abolir direitos constitucionais. E depois, longe de enxergar nessa frase um convite à usurpação, mais plausível seria considerá-la como exortação implícita à manutenção da legalidade; porquanto, na ordem das presunções naturais, confiar numa autoridade é contar com a sua fidelidade à lei de suas funções, aos deveres de seu cargo.

Vejo que a moção animava o presidente ao uso de "todos os meios, mesmo os mais enérgicos". Mas, como o objeto que com eles se tinha em mira, era a preservação da paz, a restauração do *regimen federativo*, a *consolidação da república*, fins todos estes essencialmente ligados à observância da verdade constitucional, a inferência mais razoável nos leva a supor que o propósito das duas câmaras seria recomendar ao governo essa espécie de energia (a mais difícil de todas e a mais rara entre nós), que consiste em não sair da lei, e vencer com a força da lei os embaraços da crise.

Quem interpretará melhor as intenções do Congresso ? O sr. procurador da República, ou eu ?

Vai responder o Congresso mesmo.

Abra o nobre órgão da justiça os *Anais da Câmara dos Deputados*. ⁽¹⁹⁾ Queira folhear o parecer acêrca do projeto n. 22-A, de 1892, relativo ao estado de sitio. Nesse documento, que, sob as assinaturas dos srs. *Felisbello Freire, Glicério, França Carvalho, Chagas Lobato, Dutra Nicácio, Alcindo Guanabara, Epitácio Pessoa* e *Augusto de Freitas*, representa a opinião da mesma maioria, que aprovava a moção de janeiro, ressalta este trecho:

Funcionando então o Congresso, dominado por acontecimentos de tanta gravidade, que era preciso reprimir, para pôr a salvo o princípio da autoridade, encerrava, no dia 21 de janeiro, as suas sessões com a moção ao governo, em que, não lhe delegando nenhuma atribuição, todavia chamava sua atenção para as tendências de uma anarquia, que se tornava preciso domar com toda energia, em defesa dos altos interesses da ordem pública.

⁽¹⁹⁾ Segunda sess. da primeira legislatura, vol. II, pág. 254.

Aí está formalmente declarado, pelo próprio Congresso, que *não delegara* ao poder executivo *atribuição nenhuma*, na moção invocada como fundamento das reformas de 7 de abril.

Labora, portanto, o ministério público no mais deplo-rável engano, no engano mais inexplicável, contraria a verdade material do próprio documento anexo à sua impugnação, quando afirma que por essa moção o Congresso investiu o chefe do Estado "*em poderes extraordinários*".

É a Câmara que assevera, no parecer de 20 de junho, que não lhe deu poderes *de ordem alguma*. Nem é tudo.

Há ainda, na sessão de 1892, outra manifestação da-que-la casa, não menos frisante para as minhas conclusões: é o parecer n.º 7, da comissão de constituição, legislação e justiça, apresentado a 8 de junho e depois aprovado, contra a indicação oposicionista, que propunha um convite ao vice-presidente da República, a fim de pôr termo às medidas de exceção tomadas no Decreto de 12 de abril. Re-provando o alvitre da moção, que alguns sugeriam como expediente para indicar ao chefe do Estado a necessidade de eleger-lhe sucessor, os autores do parecer, exprimindo o pensamento da maioria, que votara a moção de janeiro, ca-racterizam assim a inanidade legal dessa praxe bastarda:

Se o corpo legislativo tem competência, para orde-nar a prática dêste ato, a Constituição *só lhe dá um recurso, de que ele possa lançar mão: é decretá-lo como lei*. Se, por sua natureza, êsse ato não pode ser tradu-zido em lei, então é que êle escapa à ação do Con-gresso. ⁽²⁰⁾

Poder-se-ia proscrever mais vigorosamente o sestro de *legislar por moções*, acolhido com alvoroço pelos que vêm na de 21 de janeiro uma delegação legislativa ao chefe do Estado?

Reflita o honrado órgão da justiça nestoutro lanço, que eu poderia subscrever com enderêço ao meu contra-ditor:

"A Constituição", diz a Câmara, "não quis, nem im-plicitamente, deixar margem, por onde, à custa de repe-

(20) *Ibid.*, pág. 93.

tidas invasões, pudesse ressurgir “essa velha mentira da onipotência parlamentar”, que LABOULAYE acusava de haver perdido tudo em França.” (21)

O ato de 7 de abril, portanto, foi praticado sem assenso prévio do Congresso.

Teve acaso a sua aquiescência posterior ?

Não; porque o parecer de 20 de junho, que examinou os atos de abril, não se ocupa com o decreto de 7; e a sua conclusão, onde se concretiza o voto daquela casa, se limita a estas palavras: “A Câmara, em cumprimento do disposto no art. 80 e no n.º 20 do art. 34, resolve aprovar os atos do governo referentes *aos acontecimentos da noite de 10 de abril* e constantes dos *decretos de 10 e 12* do mesmo mês.” (22)

Logo:

O decr. inconstitucional de 7 de abril é obra exclusiva do chefe do Estado, sem apoio, direto, ou indireto, em voto do Congresso.

II

O ESTADO DE SÍTIO

Pretende a Ré que as demissões e reformas fulminadas pelo Decr. de 12 de abril são legítimas, por constituírem “ato político do poder executivo, praticado no período extraordinário do estado de sítio”.

Ora, a integridade das patentes e a vitaliciedade dos cargos inamovíveis, infringidas por essa medida, exprimem direitos afiançados pela Constituição no art. 72.

Logo, essa teoria supõe que a instituição do estado de sítio investe o governo, que o declarar, na atribuição de abolir temporariamente os direitos solenemente reconhecidos no pacto federal.

Mas semelhante suposição é insustentável; porquanto *nem o poder legislativo mesmo* dispõe de semelhante autoridade.

(21) *Ibid.*

(22) *Ib.*, pág. 263.

O texto constitucional, que determina os efeitos do estado de sítio, é o do art. 80, que estatui :

Poder-se-á declarar em estado de sítio qualquer parte do território da União, suspendendo-se aí *as garantias constitucionais* por tempo determinado, quando a segurança da República o exigir, em caso de agressão estrangeira, ou comoção intestina. (Art. 34, n.º 21).

Reza o art. 34, n.º 21 :

Compete privativamente ao Congresso Nacional:

Declarar em estado de sítio um ou mais pontos do território nacional, na emergência de agressão por forças estrangeiras, ou de comoção intestina, e aprovar, ou suspender, o sítio que houver sido declarado pelo Poder Executivo, ou seus agentes responsáveis, na ausência do Congresso.

Tudo o que, nestas disposições, se permite, pois, ao Congresso, consiste, no máximo, em “suspender *as garantias constitucionais* por tempo determinado”.

Ora, uma coisa são *garantias constitucionais*, outra coisa os *direitos*, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança, política, ou judicial. Os *direitos* são aspectos, manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva, ou nas suas situações de relação com a sociedade, ou os indivíduos, que a compõem. As *garantias* constitucionais *stricto sensu* são as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder.

O notável publicista argentino, que consagrou uma obra *ex-professo* às garantias constitucionais, frisa nitidamente a distinção entre estas e os direitos que elas se destinam a salvaguardar contra certos perigos. “Quando nossa Constituição se refere a *direitos individuais*”, diz êle, “nestes se compreendem todos os que constituem manifestações do indivíduo em si mesmo, nas relações com os demais indivíduos e nas modificações, que conservam, modificam, ou cream os bens; e, quando alude a *garantias constitucionais*, entendem-se *as que protegem e amparam o exercício desses direitos*.” (23) A discriminação é intuitiva.

(23) ALCORTA: *Las garantías constitucionales* (Buenos Aires, 1881), pág. 23.

Noutro lugar torna ao assunto o eminente escritor: "Existem limitações aos *direitos individuais*; mas, para evitar os abusos, que, à sombra delas e por seu efeito, poderiam cometer-se, há também *garantias*, na mesma carta constitucional, que põem ao alcance de todos os prejudicados os meios de conseguir que o direito seja respeitado, e desapareça o abuso." (24)

Um dos mais sábios expositores da teoria política na Europa, ATTILIO BRUNIALTI, professor de direito constitucional na universidade de Turim, indica, em livro aliás elementar, essa discriminação, que aqui parece esquecerem espíritos doutos, a quem não deve falecer a autoridade da ciência, para honrar a autoridade das funções. "As Constituições positivas", escreve o ilustre catedrático, "não se limitam a declarar as *várias liberdades*; também se preocupam, com habilidade maior ou menor, de suas *garantias*, cometendo-as a instituições especiais, ou a preciosas sanções jurídicas." (25)

Na última de suas obras, o insigne expositor belga do governo democrático, a propósito da carta constitucional de seu país, observa:

A Constituição belga resumiu numa fórmula mui precisa as *garantias* contidas em geral nas constituições livres:

Art. 7. É garantida a liberdade individual. Ninguém pode ser processado senão nos casos previstos na lei, e pela forma que ela prescreva.

Salvo o caso de flagrante delito, ninguém pode ser prêso, senão em virtude de ordem motivada do juiz, que se lhe notificará no momento da prisão, ou nas vinte e quatro horas subseqüentes.

Art. 10. O domicílio é inviolável: as visitas domiciliárias só se admitem nos casos da lei e pela forma que ela determina. (26)

Ora, a Constituição belga encerra um título inteiro (o II.^o), dividido em 21 artigos (4 a 24), inscrito sob a rubrica "*Dos belgas e seus direitos*". Mas LAVELEYE não

(24) *Ib.*, pág. 34.

(25) A. BRUNIALTI: *Guida allo studio del diritto costituzionale*, pág. 87.

(26) LAVELEYE: *Le gouvernement dans la démocratie*, vol. I, pág. 131.

confundiu esta noção com a das *garantias*, que, segundo ele, se reduzem propriamente ao disposto nos arts. 7 e 10, aquêles, a saber, onde se estabelecem as solenidades fundamentais do processo contra as prisões arbitrárias e as violações do domicílio particular.

No parlamento brasileiro mesmo já tivemos ocasião de ver exprimir esta verdade essencial, de imenso alcance para os direitos humanos, por um dos espíritos de melhor cultura jurídica, que ali conheço. ⁽²⁷⁾ São estas as suas judiciosas palavras: "Os nossos estadistas e publicistas do tempo do império haviam aprendido com todos os publicistas e jurisconsultos do mundo civilizado a distinguir *garantias constitucionais*, que são *formalidades* prescritas pelas constituições, para abrigarem dos abusos do poder e das violações possíveis de seus concidadãos os *direitos constitutivos da personalidade individual*, e *direitos*, quer individuais, quer sociais, quer políticos, que não são *formalidades* prescritas por constituições, mas atributos da natureza humana, que adquirem um caráter ético na vida superorgânica, sem os quais a sociedade é impossível e, portanto, constituem, fora ou acima das leis políticas, condições absolutamente invioláveis da ordem e evolução sociais."

A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre *direitos* e *garantias*, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. *Direito* "é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar, ou não praticar certos atos". ⁽²⁸⁾ *Garantia*, ou *segurança* de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados, de ocorrência mais ou menos fácil.

Os nossos próprios textos constitucionais estabelecem manifestamente a distinção; pois, ao passo que, rubricando a seção II do título IV, o legislador constituinte lhe chama "*Declaração de direitos*", no art. 80, onde se ocupa com as faculdades anormais do Congresso e do poder executivo durante o estado de sítio, não se refere senão a "*garantias constitucionais*". Que razão de ordem positiva,

⁽²⁷⁾ LEOVIGILDO FILGUEIRAS, discurso no 1.º de ag. de 1892.

⁽²⁸⁾ LITTRÉ: *Grand Dictionnaire*, vol. II, pág. 1245.

de plausibilidade concludente nos autoriza a *sinonimizar* (reletem-me o neologismo) as duas expressões?

Verdade é que também não se encontrará, na Constituição, parte, ou cláusula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução "garantias constitucionais". Mas a acepção é óbvia, desde que separarmos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito. Essa discriminação produz-se naturalmente, de um modo material, pela simples enunciação de cada cláusula no tit. II, sec. II.

É o que se evidencia dêste confronto:

DIREITOS

GARANTIAS

Art. 72. § 1.º "Ninguém pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei."

§ 2.º "Todos são iguais perante a lei."

§ 3.º Liberdade de cultos.

§ 8.º "A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas;

§ 9.º Representação e petição.

§ 10.º "Em tempo de paz, qualquer pode entrar no território nacional, ou dêle sair, com a sua fortuna e bens, como e quando lhe convier,

§ 11. "A casa é o asilo inviolável do indivíduo;

não podendo intervir a polícia, senão para manter a ordem pública."

independente de passaporte."

ninguém pode ali penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei."

§ 12. "Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna,

sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar."

§ 13. "A exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se, senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente."

§ 14. "Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão, ou nela detido, se prestar fiança idônea, nos casos em que a lei admitir."

§ 15. Irretroatividade das leis penais.

§ 16. "Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao prêso e assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas."

§ 17. Direito de propriedade.

§ 18. Sigilo da correspondência.

§ 19. "Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente."

§ 20. "Fica abolida a pena de galés e o banimento judicial."

§ 21. Abolição da pena de morte.

§ 23. Abolição dos privilégios de fôro.

§ 24. Liberdade profissional.

§ 22. *Habeas-corpus*.

§§ 25, 26, 27. Propriedade intelectual e individual.

§ 28. Igualdade religiosa.

§ 30. Votação legislativa do imposto.

§ 31. Júri.

Art. 73. Igualdade perante as funções públicas.

Art. 74. Inamovibilidade dos cargos vitalícios, postos e patentes.

Art. 76. Perda das patentes.

Art. 77. Especialidade de fóro para os delitos militares.

Este cotejo expõe, de um lado, os *direitos*, do outro as *garantias constitucionais*, peculiares a alguns dêles. Essas garantias limitam a ação policial e judiciária no sistema de meios generalizado entre os povos livres para a investigação dos crimes, apreensão dos suspeitos e punição dos culpados. Compreende-se, pois, que nos casos de conflagração social, ou perturbação violenta e ampla da ordem, elas possam neutralizar a ação repressiva do poder público, dificultando-lhe a cada passo o expediente indispensável na luta contra forças extraordinárias, cuja presteza de evoluções reclame reação correspondente ao imprevisto de suas surpresas, ao instantâneo de seus golpes, ao insólito de suas agressões. As fórmulas usuais do processo, nessas crises extremas, podem constituir verdadeiras trincheiras para a anarquia organizada, espalhada e descoberta. Natural era, portanto, que, para anomalias raras e formidáveis como essas, se considerasse necessário limitar, a bem do interesse público, da salvação do Estado, a liberdade individual.

Mas só a *liberdade individual*. E quando me utilizo desta locução, é no seu sentido mais comum, isto é, no seu significado menos lato: "Nosso direito público emprega, em geral, esta expressão, para designar a faculdade, possuída por cada indivíduo, de *dispor de sua pessoa, e obter proteção, ou reparação*, contra prisões ilegais, ou arbitrárias." (29)

(29) M. BLOCK: *Dictionnaire Général de la Politique*, vol. II, pág. 203.

São essas as únicas restrições ao uso dos direitos constitucionais, que as constituições dos povos modernos costumam admitir. Na Prússia, as disposições fundamentais, que podem suspender-se, quer pelo art. 111 da Constituição, quer pela lei de 1853, são : o art. 5, concernente à detenção preventiva; o art. 6, relativo à inviolabilidade do domicílio; o art. 7, que proíbe os tribunais de exceção e as comissões extraordinárias; os arts. 27 e 28, alusivos à imprensa; os arts. 29 e 30, visantes ao direito de reunião e associação; o art. 36, oposto ao emprêgo da força militar na execução das leis sem requisição da autoridade civil. A Constituição austriaca (regulamentada, nesta parte, pela lei de 1869) permite suspender tão-sòmente o art. 8, liberdade individual, o art. 9, inviolabilidade domiciliar, o art. 10, sigilo epistolar, o art. 12, direito de reunião e associação; o art. 13, liberdade de palavra e imprensa. Na de Hamburgo (art. 102) só se tolera a suspensão das leis concernentes aos tribunais, à prisão de cidadãos, às buscas domiciliárias, à imprensa e ao direito de reunião. A Constituição adotada pela Sérvia em 1869 autorizava a suspender os arts. 27, liberdade individual, 28, inviolabilidade do domicílio, 32, liberdade de palavra e imprensa, 111, competência dos tribunais. Em Espanha o art. 31 da Constituição estabelece que não se poderão suspender, no território da monarquia, senão (e isso por meio de lei) as garantias dos artigos 2, 5, 6 (segurança pessoal e domiciliar) e 17, §§ 1, 2 e 3 (expressão do pensamento, reunião e associação). Na França, onde, pelas leis de 9 de agosto de 1849 e 3 de abril de 1878 ⁽³⁰⁾, declarado o estado de sítio, os poderes civis de polícia e manutenção da ordem se transferem para a autoridade militar, as faculdades exercidas por esta, administrativa e judicialmente, não restringem senão a liberdade individual, a liberdade de imprensa e a de reunião. Bem se vê que não cito legislações liberais. Escolho aquelas, onde a instituição do estado de sítio se acha mais severamente militarizada; e, ainda assim, não encontro uma só, onde as faculdades dêsse regímen de exceção interessem outras garantias, além da-

⁽³⁰⁾ *Organisation des pouvoirs publics* (Par., 1889), págs. 251-55.

quelas cuja observância poderia embaraçar a investigação e repressão imediata dos crimes.

Percorro as Constituições da América latina: a do Uruguai (arts. 81, 83, 143); a da República Argentina (arts. 23, 67, § 26, e 86, § 19); a do Paraguai (arts. 9, 72, § 22 e 102, § 17); a do Peru (art. 59, § 20 e arts. 18, 20, 29); a do Equador (art. 60, § 12); a da Bolívia (arts. 26 a 30); a do Chile (art. 36, 6.º), reformada pela lei de 24 de outubro de 1874; e em nenhuma delas encontro, facultados ao poder executivo, ou ao legislativo, outros arbitrios mais que o de restringir as garantias concernentes à liberdade pessoal, ou direito de locomoção, à de reunião, à de associação, à de imprensa. Ainda na do México (art. 29) e na de Venezuela (art. 72, § 15), cujo caráter grosseiramente opressivo desafia a repugnância aos espíritos menos exigentes em matéria de liberdade, sempre se excetua da tirania do estado de sítio a garantia da vida, que, como veremos, não escaparia (nem essa, entre nós), a prevalecer a teoria da defesa.

Em parte nenhuma, portanto (não aludo às exceções odiosas da caudilhagem dissimulada sob formas constitucionais), em parte nenhuma o estado de sítio, ainda marginalizado, produz outra coisa mais do que “a suspensão do curso natural da justiça ordinária”.⁽³¹⁾ E são essas condições da justiça e da liberdade individual as que a legislatura pode submeter a reservas, mais ou menos limitativas, nos casos, para os quais fôr insuficiente a ação estritamente legal da justiça e dos tribunais. Quando a revolução abala seriamente os elementos estáveis da ordem, e o perigo, mais ou menos misterioso em suas origens, mais ou menos temeroso em suas proporções, envolve, ameaça e desafia os poderes públicos, o domínio absoluto de regras, como as que asseguram a liberdade de locomoção, de reunião, de associação, de imprensa, pode tornar-se incompatível com as necessidades superiores de uma sociedade organizada e resolvida a se defender. Nesse caso exige a fatalidade do principio de conservação de todos os organismos inteligentes que o círculo da individualidade se estreite, a bem do supremo instinto da vida coletiva.

(31) RAFAEL GARCIA. Cit. por ALCORTA, pág. 157.

Mas, como o que pode prejudicá-la, é unicamente o desenvolvimento da ação individual em sua expansão ordinária, basta reforçar contra ela as regalias do princípio da ordem, as atribuições, mediante as quais o poder responsável pela segurança pública encalça, captura, detém e remove do teatro da desordem as entidades perigosas.

As garantias constitucionais, portanto, na acepção racional do art. 80, são essas condições de proteção à liberdade individual, que, nos casos de profunda perturbação da tranqüilidade geral, tolheriam, ludibriariam e anulariam a execução da lei. A coluna segunda, no quadro acima exposto, designa-as precisamente. Essas garantias, numa lei regulamentar do estado de sítio, o poder legislativo poderia modificá-las, com mais ou menos parcimônia, mais ou menos rudeza nas exceções, conforme o espírito mais ou menos liberal das assembleias, ou as exigências mais ou menos compressivas da época.

Mas ampliar as faculdades legislativas além da região dessas garantias, estender essas faculdades aos direitos que não colidem, nem podem colidir jamais com os interesses da ordem pública, aos direitos que não há meio, em hipótese nenhuma, de servirem como arma de inquietação e anarquia, aos direitos cuja possibilidade de supressão seria apenas, fôsse em que mãos fôsse, instrumento de cobiças e vinganças, de desumanidades inúteis e crimes perversos, — seria decretar uma Constituição como freio ao legislador e, ao mesmo tempo, franquear ao legislador os recursos mais decisivos para anular essa Constituição.

Não tem a mínima intuição do espírito das Constituições escritas, de seu supremo objeto, de sua razão geral, da parte intransigível de suas leis, quem não compreender que “as exigências da justiça estão longe de ser satisfeitas, quando se põem os cidadãos sob a tutela do poder legislativo”. (32) Se êsses pactos soberanos não “determinassem um círculo de direitos impenetrável à ação do poder público”, ficariam, em todo e qualquer caso, ordinário, ou extraordinário, à mercê do poder, que foram instituídos, para definir e limitar”. Poder-se-á conceber uma Cons-

(32) CAVAGNARI: *Le leggi dell'organizzazione sociale*, página 369.

tituição, que abrace na sanção de suas cláusulas tôdas as liberdades imagináveis, mas que, admitindo a possibilidade de limitá-las tôdas por meio de leis, sugira ela mesma o meio honesto e legal de faltar a tudo o que promete ?” (33)

Mas é precisamente o que sucederia conosco, a ser verdadeira a hermenêutica constitucional do nobre representante da justiça. O direito, cuja supressão foi infligida às vítimas do decreto de 12 de abril, não pertence ao número das *garantias constitucionais*, isto é, às *formas*, processuais, ou políticas, destinadas, em circunstâncias ordinárias, a proteger o indivíduo contra os arbítrios da repressão, mas suspensíveis, sob circunstâncias anormais, pelas necessidades inevitáveis da ordem. Esse direito é uma propriedade pessoal, cuja manutenção não retardaria os passos à polícia, não entibiaria o vigor à administração, não criaria o menor obstáculo à paz. A ação governativa, policial, ou penal, contra os piores revolucionários não funciona menos enérgica, menos acelerada, menos cabal, porque o govêrno se veja obrigado a não violar nos suspeitos um título jurídico, que os não eximiria da prisão discricionária, da seqüestração administrativa, do desterro sem julgamento. Se o Congresso tivesse a faculdade, que o ministério público pretende atribuir ao executivo, de suprimir, a pretexto do estado de sítio, a vitaliciedade assegurada pela Constituição às funções inamovíveis, — pela mesma razão teria a de suspender, durante o estado de sítio, todos os outros direitos, enumerados na declaração geral dêles. Se um é suspensível como “garantia constitucional”, garantias constitucionais hão de considerar-se todos os outros, e, como tais, serão igualmente suspensíveis.

No mesmo capítulo, art. 72, onde se garantem as patentes e os cargos vitalícios, sagrou o Constituição (§ 17) o direito de propriedade. O Congresso arregar-se-á, para os casos de estado de sítio, o direito de confisco. No mesmo artigo (§ 19) a Constituição decreta que as penas não passarão da pessoa do delinqüente. O Congresso responsa-

(33) ALBERDI: *Organización de la Confederación Argentina*, tom. I, pág. 164. *Apud* ALCORTA, *Garantías*, pág. 23.

bilizará os filhos pelos delitos políticos dos pais. No mesmo artigo (§ 20) a Constituição abole as galés. O Congresso abrirá para as revoluções a exceção da calcêta. No mesmo artigo (§ 21) a Constituição extingue a pena de morte. O Congresso reforçará o estado de sítio com o cadafalso. No mesmo artigo (§ 15) se proscree a retroatividade na legislação penal. O Congresso, durante o estado de sítio, criará capitulações e punições novas para fatos anteriores. No mesmo artigo (§§ 7 e 28) a Constituição assegura a liberdade de cultos. O Congresso, dominado por maiorias de seita, fará do estado de sítio ocasião para leis de perseguição religiosa. No mesmo artigo (§ 30) a Constituição proíbe a cobrança de impostos sem voto legislativo. Os Congressos partidários autorizarão as administrações amigas e tributarem sem lei durante o estado de sítio.

E no mesmo sentido, e pelo mesmo motivo, em que e por que se qualificarem de *garantias constitucionais* tôdas as cláusulas da "Declaração de direitos", como *garantias constitucionais* se hão de considerar muitas outras instituições contidas na lei fundamental. Garantia constitucional é a dualidade das câmaras, é a colaboração do chefe do Estado na produção das leis, é a responsabilidade dos funcionários, é a organização da justiça, é a eletividade das funções políticas, são as imunidades parlamentares, são as incompatibilidades eleitorais, são os direitos autonômicos dos Estados. Tudo isso, na significação ampla, segundo os publicistas, cai sob a inscrição geral de *garantias constitucionais*.⁽³⁴⁾ Se o Congresso pode cassar patentes e cargos inamovíveis, em consequência da disposição

(34) "La meno imperfetta costituzione si è nell'ordinamento politico ed amministrativo, cioè nello stesso ordinamento dei poteri pubblici." LUIGI PALMA: *Corso di diritto costituzion.*, vol. III, pág. 17.

Outro publicista europeu, aludindo a estas palavras, diz:

"Se si pensa un momento sopra, si vedrà che questa è la vera libertà, che questa è la vera guarentigia, como benissimo dice l'illustre professore". ARANGIO RUIZ: *Delle guarentigie costituzionali*, pág. XII.

"Un ultimo acenno resta a fare intorno al Gabineto... Qui necessitava intratenersi intorno a siffatto organismo come base della Costituzione, creando in tal modo nei suoi rapporti colla Corona una delle guarentigie fondamentali." *Ib.*, pág. 17.

do art. 80, que o autoriza a suspender as *garantias constitucionais*, pela força da mesma disposição tôdas essas outras *garantias constitucionais* ficam entregues à discricção das maiorias legislativas, que, multiplicando os estados de sítio, convertê-los-ão em instrumento usual das facções, e no decurso dêles, a seu talante, suspenderão tôda a ordem constitucional Por outra: com o estado de sítio cessará a Constituição, substituída pela onipotência do Congresso. Se, porém, tudo isso são absurdos sôbre absurdos, loucuras sôbre loucuras, monstruosidades sôbre monstruosidades, neste caso a irracionalidade das conseqüências, rigorosamente deduzidas, evidencia a irracionalidade da premissa; e o Congresso, pelo mesmo fundamento por que não teria o poder de suspender a Constituição nessas disposições, não tem o de suspendê-la na que apóia o direito de meus clientes.

Mas, se, em relação às faculdades do Congresso, poderia dar lugar a polêmica o indeciso da expressão “garantias individuais”, o mesmo não sucede quanto às faculdades do poder executivo; porque estas, no art. 80, se acham taxadas *literalmente*. Eis o texto :

§ 1.º Não se achando reunido o Congresso, e correndo a pátria iminente perigo, exercerá esta atribuição o poder executivo federal. (Art. 48, n. 15).

§ 2.º Este, porém, durante o estado de sítio, restringir-se-á, nas medidas de repressão contra as pessoas, a impor:

1.º A detenção em lugar não destinado aos réus de crimes comuns;

2.º O destêrro para outros sítios do território nacional.

Deter e desterrar por ato administrativo: tais são, pois, *exclusivamente* as faculdades *extraordinárias* (e gravíssimas), que a Constituição, durante o estado de sítio, permite ao govêrno. O texto é incisivo como uma lâmina de aço e infrangível como um círculo de ferro.

Não sou eu quem o diz. Disse-o *a própria Câmara dos Deputados*, aprovando o parecer formulado, em 8 de junho de 1892, pelos mesmos aplaudidores do estado de sítio : os srs. Guanabara, Felisbelo Freire, Lobato e Glicério.

Aqui estão as palavras da comissão de constituição, legislação e justiça, sacramentadas pelo voto posterior daquela casa:

A decretação do estado de sítio é atribuição privativa do Congresso Nacional. (Art. 34, n.º 21). Não se achando, porém, reunido o Congresso, e correndo a pátria iminente perigo, exercerá essa atribuição o poder executivo federal. (Art. 80). *Nesta hipótese, porém, a Constituição determina a natureza das medidas de repressão, que podem ser usadas.* ⁽³⁵⁾

Dizendo que “a Constituição *determina as medidas de repressão, que podem ser usadas pelo executivo*”, a Câmara evidentemente declarou que o executivo não podia usar medidas de repressão não determinadas. E, como entre as medidas repressivas (detenção e desterro) *não se determina* a de ferir o direito das patentes e dos cargos inamovíveis, estabelecido no art. 74, matematicamente óbvio é que o poder executivo não podia vibrar as reformas e demissões, que decretou a 12 de abril.

Em vão, pois, se alega que o procedimento do chefe do Estado, no exercício dessa função, é *político*, que a sua autoridade, neste particular, é *discricionária*. “La medida y sus aplicaciones son, sin duda, discrecionales, *pero lo son en los límites que la Constitución ha determinado a su respecto.*” ⁽³⁶⁾

Discricionário, político é o poder do presidente da República, *prendendo e desterrando*, no decurso do estado de sítio; porque a Constituição lhe confere a autoridade *política, discricionária*, de prender, e desterrar. E da sua discricção no emprêgo dessa medida política o Congresso, como autoridade política, especificamente preposta a êsse encargo (Const., art. 34, n.º 21), é o único juiz.

Demitindo, porém, e reformando fora dos casos legais, outorga que a Constituição não lhe deu entre as faculdades políticas do art. 80, ou de qualquer outro artigo, o poder executivo não procede política, mas arbitrária, ilegal, extravagante, abusivamente. E, como, no proceder assim,

⁽³⁵⁾ *Anais da Câmara dos Deputados*, 1892, vol. II, pág. 93.

⁽³⁶⁾ ALCORTA, *Op. cit.*, pág. 279.

espezinha direitos individuais, que a Constituição protege contra quaisquer autoridades, o juízo competente acerca de tais abusos já não é do Congresso, poder *exclusivamente político*: é o dos tribunais, órgão exclusivo da justiça, majestade restituidora do direito.

Como recurso político, ainda quando exercido pela própria legislatura, o estado de sítio é necessariamente transitório em seus efeitos. Afasta o perigo, desarmando a ameaça. E, afastado o perigo, depõe as suas faculdades de reação. "*Ogni restrizione cessa coll cessar della causa che l'ha prodotta.*" ⁽³⁷⁾ Logo que se desmanda, acometendo, e aniquilando direitos *permanentes*, o arbítrio repressivo transpõe a esfera política, e invade a esfera civil: a da personalidade, a da propriedade, a da justiça. "Pode exigir imperiosamente a necessidade que se violem direitos", diz ZACHARIAE ⁽³⁸⁾, mas nunca que em lugar do direito se estabeleça a injustiça formal e *duradoura*." Uma faculdade política, destinada a acudir a eventualidades passageiras, perderia o seu caráter natural, infligindo ao direito limitações definitivas. É absurdo que um regime de *exceção* e *ocasião* possa imprimir às suas conseqüências *perpetuidade*. Se o faz, deixou de ser recurso de polícia, ou de política, ou de polícia política: transformou-se em espoliação. E, para a espoliação, os tribunais.

Quando, portanto, o Congresso, o ano passado, aprovou o estado de sítio, declarado em abril, sua intenção não podia ser senão aprovar os atos *políticos* do executivo: as prisões e os desterros. Deve-se presumir que o Decreto de 12 de abril, a que ele se refere, é o que prescreveu prisões e desterros, não o que pronunciou reformas e demissões inconstitucionais. E, se outro foi o propósito do Congresso, se quis legitimar as demissões e as reformas do dia 12, então sobrepôs apenas um abuso a outro; porque dar, com a sua adesão, ao poder executivo autoridade, que a Constituição lhe recusa, que ao próprio poder legislativo não dá, é o que lhe falta absolutamente competência para fazer.

⁽³⁷⁾ ARANGIO RUIZ: *Assedio politico. Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. I, part. IV, pág. 185.

⁽³⁸⁾ *Direito públ. alem.*, tomo II, pág. 153. Cit. por ALCORTA, pág. 279.

Uma inconstitucionalidade não deixa de sê-lo, não se revalida, pelo fato de que a legislatura a subscreva. Nem a circunstância de receber êsse vício o sêlo dos dois poderes políticos o subtrai à jurisdição dos tribunais, ou diminui, em relação a êle, o poder retificador dêstes. Duas inconstitucionalidades coniventes não produzem um ato constitucional.

Aqui findarei, pois, esta secção do meu arrazoado, assentando as teses, que dela decorrem:

A função política do executivo, durante o estado de sítio, reduz-se a prender, e desterrar.

Demitindo e reformando, contra o art. 73 da Constituição, o govêrno exorbitou materialmente da função política.

A aprovação do estado de sítio pelo Congresso, portanto, não cobre as reformas e demissões de 12 de abril.

A ANISTIA

Ainda que supérflua, não quero deixar sem algumas palavras esta face da questão.

Admitamos (hipoteticamente) as erronias, que se advogam a benefício da usurpação de 12 de abril.

Privar de funções inamovíveis, que estabelecem vantagens para o funcionário durante sua vida inteira, é impor penas, e penas *perpétuas*. Tanto mais certa é esta verdade, quanto, como tive ocasião de mostrar, a privação de cargos vitalícios, segundo nossas leis, é invariavelmente consequência de condenações graves. E não há, de mais a mais, dúvida nenhuma que o govêrno, por ocasião do estado de sítio, se arrogou a atribuição de *infligir penas*. É o que êle mesmo expressamente declarou no *Diário Oficial*. ⁽¹⁾

Ora, os fatos de abril foram anistiados por Decreto de 5 de agosto de 1892, que se exprime assim:

“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

(1) *Diário Oficial* de 16 de abril de 1892 (Doc. anexo a estas razões).

dêste ano, declarando em estado de sítio a Capital Federal." (2)

Suponhamos, pois, que essas reformas, que essas demissões foram legítimas. O poder executivo declarara que demitia e reformava êsses cidadãos (Dec. de 12 de abril), por haverem "atentado contra a ordem, envolvendo-se em crime de conspiração e sedição", isto é, nos acontecimentos que motivaram o decreto executivo de 10 de abril. Essa punição, portanto, formalmente ligada, pela autoridade que a impôs, à existência do crime, não pode perdurar, senão enquanto subsista a memória legal da infração.

Mas o Código Penal dispõe:

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

Esta a linguagem de tôdas as legislações.

Não importa essa medida unicamente "a eliminação, o olvido, ou a extinção da acusação, *delectio, oblivio, vel extinctio accusationis*", na linguagem, perfeitamente exata ainda hoje, dos jurisconsultos romanos: "Lei, não de perdão, mas de esquecimento (*lex oblivionis quam Graeci ἀμνηστίαν vocant*), ela não se estende só às penas, senão também aos sucessos, que as determinaram. A *amnestia* grega, o *oblivio* latino, a nossa anistia é a desmemória plena, absoluta, abrangendo a própria culpa em sua existência primitiva. Não só apaga a sentença irrevogável, aniquilando retroativamente todos os efeitos por ela produzidos (3), como vai até à *abolição do próprio crime*, punido, ou punível. *Haec indulgentia perfecta est: ABOLITIO CRIMINUM.*" (4) "Tôda anistia", ensina HAUS (5), "tem por efeito abolir a infração." "Não extingue só a pena: *cancela o delicto*", diz CARRARA. (6) "Tira aos fatos contemplados o

(2) Diário Oficial de 6 de agosto de 1892.

(3) GARRAUD: *Traité du droit pénal français*, vol. II, pág. 145.

(4) CUIJÁCIO, *Ad tit. Cod., de gener. abolit.* e L. I, *Cod. eod. tit.*

(5) *Principes généraux du droit pénal belge* (ed. de 1869), pág. 580, n.º 751.

(6) *Programma del corso di diritto criminale*, P. Gener., vol. II, pág. 199, § 711.

caráter delituoso”, escreve GIACHETTI. ⁽⁷⁾ “Apaga tudo o que antes dela ocorreu; *suprime a infração*, o processo, o julgamento, tudo o que suscetível é de destruir-se.” ⁽⁸⁾ Em suma, na frase de uma sentença proferida pela côrte de cassação de Florença em 16 de março de 1864 ⁽⁹⁾, “subtrai o fato criminoso, redu-lo a passar *como se nunca houvesse acontecido (a far sì che debba ritenersi come non avvenuto)*, tornando impassíveis de qualquer penalidade os acusados”.

A tal ponto oblitera todos os vestígios do caso, que, perpetrando novo delito da mesma natureza, o anistiado não incorre na qualificação de reincidente. ⁽¹⁰⁾ É como se o acusado nunca tivesse praticado ação semelhante.

Sua autoridade vigora imediatamente de pleno direito, *ministerio juris*, de modo que, como lei de ordem geral, ainda quando não invocada, os tribunais, por encargo do officio, têm o dever de applicá-la. ⁽¹¹⁾ Os particulares ofendidos perdem, com ela, o direito à ação criminal. ⁽¹²⁾ Os próprios anistiados não podem recusar-lhe o benefício; porque ela opera de si mesma, em nome do interesse social ⁽¹³⁾, pondo perpétuo silêncio à justiça, assim para a acusação, como para a defesa. Até as custas do processo e as multas pagas ao Estado se restituem. ⁽¹⁴⁾

Numa palavra, “o cidadão é *completamente reintegrado em seus direitos: readquire-os em tôda a sua plenitude. Il cittadino è del tutto reintegrato, e riacquista la pienezza delle sue giuridiche facoltà*”. ⁽¹⁵⁾

⁽⁷⁾ *Dei reati e delle pene in generale* (Fir., 1890), vol. III, pág. 434.

⁽⁸⁾ GARRAUD, *Op. cit.*, pág. 142.

⁽⁹⁾ GAGLIARDI: *Amnistia. Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. I, parte II, págs. 2012-13.

⁽¹⁰⁾ GARRAUD, *ib.*, pág. 145.

⁽¹¹⁾ GAGLIARDI, *loc. cit.*, págs. 2024, 2019.

⁽¹²⁾ Cód. Penal, art. 76. — GAGLIARDI, *ib.*, pág. 2016.

⁽¹³⁾ GAGLIARDI, *loc. cit.*, 2014 n. — GIACHETTI, vol. III, pág. 449 e segs. — GARRAUD, vol. II, pág. 144.

⁽¹⁴⁾ Lei franc. de 2 de abril de 1878, art. 3. — *Grande Encyclopédie*, vol. II, pág. 787. — GARRAUD, vol. II, pág. 145.

⁽¹⁵⁾ ELIA GAGLIARDI, *loc. cit.*, pág. 214.

Em consequência, "tôdas as incapacidades resultantes da condenação desaparecem". ⁽¹⁶⁾ Ou, como diz substancialmente o nosso Código Penal no artigo supratranscrito, "*extinguem-se todos os efeitos da pena*".

Mas, também nos termos do Código Penal brasileiro, art. 55, a perda da função vitalícia é um dos efeitos da pena.

Logo, ainda quando legítima fôsse a incapacidade fulminada contra as vítimas de abril, essa incapacidade cessou fatalmente, independentemente de sentença, ou deliberação administrativa, com a cessação de tôdas as penas, por obra imediata e inevitável da anistia.

Cessou diretamente como consequência instantânea do princípio legal.

Erra, portanto, flagrantemente a Ré em supor que, para a restituição dos demitidos à vitaliciedade extorquida, seria mister um ato revogatório do poder executivo. Ainda concedendo a legalidade dos decretos demissórios, promulgados pelo governo, a força dêsses decretos teria expirado com o ato legislativo da anistia.

E expirou *ipso facto*.

Assim um indivíduo *condenado pelos tribunais* à prisão celular por mais de seis anos e privado, consequentemente, do emprêgo vitalício, que exercesse, readquiri-lo-ia imediatamente, se fôsse anistiado. A reintegração resultaria *ipso jure* do ato legislativo da anistia. Os condenados *pelo arbitrio do executivo* não é que hão de ficar fora da lei, quando para os convencidos por sentença judicial êsse é o preceito absoluto.

Temos, de mais a mais, em nossa história judiciária aresto solene para o caso.

Envolvido na revolução de Pernambuco em 1848, o dr. Jerônimo Vilela de Castro Tavares perdeu, por sentença, a sua cadeira na Faculdade de Direito do Recife. Sobrevindo, porém, a anistia, o dr. Vilela, processado, julgado, condenado, cumprindo já a pena, em que incorrera, regressou para logo ao seu lugar de catedrático.

Era assim nos maus tempos da monarquia. Qual é, sob o novo regímen, a lei, que nos dotou agora com o

(16) BONHOURE, *Grande Encycl.*, loc. cit.

progresso advogado pelo nobre representante da justiça republicana ?

Posso, pois, rematar, deixando assentado que,

Ainda quando legalmente decretadas, as reformas e demissões de abril estariam revogadas pela anistia de 5 de agosto.

A REPARAÇÃO CIVIL

MARBURY, cidadão americano, nomeado juiz de paz do distrito de Columbia nos últimos dias da administração de JOHN ADAMS, com a ratificação do Senado, reclamava, em 1801, perante a Suprema Corte Federal, a expedição de um *mandamus* contra o secretário de Estado MADISON, para o obrigar à entrega de seu título, que o novo presidente lhe sonegava. Pela lei os juizes de paz eram inamovíveis durante cinco anos. Pretendia, pois, o nomeado que a recusa, pelo presidente JEFFERSON, da carta de comissão, já firmada por seu antecessor, importava a privação de um cargo, cuja posse, durante o quinquênio legal, era legalmente inviolável desde a consumação do ato, que o designara, para exercê-lo. ⁽¹⁾ Sentenceando esse pleito célebre, estabeleceu MARSHALL, o oráculo da Constituição nascente, que MARBURY tinha àquelas funções direito legal adquirido, de que o executivo não podia desapossá-lo, e, conquanto o tribunal não pudesse interferir nas prerrogativas da administração, podia e devia intimar o ministro à observância de uma obrigação, que não ficara à mercê do seu arbítrio, estando, como estava, subordinada a leis especiais e a princípios inelutáveis de direito. "O autor", disse o imortal *Chief-justice*, "tem à posse desta comissão direito legal perfeito, de que o executivo não pode expropriá-lo. Foi nomeado para um cargo, do qual não é amovível à vontade do governo: e, uma vez nomeado, é inalienável o direito à investidura." ⁽²⁾

⁽¹⁾ HENRY ADAMS: *The first administration of Thomas Jefferson*, vol. II (1889), pág. 147.

⁽²⁾ JOHN MARSHALL, *Constitutional Opinions*, pág. 20: "The applicant has to that commission a vested legal right, of which the executive cannot deprive him. He has been appointed

Substituí agora um nomeado, que ainda não assumira as suas funções, por outros, que as exerciam de posse antiga. Trocai a inamovibilidade limitada a cinco anos pela inamovibilidade perpétua. E tereis a diferença entre a situação do juiz de paz americano, a favor de quem se proferiu aquêlê aresto indelével, e a dos funcionários brasileiros, em nome dos quais solicito hoje uma sentença, que decidirá da seriedade das novas instituições no seu ponto sôbre todos vital.

Ora, essas diferenças ninguém dirá que sejam em desvantagem de meus constituintes. Eles não reclamam a colação em funções, para que estejam apenas designados: reagem contra a extorsão de uma autoridade, em cujo domínio estavam por antiga investidura. Não pugnam por uma inamovibilidade temporária: reivindicam direitos vitalícios. E (terceira disparidade a seu favor) não pretendem impor ao executivo, por determinação judicial, a revogação do ato demissório: simplesmente requerem dos tribunais a manutenção civil na posse das vantagens de uma fruição, cujo título é inauferível durante sua vida.

A lei, que declara vitalícia uma função, e sagra êsse compromisso com o sêlo supremo da Constituição do país, contrai com o cidadão, sôbre quem êsse beneficio baixa pela instituição legal no cargo, um vínculo jurídico irrevogável. Salvo os casos de caducidade prefinidos na legislação, que reger a matéria, salvo isso, — a estipulação, cujo fôro de inviolabilidade está na lei fundamental, tem o seu termo irreduzível na morte do beneficiado. Antes desta, se êle por sua parte não faltar às obrigações do pacto de perpetuidade, o Estado em hipótese nenhuma tem possibilidade de rompê-lo.

É um verdadeiro contrato, mas um contrato de excepcional solenidade, o que se estabelece assim entre o nomeante e o nomeado. As consequências dêsse contrato nascem da lei. E a lei, a êste respeito, é irretratável. Mas, como o objeto do acôrdo é uma prestação de serviços remunerados, em que um dos contraentes (o serventuário

to an office from which he is not removable at the will of the executive; and being so appointed, he has a right to the commission”.

público) entra com as suas aptidões, e o outro (o Tesouro) com a compensação pecuniária, claro está que, sendo perpétuo o laço contraído, durante o período convencional dêste nenhuma das duas partes pode perder jamais o seu direito *por ato da outra*.

Para o empregado vitalício, portanto, a expectativa, criada a seu favor pelo ajuste, que a nomeação e a posse implicitamente envolvem, constitui, em rigor, *uma propriedade*, o domínio de uma renda, que não pode extinguir-se ao bel-prazer *da parte obrigada a pagar-lha*.

Objeta o ministério público que os vencimentos exprimem *uma função do emprego*, e com a demissão, consequentemente, desaparecem. Distingo. Há emprego e emprego. Nos empregos demissíveis ao arbitrio da administração o empregado não tem o menor direito à estabilidade. A nomeação não lhe dá, portanto, outro direito mais que o de receber o salário, enquanto exercer as funções. A instituição nos cargos vitalícios, porém, firma um estado perpétuo de reciprocidade, obrigatório às duas partes. O vencimento, aí, não é função do cargo: *é função do direito a este*. Se o funcionário resignou o lugar, nesse caso abriu mão do direito, e, com este, foi-se o vencimento, função sua. Mas aquêle, que se obrigou a lhe prestar o vencimento perpétuamente, não pode a seu sabor exonerar-se da obrigação, simplesmente com extorquir o emprego ao outro pactuante. Renunciará, se quiser, *ao seu direito*: os serviços do empregado. Mas não pode eximir-se *de seu dever*: o desembolso da renda, a que se comprometeu por toda a existência dêle.

Nos cargos amovíveis todas as relações jurídicas estão subordinadas a um elemento soberano: a discricção do administrador, que dá e retira, a seu talante, o emprego e, com este, a remuneração. Nos cargos indemissíveis todos os privilégios do poder obedecem a uma condição capital: o título constitucional da vitaliciedade, ante o qual não há discricção administrativa. Se a administração se rebela contra a supremacia dêsse princípio, o seu ato, injurídico, perigoso, desorganizador, produzirá, se entenderem, consequências na esfera *da administração*; mas evidentemente não pode tê-las *na dos direitos adquiridos*, que giram no domínio das leis civis.

Se o nobre representante da justiça tivesse refletido nestas considerações óbvias, irrefragáveis, não viria dizer-me que a minha pretensão arma a "uma flagrante violação da lei, com desrespeito às *mais vulgares noções de direito administrativo*".

Perdoe-me o sr. procurador da República. Não sou eu o panegirista das demissões flagrantemente contrárias à lei e à Constituição republicana. Não sou eu quem canoniza êsses clamorosos atentados contra a legalidade constitucional, sob a invocação da prerrogativa *política* do executivo. E, quanto ao direito administrativo, o que as suas noções mais vulgares ensinam a quem quer que as queira ouvir, é que a administração, que rasga um contrato, poderá desvencilhar-se de um contraente incômodo, mas não se isenta da restituição civil ao prejudicado. Em todos os atos bilaterais, onde se avencem estipulações determinadas, o governo *é parte, como a outra parte*, e, se quebra a fé de sua palavra, incorre na pena de sua impontualidade.

Em todo contrato, a vantagem convencionada a benefício de um dos contratantes *é função dos serviços ajustados a favor do outro*. Mas daqui não se segue que o segundo possa dissolver, quando lhe pareça, o compromisso pecuniário, repudiando arbitrariamente os serviços do primeiro. E, se o faz, há de ressarcir-lho.

São noções triviais de direito administrativo, o nobre procurador da República há de dar-me a honra de reconhecer-lo. E, se o são, bem se está vendo que o seu raciocínio não aproveita, senão para sugerir subsídios ao meu.

A idéia da função inamovível decompõe-se em dois elementos jurídicos: o exercício, obrigação do funcionário, e os vencimentos, obrigação do governo. Legalmente, os dois elementos são inseparáveis, no sentido de que o governo não poderá dispensar a obrigação do funcionário, para se dispensar da sua obrigação. Essa inseparabilidade é a garantia de cada uma das duas partes *contra o arbitrio da outra*. Não pode converter-se, pelo contrário, em instrumento do arbitrio de qualquer dos dois contra o direito do outro coobrigado.

A indissolubilidade dêsse compromisso firma, para o governo, um crédito perpétuo, os serviços do empregado,

e um débito perpétuo, a remuneração. Se lhe apraz desfaltar-se das vantagens de credor, nem por isso se desobriga da condição de devedor. Ora, todo direito imprescritível, que se traduz na percepção de frutos, na fruição de rendimentos, na estabilidade de recursos pecuniários, na certeza de meios de subsistência, constitui, para o seu possuidor, uma verdadeira propriedade, uma propriedade material, como tal juridicamente defensável contra o esbulho, judicialmente demandável contra o esbulhador.

Em vão, portanto, argumenta a Fazenda com a autoridade do ato do executivo, figurando que êsse ato, enquanto não revogado, "não pode deixar de produzir todos os efeitos, *que legalmente dêle decorrem*". De atos ilegais não podem emanar conseqüências legais. Os sós corolários jurídicos de um ato ilegal são a sua nulidade e a responsabilidade de seu autor. O ato ilícito equivale ao ato não feito. *Non fieri vel minime legitime fieri paria sunt*.

A declaração constitucional de um direito importa a proibição de violá-lo, proibição imperativa até para o poder legislativo, quanto mais para o executivo. "Onde a Constituição declara direitos fundamentais", escreve COOLEY, juiz supremo e catedrático de direito nos Estados Unidos, "não se há mister que o texto vede expressamente à legislatura o desconhecê-los. A declaração é implicitamente proibição, e inscreve-se na lei constitucional com o propósito explícito de atuar como restrição ao poder legislativo." ⁽³⁾

O ato praticado contra declarações constitucionais, venha do executivo, ou do legislativo, é nenhum. E, quando "por sentença judiciária" recebe êsse estigma, "considera-se *como se nunca tivesse existido*". A sombra dêle não se podem erigir direitos; os contratos, cuja procedência dêle pender, são irritos; não escusa o procedimento de ninguém, que obre sob sua direção; nem os que lhe recusa-

⁽³⁾ THOMAS COOLEY, *Constitutional limitations*, pág. 210: "Nor, where fundamental rights are declared by the Constitution, it is necessary at the same time to prohibit the legislature, in express terms, from taking them away. The declaration is itself a prohibition, and is insert in the Constitution for the express purpose of operating as a restriction upon legislative power".

rem obediência, *ainda antes da sentença*, incorrerão em pena. Entende-se que *nunca, desde seu começo, lhe assistiu a mínima autoridade legal*". (4) É o princípio comum: *Actus, a principio nullus, nullum producit effectum. Actus, ipso jure nullus, convalescere non potest.*

Essas palavras de ouro, firmadas por um eminente magistrado americano, das quais o ministério público devia fazer a sua leitura de tôdas as manhãs, como expressão prática do princípio de toda a justiça no regimen americano, o princípio de que a lei, "não como idéia abstrata, mas como norma positiva de todos os poderes, é a suprema força no governo", (5) compendiam três dogmas fundamentais de nosso direito político: o de que os atos institucionais do Congresso, ou do poder executivo, são nulos; o de que sua nulidade se autentica pelos tribunais; o de que, pronunciada pelos tribunais, a nulidade abrange toda a existência do ato, retroagindo até à sua decretação, e obliterando-lhe todos os efeitos.

Em face destas verdades rudimentares, que sinceramente não se podem contestar sob as nossas instituições atuais, como argumentar a favor dos efeitos de um ato governativo com a eficácia legal desse mesmo ato, cuja ilegalidade é exatamente o que se demonstra, cuja nulidade é precisamente o que se reclama? Haverá petição de princípio mais palmar, círculo vicioso mais flagrante?

Não é exato, sob este regimen, absolutamente não o é, que "os atos do poder público se mantenham em pleno vigor, enquanto pelos meios regulares e pelo poder competente *não são revogados*". A justiça federal *não revoga* os atos institucionais dos outros poderes; mas é seu

(4) COOLEY, *Const. Limit.*, pág. 224: "When a statute is adjudged to be unconstitutional, *it is as if it had never been*. Rights cannot be built under it; contracts which depend upon it for their consideration are void; it constitutes a protection to no one who has acted under it, and no one can be punished for having refused obedience to it *before the decision was made*. And what is true of an act void *in toto* is true also as to any part of an act which is found unconstitutional, and which, consequently, *is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force*".

(5) ALLEN BUTLER: *The origin of the Supreme Court*. CARSON, II, pág. 605.

estrito dever recusar-se a contribuir para a sua aplicação, isto é, deixar, por essa parte, de aplicá-los, quando lhe surdam por diante, nos casos particulares, submetidos ao seu julgamento. De modo que um decreto, executivo, ou legislativo, poderá durar cem anos no repositório geral dos atos do govêrno, sem revogação do poder competente para revogar, mas invalidado pelas decisões do poder competente para o garantir.

A essas decisões do poder judiciário "os outros dois poderes são subordinados", para me servir da frase de STORY. ⁽⁶⁾ Elas constituem "a lei nacional"; e das resistências, que, por parte do govêrno ou do Congresso, encontrarem os tribunais no exercício dessa função, o *recurso será para eles mesmos*. ⁽⁷⁾ Neste sistema "é a soberania constitucional (*the sovereignty back of the government*) que define e protege os direitos individuais, assim contra tôdas as forças extragovernativas, como contra as invasões arbitrárias do próprio govêrno. A soberania constitucional investe os tribunais da União no poder de interpretar as cláusulas da Constituição concernentes aos direitos e imunidades individuais, abrigando-as contra o arbítrio da legislatura, ou do executivo. É DEVER CONSTITUCIONAL DO EXECUTIVO CURVAR-SE ÀS SENTENÇAS DEFINITIVAS DA JUSTIÇA FEDERAL ACÊRCA DE DIREITOS E IMUNIDADES INDIVIDUAIS, E EXECUTAR AS LEIS DE ACÔRDO COM ESSAS DECISÕES". ⁽⁸⁾

E, se porventura, *como regra extensiva a todos os casos semelhantes*, as opiniões judiciais, que servirem de base a êsses julgados, encontrarem impugnação nos outros dois

⁽⁶⁾ *Commentaries*, I, pág. 276: "There is a final and common arbiter provided by the Constitution itself, to whose decisions *all others are subordinate*; and that arbiter is the supreme judicial authority of the courts of the Union".

⁽⁷⁾ COOLEY, *General Principles of Constit. Law*, pág. 139: "Their judgements thus become *the law of the land* on the points covered by them, and a disregard of them whether by private citizens, or by officers of the government, could only result in new controversy, to be finally determined by the judiciary in the same way".

⁽⁸⁾ BURGESS, *Political Science*, vol. I, pág. 178: "It is the constitutional duty of the executive *to obey* the final decisions of the United States judiciary *in regard to private rights and immunities, and to execute the laws in accordance therewith*".

poderes, como solução do caso *julgado*, pelo menos, a parte preceptiva das sentenças é inviolável e *positivamente coercitiva* para o governo, assim como para a legislatura.

Se as câmaras e o executivo não se considerarem adstritos às interpretações constitucionais adotadas pelos *juizes nos considerandos* do julgamento, há, em todo caso, um ponto capital, superior a controvérsia: o *aresto é soberano na espécie* e obrigatório para as partes, *sejam quais forem*. É o ponto essencial da questão; porque todo indivíduo, lesado por uma lei nos direitos que a Constituição lhe atribui, pode travar lide nos tribunais, e, se êstes lhe derem razão, a lei, notada de inconstitucional, não se lhe aplica. ⁽⁹⁾.

Muito menos colhe ainda a evasiva de que, “se o ato em questão encerra exorbitância administrativa, o chefe do Estado, com decretá-lo, tornou-se passível de acusação, cuja procedência, uma vez reconhecida, importaria na suspensão de suas funções constitucionais”. (Const., art. 53, parágrafo único.) Certamente sobre tal ponto ninguém questiona. Mas a expiação criminal não exclui a reparação civil; nem a jurisdição para conhecer do delito se confunde com a competência para sentenciar sobre a espoliação da propriedade, que êle envolve. Tamanho é o abismo entre as duas idéias que “a isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil”. (Cód. Pen., art. 31.)

Depois, nos crimes da procedência que agora nos ocupa, o fôro constitucional é o do Senado; ao passo que, para a reintegração dos direitos pessoais violados, a alçada própria é a das justiças comuns. O presidente da República poderia ser absolvido criminalmente no fôro de seu privilégio, sem que essa decisão inibisse os tribunais civis de reconhecerem a transgressão de direitos constitucionais, e mandarem restabelecê-los. Isto não só pela natureza da regra, que, ainda nos casos ordinários, firma a independência entre a justiça penal e a civil, entre as sentenças expiatórias do crime e as sentenças reintegrativas da propriedade, — como porque o Senado, em sua capacidade de tribunal de exceção, não exerce, por nenhum título cons-

(9) DE NOAILLES, II, pág. 194.

titucional, a soberania (que a Constituição nega ao próprio corpo legislativo no seu triplice organismo, na sua integridade plena) de cercear o poder dos tribunais federais quanto à defesa dos direitos do indivíduo contra arbítrios do governo, ou do Congresso.

Concluindo, portanto, posso dizer:

Os atos inconstitucionais, que atentam contra a inamovibilidade de funções remuneradas, importam lesão do direito de propriedade.

Logo,

As ações propostas por mim são litígios de ordem puramente civil. ()*

CONCLUINDO:

Se o poder de fazer a lei não compreende o de reformar a Constituição;

Se toda lei, que cerceie instituições, ou direitos, consagrados na Constituição, é inconstitucional;

Se, por maioria de razão, inconstitucionais são as deliberações, não legislativas, de uma câmara, ou de ambas, que interessarem esfera vedada ao poder legislativo ⁽¹⁾;

Se toda medida executiva, ou legislativa, que fôr inconstitucional, é, de sua essência, nula;

Se atos nulos da legislatura não podem conferir poderes válidos ao executivo ⁽²⁾;

Se aos tribunais federais compete declarar a nulidade dos atos legislativos, eivados de inconstitucionalidade ⁽³⁾;

Se a nulidade dos atos inconstitucionais do poder executivo, ou do legislativo, certifica-se por declaração judicial ⁽⁴⁾;

Se, no caso de violação de direitos constitucionais do indivíduo, perpetrada a pretexto de funções políticas, aos

(*) Este capítulo, sob o próprio título que o encima, foi transcrito em sua íntegra no *Diário de Notícias*, de Salvador, Bahia, em sua edição de 3 de agosto de 1904. (N. do Org.).

(1) Ver *supra*, fls. 23-4 destas razões.

(2) Fl. 29.

(3) Fl. 55.

(4) Fl. 61.

tribunais compete verificar se a atribuição política invocada abrange em seus limites a faculdade exercida ⁽⁵⁾;

Se a declaração de nulidade, por quebra de direitos constitucionais, uma vez regularmente provocada, é, para as justiças da União, além de um direito legal, um dever indeclinável ⁽⁶⁾;

Se o meio constitucional de provocar e exercer essa função judiciária são as ações regulares, instauradas e decididas, segundo as formas técnicas do processo, contanto que se aduza a inconstitucionalidade, não como objeto do litígio, mas simplesmente como fundamento da reclamação, e que esta pretenda, não a revogação do ato executivo, ou legislativo, mas a inibição dos seus efeitos no caso vertente ⁽⁷⁾;

Por outro lado,

Se a destituição dos dois lentes exonerados em 12 de abril ataca diretamente a Constituição e as leis federais ⁽⁸⁾;

Se a reforma de militares, decretada a 7 de abril pelo presidente da República, ludibria com escândalo o preceito da Constituição, art. 74 ⁽⁹⁾;

Se as reformas de 12 de abril conculcam, tanto quanto as de 7, o art. 74 da Constituição ⁽¹⁰⁾;

Se umas e outras infringem, ainda, materialmente a Constituição, arts. 77 e 48, nºs 4 e 5;

Se a moção de 21 de janeiro de 1892 não delegou ao Presidente atribuição alguma ⁽¹¹⁾, nem a aprovação, pelo Congresso, do estado de sítio contemplou senão os atos praticados a datar de sua declaração, e, portanto, o decreto inconstitucional de 7 de abril é arbítrio exclusivo do chefe do Estado, sem apoio, direto, ou indireto, anterior, ou posterior, do corpo legislativo ⁽¹²⁾;

⁽⁵⁾ Fl. 94.

⁽⁶⁾ Fl. 55.

⁽⁷⁾ Fl. 80.

⁽⁸⁾ Fl. 99.

⁽⁹⁾ Fl. 102.

⁽¹⁰⁾ Fl. 106.

⁽¹¹⁾ Fl. 117.

⁽¹²⁾ Fl. 119.

Se, quanto aos atos subseqüentes ao estado de sítio, *A função politica do executivo, durante o estado de sítio, reduz-se a prender, e desterrar;*

Se, pois, *demitindo, e reformando, o govêrno exorbitou positivamente da função politica;*

Se, portanto, *a aprovação do estado de sítio pelo Congresso não cobre as reformas e demissões de 12 de abril* ⁽¹³⁾;

Se, de mais a mais, *ainda quando legalmente decretadas, as reformas e destituições de 7 e 12 de abril estariam canceladas pela anistia de 5 de agôsto* ⁽¹⁴⁾;

Se os atos inconstitucionais, *que atentam contra a inamovibilidade de cargos remunerados importam lesão do direito de propriedade;*

Se, por consequência, *as ações propostas são de ordem puramente civil* ⁽¹⁵⁾;

A juridicidade do libelo, na substância e na forma, é irrefragável. É indubitável a competência, e a justiça da reclamação impõe-se com a necessidade das certezas irresistíveis.

Dando, pois, à reclamação de meus clientes a forma e a direção, que lhe dei, longe de confundir esferas constitucionais, de subverter o direito político e administrativo, não fiz mais que usar dêsse instrumento de reparação, natural e comezinho neste regimen, que o mestre germânico do direito americano definiu nestas palavras ⁽¹⁶⁾:

⁽¹³⁾ Fl. 135.

⁽¹⁴⁾ Fl. 139.

⁽¹⁵⁾ Fl. 148.

⁽¹⁶⁾ H. VON HOLST: *Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von America*. Freiburg, 1885 (MARQUARDSEN's *Handbuch des Oeffentlichen Rechts*, IV, Band, I. Halbband, 3. Abtheilung), pág. 35.

“Zunächst musz die Kontroverse die Gestalt eines konkreten Rechtsstreites angenommen haben, um überhaupt vor die Gerichte zu kommen, und ist sie in dieser Form vor sie gebracht, so sitzen sie doch die direkt über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen oder sonstigen Regierungshandlungen zu Gericht, sondern entscheiden über dieselbe gegebenen Falles nur mittelbar durch die Motivirung des Urtheiles in dem konkreten Rechtsstreit. Eigentlich entschieden wird immer nur der Fall und absolut verbindlich für alle Einzelnen und alle staatlichen Gervalten ist darum auch immer nur das Urtheil

“Para ser ouvida nos tribunais, a controvérsia há de assumir a forma de litígio regular. Instaurado êle nestas condições, nem por isso lhes cabe sentencearem *diretamente* acêrca da constitucionalidade das leis, ou de outros atos do govêrno. Se os tribunais se ocupam de questões constitucionais, a propósito da espécie que se oferece, é unicamente no expender os argumentos do julgado. Estritamente falando, apenas se liquida o caso particular; de modo que a decisão obriga a todos os indivíduos e a todos os poderes políticos; mas unicamente nos limites da hipótese ventilada. Aliás, sendo para supor que idêntico será o julgamento em todos os casos análogos, o exame da constitucionalidade das leis, na motivação de uma sentença, importa, de ordinário, em verdadeira sentença, acêrca da constitucionalidade das leis”. (17)

SOLEMNIA VERBA

Desusada é a extensão, que tive de dar a êste debate. Mas não creio, ainda assim, que exceda os limites à atenção, de que é credor. A questão era virgem no fôro brasileiro. Os interesses, que envolve, são, por suas afinidades, dos de mais alto alcance, que já se discutiram perante uma Constituição livre. A doutrina combatida representa uma das maiores degenerações registráveis na história das opiniões políticas. Êsse poder executivo, que tem no seu próprio arbitrio o salvo-conduto para tôdas as afoitezas contra a liberdade individual, que expede contra os direitos constitucionais ucasses de autócrata, inacessíveis à ação da magistratura, que imprime à ilegalidade de seus atos a

über den Fall. Da aber anzunehmen ist, dasz in allen analogen Fällen die gleiche Entscheidung gestält werden würde, hat die Motivirung des Urtheils mit der Verfassungsmässigkeit oder Verfassungswidrigkeit eines Gesetzen in der Regel auch die Wirkung einer wirklichen Entscheidung dieser Fragen.”

(17) É em resultado dessa presunção que se entende, nos Estados Unidos, que uma lei, cuja inconstitucionalidade fôr reconhecida por sentença definitiva da justiça federal, pode ser impunemente afrontada e desobedecida em todo o país, não havendo mais juizes, que a executem. ALEXANDER JOHNSTON: *Judiciary*. LALOR's *Cycloædia of Political Science*, vol. II, pág. 650.

virtude contraditória de gerar efeitos legais, que flameja acima do poder judicial, fulminando penas, cuja severidade os próprios tribunais não poderiam impor, como a privação da vitaliciedade, em casos nos quais o Código Penal a não admite, que torreia a cavaleiro da legislatura, decretando incapacidades, cuja criação ela não poderia legislar, que se entroniza, superior à própria Constituição, na eminência de soberania constituinte, derogando a lei fundamental, cujos mandamentos só o povo constituintemente poderia derogar, essa espécie de monstro novo devia ser cuidadosamente desfibrado. Era mister considerar pacientemente a teratogenia do apocalítico absurdo, e dissecá-lo tecido a tecido, nesse escrupuloso trabalho de histologista que aí tendes.

Ainda agora, ao deixá-lo, fatigado da tarefa de laboratório, os olhos involuntariamente se desviam para as extravagâncias dessa teoria, cuja singularidade hipnotiza, como o capricho de certas anomalias orgânicas, nas quais a natureza parece comprazer-se em zombar de si mesma.

Diante de cidadãos que clamam à barra do tribunal, entre a Constituição e o atentado vitorioso contra ela, quer-se que o poder judiciário profira uma denegação de justiça! Isto, sob instituições de molde americano, cuja feição específica e capital ⁽¹⁾ consiste na sobreeminência do poder judiciário aos outros ramos do governo, por sua competência para rejeitar os atos inconstitucionais de qualquer deles ⁽²⁾, — quando, aliás nas próprias monarquias parlamentares, onde é mal limitada a esfera do executivo, essa autoridade se reconhece aos tribunais a respeito das deliberações deste poder, contrárias à carta fundamental. “Os que negam ao poder judiciário”, diz um dos mais egrégios publicistas italianos, “a faculdade de declarar inconstitucional, como oposto à lei, um ato do poder executivo, raciocinam apenas segundo o critério político, critério que absorve muitas vezes a questão jurídica, quando aliás aqui se trata exclusivamente de di-

⁽¹⁾ H. HITCHCOCK, *American State Constitutions* (N. York, 1887), pág. 56: “This unique and most important feature of our system”.

⁽²⁾ STUART MILL: *Representative Government*, pág. 304.

reito. Exatamente porque, reconhecendo tal faculdade só ao parlamento, não protege o indivíduo, o qual desaparece sempre na questão política, e porque é necessário que todo cidadão encontre o abrigo tutelar da ação jurídica, ou, como dizem os ingleses, que a cada injustiça corresponda o seu remédio legal, cumpre que essa faculdade se confie a um poder *não político*, aplicador exclusivo do direito.”⁽³⁾

Precisamente em sentido contrário, aqui descobriram os apologistas da tirania de abril, mãe legítima do governo de clubes e sedições, que basta rebuçar um abuso da força na fantasia de “ato político”, para condenar ao irremediável os direitos, que ele sufocar.

Por maior garantia de irreparabilidade, imaginaram sobrevestir ao arbítrio do governo o arbítrio do Congresso, acreditando que a gravidade de um atentado se dirime pela colaboração de uma cumplicidade mais alta. Para alterar qualquer das disposições constitucionais feridas nos decretos de abril, o Congresso Federal não teria competência. Precisaria de apelar para uma constituinte. E, todavia, esse mesmo Congresso poderia anular qualquer desses direitos, ou todos eles, conferindo, por moções políticas, ou ratificando, por *bills* de indenidade, ao presidente da República a faculdade ampla de conculcá-los. Não teria meio de reformar a Constituição, porque a faculdade de modificá-la não pertence a nenhum dos poderes, cuja autoridade dela nasce; mas pode aboli-la, conferindo ao executivo carta branca e irresponsabilidade prévia, para quebrar todas as instituições constitucionais, que o contrariarem.

Esses publicistas poderiam falar, em benefício do executivo e das facções deliberantes no Congresso, a linguagem, com que outrora, nos Estados Unidos, se advogou a onipotência das Convenções: “Nós somos a soberania do Estado. Somos o que o povo do Estado seria, se se achasse, como nos achamos, reunidos aqui em assembléia. Somos o que Luís XIV dizia ser: *O Estado somos nós*. Podemos

⁽³⁾ ARANGIO RUIZ: *Delle guarentigie costituzionali* (Nap., 1886), vol. I, pág. 235.

pisar aos pés a Constituição como um trapo inútil de papel; e a ninguém temos que dar contas, senão ao povo.” (4) Mas o interesse, que, em nome do povo, substituindo-se a êle, trovejava essas blasfêmias, era o da grande conspiração, que, em proveito do cativo, convulsionou os Estados Unidos, e culminou, em 1861, na guerra separatista. (5) Não admira que elas renasçam aqui sob os auspícios da guerra civil e da ditadura jacobina. O formulário das usurpações é sempre o mesmo.

Mas, se o código de nossos tribunais não é o direito demagógico, explorado ora pelas sedições, ora pelas ditaduras, em nome da nação, que umas e outras flagelam, — haveis de reconhecer que a dignidade excepcional da justiça, neste regímen, não foi instituída, senão para defender o indivíduo contra a massa, o cidadão contra o poder, a legislatura contra o executivo, o povo contra a legislatura, a Constituição contra as leis, a estabilidade dos direitos fundamentais contra o despotismo administrativo, ou o despotismo delirante, contra a política das secretarias, ou a política das assembléias. “A principal função sua, a mais ampla de todas, está em ser o presidio e o abrigo da Constituição, que a criou como inabalável alicerce jurídico, onde assenta o nosso sistema de governo. Se êsse pacto fôsse deixado unicamente como roteiro à legislatura, para se interpretar e executar à luz de exigências de partido e combinações de ocasião”, dizem os americanos, dentro “em pouco estaria convertido na sombra de uma autoridade sem existência real, fértil em discórdias, que seria incapaz de apaziguar.” (6) A previdência americana viu de longe êsses riscos, e, por evitá-los, “submeteu os direitos individuais à proteção judiciária, não só contra o governo da nação, como contra os representantes do povo”. (7)

(4) JAMESON: *On Constitutional Convention*, pág. 304.

(5) JAMESON, *ib.*, pág. 309.

(6) EDWARD J. PHELPS: *The Supreme Court and the Sovereignty of the people*. CARSON'S *Supr. Court*, II, pág. 687.

(7) *Ibid.*, pág. 691.

HENRY SIDGWICK, *The elements of politics* (Lond., 1891), págs. 343-4: “... the importance of keeping the executive within the restraints of law: since such restraints can hardly

É neste sentido que, temperando o poder ao chefe eleito do governo e ao corpo legislativo, a autoridade dos tribunais, órgão reparador da Constituição, onde se cristaliza a vontade permanente do povo contra seus movimentos passageiros ⁽⁸⁾, pode considerar-se como a verdadeira segurança da soberania nacional. "Pela lógica inexorável dos seus princípios constitucionais veio a passar em julgado que os direitos do povo encontram a extrema e suprema garantia, não na assembléia popular, não em mecanismos de sua feitura, mas, dentre tôdas as instituições do regimen, naquela que mais longe está do alcance popular, e gira, até onde é possível a uma instituição, independente do sentimento público, invulnerável à investida das maiorias. Originária da soberania do povo, é a trincheira do povo contra seus movimentos irrefletidos, contra suas vontades

be expected to be effective; unless the question whether acts done by executive officials are or are not illegal can be referred — *in the last resort* — to the judicial decision of some organ independent of the executive.

"The expediency of making the judicial organ distinct and independent of the legislature is no less obvious, so far as the ordinary legislature is bound to conform to constitutional laws which can only be modified by an extraordinary legislature: since in this case — no less than in that of the executive — the obligation of conforming to the law cannot be effectually enforced, unless there is a judicial body independent of legislature, COMPETENT TO PRONOUNCE ON THE VALIDITY OF LEGISLATION".

Note-se: não é um autor americano; é um publicista da pátria da onipotência parlamentar, a Inglaterra, quem assim se pronuncia categoricamente pela competência indispensável da justiça, para entender da validade das leis ordinárias perante a Constituição.

(8) WILLIAM CRANE and BERN. MOSES, *Politics, an introduction to the Study of Comparative Constitutional Law* (New York, 1884), c. XIV, pág. 198: "When there is a written constitution, and the legislative power is limited to certain enumerated subjects, the question will naturally arise, who shall determine when the occasional will of the nation conflicts with its permanent will? If the decision is left to the legislative department, the legislature will naturally, by construction, extend its power".

transviadas, salvando-o, não de seus inimigos, mas dêle mesmo." (9)

Realizado nas condições orgânicas da nossa magistratura, o princípio de que a justiça deve ser "não menos independente do povo que do governo" (10) habilita o poder judiciário para os deveres excelsos de sua missão, que "tem como princípio e como fim elucidar as intenções do povo no caráter de legislador supremo". (11) Entre a vontade estável da nação, transfundida na lei fundamental por um ato criador, e as efêmeras aspirações das maiorias passageiras, que contendem pela posse da delegação popular, imolando muitas vezes a legalidade ao interesse, os tribunais concretizam, por fortuna da sociedade, o primeiro elemento contra o segundo. "Se o corpo legislativo, sujeito aos acessos desorganizadores da opinião pública, adotar leis inconstitucionais, que meio teremos de preservar a Constituição como contrato vivo e sagrado? Não há durabilidade, ou continuidade regular, na existência jurídica de uma nação, onde não exista um poder, exterior ao legislativo, que decida se este ultrapassou as suas raías." (12) O contrário seria apelar dos partidos para os partidos, dos excessos para os excessos, das reações para as reações. "Se não se estabelecer, nos estados constitucionais, um poder, que vele pela Constituição, e a fortifique contra as invasões da legislatura, ou do executivo, bem cedo a Constituição não será mais que um mero simulacro, eficaz unicamente contra o povo, impotente contra os abusos da autoridade." (13) A justiça flutuará, como a política, ao sôpro das paixões, desonrada no espólio dos triunfos da ambição.

(9) EDWARD J. PHELPS, *op. cit.*, pág. 694.

No mesmo sentido, DAVIS, *American Constitutions*, pág. 62: "... So that to clothe the courts with these unusual powers indicates no distrust of democratic institutions, but rather an appeal from the passions to the better judgement, to the calm conscience of the people".

(10) SHELDON AMOS: *The science of politics* (Lond., 1883), c. VI, pág. 249.

(11) BRYCE: *American Commonwealth*, I, pág. 338.

(12) THEODORE D. WOOLSEY: *Political Science, or the State*, vol. II, pág. 331.

(13) *Ib.*, pág. 333.

“Cidadãos e administradores não se acharão no mesmo terreno perante os tribunais. Os validos do dia suplantarão tudo sob o seu poder, ou corromperão tudo pelo seu valimento; e destarte a máxima fundamental de que a república é um governo de leis, não de indivíduos, acabará por ser tácitamente desmentida, ou abertamente abandonada.” (14)

Dirão talvez que advogo a nacionalização entre nós de praxes arriscadas a despertarem no ânimo dos poderes políticos zelos ameaçadores contra a justiça. O exemplo da União Americana evidencia o contrário. Graças precisamente a essa repressão das inconstitucionalidades legislativas pelos tribunais, as assembleias populares consideram ali o poder judiciário “antes como auxiliar do que como rival”. (15) O poder judiciário de aquilatar as leis, desprezando como nulas as inconstitucionais (refere COOLEY), “e a conscienciosa firmeza, com que êsse dever se observa, tem produzido resultados curiosos e imprevisitos, entre os quais não é dos menos notáveis o modo por que, às vêzes, o corpo legislativo se manifesta propenso a descarregar nos tribunais responsabilidades, que propriamente a êle é que incumbem. Acontece amiúde exigir o clamor público medidas de contestável legitimidade; e homens, cuja posição é dependente da benquerença popular, nem sempre quererão arriscar-se às conseqüências do cumprimento de deveres impopulares. Em tal caso, é natural que sejam levados a consentir na adoção de leis, cuja nulidade percebem, fiados na recusa dos tribunais a executá-las”. (16)

(14) STORY: *Constitution of the Un. States*, vol. II, pág. 425, § 1613.

CHRISTOPHER G. TIEDEMAN, *The unwritten constitution of the United States* (New York, 1890), c. XII, págs. 159-60: “... Mas inúteis seriam todos êsses freios e contrapesos, estabelecidos numa Constituição escrita, se não se predispusessem logo os meios de assegurar-lhes a observância nessa extraordinária e excelsa prerrogativa, que habilita os tribunais a declarar quando contende com preceitos constitucionais o ato da administração, ou a lei do Congresso”.

(15) CARLIER: *La Républ. Américaine*, vol. IV, pág. 129.

(16) COOLEY, n. a STORY, *Commentaries* (BICELOW's edit.), vol. II, pág. 398.

Não obstante o pendor ingênito dos corpos democráticos a receberem suspeitosamente qualquer temperamento ao seu arbitrio, muitas vêzes se tem visto, nos Estados Unidos, “eleitos do sufrágio popular renderem homenagem à magistratura inamovível, encarregada de notar-lhes os atos, e felicitarem-se altamente de sua intervenção benfazeja”. Quando, nos debates sobre a aplicação do *Kansas Nebraska Bill*, os homens do norte e do sul o entendiam contraditoriamente, na Câmara dos Representantes, um deles fulminou a controvérsia com esta interrupção: “Nós fazemos as leis: sua interpretação pertence aos tribunais.”

(17) Em outro debate, na mesma casa do Congresso, um de seus membros mais notáveis pela ciência e pelo patriotismo teve, a êsse respeito, uma linguagem, que os grandes comentadores da Constituição rememoram como clássica. “Tem-se objetado”, disse êle, “que, adotando êste projeto, expomos a medida a ser examinada e rejeitada pelo poder judiciário federal, que poderá qualificá-lo de contrário à Constituição e, portanto, irritado, negando-se a dar-lhe efeito. Esta consideração não me inquieta. Longe estou de impugnar êsse direito dos tribunais, que só me inspira ufania e confiança. A fiscalização dessa autoridade infunde-me resolução mais tranqüila nas questões de natureza constitucional, quando reflito em que, se, por inadvertência, falta de lucidez, ou qualquer outro senão, adotássemos deliberações condenáveis, há, no govêrno, um poder competente, para evitar a aplicação de medidas injustas aos meus constituintes. As leis, que legislamos, interessam à nação inteira e às gerações nascituras. Ê, portanto, uma glória para a Constituição encerrar em si remédio até para os erros legislativos.” (18)

Uma prerrogativa, que tem após si essa história abençoada, que representa essa majestade coroada pelo respeito universal, abonadora de paixões, cicatrizadora de injustiças, conciliadora de conflitos, não devia morrer entre nós, tão carecentes desse remédio, aos seus primeiros ensaios. Ou aliás seríamos um torrão maldito para o bem,

(17) VON HOLST: *Verfassungsgeschichte der Vereinigten Staaten*, t. III, págs. 574-5 n. Apud DE NOAILLES, II, pág. 210.

(18) Cit. em STORY, II, pág. 426.

ainda quando sua prática é tão simples, que está pedindo aos homens apenas um pouco de consciência e honestidade. Na União Americana essa prerrogativa não cessa de crescer, enormemente aumentada por tôdas as reformas constitucionais. ⁽¹⁹⁾ "O período colonial assinalou-se pela dominação do executivo, eclipsando os outros poderes; mais tarde, no calor da revolução, o sentir do povo não admitia senão a absoluta supremacia do Congresso. O fruto sazonado da experiência americana, porém, é essa idéia hodierna do govêrno constitucional, que eleva o poder judiciário a uma posição independente e augusta, colocando a lei, serena, impessoal, impassível, no santuário íntimo do templo, resguardada de contatos profanos." ⁽²⁰⁾

O inglês, soberbo de suas instituições, que geraram, pode-se dizer, a família gloriosa das Constituições modernas, o inglês não oculta a sua inveja por essa criação maravilhosa, que põe a justiça de guarda à lei fundamental, em defesa do poder constituinte, contra a rebeldia dos poderes constituídos. "Confesso que não costumo invejar os Estados Unidos", dizia, há onze anos, LORD SALLISBURY, em Edimburgo. "Mas há um traço, em suas instituições, que me parece digno da maior inveja (*which appears to me the subject of the greatest envy*): é a magnífica instituição da Côrte Suprema. Se os Estados Unidos, se as câmaras ali adotarem qualquer medida infensa à Constituição do país, há um tribunal, que a paralisará; e êste fato dá às instituições nacionais uma estabilidade, que em vão esperamos sob o nosso sistema de vagas e misteriosas promessas." ⁽²¹⁾

⁽¹⁹⁾ LOWELL: *Essays in government*, págs. 56, 57.

"The power lodged with the courts appears to be one of the most stable features of our government; and in fact we are so accustomed to see judicial decisions readily accepted and implicitly obeyed, that we cannot help attributing to them a mysterious intrinsic force. We are naturally in the habit of ascribing to the courts a sort of supernatural power to regulate the affairs of men, and to restrain the excesses and curb the passions of the people." *Ib.*, pág. 127.

⁽²⁰⁾ HORACE DAVIS: *American Constitutions*, págs. 62-3.

⁽²¹⁾ Cit. em ANDREW CARNEGIE: *Triumphant Democracy* (N. York, 1888), pág. 369. — Cf. BRYCE, *American Commonwealth*, págs. 339-40.

Naquela pátria por excelência do gênio da liberdade constitucional, espíritos dos mais refratários a novidades trocariam de bom grado por êsse ascendente do poder judiciário a onipotência do parlamento, se esta instituição soberana, nas Ilhas Britânicas, não encerrasse em si, por uma evolução de mais de sete séculos, a própria Constituição nacional. Os fundadores da Constituição republicana no Brasil, a que na velha Europa não tem de todo faltado a justiça dos competentes ⁽²²⁾, pusemos, no traçar do novo edifício, especial atenção em reproduzir essas linhas do exemplar clássico. E nós bem conhecíamos a verdade, que o ministro dos Estados Unidos em Londres, M. PHELPS ⁽²³⁾, acentuara em seus estudos sobre a organização constitucional de seu país: "Se a Constituição americana estivesse sob a custódia do poder legislativo, e não, como está, sob a do poder judiciário, muito há que já não existiria: teria sido modificada e desfeita pelas ambições pessoais e pelas paixões dos partidos." É de fazer perder a esperança na regenerabilidade de um povo esta conspiração de sofismas, para lhe falsear a grande conquista, no primeiro embate, em que ela se vê, com essas paixões partidárias e essas ambições pessoais, contra cujo trabalho destruidor, aqui como na América do Norte, se instituiu o preservativo da justiça federal.

Ainda espero que os juízes de minha terra não ficarão abaixo de seu papel providencial. Conto que, ao menos no terreno da justiça civil, salvaremos os direitos constitucionais dêste caos de vontades prepotentes; porque, "quando o arbítrio fere sem escrúpulo os homens, que se

(22) LÉON DONNAT, *Critique de la Constitution brésilienne*, pág. 18: "La Constitution brésilienne est rédigée avec soin; la conception en est savante, les divisions en sont bien tracées, le langage en est clair. Nous avons indiqué quelques modifications désirables, laissé entrevoir quelques réserves. Sous le bénéfice de ces observations, suggérées par notre admiration et notre sympathie pour la grande œuvre que le Brésil poursuit en ce moment, nous avons à la fois le désir et l'espérance de voir la Constitution approuvée par le Congrès".

É a Constituição promulgada pelo Governo Provisório em 22 de junho de 1890 que se referiam estas palavras, com que o autor da *Politique expérimentale* remata o seu estudo.

(23) Na *Contemporary Review*.

lhe tornam suspeitos, não é só um indivíduo que êle persegue: é a nação inteira que principia por indignar, e acaba por degradar". (24) Se os tribunais, pela jurisprudência de seus arestos, não refrearem os maus instintos do nosso partidismo, habituando-o a reconhecer no pacto federal uma lei superior aos legisladores, na soberania do povo um princípio que não se confunde com o império dos governos e das assembléias, (25) educando-o no sentimento de que as Constituições não se fazem menos para as épocas tempestuosas do que para os tempos ordinários, de que não há emergência capaz de justificar o uso de poderes não permitidos, (26) não tardará muito em vermos a obra auspiciosa de 1889 e 1890 nivelada ao qualificativo de BURKE sobre a Constituição francesa de 1793: *um digesto de anarquia*. (27)

Se, na frase de WASHINGTON, ao nomear os primeiros membros da Suprema Corte Federal, o poder judiciário, neste régimen, "é a coluna mestra do governo do país", (28) se, ainda nas expressões de WASHINGTON, anunciando a JAY a sua escolha para a presidência do grande tribunal da União, essa instituição grandiosa, adotada por nós, é "a chave de abóbada do nosso edifício político", (29) a majestade incomparável, a preexcelência suprema dessa criação, indubitavelmente a mais importante entre tôdas

(24) BENJAMIN CONSTANT: *Principes de Politique*, ed. de 1861, pág. 145.

(25) JOHN MARSHALL, *Cohens v. Virginia*: "The people made the Constitution, and the people can unmake it. It is the creature of their will, and lives only by their will. But this supreme and irresistible power to make and to unmake *resides only in the whole body of the people*, not in any subdivision of them".

(26) CHARLES A. KENT, *The Supreme Court since 1864*: "Constitutions are made for all times alike, and no emergency can justify the exercise of powers not granted".

(27) "A digest of anarchy".

(28) The Writings of GEORGE WASHINGTON. BY JARED SPARKS, vol. X (Boston, 1836), pág. 35. *Letter to the associate judges of the Supreme Court*: "Considering the system as the chief pillar upon which our national government must rest..."

(29) *Ib.*, pág. 36. *Let. to John Jay*: "... that department, which must be considered as the keystone of our political fabric".

as dos estadistas que fizeram a Constituição americana, ⁽³⁰⁾ reside, em sua essência, na faculdade, reconhecida aos tribunais, de manterem a Constituição contra os excessos do poder, que faz a lei, e do poder, que a executa. Se os juizes brasileiros abdicarem essa autoridade, a Constituição republicana ruirá lamentavelmente num esboramento irreparável, construção magnífica, que desaba em momentos, mal lhe retiraram os simples. É que lhe terá faltado o que não depende da ciência do arquiteto: esse cimento que não se substitui, nem se crea, o elemento humano, a consciência jurídica e a energia moral.

De nada serviria ao povo que suas instituições baixassem do céu, ou fôsem diretamente plantadas por mãos divinas, se a terra, onde caem, não fôsse capaz de produzir a inteireza de ânimo e a coragem do dever, para as executar. O espírito do estadista constrói as garantias; mas, se não houver *homens* no meneio da máquina, “quem garantirá as garantias?”

Não creio que seja chegada a crise extrema de levantarmos esse grito de desespero; porque não posso convencer-me de que este último apêlo aos tribunais de minha pátria morra no deserto. É ainda com um resto de fé que hoje os exoro, pai dirigindo-me a pais, senão em nome do interesse de nossa época, já no ocaso, ao menos no da de nossos filhos, condenados ao amargor dos frutos de nossas fraquezas. “Recordai-vos, juizes”, como dizia d’AGUESSEAU, “que, se sois elevados acima do povo, que vos circunda o tribunal, não é senão para ficardes mais expostos aos olhares de todos. Vós julgais a sua causa; mas êle julga a vossa justiça; e tal é a fortuna, ou a desventura, de vossa condição, que não lhe podeis esconder nem a vossa virtude, nem os vossos defeitos.”

Rio, 31 de março, 1893.

RUI BARBOSA.

(30) JOHN FISKE: *American political ideas viewed from the standpoint of Universal History*, pág. 99.

SENTENÇA

(Caso Almeida Barreto)

Vistos e examinados estes autos... Funda o autor a sua intenção de reparação, na inconstitucionalidade do decreto de 7 de abril de 1892, que o reformou, sem solicitação sua e contra sua vontade no seu posto de Marechal e membro do Conselho Supremo Militar, posto e cargo vitalícios.

A Ré contesta, alegando :

a) que o Congresso conferiu poderes extraordinários ao Poder Executivo, que usou-os a bem da ordem pública, expedindo o decreto de 7 de abril de 1892.

b) que o Congresso soberano aprovou o ato administrativo do Vice-Presidente da República em relação ao autor.

c) que o Executivo quando provê o Serviço Público tem amplitude de esfera, não sendo mero executor da lei.

d) que o Poder Judiciário não tem competência para a causa que se controverte.

e) que não sofre o autor prejuízo, porque, sendo senador, ainda reformado, não tem redução de vencimentos militares.

f) que a anistia não aproveita ao caso controvertido.

Verificadas as razões luminosas de uma e outra parte, julgo procedente a ação do autor para haver os vencimentos vencidos e por vencer durante a sua vida e na totalidade do soldo, etapa, gratificação e criado, na importância mensal de 1:450\$000 (um conto quatrocentos e cinquenta mil reis), porquanto :

I. É manifesta a competência do Poder Judiciário, para dizer em espécie das ofensas do poder político contra os direitos individuais, com preterição das leis e da Constituição;

A) pelas disposições expressas da Constituição Federal e leis :

Compete aos juizes ou tribunais federais processar :

a) as causas em que alguma parte fundar a ação ou a defesa, em disposição da Constituição Federal. (Constituição Federal, art. 60).

Compete aos juizes de secção processar e julgar :

a) as causas em que alguma das partes fundar a ação ou a defesa em disposições da Constituição Federal, ou que tenham por origem atos administrativos do Governo Federal. (Dec. n.º 848, de 11 de outubro de 1890, art. 15).

“Os juizes e tribunais federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisão das autoridades administrativas da União.” (Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13).

B) pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que julgou em espécie o caso de um administrador de rendas preso por autoridade administrativa, concedendo-lhe ordem de *habeas-corpus* contra o determinado no art. 14 da Lei n.º 221,

de 20 de novembro de 1894, considerando este artigo inconstitucional;

C) pelas opiniões da corrente geral dos constitucionalistas, firmando de modo claro e positivo que ao Poder Judiciário, no regime americano (que é o da nossa Constituição) cabe a suprema missão de garantir a verdade constitucional e legal e proteger os direitos individuais contra as exorbitâncias do Executivo e Legislativo.

"O departamento judiciário coloca-se independente entre o Congresso e a Constituição." (LASTARRIA, *Lec. de Polit. Positive*).

"O Poder Judiciário pronuncia-se em última instância quanto à constitucionalidade dos atos e leis do Governo Geral e dos Estados." (STORY — *Comment.*, § 1.576).

O Poder Judiciário, se acha que a lei do Congresso viola a Constituição, pronuncia-se por esta. Mister, porém, é que haja controvérsia entre partes acerca de algum caso sujeito. Dá-se aos cidadãos o meio de tornar efetivos os direitos individuais quando violados por lei contrária a eles; mas ainda que o Tribunal Supremo declare que a aplicação dela no caso debatido é inconstitucional, de nenhum valor nem efeito, não deixa por isso a lei de continuar em vigor. Continua a ser obrigatória para todos, mas cada qual quando lhe chega a vez em caso submetido à justiça, tem o mesmo recurso acima indicado para evitar-lhe a aplicação. (FLORENTINO GONZALEZ, *Lição de Dir. Const.*).

É manifesto, pois, lei ou ato administrativo que ataque um direito subjetivo, o lesado pode recorrer ao departamento judiciário e este tem competência.

II. É completamente inconstitucional o Decreto de 7 de abril de 1892. O art. 74 da Constituição Federal estabelece:

"As patentes, os postos e os cargos inamovíveis são garantidos em toda a sua plenitude". Inamovível e indelimitável, é vitalício, salvo os casos previstos na lei. Os casos da lei são restritos:

- a) limite de idade, voluntária ou compulsoriamente;
- b) incapacidade física, nos termos e processos legais;
- c) mau comportamento habitual.

Não se acha o autor em qualquer destes casos. Exorbitou o poder administrativo, ferindo de frente a Constituição, a lei ordinária, não podendo aproveitar para sanção de seu ato a moção do Congresso de 21 de janeiro de 1892, que virtualmente não conferiu ao governo o direito de ir contra disposições constitucionais, e quando essa interpretação se lhe pudesse dar, seria a moção exorbitante das atribuições do Congresso, taxativamente definidas no cap. IV da Constituição Federal; sendo de salientar que uma simples moção, sem ter os trâmites, não podia delegar nenhuma atribuição. Não há poderes, quer legislativos, quer executivos, com exercício legal, senão dentro das normas constitucionais, lei suprema que domina e avassala todas as outras leis, atos administrativos, decisões judiciárias, desde

que a violem. — A soberania nacional é limitada, porque, sendo um direito, não pode sair do princípio de justiça ou das condições que constituem a vida e progresso da sociedade e seus elementos, de modo que quando a nação exerce a sua soberania para constituir em delegação o poder político, nem ela nem seus delegados se podem apartar do regimen do direito, *nem estes últimos podem exercer outras atribuições que não as que lhes hajam sido expressamente concedidas; pois a delegação não pode ser completa, porque a soberania não é absoluta e é inalienável.* (J. V. LASTARRIA, *Lições de Polit. Positiva*, 8.^a lição). Se o Congresso não podia conferir atribuições que não tinha, *dare nemo potest, quod nisi habet, neque plusquam habet*, o decreto de 7 de abril de 1892 é nulo por vício inconstitucional, e como tal a aprovação posterior do Congresso dada aos atos do executivo não pode torná-lo válido, legal e constitucional.

Não há onipotência no Congresso, como não há no Executivo — têm atribuições constitucionais e legais e fora delas são exorbitantes e seus atos nulos.

Não aproveita também à Ré o fato de não sofrer o autor prejuízo por ser senador e, ainda reformado, não ter redução de vencimentos militares, pois isso não regulariza o que é inconstitucional, além de ser o mandato senatorial temporário e não vitalício.

Pelo exposto, julgo procedente a presente ação, decidindo em espécie a questão, para condenar a Ré a pagar ao autor durante a sua vida os vencimentos vencidos e por vencer como *Marechal e Membro do Conselho Militar, na importância mensal de 1:450\$000, de sôlido, etapas, gratificação de exercício e criado, pela insubsistência com relação à espécie do Decreto de 7 de abril de 1892, e custas.*

Capital Federal, 20 de fevereiro de 1895.

Henrique Vaz Pinto Coelho.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Apelação Cível n.º 112

ACÓRDÃO

É nulo o ato do Poder Executivo que reforma forçadamente um oficial militar, fora dos casos previstos na lei. A Fazenda Nacional é obrigada a pagar os vencimentos e vantagens pecuniárias que deixou de perceber o oficial assim reformado e que serão abonados enquanto perdurarem os efeitos desse ato ilegal.

N. 112 — Vistos, expostos e discutidos êstes autos de apelação cível entre partes, como apelante a Fazenda Nacional e apelado o Marechal José de Almeida Barreto :

Considerando que por decreto de 7 de abril de 1892 o apelado foi reformado sem solicitação sua e contra a sua vontade no posto de Marechal que ocupava no exército;

Considerando que, segundo declara o manifesto à Nação, publicado no *Diário Oficial* de 8 do mesmo mês, a fl. 10, as reformas forçadas do apelado e de outros oficiais do exército e da armada foram decretadas por atos de indisciplina, como medidas necessárias à ordem pública, tomadas dentro da lei e dos poderes extraordinários de que o Congresso Nacional investira o Poder Executivo;

Considerando, porém, que a Constituição não se compadece com medidas de salvação pública, que ela explicita ou implicitamente não autoriza, bem como que, sendo a Constituição a lei fundamental e suprema do país, não pode ser suspensa por lei, e muito menos por moção do Congresso, que somente dela recebe as suas atribuições e poderes;

Considerando que, segundo as leis militares em vigor, os oficiais militares não podem ser forçadamente reformados, senão nos casos expressos nas mesmas leis, pelo que a reforma imposta fora de tais casos, importa violação do art. 74 da Constituição, que garante em toda sua plenitude as patentes, os postos e os cargos inamovíveis;

Considerando que, por atos de indisciplina, o apelado só podia ser reformado, forçosamente, nos termos do art. 2.º, § 3.º da Lei n.º 260, de 1 de dezembro de 1841, isto é, precedendo parecer de um conselho de inquirição composto de três oficiais de patente igual ou superior e consulta do Conselho Supremo Militar, formalidades estas que não foram observadas;

Considerando, outrossim, que a Lei n.º 140, de 18 de julho de 1893, art. 22, mandou respeitar os direitos adquiridos pelos membros do extinto Conselho Supremo Militar, devendo todos passar para o Supremo Tribunal Militar e gozar da vitaliciedade que lhes garante o art. 77, § 1.º da Constituição;

Considerando que, nomeado o apelado Membro do Conselho Supremo Militar por decreto de 8 de julho de 1891 e, não tendo sido legalmente privado dêsse cargo, antes da promulgação da dita Lei n.º 140, por não haver ato administrativo ou sentença que o declarasse de tal cargo destituído, não foi, entretanto, respeitado o seu direito na composição do Supremo Tribunal Militar;

Considerando que o Poder Judiciário da União é guarda da inviolabilidade da Constituição, pois lhe compete conhecer das causas que se fundarem em disposições constitucionais (art. 60 — letra *a* da Constituição) e declarar nulos ou negar efeitos jurídicos aos atos administrativos que forem ofensivos de direitos garantidos pela Constituição e pelas leis (Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13);

Confirmam a sentença apelada para condenar, como condenam, a Fazenda Nacional a pagar ao apelado, na forma da lei, os vencimentos e vantagens pecuniárias que pede na petição inicial a fls. 2, e que lhe serão abonados enquanto perdurarem os efeitos dos aludidos atos ilegais.

Custas pela apelante.

Supremo Tribunal Federal, 19 de setembro de 1895. —
Aquino e Castro, P.

José Higino.

Pereira Franco.

Macedo Soares, vencido na conclusão final.

O libelo é inepto; tal conclusão decorre das suas premissas. Com efeito, sendo como é, inconstitucional o Decreto de 7 de abril de 1892, que reformou o Marechal José de Almeida Barreto, ora apelado, contra a sua vontade e sem a idade compulsória ou outro motivo legal e privou-o do cargo de membro efetivo do Conselho Supremo Militar; com ofensa dos arts. 74, 76 e 77 da Constituição Federal; e sendo por isso nulo e incapaz de produzir qualquer efeito jurídico, pois considera-se como se jamais houvera existido, a consequência é a reintegração do apelado na efetividade do posto e a restituição à sede de juiz, com direito à percepção de vencimentos que deixou de receber durante a vigência do referido decreto e mais pronunciações legais.

E era êsse o único meio de desagravar a sua dignidade de militar ofendida e ressarcir o seu direito em toda a integridade.

Em vez disso, porém, o libelo pede e o Tribunal concede ao apelado uma tença ou pensão vitalícia paga mensalmente na razão de 1:450\$000 (assim foi julgado), sem que o apelado fique reformado, pois o Tribunal anula o citado decreto, sem que reentre na efetividade de seu posto e possa ocupar a cadeira que lhe compete no Supremo Tribunal Militar, pois fica sendo um pensionista do Estado, sem que preste serviço à nação, êle

que não é um inválido, como o demonstra a louvável assiduidade e atividade com que exerce as funções de senador pela Paraíba do Norte.

Ora, o Supremo Tribunal Federal não tem a atribuição de conceder pensões, vitalícias ou temporárias, nem tenças de qualquer natureza, máxime a título de indenização de violência causada pelo decreto de 7 de abril, violência que o próprio Tribunal faz cessar, declarando-o nulo e reparando os seus maléficos efeitos.

A indenização única proveniente da nulidade do decreto é, como dito fica, a reintegração com os seus consecutários jurídicos.

Lúcio de Mendonça, vencido em parte; o cargo de membro do extinto Conselho Supremo Militar e de Justiça não era vitalício; substituído por outro, o apelado foi *ipso facto* demitido, antes que por lei fôsse assegurado aos membros daquele Tribunal o direito de passar com o caráter de vitaliciedade para o Supremo Tribunal Militar; assim, ainda que reintegração fôsse devida ao apelado, esta nunca poderia senão colocá-lo no estado em que se achava ao tempo da demissão e não em estado posterior e mais favorecido.

Por isso só confirmava a sentença apelada na parte relativa ao posto de Marechal do Exército.

H. do Espírito Santo, vencido em parte, nos termos do voto supra.

Fernando Osório, vencido. Votei pela anulação do processo por nêle se ter dado preterição de formalidade essencial, porquanto, sendo parte o Governo da União, não foi ouvido, e somente a Fazenda Nacional.

U. do Amaral, vencido em parte, com o voto do Sr. Ministro Lúcio de Mendonça.

A. Brasiliense.

Fui presente, *Sousa Martins*.

Foi voto vencedor o do Sr. Ministro Pisa e Almeida.



SENTENÇA

(Caso Taumaturgo de Azevedo)

Vistos e examinados êstes autos.

Alega o autor :

a) que a 11 de abril de 1892 era coronel efetivo do corpo de engenheiros;

b) que foi reformado por decreto de 12 dêsse mês no mesmo pôsto;

c) que essa reforma não estava compreendida em nenhum dos casos determinados na legislação;

d) que continua fora do serviço ativo do exército;

e) que depois de reformado não tem prestado serviço militar;

f) que não consta ter solicitado ou recebido patente de reforma;

g) que desde abril de 1892 não tem recebido vencimentos militares;

h) que submetido a conselho de investigação, êste declarou não estar provada a criminalidade do autor, e que os fatos alegados de que lhe resultaram a prisão, reforma e destêrro, não tinham razão de ser;

i) que requerendo conselho de guerra, por aviso de 1.º de fevereiro do corrente ano, do Ministro da Guerra, foi mandado arquivar o conselho de investigação, e não prosseguir no de guerra, por não haverem provas testemunhais de cumplicidade na revolta de 6 de setembro de 1893, e quanto aos acontecimentos de 10 de abril de 1892 por terem passado em julgado pelo conhecimento tomado pelo congresso e pela anistia concedida;

j) que a sua reforma é eivada de inconstitucionalidade, e assim nula em seus efeitos, devendo ser reparado o dano que dela provém, sendo a fazenda nacional condenada a pagar-lhe durante a sua vida, os vencimentos a que lhe assistem de direito como tenente-coronêl efetivo do corpo de engenharia vencidos e por vencer.

Alega a ré :

a) que houve equívoco na declaração dos vencimentos a que tem direito estrito o autor, pois a diferença legal é apenas de 115\$200 réis anuais;

b) que essa diferença não autoriza a ação pois o autor foi demitido por ato político do chefe do poder executivo, dentro do período extraordinário do estado de sítio;

c) que o congresso constitucionalmente aprovou êsse ato, como se vê do *Diário Oficial* de 6 de agosto de 1892;

d) que esse ato ainda não foi revogado, não tendo o poder judiciário competência para fazê-lo;

e) não tendo sido revogado, dêle surtiram todos os efeitos e assim carece o autor de ação para sem flagrante violação da lei e do direito, haver vencimentos de que ficou privado pela reforma.

Verificadas e examinadas as razões brilhantemente desenvolvidas por uma e outra parte e confrontando-as com a Constituição Federal e leis, julgo o autor com direito à ação proposta, porquanto :

a) dos atos inconstitucionais, venham de quaisquer poderes, ofensivos dos direitos individuais, tem o poder judiciário competência para processar e julgar.

Constituição Federal, art. 60; Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13; Decr. 848, de 11 de outubro de 1890, art. 15; LASTARRIA, *Lic. de Política Positiva*, onde diz : "O departamento judiciário coloca-se independente entre o Congresso e a Constituição"; STORY, *Comment.*, § 1576, onde se lê:

"O poder judiciário se pronuncia em última instância quanto à constitucionalidade dos atos e leis do Governo Geral e dos Estados". FLORENTINO GONZALEZ — *Lic. de Dir. Constitucional* : "O Poder Judiciário, se acha que a lei do congresso viola a Constituição, pronuncia-se por esta. É mister, porém, que haja controvérsia entre partes acêrca de algum caso sujeito. Dá-se aos cidadãos o meio de tornar efetivos os direitos individuais, quando violados por lei contrária a êles; mas ainda que o tribunal supremo declare que a aplicação dela no caso debatido é inconstitucional, de nenhum valor, nem efeito, não deixa por isso a lei de continuar em vigor. Continua a ser obrigatória para todos; mas cada qual quando lhe chega a vez, em caso submetido à justiça, tem o mesmo recurso acima indicado para evitar-lhe a aplicação".

É, pois, manifesto e concludente que lei ou ato administrativo que ataque um direito subjetivo, o lesado pode recorrer ao departamento judiciário e este tem competência.

Assim doutrinam os constitucionalistas, estabelecendo de modo claro e positivo, que no regimen americano, (que é o da nossa Constituição) cabe ao poder judiciário a suprema missão de garantir a verdade constitucional e legal, e proteger os direitos individuais contra as exorbitâncias do executivo e legislativo);

b) provou todos os fatos alegados com os documentos de fôlhas 232 e seguintes;

c) é manifesta a inconstitucionalidade do decreto de 12 de abril de 1892 por atentatório dos artigos 74, 77 e 48, ns. 4 e 5, da Constituição Federal, pois as patentes, os postos e cargos inamovíveis são garantidos em tôda a sua plenitude, e inamovível quer na espécie dizer vitalício, e o que é vitalício militar só nas exceções legais de incapacidade física, mau comportamento habitual, condenação à prisão por mais de dois anos e efeito de idade voluntário ou compulsório é que pode sofrer

restrição; e nenhum desses casos se deu com o autor, nem a ré contra esse articulou;

d) não prevalece a aprovação do poder legislativo, pois este ordinariamente não pode modificar, alterar ou ilidir quaisquer artigos da Constituição Federal, e assim não pode ter o direito de aprovar o que contra ela fôr pelo executivo decretado. Não há onipotência dos poderes políticos, que só são curiais e normais dentro da órbita traçada pelo legislador constituinte;

e) Se prevalecesse ainda assim, na hipótese há equívoco da ré, pois a aprovação só contemplou os atos de estado de sítio nos efeitos constitucionais deste;

f) o estado de sítio decretado pelo poder executivo não autoriza arbitrio ou exorbitância, mas restringe as medidas de repressão contra as pessoas — a detenção em lugar não destinado a réus de crimes comuns, e a desterro para outros sítios do território nacional (artigo 48, n.º 15, da Constituição Federal), e não podia ampliar-se à suspensão do art. 74 da Constituição Federal, suprema disposição de sagrados direitos individuais dos militares.

g) a redução do dano alegado pela ré não ilide a ação, pois há apenas diminuição do dano, sem diminuir o mal moral do ato. A revolução inglesa por Hapadin não foi filha do ceitel acrescentado ao preço do pão, mas da violência feita ao direito.

Assim, condeno a ré ao pagamento dos vencimentos do autor, durante a sua vida, como tenente-coronel efetivo do corpo de engenheiros, vencidos e por vencer, e nas custas, pela inconstitucionalidade do decreto de 12 de abril de 1892, que na espécie não prevalece.

Capital Federal, 9 de março de 1895. — *Henrique Vaz Pinto Coelho*.

Ciente. Rio, 14-3-95 — *Graça Aranha*.

Ciente. Rio, 14-3-95 — *Taumaturgo*.

ACÓRDÃO

N.º 116. Vistos e relatados os presentes autos de apelação cível, entre partes apelante a Fazenda Nacional e apelado o Engenheiro Gregório Taumaturgo de Azevedo, deixam de tomar conhecimento da mesma por achar-se prejudicada a ação proposta pelo dito apelado, em vista do Decreto de 14 de novembro de 1895, que, tornando de nenhum efeito o de 7 de abril de 1892, que o havia reformado, o reintegrou na efetividade de seu pôsto, custas em causa.

Supremo Tribunal Federal, 11 de março de 1896.

Pereira Franco, Vice-Presidente.

H. do Espírito Santo.

José Higino.

Ubaldo do Amaral.

Pindaíba de Matos.

Figueiredo.

Macedo Soares.

Fui presente, *Sousa Martins*.



II

A CULPA CIVIL DAS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS

QUESTÃO DO MERCADO DA GLÓRIA

Ação de Perdas e Danos

Antônio Martins Marinhos, Autor

versus

A Fazenda Municipal, Ré

NOTA DO ORGANIZADOR

Em 1892, o Presidente da Intendência Municipal, após ouvir as autoridades da Higiene Pública do Rio de Janeiro, por motivos então alegados, determinou que os locatários do Edifício do Mercado da Glória desocupassem as dependências desse estabelecimento, fixando-lhes prazos regulamentares. Havia a deliberação sido precedida de certa vistoria, pela administração municipal, ao que se presume, sem ciência dos proprietários.

Não sendo atendida a intimação, solicitou o Prefeito Barata Ribeiro, por ofício de 11 de abril de 1893, as providências da Polícia, tendo o respectivo Chefe, Bacharel Bernardino Ferreira da Silva, promovido as diligências indispensáveis a fim de serem postas em prática as medidas requisitadas.

Apesar de executada a resolução, e de ser fundada no estado sanitário do prédio interditado a ordem consumada, cujas condições higiênicas não estariam em situação de permitir o seu uso, foi posteriormente alojado em suas dependências o 1.º Regimento de Artilharia de Campanha da Guarda Nacional, onde permaneceu de setembro de 1893 a novembro de 1894.

A Cia. Obras Públicas e Empresas de Minas Gerais, proprietária do imóvel em questão, por escritura de venda lavrada a 29 de janeiro de 1896, transferiu o seu domínio e posse a novo adquirente — o Sr. Antônio Martins Marinhos, comerciante estabelecido nesta Praça. Além dos direitos inerentes ao ato, eram expressamente transferidos aqueles concernentes à reclamação de indenização suscetível pelos prejuízos decorrentes do fechamento das casas compreendidas no edifício, des-

pejos dos locatários, pela cessação do pagamento de aluguéis, e bem assim todos os que resultaram da ocupação forçada por ordem do governo federal.

Em janeiro de 1897, realizada nova vistoria, concluíram os peritos que, ainda quando fôsse igual às condições atuais o estado do prédio em 1892, não se justificaria o seu fechamento, mas sim prescrição de medidas tendentes a se porem em prática requisitos higiênicos adequados à sua finalidade.

Intentada ação, para o fim de ser o autor indenizado por perdas e danos, e tendo a causa como patrono o Conselheiro Rui Barbosa, teria esta de encontrar sérios obstáculos no fôro do Brasil. Repassada a jurisprudência profundamente da influência do Direito romano; tendo apenas pallidamente ingressado em nosso Direito positivo *ex vi* do art. 13 da Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894; encarada com certa reserva pelas classes jurídicas do País; tendo ainda entre autores consagrados a autoridade de Mantellini (*Lo Stato e il Codice Civile*, vol. I, Firenze, 1880) como principal adversário — teria a tese da culpa civil das administrações públicas, por atos de seus agentes, de sofrer inúmeros reveses e severas impugnações, até que se firmasse definitivamente na consciência jurídica nacional.

Além das inferências provocadas pela monografia de Löning (*Die Haftung des Staats*), do trabalho clássico de Chironi (*La Colpa*), e de outros, há, sem dúvida, uma dissertação que de maneira insuperável contribuiu para as conclusões do Autor, nas três causas versando acêrca do mesmo assunto: é um estudo de Meucci (*Della Responsabilità indiretta delle Amministrazioni pubbliche*), de setembro de 1878, publicado no *Archivio Giuridico*, vol. XXI, págs. 341-406. Lido e relido o exemplar de sua biblioteca, página a página anotada, em diferentes momentos e circunstâncias, tais indícios atestam certamente o poderoso influxo que teve êsse publicista nas idéias do Conselheiro Rui, sem dúvida alguma, no conjunto das três causas (Opúsc. V do tomo IV, do Vol. XXV, e I e II do V), mais do que qualquer outro.

Três são as condições fixadas por Chironi, numa síntese primorosa, para que se verifique a responsabilidade do Estado, as quais, no entender do patrono do autor, estavam sobejamente provadas:

- a) que o ato se cometesse pelo agente no caráter de empregado;
- b) que o ato se praticasse pelo funcionário no exercício das suas funções atribuídas à sua autoridade;
- c) que o ato se praticasse pelo funcionário no exercício do cargo, isto é, nos limites comportados pela sua qualidade de preposto.

O Procurador seccional da Fazenda alegou não se achar o prédio ainda inscrito no Registo de Imóveis, implicando a ausência de tal formalidade legal na falta de legitimidade do autor, e não caber responsabilidade ao Município, mas a seus

agentes. Suscitou êsse ponto de vista do ministério público as *Notas às Alegações* que se seguem às razões finais propriamente ditas.

Seguindo o curso regular, foi a ação julgada procedente em parte, não se conformando com a decisão ambas as partes. Apelaram Autor e Ré, sendo o feito convertido na apelação cível n.º 1.832 e julgada na sessão da Câmara Cível da Côrte de Apelação, de 25 de setembro de 1899, relatada pelo Desembargador Salvador Muniz. Negou-se provimento a ambas apelações, tendo apelantes e apelados interposto embargos, que foram julgados pelas Câmaras Reunidas a 31 de maio de 1900, para o fim de serem desprezados, mantendo-se a decisão de primeira instância.

* * *

Além dos documentos atinentes à ação, há uma inicial de interdito, ora não incluída, em que o autor, Antônio Martins Marinhos, por seu advogado, Conselheiro Rui Barbosa, ameaçado de turbação, e fundado no Liv. III, Tit. 73 § 5.º, das Ordenações, requereu mandado de manutenção de posse em seu favor e de seus inquilinos.

A ameaça consistia na intimação feita pela Higiene Pública para serem desocupados 4 compartimentos do Edifício do Mercado da Glória em princípios de janeiro de 1896.

O Juiz Caetano Pinto de Miranda Montenegro, por despacho de 24-4-1896 (fls. 18-19), considerando que a turbação de posse de que se achavam ameaçados os inquilinos do suplicante era consistente na intimação para fechamento de "depósitos de farinha, carvão, de açougue e casa de pasto", feita pelo comissário de higiene, e, ainda,

que essa intimação não podia ser objeto de contenda judicial, porquanto tal fechamento dependia unicamente do juízo do Diretor Geral de Higiene, por ordem de quem foi feita a mesma intimação, e, finalmente,

que a resolução não continha excesso de poderes, porque era um corolário da legislação anterior que sempre supôs o juízo do Diretor Geral de Higiene como árbitro de tal fechamento (Dec. n.º 9.554, de 3-2-1886, art. 81, §§ 5.º e 6.º; Dec. n.º 169, de 1890, art. 83, n.º IV): resolveu indeferir o pedido de mandado de manutenção de posse, condenando o Autor nas custas.

Não houve recurso da decisão, passando esta em julgado.

O texto ora publicado constitui reprodução do opúsculo aparecido em 1898, salvo no tocante à petição inicial e à réplica, contidas a fls. 8 a 21 e 67 a 70 v., do 1.º volume dos autos de execução de sentença encontrados no Arquivo Nacional (N.º 87, Cx. 47, Gal. A), bem como o acórdão proferido na apelação cível 1.832. Tôda a matéria aqui divulgada e pertinente à célebre questão do Mercado da Glória foi incluída no volume XXV, tomo IV, das OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA [págs. 1 a 106], saído em 1948.



1 — PETIÇÃO INICIAL

Ex.^{mo} Sr. Doutor Juiz dos Feitos da Fazenda Municipal.

ANTÔNIO MARTINS MARINHAS, proprietário do prédio conhecido pelo nome de Mercado da Glória, por contrato de compra e venda feito em fevereiro de 1891 e reduzido a escritura pública êste ano (doc. n.º 1), quer propor contra a Fazenda Municipal a ação de perdas e danos, para a cobrança da indenização a que contra ela tem direito pelos fundamentos que passa a expender.

I

O presidente da Intendência Municipal nomeou, em 19 de outubro de 1892, uma comissão, composta de três pessoas da sua confiança, para inquirir e dar parecer acêrca da adaptabilidade dos aposentos existentes naquele edificio para a habitação dos indivíduos que o ocupavam, número dêles e condições de hygiene do lugar. Em conformidade com as instruções que essa autoridade lhes ministrou (*Diário Oficial* de 20 de outubro de 1892; doc. n.º 2), os seus representantes funcionaram reservadamente, com preterição das regras normais de todo processo, onde quer que se trate de matéria que envolve interêsses ligados ao direito de propriedade, abstendo-se o presidente da Intendência de notificar o proprietário do edificio, — para acompanhar a vistoria, a que nêle se ia proceder, e acautelár nela a sua defesa.

II

Não obstante a indébita exclusão do senhorio do prédio, nessa diligência, cujo resultado se pretendia que servisse de base às medidas radicais imaginadas pelo presidente da Intendência no seu zêlo violento, os peritos por êle nomeados, no laudo que formularam em 5 de

novembro de 1892, expressamente reconhecem que o "edifício se presta a ser ocupado por casas comerciais" (*Diário Oficial* de 9 de novembro de 1892, doc. n.º 3).

III

Quando êsse parecer, pois, colhido numa vistoria clandestina, pudesse ter algum valor jurídico, para habilitar uma autoridade administrativa sob o pretexto da soberania da hygiene, que não exclui a justa defesa dos direitos individuais, a pôr e dispor das do proprietário do mercado da Glória, seria simplesmente para limitar êsse edificio a serventia do mercado, obrigando o seu dono a despejar os locatários, que dêle fizessem vivenda.

IV

Inimigo de meias medidas, porém, o presidente da Intendência determinou, por portaria de 11 de novembro de 1892, a desocupação geral do edificio, mediante esta ordem peremptória e absoluta:

Determino-vos que intimeis a Companhia Obras Públicas e Emprêsas do Estado de Minas Gerais que mande desocupar o edificio do mercado da praça da Glória dos inquilinos, que o mesmo edificio habitam, intimando a cada um o prazo de quinze dias improrrogáveis para mudança (*Diário Oficial* de 12 de novembro de 1892, doc. n.º 4).

V

E para que não restasse dúvida sôbre o alcance das expressões (inquilinos, que o mesmo edificio habitam), evidenciando que elas abrangiam, além dos moradores, as casas de negócios ali estabelecidas, duas portarias, expedidas em 30 de dezembro subsequente ao contador do município, declaram :

Comunico-vos, para os devidos efeitos, que não se permitirão licenças novas, nem em continuação das que vigoram até 31 do corrente mês e ano, para os estabelecimentos, quer comerciais, quer industriais, que funcionam nos próprios municipais denominados Praça da Harmonia e Praça da Glória (*Diário Oficial*, 31 de dezembro de 1892, doc. n.º 5).

VI

Em consequência

A Companhia Obras Públicas e Emprêsas do Estado de Minas Gerais, representada pelo suplicante, seu procurador em causa própria, protestou, perante este juízo, aos 14 de janeiro de 1893, contra o atentado, que lhe vedava a exploração lícita do negócio, a que era destinada a praça da Glória, e levaria os inquilinos de então e os de futuro possíveis a desampararem aquêle mercado. Dêse protesto foram devidamente intimadas as autoridades municipais (Doc. n.º 6).

VII

De nada fêz conta, porém, a intendência, por obras de cujos esforços, substituídos sempre os meios jurídicos pelos arbitrários, os judiciais pelos administrativos, o delegado da circunscrição da freguesia da Glória, avocando as funções de magistrado competente para ordenar despejos de prédios, fêz comparecer a sua presença, em cumprimento de um ofício da chefia de polícia, as últimas pessoas estabelecidas naquele edificio, e intimou-lhes o preceito de deixá-lo, dignando-se, por graciosa indulgência, outorgar-lhes o prazo de 30 dias para a mudança (doc. n.º 7).

VIII

Aliás

Não era ilógico o procedimento da Intendência, abstraído-se completamente nesta série de abusos, do direito de propriedade da Companhia Obras Públicas e Emprêsas do Estado de Minas Gerais, uma vez que o presidente da Intendência partia do engano inexplicável de ser aquêle estabelecimento "próprio municipal" (doc. n.º 5).

IX

Mas,

Contra o que presumia essa autoridade, o mercado da Glória era propriedade exclusiva daquela associação, ces-

sionária dos direitos da Companhia da Praça da Glória, senhora dêles e dos terrenos onde o edificou, não por *cessão gratuita* do municipio, mas a trôco de uma soma pecuniária, mediante a qual os adquirira.

X

Ora,

Desalojando sem distinção os inquilinos que o ocupavam e proibindo, não só a concessão de novas licenças, como a continuação das já concedidas para quaisquer estabelecimentos, industriais, ou comerciais, que ali funcionassem, ou viessem a funcionar, a Intendência burlou completamente o direito em tôdas as suas manifestações.

XI

A violência insistente e infatigável da autoridade municipal, auxiliada pela polícia, não podia deixar de produzir os seus frutos. As casas, de que se mudavam os inquilinos sob a pressão das ameaças policiais, não tornavam a se reocupar. Um contrato de avultadíssimas vantagens para o suplicante, dependente apenas da sua aquiescência para se ultimar, e que devia converter aquêle prédio num soberbo hotel em condições excepcionais de opulência e utilidade, frustrou-se de todo, só e exclusivamente em consequência do procedimento da Intendência e do perigo, por sua parte iminente, de novos atentados contra o direito de propriedade.

XII

Desertado assim, quer pelos habitantes, quer pelo pequeno comércio a varejo, que as ordens do presidente da Intendência dali excluíram, o prédio caiu em desocupação quase completa, acabando por passar como logradouro da autoridade municipal, que por fim se apoderou das suas chaves, e das mãos de um de cujos empregados as recebeu o suplicante em presença de testemunhas no dia dezanove de março do corrente ano.

XIII

Encontrando-o nesse estado, e supondo naturalmente, em face do arbitrio ali exercido pela Intendência, tratar-se de uma propriedade municipal, o govêrno mandou aquartelar no edificio, em setembro de 1893, um batalhão da Guarda Nacional, que se conservou aboletado nêle durante quinze meses, causando-lhe os maiores estragos.

XIV

Agora, ao reassumir a posse do prédio, teria o suplicante que fazer enormes sacrificios para lhe restituir as condições de estabilidade, habitabilidade e prestabilidade comercial, que dêle desapareceram em resultado dêste longo espaço de quase quatro anos, durante os quais o edificio se achou privado da ação conservadora de seu dono e entregue à intrusão daninha das autoridades municipais.

XV

Ora,

Por êsses prejuízos é absolutamente responsável o município, cuja administração lhe deu causa, assim como o é pelo malôgro do contrato supra aludido, pela cessação completa da renda, consistente em aluguéis e luvas, no decurso dêsse período, e pelo dano daí adveniente ao crédito e reputação comercial do suplicante.

XVI

Mas,

O suplicante avalia os danos resultantes do malôgro do contrato frustrado em dous mil contos de réis (2.000:000\$000), as despesas necessárias para a reparação do prédio no mínimo de cem contos de réis (100:000\$000), os lucros cessantes, prejuízos emergentes, segundo a estimativa feita no protesto de janeiro de 1893 (doc. n.º 6), à razão de cento e cinqüenta contos de réis anuais, contados do princípio daquele mês em quinhentos e doze contos e quinhentos mil réis (512:500\$000) até a presente data; o que perfaz tudo a soma de dous mil seiscentos e doze

contos e quinhentos mil réis (2.612:500\$000), à qual, se tem de adicionar a importância das perdas e danos ulteriores até real embólso na mesma proporção de doze contos e quinhentos mil réis mensais, além dos juros da mora do valor em que se orçar na execução o prejuízo causado ao crédito do Autor, como particular e comerciante, que o tem, o merece e o zela.

E, portanto, para que a suplicada seja condenada a lhe ressarcir essas perdas, requer o suplicante a citação dela na pessoa do doutor procurador dos feitos da fazenda municipal, a fim de falar, na primeira audiência dêste juízo, aos termos da ação cujos fundamentos se levam expostos, e acompanhá-la nos seus trâmites ulteriores até final sentença e sua execução.

Rio de Janeiro, 30 de maio, 1896

RUI BARBOSA.

(Com 7 documentos)

2 — RÉPLICA

Replicando a contestação de fls. 23, diz ANTÔNIO MARTINS MARINHAS, contra a Fazenda Municipal,

E S. C.

P. que, tendo o Autor provado, com a escritura legal de compra a fls. 7, o seu direito de proprietário sobre a praça do mercado da Glória, evidentemente não poderia exhibir título mais concludente e cabal para propor esta ação.

P. que, sendo o Autor incontestavelmente o dono dessa propriedade, não se lhe pode negar razoavelmente o mais claro interesse jurídico em demandar por perdas e danos o autor dos prejuízos causados ao patrimônio pela usurpação e nulificação dos seus direitos.

P. que a municipalidade não podia legalmente ordenar, como fêz, a desocupação geral daquele prédio, sob o pretexto da sua insalubridade, quando de mais a mais, a pretensa insalubridade dêle não fôra verificada em condições regulares, notificando o interessado para assistir a exame, e nêle ser ouvido.

P. que muito menos poderia a municipalidade meter-se, como fêz, na posse do imóvel alheio, ocupando-o, como se seu fôsse, pondo e dispondo dêle a seu talante, e, como dono, assenhoreando-se-lhe das chaves, que ao Autor foram restituídas ultimamente por um funcionário municipal, em presença de muitas testemunhas.

P. que tanto não foram as condições higiênicas do imóvel o que determinou a prefeitura municipal a êsse procedimento usurpatório, que alguns dos compartimentos do prédio, sujeitos, como divisão dêle, à mesma nota de insalubridade, se conservaram ocupados, com ciência e consentimento da municipalidade.

P. que, pelos termos da concessão feita aos contratantes daquele prédio, concessão em cujas obrigações e

direitos é sucessor dos primitivos donos o Autor, nada o inibia de permitir que os seus compartimentos tivessem a aplicação que tinham, admitindo inquilinos, quando todos se não pudessem empregar em casas de negócio.

P. que os fatos, de onde resulta o dano, cuja reparação se litiga, não consistiram em excessos individuais, praticados na execução de atos da municipalidade, mas no próprio caráter, objeto e alcance das medidas por ela adotadas na subtração, por ela feita, do uso da propriedade ao seu dono, em prejuízo do qual a reteve, dando-lhe o destino e a ocupação, que lhe aprouve.

P. que o Autor, neste pleito, não se queixa de atos praticados pelo governo da União, mas do procedimento ostensivo, solene e persistente da municipalidade, apropriando-se de um prédio alheio, ocupando-o por agentes seus, e ficando-lhe com as chaves, sinal jurídico da posse em que se imitiu e conservou.

Além do que

P. que, se o governo da União teve ali por algum tempo gente às suas ordens, foi porque o desembaraço, com que a municipalidade dispunha daquele imóvel, o induziu, em dias de comoção e anarquia, a supô-lo simples logradouro municipal.

P. enfim que, à vista das considerações já expostas no libelo e do mais que na liquidação se deduzirá, a indenização pedida, longe de ser fabulosa, é a mais módica que se podia reclamar.

Replicando ao mais por negação

P. que a presente réplica deve ser recebida, e, afinal, considerada provada, para ser condenada a Ré nos termos do libelo.

Protesta-se por todo o gênero de provas judiciais.

Rio, 12 de julho, 1896.

RUI BARBOSA.

3 — RAZÕES FINAIS

Limitou-se a Ré a treplicar por negação (fls. 28 v.); de modo que às lacônicas proposições articuladas na contestação de fls. 23 se reduz quanto por parte da defesa se contém nos autos.

Segui-las, pois, uma por uma, opondo-lhes à brevidade infundada e inconcludente a evidência material e jurídica da causa, será, se nos não enganamos, o melhor método, para firmar de fato e de direito a nossa intenção.

Nessas alegações, que traçarão o rumo às nossas, pretende a ré:

I Que o autor carece de título legítimo, para o ser na ação pendente ⁽¹⁾;

II Que a ação, por sua vez, carece de fundamento:

1.º porque o autor violara o destino da concessão, explorando-a fora dos termos estipulados ⁽²⁾;

2.º porque, transgredindo as leis da higiene pública, obrigara a ré a atalhar o abuso, contra cuja coibição reclama ⁽³⁾;

3.º porque os atos, de que se queixa, são, na sua generalidade, legais e, onde o não são, só poderão envolver a responsabilidade civil do funcionário culpado. ⁽⁴⁾

Rebateremos sucessivamente essas evasivas, demonstrando a responsabilidade civil do município, quer à luz dos princípios da culpa aquiliana, quer à dos da culpa contratual. ⁽⁵⁾

I

FALTA DE TÍTULO

“O autor não provou ter título legítimo, para propor a presente ação e muito menos ter interesse jurídico para

(1) Ver estas razões abaixo.

(2) *Ib.*, pág. 196.

(3) *Ib.*, pág. 199.

(4) *Ib.*, pág. 206-241.

(5) *Ib.*, pág. 241-244.

se pretender ferido pelos atos da municipalidade, contra os quais reclama." Fl. 23.

Na culpa, contratual, ou extracontratual, base da ação de perdas e danos, o elemento necessário é o *facere aut non facere contra jus*, a lesão de um direito.

Na hipótese, o direito, que se averba de lesado, é o do autor como proprietário do mercado da Glória.

O "título legítimo, para propor a presente causa", pois, era o de senhor daquela propriedade. Ora, a petição inicial já se apresentou instruída com a escritura de fls. 7, instrumento pelo qual, aos 29 de janeiro de 1896, a companhia Obras Públicas e Emprêsas do Estado de Minas Gerais transferiu solenemente ao A. o domínio e posse daquele prédio.

Senhora daquele imóvel desde 1890 (fl. 8), a compradora o vendera ao A. em 14 de janeiro de 1891 (1) pela quantia de que nessa data lhe passou recibo, sendo o contrato aprovado, aos 4 de julho de 1894, em assembléia geral da sociedade vendedora, cuja ata se publicou no *Diário Oficial*, e está inscrita em notas do cartório, por onde se lavrou a referida escritura (fl. 8 v. e fl. 9), destinada a dar forma solene à venda contratada e paga dois anos antes.

Mas, se na sua matéria e forma é irrepreensível essa escritura; se ela consigna em termos absolutos a compra pelo A. do mercado da Glória; se não pode haver meio de aquisição mais eficaz do que a compra e venda, quando o vendedor é pessoa hábil para vender e o comprador idônea para comprar; se, tratando-se, enfim, de dano aos direitos de um proprietário no uso e gozo de um imóvel, o critério da competência pessoal, em quem demanda a reparação, consiste na prova da propriedade, ou da posse, não atinamos, para mover este litígio, que outro título se poderia oferecer mais legítimo do que a escritura exibida.

Não acertamos, pois, com a decifração do mistério, a que alude o passo transcrito, salvo se ele calcula jogar, quando a Ré descubra as suas baterias, até agora discretamente mascaradas, com a anterioridade dos fatos, onde a

(1) Docs. a fls. 8 v., fls. 65 v. e fls. 67 v.

petição inicial põe a origem do dano, fixando-os em 1892 e 1893, à compra do prédio em questão, concluída em 1891, mas solenizada em 1896.

Se isso é, porém, o que a R. cogita em argüir (e não lhe vemos outra possibilidade), na própria escritura de fl. 7 se encontra peremptória a resposta. Atesta, com efeito, êsse documento, em têrmos formais, que a Companhia Obras Públicas e Emprêsas do Estado de Minas Gerais vendeu ao A. "todo o domínio, direito, posse e senhorio", que nesse prédio tinha,

"compreendendo nesses direitos o que pertencia a ela outorgante vendedora de reclamar indenização pelos prejuízos resultantes do fechamento das casas compreendidas no mesmo edifício, e intimação indébita aos locatários para se retirarem, com prejuízo de todos os alugueres, e mais tarde ocupação forçada por ordem do govêrno". (Fl. 9.)

Ora, quando, em 1892, o prefeito, a título de exigência de salubridade municipal, ordenou que se desocupasse o mercado da Glória, era sua dona aquela companhia, que o houvera por compra desde 1890 (fl. 8), e a ela por isso dirigiu a prefeitura a intimação para êsse efeito. (Fl. 15)

Proprietária do imóvel e lesada pelo procedimento culposo da autoridade local, a Companhia Obras Públicas e Emprêsas do Estado de Minas Gerais era a titular do direito à indenização pelas perdas e danos.

Cedendo ela, portanto, ao A. êsse direito, pela mesma escritura em que lhe vendeu o imóvel, para o A. se transferiu, com a propriedade dêste, o título daquele.

Nesse título se estriba a ação pendente.

Que outro se imaginará mais legítimo?

Mas, se, por cláusula expressa e categórica de uma escritura solene, ao A. ficou pertencendo, como à sua primitiva dona pertencia, o direito a reparação pelos atos do prefeito municipal em 1892 e 1893 contra o mercado da Glória, não estará *especificadamente* demonstrado com isso o seu "interêsse jurídico, para se pretender ferido por êsses atos"?

Que laia de "interêsse jurídico" será, logo, essa, que a R., com o seu "muito menos", argúi o A. de ter deixado por provar?

Negar demais não revela senão o sistema de negar, cujo tipo clássico nos ficou na franqueza inteiriça daquele réu, que, perguntado sobre o seu nome, fechou imediatamente o interrogatório com esta resposta ao juiz:

“Saberá V. S.^a que eu nego tudo.”

II

CULPA DO AUTOR

§ 1.º

INFRAÇÃO DO CONTRATO

“O aludido prédio tinha grande parte ou a maior dos seus compartimentos ocupados por misteres diversos daqueles, a que eram destinados” (fl. 23 dos autos).

É antiga, da parte da Ré, a pretensão de honestar com essa evasiva os seus abusos contra os proprietários daquele imóvel. Vai já por doze anos que, por ela provocados, os tribunais se tiveram de pronunciar sobre o valor desse pretexto, e então o assunto ficou para sempre decidido por um aresto, que, entre os concessionários do mercado da Glória e a municipalidade, constitui *res judicata*.

É o que provaremos, avivando-lhe a memória, com a certidão ora junta sob n.º 1. Nela se exaram as peças capitais da ação ordinária, onde se proferiu esse julgado, cuja espécie sucintamente recordaremos.

Intentou a câmara municipal desta cidade, em julho de 1886, contra a Companhia da Praça da Glória, a quem a Companhia Obras Públicas e Empresas do Estado de Minas Gerais comprou depois esse imóvel, mais tarde vendido ao A., um pleito, com o declarado intuito de anular a concessão feita, em 1852, a Inácio de Barros Cajueiro, construtor do mercado, e chamá-lo, sem indenização alguma, ao patrimônio municipal, em razão de não ter o concessionário dado àquele prédio o só destino, a que se supunha adstrito. Obrigara-se Cajueiro, alegava o libelo, “a construir, além de obras, uma casa para mercado, com as condições constantes da respectiva planta”, ficando “investido em funções e direitos”, aos quais correspondiam certos “deveres”. Mas, continuava a câmara municipal,

“não serviu o edifício construído para o mister para que foi levantado; e, em vez de mercado, é um vasto cortiço, foco de infecção, dentro da área proibida a tais habitações”.

Respondendo ao alegado, contestava o concessionário, mostrando que “tôdas as suas obrigações tinham sido pontualmente cumpridas”, e, se se malograra o plano de estabelecer ali o mercado, que se projetava, a culpa era só e só da municipalidade.

Transcreveremos:

“Com relação ao mercado a obrigação única, contraída pelo empresário, foi a da construção do edifício para êsse fim destinado e nas condições prescritas, como efetivamente se acha construído, e nunca a de abastecimento do mesmo mercado, nem muito menos a da concorrência diária de vendedores e compradores de frutos, legumes e outros gêneros alimentícios.

“Se efetivamente não funcionava no edifício construído uma praça de mercado, nenhuma culpa cabe ao empresário, nem à companhia cessionária, que não se sujeitaram a um impossível, qual o de coagir uma parte da população a levar para ali os seus gêneros e outra a ir abastecer-se dêles.

“A responsabilidade do insucesso, aliás *todo em detrimento dos interesses da Ré*” (a cessionária do mercado), “corre inteira e exclusivamente por conta da A., *que nunca cogitou da realização das obras complementares do mesmo plano*, as quais se tornavam indispensáveis ao fim, que se tinha em vista, tais como a remoção da grande quantidade de pedras, que obstruem o litoral, e a construção de uma doca para abrigo das pequenas embarcações, que se destinam ao tráfego de um mercado público, sendo fácil de ver que elas não encontram a precisa segurança, nem as facilidades de embarque e desembarque dos gêneros transportados, no ponto de que se trata, totalmente desabrigado e combatido da violência do mar, máxime durante as ressacas que freqüentemente se manifestam em a nossa baía.

“Concluídas, como desde longos anos se acham, as obras estipuladas no contrato, as únicas a que se sujeitou o empresário, *só depende da vontade da A. a inauguração do mercado*, bastando que se disponha a remover os embaraços apontados...

“Se uma não pequena parte do edifício serve atualmente de habitação para as classes pobres, é porque a Ré, bem compreendendo os seus interesses, entendeu não dever deixar em pura perda e absolutamente estacionários os avultados capitais, que ali despendeu, sem rendimento algum, enquanto não fôr permitido dar ao mesmo edifício o destino, para que foi levantado

“Assim procedendo, tem a Ré usado de um direito, desde que se trata de uma propriedade exclusivamente sua.” (Doc. n.º 1).

Na vistoria, a que se procedeu, concordes declararam os peritos:

"Que o contrato de fl. 14 teve plena execução por parte do contratante J. de B. Vieira Cajueiro, hoje representado pela companhia, quanto às obras que deviam ser construídas.

"Que os lugares do cais destinados para embarque e desembarque não estão abrigados para doca, ou outra qualquer obra d'arte, que sirva de ancoradouro às embarcações, que os procurarem para abastecimento do mercado, estando, portanto, expostas às ressacas e violências dos temporais, sem oferecerem nenhuma segurança e precisas facilidades de abrigo e desembarque às referidas embarcações.

"Que o edifício está com os precisos elementos, para funcionar como mercado.

"Que facilmente se compreende que o rendimento atual do edifício, proveniente dos alugueres que pagam os locatários, é naturalmente inferior ao que poderia ser, se nêle funcionasse um mercado regular; sendo certo que, nesse caso, além dos maiores alugueres, a posse de cada banca custaria luvas, que só por si constituiriam avultada renda." (Doc. n.º 1).

Nenhuma prova aduziu a seu favor a câmara municipal. Tão leviano era o seu tentâmen de se apoderar do alheio, aditando a sua fazenda com a aquisição gratuita de um edifício valioso, erigido a custa alheia, e a reabsorção violenta dos terrenos, que para essa construção ela própria vendera ao edificador. É que as pessoas públicas, entre nós, ainda não esqueceram a moral do "errar e agarrar", legada às nossas autoridades fiscais pelo erário del-rei.

Mas, como entre a bolsa dos particulares e a mão do fisco ainda há juizes, o da primeira vara cível, em 3 de março de 1886, proferiu sentença, denegando à municipalidade todo o direito pleiteado, e reconhecendo expressamente à Ré o de alugar para casas de habitação os aposentos daquele edifício, enquanto o município não cumprir, de sua parte, os compromissos, a que se empenhara, para lhe dar as condições essenciais à sua exploração como praça de mercado.

Eis as palavras do magistrado nessa decisão:

"Ficou patente que o edifício construído tem o característico de mercado público, de acôrdo com os estilos da época em que foi construído e com todos os elementos essenciais para

promover o mercado, tendo sido, portanto, observada a cláusula do contrato.

“O fato de aí não funcionar o mercado não é por culpa da Ré, que não pôde obrigar a população a ir ali pôr a venda os produtos de sua lavoura; fato êsse, que não lhe deve prejudicar, pois que, segundo respondem os peritos, os seus lucros seriam maiores, se aí funcionasse tal mercado.” (Doc. n.º 1).

A esta sentença não se opôs a câmara condenada, antes formalmente a aceitou, desistindo, por termo nos autos, dos recursos legais. (Doc. n.º 1)

É matéria julgada, pois, e com o explícito assenso da Ré, a faculdade, para os senhores daquele prédio, enquanto a câmara não construir o cais e a doca, de usufruí-lo por aluguer de seus cômodos para moradia particular.

A tal respeito já não lhe era lícito suscitar questão, se ainda não foi revogado o princípio de que a coisa julgada constitui lei entre as partes.

§ 2.º

INFRAÇÃO DA HIGIENE

“Os atos da municipalidade foram tendentes a impedir que o mercado da Glória se tornasse um foco de moléstias infecciosas.

“O aludido prédio... achava-se em deplorável estado sanitário...

“A Ré não pode ser responsável por atos praticados pelo próprio A., que, se tivesse obedecido às prescrições higiênicas (por si ou por seus antecessores na posse do imóvel, certo teria evitado os fatos, de que se queixa.” (Fl. 23).

Já em 1886, no pleito com que nos acabamos de ocupar, se socorria a câmara municipal à fábula da insalubridade dêsse prédio, da sua influência deletéria sobre a vizinhança.

De “foco de infecção” qualificava-o, naquele tempo, o advogado do município, e assim o torna a classificar hoje o município, chamando-lhe, pelo seu ilustre procurador, “foco de moléstias infecciosas” (fls. 23). Daquela vez terminou a pendência sentenciando a justiça “não existirem focos de infecção” (doc. n.º 1), verdade que o município subscreveu, conformando-se solenemente com

o julgado. Desta, não tendo feito mais que reincidir na mesma inexação, terá de receber, pela prova dos autos, a mesma repulsa.

A duas vistorias se procedeu no feito, uma de engenheiros, outra de médicos; e em ambas a opinião predominante se volta de todo em todo contra a Ré, tendo os dois desempatadores, na primeira, como na segunda (fls. 126 e 127), abraçado a opinião dos peritos favoráveis ao A. (Fls. 74, 77, 105 e 116).

Interrogados pelo representante da fazenda municipal acêrca do abandono, em que se achava o prédio, e a época, de que devia datar essa condição, os engenheiros (fls. 108 e 127) opinaram que de três ou quatro anos pouco mais ou menos, isto é pouco mais ou menos de 1892, tempo em que o prefeito o mandou fechar (fl. 15), se considerarmos que as vistorias se efetuaram em 1896. (Fl. 77.)

"A deterioração do prédio", afirma o voto predominante dos engenheiros, "é devida ao abandono, em que tem estado, e às consequências dêsse abandono." (Fl. 76.) Se grande parte do edifício está hoje em "condições de insalubridade", esta situação atribuem-na eles à "falta de conservação" inerente ao desamparo, em que se deixou ficar o edifício. (Fl. 75 v.)

A contraprova desta presunção, o sinal certo da sua veracidade, revela-se no fato de que as partes do prédio subtraídas à medida municipal, isto é, continuadas a alugar, se encontravam perfeitamente habitáveis.

"Os quatro compartimentos atualmente ocupados", certificam os médicos (fls. 127), "acham-se em bom estado de conservação e asseio, atestando que são objeto de constantes cuidados por parte do proprietário ou locatários."

O mesmo dizem os engenheiros:

"Os aposentos, que continuaram ocupados, apresentam atualmente um estado regular de conservação." (fls. 75 e 126)

Mas se, em um prédio, que até o engenheiro menos desfavorável à Ré, o seu perito, confessa de "sólida construção" (fl. 70), feito com "material de primeira qualidade" (fl. 71), se em um prédio construído todo êle na mesma época e todo uniformemente, a deterioração da parte abandonada contrasta com a conservação da parte

habitada, não é lógica a ilação de que o abandono deteriorou a primeira, e a presença de habitantes conservou a segunda? Não é irrecusável a consequência de que a parte habitada apresentaria os mesmos estragos que a outra, se estivesse como ela desabitada? Não é fatal a ilação de que à ausência de moradores, à desocupação, ao abandono deve a parte desocupada a sua danificação atual?

Evidentemente. Por isso, perguntados "se a deterioração do prédio é, ou não, devida ao abandono, em que tem estado, e à consequente falta de conservação", responderam os engenheiros (fls. 76 e 126) afirmativamente.

Entretanto, ainda quanto à parte do edifício abandonada, os cuidados e reparos agora mesmo necessários para o repor em condições de habitabilidade normal são de natureza tão acessória e tão fácil exequibilidade, que, certamente muito mais fáceis cinco anos atrás, quando o prefeito ordenou a desocupação geral do prédio, deixam manifesta a precipitação, com que obrou essa autoridade, começando pela medida extrema, antes de intimado o proprietário a melhorar o estabelecimento consoante os reclamos da higiene municipal.

O próprio perito da municipalidade, na vistoria dos engenheiros, reduz "os reparos necessários para tornar habitáveis os aposentos, que o não são, fazendo-os iguais aos que estão ocupados" ao conserto de telhados, vidraças e mezaninos. (Fls. 70 e 71 v.)

Mêdicamente considerada essa parte da construção, eis como opina a seu respeito o laudo vencedor:

"Se os cômodos do pavimento inferior, calçados com lajes, não se prestam a habitação, servindo, porém, para pequenos estabelecimentos comerciais, os cômodos do pavimento superior, convenientemente limpos e reparados, pela sua capacidade, pela sua exposição à luz, suficientemente ventilados, prestam-se a habitação, desde que seja a sua lotação fixada.

"Não constituirão tais compartimentos o ideal higiênico em matéria de habitação; mas, em uma cidade como a nossa, dotada de tão poucas casas para pessoas menos abastadas, ou operários, onde as existentes, salvo algumas exceções, são constituídas pelas nefandas estalagens e imundos cortiços, onde, além disso, os terrenos já atingem preços fabulosos, são eles toleráveis, como o são nas capitais civilizadas com assentimento de competentes higienistas." (Fl. 107 e v.).

No mesmo sentido se enuncia ainda, a fl. 111 e fl. 114, êsse parecer, o adotado pelo árbitro desempatador.

Estudando em particular cada uma das condições de salubridade do edifício, o laudo predominante só estabelece reservas quanto ao sistema de esgotos.

Entretanto, não o reprovava em absoluto. "O sistema de esgotos do edifício *não é completo, e deixa a desejar* sob o ponto de vista higiênico." (Fl. 108 v.) Reconhece aliás que "o sistema adotado é o *melhor sob o ponto de vista higiênico*".

Censura-o, contudo, em razão de ser "mau o estado de conservação das latrinas", de "não serem elas convenientemente ventiladas no sifão", de "não funcionarem com precisa regularidade", e de só existirem oito, quando eram necessários mais três. (Fl. 108 v.) Mas, dêsesse quatro reparos, como se vê, o último faz o cálculo das latrinas precisas para duzentas e vinte pessoas, isto é, figura habitado o prédio na plenitude da sua lotação, e os demais (ação irregular das caixas de lavagem, insuficiência de ventilação nos sifões e conservação incompleta das latrinas) eram suscetíveis de remédio pronto, se o prefeito o exigisse, em vez de começar pelas do cabo. Antes de se abalançar à providência radical, mandando fechar o edifício, não estava o bom senso, a prudência, o respeito ao direito alheio indicando que se notificasse o dono da casa a melhorar as latrinas?

Que pede mais a higiene? Água? Ar? Luz? De água o edifício "é abastecido", afirmam os peritos vencedores fl. 115 e fl. 117, necessitando apenas de "mais ampla distribuição de acôrdo com os fins a que foi destinado". (*Ibid.*) Ar não lhe falta: "Os cômodos superiores da praça do mercado da Glória são providos de ar suficiente para o arejamento interno, *com as portas e janelas fechadas*." (Fl. 114) Duzentas e sessenta e oito portas conta o prédio e outras tantas janelas (fl. 116), sendo que "a disposição fronteira destas e daquelas é a melhor, sob o ponto de vista higiênico, garantindo aos diferentes cômodos a ventilação natural". (*Ibid.*) Luz? "A profusão de portas e janelas, de que é dotado o edifício, a situação dêle em uma praça, a feliz disposição das portas e janelas, a ausência das detestáveis alcovas, infelizmente tão frequentes

nas casas desta capital, autorizam a afirmar que o edifício é dotado de bastante iluminação natural, condição essa de grande valia higiênica, no que respeita à sua sanitificação.” (Fl. 116 v.) Oitamos agora em síntese o juízo dos peritos vencedores sobre o edifício e a medida municipal, sobre a coisa e o caso:

“Presumindo que as condições de habitabilidade de então fôssem as mesmas de hoje, *não havia razão bastante para o fechamento do mercado, e sim deveriam ser prescritas as medidas sanitárias necessárias.*” (Fls. 109 v. e 110).

Mas a vistoria se realizou em janeiro de 1897 (fl. 116 v.), e o mercado se fechou, ao aceno do prefeito, em novembro de 1892. (Fl. 15).

Tinham meditado, pois, mais de quatro anos, em que o edifício, entregue ao abandono, convertido por muito tempo em quartel, sujeito, até, à ação de combates dentro e em torno dêle, não recebeu o menor cuidado, e sofreu constantemente a influência dos agentes mais destruidores: o tempo, o deleixo, a guerra. Indubitável é, pois, que as suas condições de habitabilidade, em 1892, eram muito mais vantajosas do que em 1897. Logo, muito mais injustificável havia de ser em 1892 a medida radical do prefeito, que ainda em 1897 a vistoria médica não justificava.

Entretanto em 1892 a prefeitura fulminava, com um traço do seu poder, a condenação absoluta daquele prédio, apontado como “escândalo pertencente à ordem dos que não podem ser comentados” (fl. 15), quando, cinco anos mais tarde, a higiene, representada por nomes de cujo alto valor dá cópia o trabalho de fl. 105 a fl. 116, pronunciava a seu respeito este laudo: “Não há razão, para ser reputado incômodo, ou perigoso à saúde pública o edifício denominado praça do mercado da Glória.” (Fl. 110) E ainda: “Uma vez limpo e reparado, com a lotação determinada, *não há motivo poderoso e justificado, que legitime a clausura do edificio por insaneável.*” (Fl. 116 v.)

E desta verdade temos a prova prática num fato irrefragável, certificado pelos documentos aqui anexos sob n.ºs 2 e 3. De 18 de setembro de 1893 a 28 de novembro de 1894, isto é, durante mais de quatorze meses, aquartelou naquele edifício o 1.º batalhão de artilheria da guarda nacional. Pois bem: o comandante dêsse batalhão atesta

que, durante êsse tempo, nenhuma das praças do seu corpo sofreu de moléstia adquirida por más condições sanitárias do lugar;

que entre os seus comandados só se deram enfermidades de caráter comum;

que nenhum caso ali houve de infecção, de epidemia, mesmo durante os dois períodos de febre amarela, e colerina. (Doc. n.º 2).

Ainda mais: no decurso daquela quadra se estabeleceu na praça da Glória uma enfermaria militar, e os doentes de infecções graves, adquiridas no serviço externo, iam recobrar ali a saúde, sem que houvesse um só caso de óbito entre êles.

É o que atesta o médico do corpo, o dr. Inácio Francisco Goulart, no doc. apenso n.º 3, assim:

“Exerci o lugar de médico do 1.º regimento de artilheria de campanha da guarda nacional durante o período de tempo em que êsse corpo estêve aquartelado na praça da Glória. Na enfermaria, que então se estabeleceu aí no mesmo quartel, foram tratadas muitas praças do dito corpo, por sofrimentos e moléstias contraídas no penoso serviço de vigilância do litoral e destacamentos em diversos outros pontos, onde faltavam tôdas as condições de higiene e alimentação, recolhendo-se à enfermaria, à qual acima me referi, muitas praças do regimento em estado grave por infecções diversas, sendo nelas medicadas, e tendo-se restabelecido tôdas, *sem que*, durante o tempo do meu exercício clínico, *se tivesse dado um só caso de óbito entre êsses doentes.*”

Destarte, pois, a infecta praça, o cortiço pestilento, o escândalo da higiene municipal, escapo não se sabe por que milagre ao camartelo do presidente da Intendência, vingou-se da calúnia imerecida, prestando à legalidade, nos maus dias da revolta, obscura, mas excelentemente, os serviços de *sanatório militar*.

Já é tempo de se lhe fazer justiça, e não continuar a confundir com as *Cabeças de Porco* o refúgio higiênico, a cuja salubridade se acolhiam, em busca de vida e fôrças, essas vítimas da vocação das armas na defesa do govêrno.

É o que êste solenemente acaba de fazer, comprando ao A. aquêle edificio, para aquartelar tropas.

Os atos do govêrno da União respondem aos do presidente da Intendência. O prédio, que êste infama e inutiliza como incompatível com a saúde pública, a administração

federal aproveita em serviços hospitalares, e acaba por converter em quartel.

Não se podia evidenciar melhor a levandade, com que obrou a administração municipal.

O que, porém, lhe agrava ainda mais a culpa, é que, depois de vedar por inabitável e deletério aquêle estabelecimento, intimando ordem absoluta de despejo aos locatários e terminante preceito à arrecadação municipal de se não concederem mais licenças a quitandas e casas de negócio naquela praça, antes que o prédio sofresse o menor reparo, ou melhoramento, antes que se alterassem de qualquer modo as suas condições de asseio e higiene, diversos quitandeiros e negociantes lograram obter, mediante a paga do impôsto, a faculdade, retirada pela interdição geral ao proprietário, de ocuparem compartimentos no imóvel condenado.

Não se retirou a proibição, nenhuma notificação teve o senhorio de que ela cessasse, o edificio decaiu, pelo abandono, em limpeza e salubridade; mas já a intendência achava um meio termo acomodaticio, para lhe reconhecer a habitabilidade, entrando em boa avença com os inquilinos hábeis em conhecer as entradas e saídas à severidade municipal, aos cêrberos da sua medicina.

Só não mudara a situação para o proprietário; porque a infamação do seu estabelecimento subsistia, selada pela interdição sanitária, o prédio continuava para êle inutilizado, e, para exercer a inspecção de higiene com todo o proveito esperável dos bons propósitos, à sua vontade, sem óbices, como em casa sua, os agentes municipais tinham ajeitado traços de senhorear as chaves do prédio, que tiveram por logradouro seu, guardando nêle animais domésticos, e não as restituíram ao dono, ao A., senão mais de três anos depois, em 19 de março de 1896, no ato da vistoria preliminar a êste feito, como provado está com o depoimento de três testemunhas (fls. 42-43, fl. 46 v., fls. 48-49), a primeira das quais é o juiz que a essa diligência presidiu (fl. 42).

Era, portanto, a praça da Glória habitável, ou inabitável, pestuada, ou sã, conforme a individualidade, o humor, ou a conveniência dos funcionários municipais.

Por onde se patenteia que, onde faltava saúde, onde se padecia de má higiene, era na administração municipal, já então começada a corroer pelos vícios, que afinal a tornaram a fábula da relaxação, da incompetência e da anarquia, numa época em que tantos e tais são os candidatos à palma nesse concurso.

§ 3.º

RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO

“Os atos da municipalidade foram em geral legais.

“Se na execução de alguns dos aludidos atos tiver havido excesso, ou violência, por parte dos funcionários dela encarregados, destes, e não da Ré, deve o A. reclamar indenização.”

(Contestação a fl. 23).

Quer isto dizer: se são legais os atos em questão, a sua legalidade absolve de toda responsabilidade o município; se exorbitaram da lei, o responsável é o funcionário, que exorbitou. Por outra: em caso nenhum é, nem pode ser responsável a municipalidade pelos atos dos funcionários municipais. Temos por diante, pois, nem mais nem menos, a teoria da irresponsabilidade absoluta da administração pública pelos fatos dos seus empregados.

Em antagonismo com as tradições da nossa jurisprudência, que nunca puseram em dúvida a responsabilidade civil do Estado, reemerge agora entre nós das reações impenitentes do interesse fiscal contra o direito essa doutrina exótica e irracional, “reprodução em figura moderna da antiga fórmula despótica da onipotência, da irresponsabilidade, da impecabilidade do Estado”. (1)

Sob uma constituição, que timbrou em varrer até aos últimos vestígios o antigo regímen, os apetites administrativos, recuando além do império, cujos tribunais não hesitavam em reconhecer a responsabilidade civil da administração pública, agitam de novo as antigas pretensões do erário colonial. Renasce o dogma regalista da infalibilidade do soberano, transsubstanciado agora no

(1) MEUCCI: *Istituzioni di diritto amministr.*, 1892, pág. 278.

governo da república, nos Estados, nos municípios, nos herdeiros democráticos da irresponsabilidade civil dos Césares, sob cujo sistema era sacrilégio duvidar que o príncipe tivesse feito nos seus representantes uma seleção imaculada⁽²⁾, ou supor que lhes houvesse dado o mandato de malfazer. Tenta-se destarte aclimar sob as instituições republicanas uma noção iníqua e extorsiva, que só se concilia com o despotismo e a absorção do indivíduo pelo Estado.⁽³⁾

Nenhuma teoria é menos jurídica e mais exicial que a dêsse grave erro de direito, diz CHIRONI, pelo qual se entregam à incerteza, ao mistério, ao arbítrio de uma das partes as relações contraídas pelos particulares com o Estado, que, contra o movimento social dos nossos tempos, de superpós destarte à lei civil, lei geral, da garantia comum nas obrigações recíprocas entre os indivíduos e o poder.⁽⁴⁾ “O sustentar em geral que o Estado, a admi-

(2) “Il sistema dell'irresponsabilità dell'amministrazione pubblica ha le sue tradizioni alte. Era il sistema dei *regalisti*, che proclamavano la *impeccabilità* del sovrano e dicevado sacrilegio il dubitare che il Principe avesse celto non degnamente i suoi rappresentanti. E soggiungevano: Il Principe non doversi presumere mai aver dato il mandato a mal fare.” MEUCCI, *Dir. Amministr.*, pág. 249. — L. d. *De crim.*, sacr. L. 1, C. D. *divers. resc.* (1,26).

(3) “Lo Stato non può nell'esercizio della propria gestione ledere gli altrui diritti, senza essere obbligato a risarcire il danno. Un concetto diverso ripugnerebbe non solo alla ragione e alla naturale giustizia, ma non potrebbe predominare, che in un regime dispotico, in cui lo Stato è tutto e l'individuo è nulla.” Cassa. de Roma, sent. de 19 de dezembro de 1875. *Raccolta*, 1878, pág. 158, parte 1.^a.

(4) “La teoria della irresponsabilità assoluta dello Stato superiore al codice civile è senza dubbio affermazione di un grave errore giuridico.” CHIARONI: *Colpa extra contrattuale*, v. I, n.º 240, pág. 364.

“Nessuna teoria è meno giuridica, e più esiziale di questa. Non giuridica perchè in materia di responsabilità per la colpa dei suoi funzionari lo Stato non può sottrarsi alle norme della legge civile, che è legge generale: i privati hanno diritto di conoscere gli effetti delle relazioni che possono stringere con lo Stato, e la teoria accennata tende invece a circondarli di oscura incerteza, como se questo possa a sua voglia violare la legge generale, pretestando che mai i suoi atti debbano esserne regolati, e debba così avere in sua balia i diritti tutti dei par-

nistração pública, não deve responder pelo fato dos seus funcionários equivale a destruir de todo as obrigações da administração, contra a essência e o escopo de todo instituto jurídico, contra todo princípio de razão, contra a própria lei positiva, que foi ditada especialmente para a declarar não só obrigada, senão obrigada por direito comum e mediante as vias processuais ordinárias, a responder aos particulares por qualquer direito civil ou político ofendido. ⁽⁵⁾ Com efeito, se a pública administração contrai obrigações, só as pode contrair por ato dos seus funcionários.” ⁽⁶⁾

Verdade seja que ninguém põe absolutamente em dúvida a responsabilidade *contratual* do Estado. Todas as teorias o apontam como responsável pela culpa dos seus funcionários, se ela é convencional. São unânimes as opiniões em que o governo do país, como as outras administrações públicas nêle existentes, responde pelos contratos, que em nome delas celebrarem os seus empregados. ⁽⁷⁾ Mas, se a pessoa pública da administração é responsável pelos atos dos seus agentes na celebração e execução dos contratos, se a obriga, nessa espécie de atos, a culpa dos seus representantes, em virtude do princípio de representação, que faz do fato do representante o fato do representado, não se concebe por que motivo há de cessar essa responsabilidade na culpa extracontratual, quando os atos, a que ela corresponde, originários da função pública exercida pelo empregado como empregado, constituem do mesmo modo, inegavelmente, verdadeiros *atos de representação*. ⁽⁸⁾ “Se, pois, se admite, e ninguém por

ticolari. Che poi questa teoria si esiziale, è dimostrato dal fatto ch'è contraria al movimento giuridico sociale tendente a definire le attribuzioni vere dello Stato in riguardo al suo fine: non dev'essere posto sopra le legge, ma alla legge deve andare soggetto.” CHIRONI: *Colpa Contrattuale*, ed. de 1897, n.º 210, pág. 474.

⁽⁵⁾ Lei ital. do contencioso administrat. de 20 de março, 1865.

⁽⁶⁾ MEUCCI: *Dir. Amministrat.*, pág. 255.

⁽⁷⁾ CHIRONI: *Colpa Contrattuale*, págs. 490, 531. MEUCCI: *Della responsabilità indiretta delle amministrazioni pubbliche. Archivio Giuridico*, v. XXI (1878), págs. 346, 353.

⁽⁸⁾ CHIRONI: *Colpa contrattuale*, págs. 492, 525, 531.

certo a nega, a responsabilidade direta das administrações por dolo e culpa contratual, necessário é admiti-la pela culpa aquiliana. São conexas as duas coisas. E a lógica nos conduz a negar a responsabilidade contratual, desde que admitimos em princípio a irresponsabilidade nos quase-delitos.”⁽⁹⁾ A ficção da identidade entre o representante e o representado é a mesma nas duas hipóteses: se desaparece, quando o representante, no exercício da representação, viola direitos, não se atina a que deve prevalecer, quando, no mesmo caráter, o representante contrai obrigações.⁽¹⁰⁾

Já no direito romano vamos encontrar entrevista a responsabilidade indireta do ente moral pelos atos provenientes dos seus funcionários no exercício das suas funções.⁽¹¹⁾ Atos do próprio César reputavam-se os dos seus representantes.⁽¹²⁾ “*Quae acta gestave sunt a procuratoribus Caesaris sic ab eo comprobantur, perinde ac si ab ipso Caesare acta sunt.*”⁽¹³⁾ E, se não se pode afirmar que os romanos fizessem remontar até ao Estado ou às comunas em si mesmas a responsabilidade pelos fatos ilícitos dos seus empregados, se essa responsabilidade terminava nos agentes diretos e nos *nominatores seu creatores*, *id est qui aliquem ad duumviratum vel aliquod munus publicum nominant, id est creant suo periculo sua fide*⁽¹⁴⁾, este princípio bastaria logicamente, para os levar até a responsabilidade da administração.⁽¹⁵⁾ Entretanto, não os levou: o Estado, em Roma, não podia ser obrigado a

(9) MEUCCI: *Archivio Giuridico*, XXI, p. 377.

(10) “Non si comprende perchè quando il rappresentante contragga per l'interesse del rappresentato, la fizione della identità delle due persone valga; quando invece danneggi un altro per lo interesse stesso la fizione sparisca e reste in causa il solo rappresentante non più rappresentante.” *Ib.*, pág. 363.

(11) *Ib.*, pág. 365.

(12) Fr. 2, § 1 D. *quod metus causa*. Fr. 13 D. *de per. et comm.* T. C. *de magistratibus conveniendis*. CUJACIO *in rub.*: f. 11 D. *ad municip.*; L. 6 C. *de mag. conveniendis*.

(13) F. 1 D. *de officio procuratoris Caesaris*.

(14) CUJACIO, *Glos. ad fr. 2, § 7 D. de adm. rer. ad civ. pert.* (L. 8).

(15) MEUCCI, *Archivio Giurid.*, XXI, págs. 379-380.

comparecer em juízo ⁽¹⁶⁾; não respondia, logo, pelo dano feito aos particulares. Mas por quê? Pelo princípio da irresponsabilidade do poder, inerente aos absolutismos: *princeps a legibus solutus est*, ⁽¹⁷⁾ escrevia ULPIANO; e pelo fato da confusão de todos os ramos da autoridade soberana, a legislativa, a executiva e a judiciária, nas mesmas mãos. *Cogens et coactum requirunt distinctas personas*, dizia GRÓCIO. ⁽¹⁸⁾ Se a administração, cuja é a culpa do dano, se amalgama, nas mesmas mãos, com a lei, que tem de regê-la, e a justiça, que há de julgá-la, impossível é a responsabilidade do Estado: *nullus enim proprie cogitur a se ipso*. ⁽¹⁹⁾

O direito público romano era, portanto, incompatível com a responsabilidade civil da administração. Mas as constituições modernas criaram o Estado jurídico, a saber, a subordinação do governo à responsabilidade, e distribuíram as funções da soberania de tal sorte, que o ato público lesivo de um direito privado “não resulta daquele poder que lhe tem de julgar os efeitos, nem daqueloutro, por quem o direito se declara”. ⁽²⁰⁾ Daí, pela antítese entre a noção moderna e a noção antiga do Estado, a introdução do princípio ordinário da responsabilidade no domínio das relações entre o Estado e os indivíduos.

Mas, se no organismo do direito romano não podia encontrar sanção jurídica o princípio da responsabilidade nessas relações, lá estava ao menos o seu elemento primordial na indenização dos particulares em vários casos de expropriação por utilidade pública, indenização realizada ora sob a forma direta do pagamento do preço ⁽²¹⁾, ora sob a da exoneração de certos encargos comuns ⁽²²⁾, ora sob a de permuta entre o imóvel tirado ao particular e um prédio subtraído ao domínio público ⁽²³⁾, conquanto,

(16) MOMMSEN: *Dir. Público Romano*, 1897, pág. 197, 200.

(17) Fr. 51. D. *de legibus*.

(18) *De jure belli et pacis*, lib. II, c. 14, n.º 2.

(19) S. TOMÁS: *Summa*, Quaestio XCVI, art. 5.

(20) PROVENZ. PALAZZO: *Teoria della responsabilità civile dello Stato per atti legali del potere* (1889), pág. 13.

(21) L. 53 C. Theod. *De oper. public.*, 15, 1.

(22) L. 1 C. Theod. *De aquaeductu*, 15, 2.

(23) L. 53 C. Theod. *De aquaeductu*, 15, 1.

salvo uma novela de Justiniano, concernente aos bens das igrejas e mosteiros ⁽²⁴⁾, não se nos depara, no corpo do direito romano, lei geral, que estatua para a administração pública a obrigação de indenizar o expropriado. ⁽²⁵⁾ Realmente “uma lei de expropriação por causa de pública utilidade, que, regendo os casos vindoiros, refreasse o arbítrio do imperador, era incompatível com a máxima do *quod principi placuit, leges habent vigorem*”... ⁽²⁶⁾ Entretanto, nessas exceções ao arbítrio imperial, nessas concessões ao direito de propriedade, estava lançada a semente do princípio geral da indenização nas expropriações, princípio em cujas conseqüências se encerra, em tôdas as suas aplicações atuais, o da responsabilidade do Estado pela culpa dos seus agentes.

Para êste já se principiava a caminhar no baixo império, em que a regra da obrigação do empregado autor direto do dano começou a ceder, quanto aos subalternos, à da responsabilidade do funcionário superior, argüível de culpa na escolha, pelos atos dos inferiores. ⁽²⁷⁾ Na idade média, ante o novo conceito da *universitas*, como entidade solidária com os indivíduos componentes da sua existência comum, oposto à idéia romana, que nas *universitates* figurava pessoas coletivas, distintas, na sua representação moral, da soma das unidades físicas abrangidas no seu todo visível, o dogma antigo da irresponsabilidade do Estado pelos atos injustos dos seus agentes era insustentável.

Se a comunidade respondia pelos atos ilícitos de todos os seus membros, *a fortiori* não se podia furtar a responder pelos atos ilícitos dos seus empregados no exercício da autoridade, que a comunhão lhes conferia. Era a conseqüência, de que o direito medievo se devia aproximar, através das reações, hesitações, distinções e contradições naturais à transição. Já no século quatorze se reconhecia obrigada a comuna pelos excessos dos seus agentes, quando na seleção do empregado se verificasse a *culpa in eligendo*,

⁽²⁴⁾ Nov. VII, c. 2, § 1.

⁽²⁵⁾ BELLAVITE: *Della responsabilità dello Stato pei danni aventi attinenza diretta od indiretta con esso* (1894), p. 24-25.

⁽²⁶⁾ GAIO: I, § 5. — BELLAVITE, *ib.*

⁽²⁷⁾ BELLAVITE: *Op. cit.*, p. 34-35.

restrição aliás a que repugnava a tendência dominante na opinião, empenhada em estabelecer a responsabilidade geral da coletividade e do Estado pelos abusos dos seus agentes no exercício dos poderes governativos.

Contra a amplitude dessa idéia liberal lutaram cerca de dois séculos os soberanos, cuja astúcia, auxiliada pela subserviência de certos juristas, deturpando em seu proveito uma instituição romana de direito privado, a *noxae deditio*, forcejou por assentar a jurisprudência de que o príncipe e a cidade se podiam subtrair à reparação do dano causado pelos seus funcionários, entregando-os à noxa, à ação penal. Mas já no século dezessete se cessava de invocar essa falsa analogia entre a situação dos arrematantes de contribuições públicas em Roma nas extorsões cometidas pelos seus escravos e a da administração pública nos excessos dos seus empregados. Apenas se assentou que o Estado não responderia pelos prejuízos dessa procedência *ultra limites mandati officii sive praepositionis*. ⁽²⁸⁾ Já MENOCHIO, STRYKIO e outros repulsam a tese da responsabilidade absoluta do príncipe; já FARINACIO e outros admitem a responsabilidade oficial pelos fatos da coorte ⁽²⁹⁾; já GRÓCIO compara os magistrados aos *procuratores e institores*. ⁽³⁰⁾

Ora admitida à situação legal do funcionário o caráter da relação institoria, a simples aplicação do direito romano conduzia necessariamente à idéia atual da responsabilidade da administração pública pela culpa dos seus agentes; visto que o *institor* não obrigava o preponente só *in contrahendo* ⁽³¹⁾, senão também *in delinquendo*, do que nos dá exemplo o caso da responsabilidade do padeiro pelo dinheiro do pão adiantado pelos fregueses aos seus

⁽²⁸⁾ LÖNNING: *Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschen Privat und Staatsrecht*. Frankfurt a. Mein, 1879, ps. 24 sgs. 37, 39. — BELLAVITE: *Op. cit.*, págs. 34-40.

⁽²⁹⁾ *Archivio giuridico*, v. XXI, pág. 380.

⁽³⁰⁾ *De jure belli et pacis*, l. III, c. 22, § 4.

⁽³¹⁾ "*Aequum est sicut commoda sentimus ex actu institorum ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conventi.*" ULPIANO: *Fr. 1 D. de institoria actione* (XIV, 3).

empregados ⁽³²⁾, o do libitinário (*mortuorum sepultor*), quando o servo *pollinctorem habueritisque mortuum spoliaverit* ⁽³³⁾, no do dono da farmácia, se o institor *venena pro medicamentis vendiderit*. ⁽³⁴⁾

Nestas premissas estava encerrado o princípio da responsabilidade civil do Estado, a cuja admissão plena o obstáculo não consistia tanto no estado das noções de direito em matéria civil, no conceito incompleto e quase rudimentar do ente moral e da pessoa jurídica entre os romanos e os romanistas, ao que supõe MEUCCI ⁽³⁵⁾, como nas instituições políticas, na confusão da soberania com o governo, na encarnação da soberania no príncipe e na absorção pelo soberano de todos os poderes em uma individualidade irresponsável. Esse princípio não podia deixar de triunfar em toda a sua latitude, com a nova feição impressa, nos nossos dias, ao organismo político e a fórmula dada pelos códigos modernos à lei da responsabilidade civil. A resistência governativa devia continuar, como tem continuado, não já na forma das instituições, senão na poderosa pressão dos interesses do erário e das forças do Estado sobre os órgãos judiciários da administração e os tribunais administrativos. Mas contra essas conveniências e preocupações forçosamente havia de preponderar com imensa superioridade, na evolução científica e nas decisões judiciais, o princípio do direito comum.

O art. 1.384 do código Napoleão firmara em termos absolutos a responsabilidade dos patrões pelo dano proveniente de atos dos seus fâmulos e prepostos: "*Les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.*" Nesta parte o legislador francês adotou a presunção *juris et de jure* pela responsabilidade do preponente, recusando a este o direito à prova liberatória de que o preposto *bonos mores mutavit in malos*. Meio século mais tarde o cód. civil italiano consagra a mesma teoria dos quase-delitos, e, definindo

⁽³²⁾ F. 5, § 9 D. de *institoria actione* (XIV, 3).

⁽³³⁾ *Ibid.*, § 8.

⁽³⁴⁾ VOET ad *Pandectas de inst. act.* — *Archivio giuridico*, XXI, p. 360.

⁽³⁵⁾ *Archivio giuridico*, XXI, pág. 365.

as relações do contrato exercitório, procuratório, ou instituído, responsabilizava (art. 1.153) "*i padroni ed i committenti pei danni cagionati dai loro domestici e comessi nell'esercizio delle incombenze alle quali il hanno destinati*".

Ora, em face desses textos se perguntava: o funcionário é, ou não, comissário da pessoa pública, por quem funciona? A pessoa pública é, ou não, preponente do seu funcionário? No espírito dos modernos legisladores o fundamento jurídico da responsabilidade do comitente já não era propriamente o mesmo que entre os romanos. Punham-no êstes na seleção do preposto, mostrada na qual a ausência de culpa cessava a responsabilidade. ⁽³⁶⁾ Nos trabalhos preparatórios do código civil francês, porém, começou a se acentuar, em vez dessa, a idéia de *representação* como origem das obrigações do preponente pelo fato do preposto: "Acaso não é o serviço utilizado pelo patrão o produtor do dano, que êle há de ressarcir?" dizia o relator. E "nestas suas palavras se acha *inteira a razão da lei*: o serviço, a obra feita no *interêsse de outrem*". ⁽³⁷⁾ Ora, exercitando o *funcionário* um ofício, em que se concretizam funções do Estado, ou da pessoa pública regularmente constituída, a quem serve, claro está que, nessa qualidade, *representa* o ente, cuja personalidade por intermédio seu se manifesta e realiza. ⁽³⁸⁾ Mas, se o funcionário representa a pessoa do Estado, se *ejus auctoritas in causa fuit, quare delictum commissum est*, por que se há de êsse comitente excluir da obrigação, geral a todos os comitentes, pela culpa dos prepostos?

Por direito comum tôda pessoa, física, ou *moral*, que prejudique a outros no seu direito, pagará o prejuízo. "*Quarunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno.*" (Cód. civ. it., art. 1.151) "*Ognuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente per un fatto proprio, ma anche pel propria negligenza od imprudenza.*" (*Ibid.*, art. 1.152) "*Ciascuno parimente è responsabile non*

⁽³⁶⁾ CHIRONI: *Colpa extra-contrattuale*, v. I, n. 175, p. 290.

⁽³⁷⁾ *Ibid.*, pág. 275, n. 164.

⁽³⁸⁾ CHIRONI: *Colpa contrattuale*, pág. 483.

solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche pel quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere, o delle cose che ha in custodia." (Ib., art. 1.153) Ora, o funcionário representa o Estado, e o ato do representante é ato do representado: *Qui facit per aum, est perinde ac si faciat per se ipsum.*

Logo, a culpa do funcionário cai sob o princípio de direito comum, a responsabilidade do comitente, a menos que uma lei especial derrogue, em relação ao Estado, essa disposição geral. ⁽³⁹⁾ "Se tal lei não há, temos então diante de nós o fato jurídico de um dano causado, que a lei não declara imune a responsabilidade" ⁽⁴⁰⁾, e a que essa responsabilidade, logo, se há de aplicar segundo as regras da lei comum. "O princípio da representação conduz, pois, necessariamente à consequência da responsabilidade, não só direta, mas também *indireta*, da administração pública. Neste ponto se equipara ela a outra qualquer entidade moral." ⁽⁴¹⁾

Nas disposições dos códigos hodiernos, que regem as questões de dano, culpa e responsabilidade, não há, com efeito, exceções, ou reservas em prol da administração pública. "Todo comitente responde pelo seu preposto. Ora, parece óbvio que o Estado é comitente dos seus empregados." ⁽⁴²⁾ "Tôda vez que", diz um sábio professor de direito italiano, "nas administrações públicas, o Estado obra por meio dos seus agentes, ou empregados, os quais de sua parte operam em nome e por conta do Estado, êste é comitente e aquêle preposto, na estrita e jurídica significação do texto do art. 1.153." No domínio de tais relações, portanto, não se podia subtrair o Estado à jurisdição do código civil. ⁽⁴³⁾

Verdade é que a êsse corolário da regra fundamental no assunto se tem desenvolvido por parte dos preconceitos

⁽³⁹⁾ PROV. PALAZZO: *Op. cit.*, pág. 23.

⁽⁴⁰⁾ *Ib.*, pág. 38.

⁽⁴¹⁾ MEUCCI: *Archivio Giuridico*, v. XXI, pág. 369.

⁽⁴²⁾ SANLAVILLE: *De la responsabilité civile de l'État en matière de postes et télégraphes* (Par., 1886), pág. 80.

FILIPPIS: *Il Filangieri*, an. II (1877). *Giurisprudenza*, pág. 4.

⁽⁴³⁾ "Le questioni sulla colpa sono sempre soggette al codice civile." CHIRONI: *Colpa extra-contrattuale*, v. II, pág. 7.

administrativos tenaz resistência, representada especialmente pelos advogados fiscais, pelo tribunal dos conflitos e pelo conselho de Estado em França, assim como pela maioria dos autores de direito administrativo, educados em geral na escola estreita das tradições do erário. Mas o mesmo conselho de Estado, não poucas vezes, naquele país, reservando aliás a competência para os tribunais administrativos, tem pronunciado condenações contra a administração como civilmente responsável por acidentes devidos aos seus empregados. Ora, não há tribunal, judiciário, ou administrativo, a que seja lícito pronunciar uma sentença contra quem quer que fôr, quanto mais contra o Estado, se não houver texto, que o autorize. "Mas fora dos arts. 1.382, 1.383 e 1.384 do código civil, nenhum texto edita contra o Estado essa responsabilidade." ⁽⁴⁴⁾ Logo, são as disposições do código civil que o conselho de Estado, em França, aplica à administração pública, é a responsabilidade civil dela o que êle reconhece.

Para obscurecer evidência tamanha, era mister a pertinácia das tradições regalistas, que entretêm, na França, em estado crônico o conflito entre a jurisdição administrativa e a dos tribunais ordinários ⁽⁴⁵⁾; era preciso "essa influência que o espírito de corporação exercita sobre as autoridades governativas" ⁽⁴⁶⁾ e "a luta do poder contra as conseqüências lógicas dos princípios jurídicos". ⁽⁴⁷⁾ Mas fora do meio onde atua a atmosfera administrativa, a doutrina da sujeição do Estado, pela culpa dos seus prepostos, à responsabilidade de direito comum é a que reúne a generalidade das opiniões entre juristas e magistrados. É a de BERTRAND DE GRENELLE, relatando os trabalhos do código perante o Tribunato, ⁽⁴⁸⁾ a de ZACHARIAE,

⁽⁴⁴⁾ SANLAVILLE: *Op. cit.*, pág. 79.

⁽⁴⁵⁾ DE FILIPPIS: *Il Filangieri* (1877). *Giurisprudenza*, p. 4.

⁽⁴⁶⁾ BONASI: *Della responsabilità penale e civile del ministri e degli ufficial pubblici secondo le leggi del regno e della giurisprudenza*. Bologna, 1874, pág. 152.

⁽⁴⁷⁾ PROVENZANO PALAZZO: *Op. cit.*, pág. 6.

⁽⁴⁸⁾ Sessão de 16 pluviose ano XII (6 fev. 1803). LOCRÉ, v. XII, p. 42.

AUBRY e RAU ⁽⁴⁹⁾, a de SOURDAT ⁽⁵⁰⁾, a de DALLOZ ⁽⁵¹⁾, a de LAURENT ⁽⁵²⁾, a de DEMOLOMBE ⁽⁵³⁾, a de MARCADÉ ⁽⁵⁴⁾, a de BAUDRY-LACANTINERIE ⁽⁵⁵⁾, a de HUC ⁽⁵⁶⁾, a de SANLAVILLE ⁽⁵⁷⁾, a de BORSARI ⁽⁵⁸⁾, a de RICCI ⁽⁵⁹⁾, a de MANCINI ⁽⁶⁰⁾, a de MEUCCI ⁽⁶¹⁾, a de DE FILIPPIS ⁽⁶²⁾, a de BELLAVITE ⁽⁶³⁾, a de PROVENZANO PALAZZO ⁽⁶⁴⁾, a de WINDSCHEID ⁽⁶⁵⁾, a de

(49) "O Estado, representado pelos diversos ministérios e administrações públicas, é, *como todo comitente*, responsável pelo dano, que causarem os seus empregados, agentes, ou serventuários, no desempenho das suas funções e serviços." *Cours de dr. civ. franç.*, v. IV, § 447, p. 759.

(50) *Traité génér. de la respons.*, v. II, p. 400.

(51) *Répertoire. V. Responsabilité*, ns. 654 e segs.

(52) *Principes*, v. XX, ns. 418 e segs., 493, 592 etc.

(53) *Cours de Code Napoléon* vol. XXI, n. 523.

(54) Vol. V, pág. 271. Acêrca do art. 1.384.

(55) *Précis de droit civil* (1882), v. II, pág. 928, n. 1.292.

(56) *Commentaire théor. et prat. du code civ.*, vol. VIII, n.º 447.

(57) *Respons. civ. de l'État en mat. de postes et de télégr.* ns. 34-6, p. 73-84.

(58) *Commentario del Codice Civile*, v. III, parte II, pág. 350.

(59) *Indole e fonti delle obbligazioni e dei contratti*, t. III, c. IV, p. 533-581, ns. 289, 310.

(60) Projeto na Câmara dos Deputados, Itália, em 25 de novembro de 1866, art. 4. Apud MEUCCI, *Diritto amministrat.* (1892), p. 20.

(61) *Istituzioni di diritto amministrativo*, p. 241, 314. "Noi crediamo che la responsabilità indiretta si convenga allo Stato, come ad ogni altro ente giuridico, senza distinzione di rappresentanza, *poste soltanto le condizioni che si riferiscono alla indole del rapporto institorio, non alla qualità della funzione dello Stato.*" P. 271-2.

(62) *Il Filangieri* (1877). *Giurisprudenza*, p. 2-7.

(63) *Della responsabilità dello Stato pei danni aventi attinenza causale diretta od indiretta con esso*, p. 50 segs.

(64) *Teoria della responsabilità civile dello Stato per gli atti legali del potere*. Palermo, 1889.

(65) *Pandekt.*, § 470 e 765.

STOBBE ⁽⁶⁶⁾, a de MEYER ⁽⁶⁷⁾ e, afinal, a de CHIRONI, cuja obra exaustiva e monumental sobre a culpa esgotou a questão. ⁽⁶⁸⁾ "Nelle conseguenze d'indole civile" (atesta um autor insuspeito, porque escreveu em defesa da tese regalista) "che susseguono all'atto amministrativo, è comunemente ritenuto che l'imputazione dell'atto grava in via ordinaria sulla amministrazione." ⁽⁶⁹⁾ Pouco adiante acrescenta: "Di regola, nell'Europa continentale l'atto amministrativo legale formalmente è imputabile all'ente estratto in nome del quale è compito, ben inteso allora quando si tratti di conseguenze civili rispetto ai privati." ⁽⁷⁰⁾ E termina: "La comune opinione degli scrittori ritiene, pertanto, che di fronti alle ragioni civili dei privati, il fatto compito nell'ambito delle funzioni legittime conferite al funzionario, quando non sia ingiusto per dolo específico del funzionario stesso, il quale abbia artificialmente al-

⁽⁶⁶⁾ "Quer o funcionário contrate como representante do fisco, quer exerça a sua ação no caráter de servidor ou preposto do Estado, como o faria no interesse de outro preponente, são aplicáveis ao caso os princípios de direito privado concernentes à representação: o Estado fica adstrito aos contratos, se o funcionário procedeu na esfera dos seus poderes, e responde pelo dolo ou culpa de quem o representa. Outrossim, se o funcionário exerce, não como representante, senão como órgão do Estado, as soberanas atribuições a este incumbentes, e, já por atos ilegais, ou inadvertidos, já por omissões ofensivas do seu dever, acarretar dano a outrem, obrigado é também o Estado a ressarcir o dano; porquanto, não atuando jamais senão pelos seus funcionários, não responde, para bem dizer, nesse caso, por atos de outrem, mas pelos seus próprios atos." STOBBE: *Deutsches Privatrechts*, vol. III, n. 21.

⁽⁶⁷⁾ *Deutsches Staatsrechts*, pág. 436.

⁽⁶⁸⁾ *Colpa contrattuale* (ed. de 1897), ns. 210-245, págs. 470-549. *Solpa extra-contrattuale* (ed. de 1886), v. I, págs. 352-72, v. II, p. 1-36.

⁽⁶⁹⁾ VACCHELLI: *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune* (Milano, 1892), p. 49.

⁽⁷⁰⁾ *Ibid.*, pág. 50. "On the continent the rule is that the government is liable to be sued by an individual in contract and also in tort, where the tortious act is not committed in the performance of functions of a distinctly public legal character and where the fault of the officer is not purely personal to himself, but consists rather in bad service, in an order badly given, no understood or imprudently executed." GOODNOW: *Comparative administrative law* (1893), Vol. II, p. 161.

terato lo scopo del servizio amministrativo, è imputabile all'amministrazione, e che con tale imputazione sparsice, all'effetto della responsabilità civile, la persona del funzionario, che resta come tolto di mezzo." ⁽⁷¹⁾ Eis aí a situação atual da opinião jurídica, definida por um escritor hostil: sobre o Estado recai a imputabilidade da culpa do funcionário, cometida no exercício de suas funções, como se o funcionário não existisse, e ela fôsse diretamente obra da pessoa do Estado.

Essa é, com efeito, a jurisprudência da corte de cassação em França ⁽⁷²⁾, onde neste sentido se contam decisões desde o sexto lustro do século atual. ⁽⁷³⁾ Essa igualmente a italiana ⁽⁷⁴⁾, cuja doutrina se define neste aresto da corte de cassação da capital do reino: "Il disposto nell'art. 1.151 cod. civ., che obbliga chiunque arreca danno a resarcirlo, ed il rispetto dovuto alla proprietà sono principii di sì imperiosa prevalenza, che s'impongono a chiunque, sia che l'offesa parta del cittadino privato, sia che provenga dalla pubblica amministrazione." ⁽⁷⁵⁾ No mesmo

⁽⁷¹⁾ *Ibid.*, págs. 50-51.

⁽⁷²⁾ "In Francia, dove per qualche tempo prevalsero le vedute del consiglio di Stato, si è finito col trionfo dei veri principi del giure su questo argomento. La corte di cassazione francese, anche a sezione reunite, ha abbandonata la giurisprudenza della camera civile sostenuta dal procuratore generale, e sul rapporto di Defacqz, uno dei magistrati più eminenti della Francia, si è pronunciata per la responsabilità dello Stato. Ha stabilito il principio che la responsabilità ammesse dagli articoli 1.582 e 1.583 del codice francese è una regola di diritto naturale applicabile allo Stato come ad ogni persona, senza eccezione che non sia espressamente fatta dalla legge." *Il Filangieri*, v. II, pag. 7.

⁽⁷³⁾ Sentenças de 19, julho, 1826; 30, janeiro, 1833; 29, fevereiro, 1836; 3, junho, 1843; 30, jan., 1844; 22, nov., 1848; 1, abril, 1845; 12, jan., 1849; 12, maio, 1851; 19, dez., 1851; 19, dez., 1854; (SIREY) 27, 1, 232. 33, 1, 99. 36, I, 293. 43, 1, 937. 44, 1, 360. 48, 1, 700. 45, 1, 363. 49, 1, 43. 51, 1, 349. 55, 1, 265.

Sentenças de 19 de nov. 1883 e 26 ag. 1894. CHIRONI: *Colpa extra-contr.*, v. II, pag. 11.

⁽⁷⁴⁾ "La nostra giurisprudenza ritiene che lo Stato risponda civilmente in solido coll'impiegato dei danni che questo cagiona con atti illeciti." BELLAVITE: *Op. cit.*, pag. 51.

⁽⁷⁵⁾ Corte de cassação de Roma, em sessões reunidas, sent. de 19 de dezembro, 1875. No mesmo sentido: cassação de Turim,

princípio da responsabilidade civil da administração pública tem embebido a côrte de cassação belga vários julgados. ⁽⁷⁶⁾ E na Alemanha, desde a primeira metade do século, vários tribunais superiores, como o de apelação de Cassel, estabeleceram jurisprudência constante de que “o Estado responde pelos atos de ofício ilegítimos dos empregados, a cujo cargo confiar qualquer parcela do seu poder soberano, sendo assim obrigado a ressarcir à parte prejudicada a lesão, que no exercício dessas funções lhe infligirem”. ⁽⁷⁷⁾

Na jurisprudência brasileira nunca logrou entrada a teoria da irresponsabilidade da administração pelos atos dos seus empregados. Apesar de profundamente repassada na influência do direito romano, a nossa evolução jurídica, modificada pelo concurso dos elementos liberais que intervieram sempre na educação do pensamento nacional, não deixou penetrar no espírito dos nossos tribunais essa revivescência democrática dos privilégios regalistas. Sempre se professou nos nossos cursos, e nos nossos auditórios se proclamou sempre a noção da imputabilidade das pessoas morais pela culpa, contratual, ou aquilina, dos seus representantes. O velho professor RIBAS ensinava :

“Deve-se convir na responsabilidade das pessoas jurídicas pelo não cumprimento das obrigações contraídas pelos seus representantes, ou pelos quase-de-

23 de dezembro de 1878, 20 de dezembro 1871, 15 de abril de 1869, 21 de janeiro de 1889, 10 de março de 1891; côrte de apelação de Ancona, 3 de abril de 1880; côrte de cassação de Florença, 15 de dezembro de 1879 e 10 de fevereiro de 1880; côrte de Cassação de Roma, 21 de fevereiro de 1879, 13 de abril de 1880 e 22 de janeiro de 1881; côrte de apelação de Veneza, 2 de agosto de 1882; côrte de apelação de Gênova, 31 de dezembro de 1877; c. de cassação de Palermo, 7 de fevereiro de 1868, 14 de abril 1883; c. de cassação de Nápoles, 15 de maio, 1869. PALAZZO: *Resp. Civile dello Stato*, p. 76-8. — RICCI: *Obbligazioni*, pág. 538, 555-62. — VACCHELI: *Respons. Civ. della pubblica amministr.*, p. 110. — *Archivio Giuridico*, v. XXI, pág. 343. — CHIRONI: *Colpa contratt.*, p. 506.

⁽⁷⁶⁾ Sent. 18 de maio 1868, 3 de agosto 1874, 9 de dezembro 1880, 25 maio 1882. — PALAZZO: *Op. cit.*, pág. 79. — CHIRONI: *Colpa contratt.*, pág. 501, n.º 1.

⁽⁷⁷⁾ BELLAVITE: *Op. cit.*, pág. 40.

litos dêstes, cometidos no exercício de suas funções, muito mais se daí lhes proveio algum lucro; portanto, sendo em seu proveito criadas essas funções e feitos êsses serviços, assim como têm direito aos benefícios, devem-se sujeitar aos ônus, que daí lhes possam provir.” (78)

Pelo dano causado ao direito de particulares não hesitaram jamais as justiças brasileiras em responsabilizar municipalidades, províncias, Estados, o govêrno do império, o da república, tendo por idéia inconcussa a de que, no ministro, no presidente, no governador, no prefeito, em todos os que administram, ou servem a uma função administrativa, conta a administração pública verdadeiros prepostos, cuja entidade, pelo princípio da representação, desaparece na do preponente. Não desanimam, é certo, os procuradores do erário. Mas, não obstante o brilho superficial que às veleidades regalistas vai emprestando hoje, entre nós, o reflexo dos MANTELLINIS, a linha da tradição antiga ainda se não quebrou: os julgados, na magistratura municipal, na estadual, na federal, repetido e uniformes, em ações de perdas e danos, vão dia a dia aumentando o tesoiro opulento de arestos, que fazem talvez da nossa jurisprudência, a êsse respeito, a mais persistente e copiosa de tôdas.

E, não há muito, em nova homenagem ao mesmo princípio, a lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13, veio facilitar as reparações contra os abusos oficiais, criando uma ação especial, uma ação sumária, para “as causas, que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos e decisões das autoridades administrativas da União”. Êsse meio reparatório não abrange tôdas as eventualidades possíveis de lesão por atos do govêrno federal, visto cogitar unicamente da infração de direitos individuais, e não compreender, portanto, os originários de contratos, concessões e outros semelhantes. Mas, nas espécies a que atende, a nulidade do ato ilegal, prevista no § 9.º, implicará de necessidade a satisfação do dano causado pelo ato ilegal e nulo.

(78) RIBAS: *Direito Civil Brasileiro*, v. II, pág. 192-193.

No direito brasileiro, pois, é inquestionável a responsabilidade civil do Estado. Atos judiciais e monumentos legislativos conspiram em firmá-la.

Até em relação a casos particulares tem sancionado o congresso nacional essa doutrina, adotando a lei n.º 425, de 5 de dezembro de 1896, que abriu ao govêrno o crédito de *quatro mil contos de réis*, a fim de ressarcir prejuízos sofridos por alguns italianos habitantes no país; incumbência de que se desempenhou a administração quatro dias depois, apressando-se em expedir o decreto n.º 2.397, de 7 daquele mês. ⁽⁷⁹⁾

Antes disso já o poder executivo aderira também praticamente a êsse princípio, embolsando a Pierre Denis & C. 250:000\$, em reparação do dano proveniente de atos de agentes do govêrno ⁽⁸⁰⁾, a Domeneck Balverdu & C., 110:000\$, em indenização de depredações, saqueio e violências pessoais ⁽⁸¹⁾, a LEON BASTIDE e sua mulher 50:000\$, em desagravo de abusos cometidos por agentes de polícia e oficiais de justiça. ⁽⁸²⁾

⁽⁷⁹⁾ *Relatório do Ministério das Relações Exteriores*, 1896, 1897, págs. 22, 110 e 114.

⁽⁸⁰⁾ *Ib.*, ano de 1895, pág. 222.

⁽⁸¹⁾ *Ib.*, pág. 229.

⁽⁸²⁾ *Ib.*, pág. 226.

Claro está que absolutamente em nada altera a feição jurídica dêstes casos a circunstância de serem estrangeiros os prejudicados. O máximo de direitos admissíveis ao estrangeiro no território de um país tem o seu limite nos direitos reconhecidos aos nacionais. As constituições mais favoráveis ao estrangeiro são as que, como a nossa (art. 72), em matéria de liberdade, segurança individual e propriedade, não fazem diferença dêle para o nacional. Esta noção, aliás de puro bom senso, muitas vêzes recordada pelos governos americanos aos europeus a propósito de reclamações internacionais por perdas e danos, já mereceu uma vez à chancelaria brasileira as seguintes ponderações:

“A garantia de segurança para o estrangeiro lhe é devida, não por essa qualidade, mas sim pela de *habitante* do país. O estrangeiro não tem direito senão a uma *proteção igual* à que cabe aos nacionais. Quando o estrangeiro vai a um país, tem, sem dúvida alguma, *direito à segurança* de seus bens e de sua pessoa; mas é preciso não esquecer que esta garantia lhe é devida, não porque êle é estrangeiro, mas porque *torna-se habitante do país*. Esta dis-

Dessa responsabilidade formulou CHIRONI com estrita precisão a regra nestes termos:

"Pode-se estabelecer como teoria geral a *responsabilidade do Estado (comitente) pelo dano resultante da culpa atribuível aos seus funcionários (prepostos) nessa qualidade e no exercício das suas funções, quando por lei se não estabelecer a sua só responsabilidade pessoal.*" (83)

Ora, essa fórmula, instituída a respeito do Estado, o máximo dos entes morais, das pessoas públicas, vigora, com maioria de razão, para as coletividades inferiores, como a província e o município. (84) "Concorrendo le condizioni generali necessarie per la responsabilità del rappresentato, *la responsabilità del comune, o della provincia è fuor di dubbio.*" (85) Estende-se essa responsabilidade a todos os empregados no serviço provincial, ou municipal, inclusive até os serventuários de infima categoria, como os bombeiros. (86) Mas é sobretudo nas supremas funções da administração e (cingindo-nos ao que toca à nossa hipótese) no chefe da municipalidade, *maire* em França, *sindico* na Itália, *prefeito* entre nós, que mais se acentua em todas as suas consequências o princípio da represen-

posição, como mui bem disse Mr. Descombes, é a verdadeira base dos direitos do estrangeiro e da proteção que êle pode invocar em seu apoio. "Il y a une règle fondamentale dans chaque pays", disse Mr. Rouher, "c'est que l'étranger ne peut pas avoir un droit plus étendu que les régnicoles." (Nota ao ministro da Itália, em 17 nov. 1870. No Relatório do Ministério das Relações Exteriores, 1893).

(83) "Può affermarsi come teoria generale la responsabilità dello stato (committente) per l'ingiuria recata da colpa imputabile ai suoi funzionari (commessi) in questa qualità e nell'esercizio delle loro funzioni, quando per legge non sia stabilita la loro sola responsabilità personale." *Colpa contrattuale*, pág. 525, Cfr. págs. 525-8, 529-31.

(84) "La teoria che qui vien proposta è la stessa enunciata di già rispetto allo Stato." CHIRONI: *Colpa extra-contratt.*, v. II, pág. 26, n.º 258.

(85) *Ib.*, pág. 29, n.º 259. — "La responsabilità indiretta, si convenga allo Stato, come ed ogni altro ente giuridico, senza distinzione di rappresentanza." *Archivio Giuridico*, v. XXI, página 368.

(86) CHIRONI: *Colpa extra-contratt.*, II, n.º 262, pág. 33.

tação. ⁽⁸⁷⁾ Seja embora êsse funcionário nomeado pelo governo. Não importa. A representação não é menos verdadeira, por ser legal, por ser necessária. ⁽⁸⁸⁾ “Por virtude especial de sua nomeação têm êsses funcionários uma função administrativa, *que lhes atribui a representação direta da pessoa jurídica.*” ⁽⁸⁹⁾

No que toca em particular aos atos do chefe da municipalidade em matéria *de polícia local*, categoria em que se inscreve o caso vertente, não se acha menos reconhecida na doutrina francesa que na italiana o caráter municipal dêles. “Le droit de police locale n'est pas une concession de la puissance publique”, dizia, já em 1837, VIVIEN, num relatório à Câmara dos Deputados: “il a sa source dans cette règle du droit naturel qui autorise tous les individus et, par conséquent, les corporations d'habitants qui, relativement à la grande famille, ne sont elles mêmes que des individus, à veiller à leur conservation. Ces principes ont décidé la commission à *retablir les pouvoirs de police du maire dans la catégorie des actes propres à l'autorité municipale*, et qui sont placés sous la simple surveillance de l'administration supérieure.” ⁽⁹⁰⁾ No mesmo sentido resolvem a questão os mais modernos escritores de direito administrativo. “L'idée, très juste d'ailleurs, du caractère mixte des attributions de police”, escreve um dêles, “ne doit rien modifier la théorie de la responsabilité. Elle signifie seulement que l'état doit avoir, sur les attributions de cet ordre, un contrôle plus positif, parce qu'il y est lui même intéressé, et que dans certains cas il peut se substituer à la ommune, si celle-ci n'agit pas; mais elle *n'empêche pas que l'acte du maire ne reste un acte communal.*”

⁽⁸⁷⁾ CHIRONI: *Colpa extra-contratt.*, pág. 481-2, n.º 1 à pág. 482.

“On a, d'autre part, souvent condamné les communes à réparer les dommages causés par les pompiers en combattant un incendie, à cette seule condition qu'il s'agit de propriétés, qui étaient, par leur situation, à l'abri des atteints du feu.” L. MICHOD: *De la responsabilité des communes à raison des fautes de leurs agents. Revue de droit public et de la science politique*, vol. VII (1897), pág. 44.

⁽⁸⁸⁾ CHIRONI: *Colpa extra-contratt.*, n.º 257, v. II, pág. 27-8.

⁽⁸⁹⁾ CHIRONI: *Colpa contratt.*, pág. 482.

⁽⁹⁰⁾ DALLOZ: *Répert.*, v.º *Communes*, pág. 255.

car il est fait principalement dans l'intérêt de la commune." ⁽⁹¹⁾

Temos destarte assentada uma premissa capital para a nossa conclusão:

O dano causado pelo prefeito obriga o município.

Contra o resultado lógico da aplicação dêste princípio ao caso armou a Ré uma evasiva, pretendendo que os atos do presidente da Intendência, na espécie, "foram, *em geral*, legais".

Já na ressalva "*em geral*" teríamos aqui a confissão de que o procurador do município não se julga habilitado a defender *isteiramente* a legalidade dos atos do prefeito, ou presidente da Intendência.

Queremos, porém, que fôssem de todo em todo legais. Não constitui isso escusa à responsabilidade civil; porque,

se o ato legal da autoridade lesa o particular no seu direito, incontestável é o da pessoa lesada à reparação do dano.

Vão as provas.

No *jus commune*, nas relações de particular a particular, não há colisão possível entre dois direitos. Em havendo lesão jurídica, foi ilícito o ato, que a produziu. Aquêlo, que feriu o direito alheio, *ipso facto* está claro que não usou do seu. ⁽⁹²⁾ No campo do *jus commune*, pois, a lesão de um direito ilegítima o fato, que a gerou. ⁽⁹³⁾ Mas, por uma alteração do *jus singulare* a essa regra geral, o ato do Estado pode ser legal, e, contudo, nas suas consequências, ferir direitos do indivíduo, fundados igualmente em lei. Nesses casos, o antagonismo aparente entre o direito do Estado e o do indivíduo se concilia pela compensação do direito expropriado, ou pela reparação do dano sofrido. "L'atto dello Stato quando ha per oggetto la funzione pubblica ed è posto in essere dalle autorità competenti, perciò stesso è legale; infatti tale requisiti integrano il concetto della legalità del atto del potere;

⁽⁹¹⁾ L. MICHOUX: *Op. cit.*, pág. 73.

⁽⁹²⁾ PROV. PALLAZZO: *Op. cit.*, pág. 60.

⁽⁹³⁾ *Ib.*, pág. 61.

sicche anche se questo atto leda idiritti privati, esso non diviene illegittimo, seccome lo divengono gli atti dei privati, che ledono i diritti altrui, ma resta legale." ⁽⁹⁴⁾ Daí a teoria da *responsabilidade do Estado pelos atos legais do poder*.

Dos negadores que êsse principio tem encontrado, uns lhe opõem o principio contrário de que a responsabilidade cessa ante a legalidade perfeita do ato do funcionário ⁽⁹⁵⁾, outros imaginam evitá-lo substituindo o conceito de *indenização* pelo de *compensação*, mediante a teoria de que, *compensa, não indeniza*. ⁽⁹⁶⁾ Mas êstes, reconhecendo aliás que a idéia técnica de *compensação* está subordinada ao mesmo principio superior ⁽⁹⁷⁾ que a de indenização, não fazem mais que uma questão de palavras ⁽⁹⁸⁾, desde que, numa e noutra hipótese, confessam o vínculo da obrigação, e a ligam ao dano causado. Quanto aos primeiros, depois de estabelecerem a fórmula categórica da irresponsabilidade do Estado nos atos legais do poder, para logo se põem virtualmente de acôrdo com a doutrina oposta, excetuando à regra os casos de injusta lesão de um direito particular e os de prejuízo resultante aos particulares dos *efeitos* do ato administrativo não inerentes a êle ⁽⁹⁹⁾; com o que se reconhece, pelo modo mais formal, *que os atos legais do governo podem trazer lesão a direitos do indivíduo, e por essa lesão responde o Estado*.

Nem é difícil mostrar como a legalidade do ato e a legalidade do direito por êle ofendido concorrem, sem se excluírem, nas relações do Estado com o indivíduo. Quando, por exemplo, a lei confia ao poder executivo e, mediante

⁽⁹⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁵⁾ "La perfetta legalità dell'atto del pubblico funzionario esime questo di ogni responsabilità." GABBA: *Responsabilità civile dello Stato pel danno dato ingiustamente ai privati dai pubblici funzionari*. Fano, 1881, pág. 28.

⁽⁹⁶⁾ MEUCCI: *Archivio Giuridico*, XXI, pág. 390.

⁽⁹⁷⁾ "... quantunque fosse subordinata ad un medesimo superiore principio." *Ibidem*.

⁽⁹⁸⁾ PROV. PALAZZO: *Op. cit.*, pág. 47-8.

⁽⁹⁹⁾ GABBA: *Op. cit.* — PROV. PALAZZO: *Op. cit.*, páginas 38-9, 46-7.

êle, às autoridades militares a defesa do território, “implicitamente lhes faculta o uso de todos os meios convenientes a êsse fim”. Mas, se, suponhamos, uma manobra militar, não declaradas ainda as hostilidades, não verificada a situação de *guerra guerreggiata*, destrói uma lavoura, ou arruína uma propriedade, a jurisprudência assente reconhece ao proprietário direito à indenização do prejuízo, não obstante ser incontestavelmente legal o ato, que o ocasiona. ⁽¹⁰⁰⁾ Pode, pois, o fato exprimir, por parte do Estado, não só um direito, senão um dever, o mais imperioso, até dos deveres da autoridade, e, não obstante, constituir a fazenda pública na obrigação de reparar os estragos, que dêsse fato se originam. Não há mais solene dever, para o Estado, que a defensiva militar do país; e, entretanto, o mesmo MANTELLINI convém que “*pel danno premeditato recato dallo Stato in un fatto di guerra, il privato ha titolo civile*”. ⁽¹⁰¹⁾

Sentenciava a côrte de cassação de Turim, em 29 de dezembro de 1881, que os danos de proveniência militar, resultantes de atos voluntariamente praticados pelo Estado no seu território, a bem da sua defesa bélica, “*fondano nei privati danneggiati diritto a risarcimento verso lo Stato*”. ⁽¹⁰²⁾ Êste é hoje o *jus receptum* entre jurisconsultos e publicistas em matéria de dano militar. ⁽¹⁰³⁾ A teoria aceita, portanto, afirma a responsabilidade geral do Estado pelos atos *legais* do poder em assuntos atinentes à guerra, a menos que se prove o caso fortuito, ou força maior, isto é, sujeita êsses casos às normas liberatórias, comuns em matéria de obrigações. E que significa, nesta última hipótese, de feito, aplicar o princípio da força maior aos danos sofridos pelos particulares em razão de fatos de guerra, senão aplicar os princípios de direito privado às relações jurídicas entre o Estado e o indivíduo prejudicado por atos legais e soberanos do poder? ⁽¹⁰⁴⁾

⁽¹⁰⁰⁾ PALAZZO: *Op. cit.*, pág. 61.

⁽¹⁰¹⁾ *Apud* PROV. PALAZZO: *Op. cit.*, pág. 46.

⁽¹⁰²⁾ *Ib.*, pág. 81. V. os arestos nesse sentido *ibi.*, pág. 82.

⁽¹⁰³⁾ GIRODI: *Danni di guerra. Digesto Italiano*. — LAURENT: *principes de droit civ.*, v. XX, n.º 460. — CHIRONI: *Colpa extracontratt.*, v. II, n.º 539, pág. 400. — RICCI: *Obblig.*, p. 534 segs.

⁽¹⁰⁴⁾ PROV. PALAZZO: *Op. cit.*, pág. 82.

Idêntico é o direito admitido no tocante a outras espécies de dano procedente de atos legais. Tal o que emanar de operações militares ⁽¹⁰⁵⁾, prejuízos resultantes de exercícios de fogo no interior dos quartéis ⁽¹⁰⁶⁾, ocupação de edifícios particulares com o alojamento de tropas empregadas em estabelecer cordões sanitários. ⁽¹⁰⁷⁾ Até a jurisprudência dos tribunais administrativos em França tem subscrito esta doutrina; do que dão testemunho várias decisões do conselho de Estado, naquele país, responsabilizando o tesouro pelo dano, resultante a proprietários vizinhos, do estabelecimento de polígonos de tiro, e abrangendo no valor da indenização, além dos prejuízos derivantes da ação dos projetis, a depreciação da propriedade. ⁽¹⁰⁸⁾ Em todos êsses casos, sôbre praticar atos legais, exercia o Estado funções de império. E, não obstante, ainda aquêles que consideram inacessível a responsabilidade do Estado por atos de império, o têm como responsável pelas consequências de tais fatos, quando ofenderem o direito privado: "Il principio che l'atto d'imperio non espone la pubblica amministrazione a risarcimento di danni, soffre eccezione nel caso in cui, in conseguenza dell'atto stesso, si privi un privato di un diritto riconosciuto e garantito dalla legge." ⁽¹⁰⁹⁾

Não se cerceia com essa jurisprudência a ação do governo, antes se chega praticamente a facilitá-la, e se proporciona aos órgãos administrativos maior liberdade no desempenho da sua missão, despreocupando-os do receio de colisões com o direito individual, tranqüilo pela expectativa da reparação nos casos de dano. Nem tampouco se diminui o prestígio da autoridade moral à ação do governo; porquanto (são palavras de uma sentença do tribunal de cassação de Roma) "a inquirição aberta pelo magistrado ordinário sôbre o dano acarretado a particulares por um ato da administração pública não induz nem ao louvor, nem à censura a seu respeito, antes se limita

(105) *Archivio Giuridico*, XXI, pág. 381.

(106) Ricci: *Obblig.*, págs. 557-63.

(107) *Ib.*, pág. 548 segs.

(108) Decisões do cons. de est. 25 jun. 1859, 27 fev. 1869, 9 ag. 1865. (DALLOZ 1860, 3, II. *Ib.* 1, 62, 2, 38. *Ib.* 1866, 2, 27).

(109) Ricci: *Op. cit.*, págs. 547-48.

a verificar se dêsse ato promanou o dano, *podendo bem suceder que o ato fôsse excelente, recomendável, e, sem embargo, desfalcasse o patrimônio de alguém.* ⁽¹¹⁰⁾

Logo (insistamos na premissa, agora demonstrada)
a legalidade do ato, ainda que irrepreensível, não obsta à responsabilidade civil da administração, desde que haja dano a um direito.

Quais são, pois, além do prejuízo ao direito, isto é, afora a existência de um direito e a certeza de uma lesão a êsse direito, as outras condições jurídicas dessa responsabilidade? ⁽¹¹¹⁾

Nascendo a responsabilidade, como nasce, da consideração de se ter como do representado o ato do representante, fácil é daí deduzi-las; e isso poderemos fazer, estabelecendo, em resumo, a regra de que não se verifica a responsabilidade, se o representante 1.º) não obrou como representante, 2.º) no exercício de funções da representação e 3.º) mediante o emprêgo das faculdades, de que ela o dota.

Primeira condição:

Que o ato se cometesse pelo empregado no caráter de empregado. ⁽¹¹²⁾ Se êle causou o mal, não nessa qualidade, mas na de sua pessoa individual, *tanquam privatus agisse censetur*, não foi do representante o ato. Logo, não foi do representado.

Para se realizar, por êsse lado, o fato jurídico da representação, basta, porém, que o cargo investido no operante lhe fornecesse para o ato o prestígio, a autoridade

⁽¹¹⁰⁾ "Il risultato pratico della responsabilità dello Stato è appunto questo: lasciar libera l'amministrazione nel compiere la propria missione, e nello stesso tempo da modo ai privati di essere rivalsi dei danni sofferti per l'interesse pubblico." PROV. PALAZZO, pág. 40.

⁽¹¹¹⁾ Sentença de 19 dez. 1877 (*Raccolta*, 1878, pág. 158, parte 1.ª *Apud* PROVENZANO, pág. 62): "La ricerca fatta dal magistrato ordinario del danno cagionato da un'opera della pubblica amministrazione non tende al biasimo nè alla lode dell'amministrazione, ma tende solo a stabilire in fatto se da quella opera, com'è, ne è venuto danno; e potrebbe anche succedere che l'opera fosse perfetta e commendevole e che nondimeno producesse un danno nel patrimonio di un privato."

⁽¹¹²⁾ CHIRONI: *Colpa extrac.*, II, p. 12.

e a posição, de onde se perpetrrou o ato criminado. Essa idéia era corrente já entre os romanos, em cujo direito, para se obrigar o preponente, não se havia mister mais que declarar o preposto operar no interesse do mandante, ainda que o fizesse a bem do próprio. Assim o capitão do navio, que contraísse um empréstimo declaradamente, *specialiter, ad navis causam*, ainda que se apropriasse do dinheiro, obrigava o preponente, *imputaturus sibi cur talem preposuerit*. ⁽¹¹³⁾

Na espécie, a verificação desse requisito é indubitável. Não foi o dr. BARATA RIBEIRO quem mandou fechar e despejar a praça da Glória: foi, sim, o presidente da Intendência, com o poder, os meios, os auxiliares da sua posição oficial, operando em nome dos interesses da municipalidade.

Segunda condição:

Que o fato se praticasse pelo funcionário *no exercício das funções* encarregadas à sua autoridade: *nell'esercizio delle funzioni affidategli*. ⁽¹¹⁴⁾ O código civil francês dizia simplesmente "*dans les fonctions*", enunciado que MOURLON censurou de insuficiente, aconselhando a substituição dessa fórmula por estouta: "*dans l'exercice de leurs fonctions*". ⁽¹¹⁵⁾ Essa substituição, fê-la o cód. civil italiano, art. 1.153: "*nell'esercizio delle incumbenze alle quale li hanno destinati*".

Não basta achar-se o funcionário investido nas funções: é necessário que pratique o ato culposos, *exercendo-as*, e que haja um laço de filiação entre esse ato e as funções, em cujo exercício se consumou. O cocheiro, que, precipitando os animais do côche, ou regendo-os mal, estropiou um transeunte, obriga o patrão pelo dano causado. Se, porém, encontrando um inimigo, lhe vazasse intencionalmente, de uma tagantada, o olho, não haveria im-

⁽¹¹³⁾ F. 1 § 9, D. *de exercitoria actione* (XIV, 1).

⁽¹¹⁴⁾ CHIRONI: *Colpa contrattuale*, n.º 232, p. 527.

⁽¹¹⁵⁾ *Répétitions écrites*, sobre o art. 1384 c. civ. — LOMONACO: *Istituzioni di diritto civile italiano*, v. V, p. 5. Sent. da corte de cassaç. de Roma, 27 abril 1878, e trib. de apel. de Perugia, 10 jan. 1881. RICCI: *Obbligazioni*, págs. 578-80. — BELLAVITE, *op. cit.*, pág. 51.

prudência, mas maldade, não haveria ato de ofício, mas ato pessoal. O patrão não teria responsabilidade.

Não basta, pois, entre as funções e o dano a simples ocasionalidade ou coincidência de lugar e tempo: cumpre que haja *causalidade de serviço*, a saber, que o ato diga respeito às funções e ao seu objeto. ⁽¹¹⁶⁾

Ora, não pode sofrer dúvida na espécie, que a medida lesiva foi posta em uso pelo presidente da Intendência, *exercendo a prefeitura, só porque exercia a prefeitura e em matéria concernente às funções da prefeitura*: a higiene municipal.

Terceira condição:

Que o ato em si mesmo caiba nas atribuições do cargo, o que equivale a dizer nos limites do mandato. ⁽¹¹⁷⁾

Fora, com efeito, do círculo do mandato não há representação, e, não havendo representação, não há unificação jurídica da pessoa do mandatário à do mandante, não há, portanto, responsabilidade alguma dêste pelos atos daquele. "Il principio che fuori delle facoltà commessi non c'è mandato dell'amministrazione è innegabile." ⁽¹¹⁸⁾ Atuando no perímetro das funções, que se lhe cometeram, "o preposto é o próprio comitente; pelo que atos dêste se reputam juridicamente todos os daquele. São pessoas, que se confundem, de tal sorte que o representado vive e opera na ação do representante". ⁽¹¹⁹⁾ Ergo, se não são atribuições do empregado as que êle exerceu no fato argüido, não há, pelo mal daí resultante, responsabilidade civil da administração. ⁽¹²⁰⁾

Ora, seria impossível negar, no caso vertente, que a atribuição, de que se utilizou, *ainda que mal e culposamente*, o prefeito, seja uma das atribuições da prefeitura: velar pela higiene da cidade, policiar a saúde dos mercados, despejar e cerrar os estabelecimentos insalubres.

Logo, tôdas as três condições que determinam a existência do vínculo da representação, a relação jurídica de preponente a preposto, temos verificadas no fato em litígio.

⁽¹¹⁶⁾ *Archivio Giuridico*, v. XXI, p. 398.

⁽¹¹⁷⁾ CHIRONI: *Colpa extra-contrattuale*, v. II, p. 12.

⁽¹¹⁸⁾ MEUCCI: *Archivio Giuridico*, XXI, pág. 398.

⁽¹¹⁹⁾ CHIRONI: *Colpa contrattuale*, págs. 538-9.

⁽¹²⁰⁾ *Ib.*, pág. 527-9.

O presidente da Intendência:

- 1.º obrou como presidente da Intendência,
- 2.º no exercício dessa presidência,
- 3.º exercendo atribuições dela.

Mas, para a existência da responsabilidade, não basta existir *representação*, se não existe *culpa*.

Onde a culpa, se o prefeito exercia a prefeitura dentro nas suas atribuições?

Onde? Em que exerceu essas atribuições *incorretamente*, isto é, com precipitação, com violência, com preterição, não só do critério comum, senão das normas regulamentares, destinadas a conciliar a seriedade da fiscalização sanitária com as exigências do direito individual.

“È d’uopo si tratti di esercizio *non corretto, illegittimo*, delle funzioni domandate dalla legge all’impiegato.” ⁽¹²¹⁾

As providências adotadas estavam na competência do funcionário municipal; mas foram aventuradas com imprudência, com atropêlo, com força, abusivamente.

Está, com efeito, demonstrado, na prova dos autos, por documentos e vistoria:

que o edificio em questão é salubre;

que reúne condições, não só para mercado, mas para moradia;

que para moradia tinha o A. o direito de alugá-lo;

que, quando muito, lhe poderia a autoridade exigir reparos de fácil execução;

que a vistoria preliminar à condenação do prédio foi clandestina, sem citação do proprietário;

que este não recebeu intimação para obras de saneamento no imóvel;

que a mesma Intendência tinha conhecimento e certeza da salubridade do prédio, pois de outro modo não continuaria a conceder licenças individualmente a vários negociantes, para lhe ocuparem os compartimentos;

que a concessão de autorizações tais, após a ordem peremptória de esvaziar e fechar o edificio e antes de qualquer melhora nas suas condições sanitárias, evidencia, quando não a má-fé, pelo menos o apressuramento, a indiscrição e a inconsciência, com que se houve a administração municipal, contradizendo-se, desmentindo-se, e exautorando-se a si mesma.

⁽¹²¹⁾ CHIRONI: *Colpa extra-contrattuale*, v. II, p. 13.

Mais, ainda:

na própria vistoria clandestina, cujo resultado se estampa na publicação oficial a fls. 14, reconhecerem, em 5 de novembro de 1892, os médicos municipais que "*podiam ser conservadas as casas comerciais e pequenas oficinas ali estabelecidas*".

Não obstante,

o presidente da Intendência, não só ordenou, em 11 dêsse mês, que se desocupasse o edifício de todos os seus habitantes, como expediu, em 30 do mês seguinte, a portaria constante de fls. 16, determinando não se concedessem mais licenças, para funcionarem naquele imóvel estabelecimentos comerciais.

Daí resultou:

a desocupação total do imóvel e sua subtração à posse e gozo do proprietário, em condições que importaram de fato verdadeira expropriação por espaço de anos.

Portanto,

se a autoridade municipal ordenasse as medidas de saneamento ao proprietário, antes de cuja resistência a êsse ditame legal era injustificável a providência extrema de lhe fecharem as portas;

se para a vistoria médica se tivesse feito citar o A., cuja representação, por facultativos independentes, no exame técnico do imóvel, submeteria ao contraste de profissionais insuspeitos o juízo dos árbitros municipal;

se, pelo menos, feita a vistoria ainda nas condições irregulares em que se fez, o presidente da Intendência se limitasse a vedar a locação dos compartimentos do edifício para moradia aos inquilinos;

não se teria visto privado o A. do usufruto do seu prédio nesse longo decurso de tempo, sofrendo os graves prejuízos conseqüentes a essa anomalia.

Houve, pois, da parte da autoridade *omissão, preterição* manifesta dos cuidados elementares, das precisas diligências, das verificações indispensáveis, das formas legais, para chegar ao conhecimento exato da verdade, e, adulterada esta pela insuficiência dos meios empregados em sua busca, aforçuramento, irreflexão, excesso nos remédios administrativos utilizados.

Ora, a administração pública responde, na culpa aquiliana, *por qualquer negligência* do empregado, ainda que mínima seja a culpa verificada.

"Lo Stato risponde di qualunque negligesza del funzionario, non ocorrendo, come nella colpa contrattuale, question di grado nel valutarla." (122)

Nem se objete que, havendo *excesso*, não se verifica responsabilidade porquanto esta cessa, ultrapassando o funcionário as raías das suas atribuições. Seria falaz o argumento; pois não houve *excesso na atribuição*, mas apenas no *modo*, na *oportunidade* e nas *condições* de aplicá-la. Não se confunda o excesso do mandato nas relações entre *mandante* e *mandatário* com o excesso nas suas relações *para com terceiros*. Todo mau uso do mandato é *excesso para com o mandante*; mas *pode estar e está nos limites do mandato para com terceiros*.⁽¹²³⁾ Há de entender-se o excesso "na acepção da faculdade considerada, abstraindo-se das suas condições, e unicamente no que respeita ao seu fim e destino. Só haverá *excesso* e, em consequência, irresponsabilidade, quando o funcionário *usurpe faculdades, que em caso nenhum lhe competiriam*." (124)

Considera-se, pois estar no exercício das suas funções, e obrigar, pelos seus atos, a administração o empregado, que transcende, não as funções, mas apenas as condições do poder, que lhe assiste, como o juiz instrutor que mande prender em caso alheio aos de imputação, "ou o síndico municipal, que proceder no interesse do município, sem as necessárias autorizações e aprovação do conselho". (125)

(122) CHIRONI: *Colpa contrattuale*, pág. 536.

"Nè v'ha differenza quanto a grado di colpa." *Archivio Giuridico*, v. XXI, pág. 389.

(123) "Lasciamo la eccessiva e fiscale interpretazione che nell'esercizio significa nel retto uso delle facoltà, cio che è puramente la negazione di ogni responsabilità indiretta di ogni ente morale, e confonde l'eccesso del mandato nei rapporti fra il mandante e il mandatario e nei rapporti verso i terzi. Ogni mal uso del mandato è un eccesso verso il mandante; ma può essere ed è nei limiti di esso verso i terzi." MEUCCI: *Diritto amministrativo*, pág. 303.

(124) "Allora soli vi sarà un tale eccesso da cagionare irresponsabilità dell'amministrazione, quando l'ufficiale usurpi facoltà che non ha in n'ún caso." *Ib.*, pág. 312.

(125) *Ib.*, pág. 308.

“Não importa que o funcionário transcurasse ou transgredisse as formas prescritas por lei ao exercício das suas faculdades: uma intimação exigida, por exemplo, ou a aquiescência prévia de um superior. Essa omissão poderá gerar a nulidade ou ineficácia do ato a bem da administração, mas não tolher que êle seja praticado pelo funcionário nesse caráter, no exercício das suas funções, e que, portanto, se fôr danoso, constitua abuso, pelo qual a administração haja de responder.”⁽¹²⁶⁾ Ainda na hipótese, logo, da preterição de condições legais, cuja ausência determine a invalidade do ato, não se realiza a escusa liberatória da responsabilidade civil, uma vez que a atribuição exercida pertença ao funcionário, que a exercer. O que exclui a responsabilidade da administração, é o uso, pelo seu preposto, de atribuição alheia ao cargo; por outra é a incompetência do empregado.

“Não colhe a objeção de que o Estado não autoriza abusos”, diziam, definindo com muita clareza este ponto, numa sentença do Supremo Tribunal Federal, os srs. José Higino e Figueiredo Júnior: “É preciso não confundir o abuso, isto é, o *mau uso* das atribuições legais, com o *excesso de poder*, consistente na prática de atos exorbitantes daquelas atribuições. Se neste último caso é evidente a irresponsabilidade do Estado, não menos evidente é que, no primeiro, subsistindo o princípio da representação, o Estado responde pelo dano causado a terceiros por culpa dos seus agentes no exercício de suas atribuições.”⁽¹²⁷⁾

Na espécie, basta a negligência do presidente da Intendência, delexando os meios de esclarecer se, esquecendo as cautelas preventivas de erro, faltando às garantias morais e regulamentares, defensivas do direito individual, para constituir o município em obrigação incontestável de reparar o mal causado.

Ainda nas funções *políticas*, se o funcionário *incorre em culpa na execução*, infligindo prejuízos ao direito de particulares, não se exime de lhes ressarcir o Estado pela

⁽¹²⁶⁾ *Ib.*, pág. 308.

⁽¹²⁷⁾ *O Direito*, vol. LXXIII, pág. 511.

natureza política da faculdade em exercício no caso. ⁽¹²⁸⁾ Enquanto o funcionário, obrando segundo a lei, *executa regularmente*, poderá sustentar-se que não se permite ao indivíduo valer-se do direito civil, para constringer a administração pública à satisfação do dano; mas, se este se dá *por negligência do funcionário*, a hipótese já não cabe no direito público, não é legítimo o ato, nasce, portanto, a obrigação de ressarcir. ⁽¹²⁹⁾

⁽¹²⁸⁾ "Perché in materia di danno dato *ingiustamente* per colpa del funzionario, basterà dire a rendere responsabile lo Stato, ch'esso avvenne nell'esercizio di funzione politica? S'intende che questa funzione è legittima finchè sia esercitata entro i limiti consentiti dalle leggi, nel qual caso l'azione è giusta; ma, se il funzionario è *in colpa nell'esecuzione*, se *infligge danno al diritto dei privati*, il fatto riman sempre ingusto, ancorchè si tratti di eseguire atti giusti per se." CHIRONI: *Colpa contrattuale*, n.º 216, pág. 504.

⁽¹²⁹⁾ "Finchè il funzionario agisce secondo la legge, e *la eseguisce regolarmente*, attalchè non si possa dire che nell'atto suo è mancanza o abuso di diritto, il privato non può valersi della disposizione della legge civile obbligatoria chiunque rechi danno a ripararlo, perchè è il diritto pubblico, è la legge che ha autorizzato l'atto; ma quando per colpa, *per negligenza del funzionario* è dato ingiuriosamente danno, si è fuori del diritto pubblico, non si ha atto legittimo, e *sorge quindi l'obbligazione di rescire*." *Ib.*, n.º 228, pág. 522.

"Quando lo Stato pone in essere un provvedimento, ed ordina o fa eseguire un atto relativo al diritto pubblico, il privato non potrà in modo alcuno sollevare questioni sulla violazione ingiusta del suo diritto, invocando all'uopo le disposizioni del codice civile. Ma ciò, finché lo Stato agisce entro i confini della legge che nell'interesse generale autorizza a compiere atti contrari ai diritti dell'individuo: sia lesa un interesse, sia un diritto (la distinzione non è gran fatto buona), lo Stato agisce legittimamente, nè può essere questione di responsabilità. Non si può concepire il fatto lecito se manchi l'elemento fondamentale della *ingiuria, del facere sine jure*, e qui lo Stato agisce manifestamente con diritto.

"Ma non è tale la questione. Certo, posta in queste termini, non si può fare a meno di rispondere ch'essa neppure può sorgere. Sorge, quando nell'attuare la misura di diritto pubblico, l'attuazione avvenga in modo da *dare un danno non consentito dalla legge*. Qui il diritto pubblico può esercitare influenza per *dedurne la irresponsabilità dello Stato*? No: la esercita quando l'azione avvenga *conformemente alle sue disposizioni*, nella quale ipotesi il danno del privato non può dar luogo a risarcimento; quando poi si *faccia cosa che esse non consenta-*

Entanto os atos políticos são atos de império, isto é, atos mais ou menos discricionários do poder. Havemos de inscrever nessa categoria as funções concernentes à polícia de higiene? Mas, ainda assim, agora mesmo acabamos de ver que, ainda na prática de atos dessa natureza, de atos de império,

há culpa e responsabilidade, portanto, do Estado, se o funcionário omite, ou negligencia as condições de regularidade e exatidão legal no exercício de suas funções.

Por outro lado, já tivemos ocasião de assentar que

“o princípio de que o ato de império não expõe a administração pública à reparação do dano, *sofre exceção, quando, em consequência desse ato, se privar o indivíduo de um direito reconhecido e afiançado em lei.*” ⁽¹³⁰⁾.

Lavra, por exemplo, uma peste. Para lhe obviar a propagação, manda o governo estabelecer cordões de tropas, defendendo as zonas ameaçadas. Em consequência dessa medida, porém, sofre o proprietário de um prédio, temporariamente despojado da sua propriedade por atos da autoridade militar. São as circunstâncias de um pleito, julgado, em 25 de maio de 1886, pela corte de cassação de Roma. ⁽¹³¹⁾ Não há dúvida, sentenciou ela, que as providências ordenadas pelo governo e pelo comandante militar tocam às altas funções de proteção da saúde pública, constituem, portanto, atos de império, e como tais, se acham fora dos limites assinados à competência da magistratura. Mas ante “as consequências” desse ato, “a interrupção no gozo da propriedade, infligida ao seu dono”, não pode a justiça desconhecer “um caso de direito civil”, e recusar ao prejudicado “a compensação reparadora”. Diferente,

no, non si agisce più jure, ma sine jure: allora comparisce l'elemento della ingiuria, della quale la responsabilità è necessaria conseguenza.

“E siccome l'efficacia delle norme di diritto pubblico sta sin quando esse siano strettamente e giustamente osservate, così, *qualora non lo siano*, non si può più invocare il diritto pubblico, le cui disposizioni furono violate, e si viene, *stante la ingiuria, sotto l'impero del codice civile.*” CHIRONI: *Colpa extra-contrattuale*, v. II, pág. 5.

⁽¹³⁰⁾ RICCI: *Obbligazioni*, n. 296, págs. 547-8. — Vide o texto italiano à pág. 66 deste arrazoado.

⁽¹³¹⁾ *Ib.*, págs. 548-50.

observava o aresto, respondendo provavelmente à defesa do erário, “diferente é a hipótese do procedimento da polícia sanitária, mandando, com observância rigorosa de tôdas as fórmulas legais, alijar ao mar a carga eivada de infecção ⁽¹³²⁾, ou inutilizar uma provisão de vinho exposto à venda e reconhecido como deletério ⁽¹³³⁾; porque, nesta e na outra emergência, verificada estava a incompatibilidade entre a saúde pública e o direito do indivíduo, a quem apenas se vedava fazer da sua propriedade uso defeso pelas leis: envenenar por meio dela a população”. Análoga devia ser a apreciação jurídica no caso, resolvido pelo mesmo tribunal ⁽¹³⁴⁾, das autoridades de higiene mandando suprimir um esgoto de espurcícias. “Não se pode invocar a lei”, concluía o aresto, “para haver indenização pela perda de coisas, que a lei, sobre não assegurar, proíbe.”

O fato em questão, porém, não emparelha nem com o da sentina pestilenta, nem com o dos vinhos coruptos, nem com o da goleta infeccionada, mas com o da propriedade transitòriamente furtada ao seu dono pelo efeito do cordão sanitário. Se ali era irrecusável a reparação, muito mais aqui. Trata-se com efeito, neste momento, dos direitos inerentes a posse de um valioso imóvel, estribada na lei e em um contrato com a municipalidade. Dêsse prédio sofreu o A. expropriação efetiva e prolongada, ainda que não declarada e formal, por efeito de uma resolução adotada sob um pretexto de higiene, contrário à verdade, agora judicialmente verificada e *então facilmente verificável, se a autoridade municipal a quisesse verificar*, dando ensejo à defesa do proprietário, em vez de o surpreender, contra todo o direito, antes de qualquer intimação, ou requisição, com a medida violenta e lesiva.

Solenes decisões conta a jurisprudência republicana condenando o govêrno à indenização do dano causado a particulares por atos *de autoridade*, isto é, atos praticados *jure imperii*. Tal o acórdão proferido, em dezembro de 1897, pelo Tribunal de Justiça de S. Paulo, obrigando o municipio da capital aos prejuízos de um ato *jure imperii*,

⁽¹³²⁾ Cassação de Roma, 13 de junho, 1883, *Ib.*, páginas 550, 576-8.

⁽¹³³⁾ *Ib.*, pág. 550.

⁽¹³⁴⁾ Sent. de 14 nov. 1889. RICCI: *Op. cit.*, págs. 544-5.

como era a medida policial contra a Companhia Frontão Paulista, e o acórdão pronunciado pelo Supremo Tribunal Federal, em 6 de março de 1897, contra o Estado de Pernambuco. ⁽¹³⁵⁾

O próprio governo federal subscreveu essa doutrina, requisitando, o ano passado, ao congresso, em mensagem especial, a quantia de £ 1.998,19,2, para ressarcir aos proprietários do vapor inglês *Stanmore* o dano, que sofreram por atos da polícia sanitária, no porto de Santos. ⁽¹³⁶⁾

⁽¹³⁵⁾ O *Direito*, vol. LXXIII, pág. 337.

⁽¹³⁶⁾ "Srs. membros do Congresso Nacional. — O vapor inglês *Stanmore*, o qual saíra de New Port, último porto de sua escala, na Inglaterra, no dia 13 de agosto de 1892, e depois tocou em Las Palmas (ilhas Canárias), tendo daí zarpado a 23 do corrente mês, com destino a Santos, chegou a este último porto a 8 de setembro seguinte.

"Vigorava então o ato do governo que havia declarado suspeitos de *cholera-morbus* os portos das Ilhas Britânicas, a contar de 19 do dito mês de agosto, pelo que estacionava à entrada da barra de Santos um vaso de guerra brasileiro a fim de fazer as devidas intimações aos navios, que demandavam aquele porto.

"Ocorreu que, ou por ter havido engano por parte do comandante do *Stanmore* na transmissão do sinal indicativo da data da saída do porto de procedência da embarcação, ou por ter sido o *aludido sinal mal interpretado a bordo do navio de guerra brasileiro*, foi o vapor *Stanmore* considerado sujeito a tratamento sanitário e compelido, havendo chegado o dito navio de guerra quase a fazer uso de sua artilharia, a seguir para o lazareto da Ilha Grande, o que efetivamente realizou.

"Verificado neste estabelecimento quarentenário que fôra *descabida* a suspeição do vapor de que se trata, porquanto saíra de New Port antes do dia em que começou a ser observado o interdito sanitário dos portos das Ilhas Britânicas, teve *Stanmore* livre prática imediatamente, e solicitaram os respectivos proprietários que se lhes indenizassem os prejuízos resultantes da travessia, a que havia sido *indevidamente* obrigado o navio, travessia durante a qual se viu forçado a queimar parte do carregamento, à falta de combustível.

"Discutida a questão, que a legação britânica apoiara, chegou o governo, por intermédio do Ministério das Relações Exteriores, ao acórdão de pagar aos reclamantes a quantia de £ 1.098,19,2, como *indenização dos prejuízos sofridos*.

"Para efetuar o pagamento venho pedir-vos o necessário crédito.

"Capital Federal, 12 de julho de 1897. — *Prudente J. de Moraes Barros*, Presidente da República" (*Diário Oficial* de 17 de julho de 1897).

Não se atenta contra a independência e soberania dos atos discricionários, quando, sem os atacar na sua origem, na sua essência, ou na sua ação imediata, se trata de antemurar *contra as suas conseqüências*, pelo princípio da reparação do dano, um direito legal e fundamental como o de propriedade. Até o dano procedente de atos de guerra, de medidas concernentes à defesa militar da nação, os *mais inelutáveis de todos os atos de império*, não escapa à responsabilidade civil, senão quando o Estado mostre, consoante a regra de VATTEL, "que foi ocasionado por *necessidade inevitável*". ⁽¹³⁷⁾

Nada há, entretanto, do *incursus hostium* nas lutas armadas, da invasão impetuosa do contágio nas moléstias de índole perigosa e difusiva (*pestis est bellum divinum*), da força irruptiva dos elementos nas inundações ⁽¹³⁸⁾, nada há dessa *vis major cui resistiri non potest*, que estabelece a irresponsabilidade nos atos do poder, como nos do indivíduo, nada há, que de longe sequer se pareça com essas situações exculpatórias dos atos supremos de defesa individual ou social, nada há disso na atitude gratuita, irreflexiva, violenta a frio do administrador, que, sob o pretexto de insalubridade irremediável contra um prédio absolutamente salubre, pouco depois utilizado pelo govêrno como sanatório oficial, o desacredita, o despoeva, o fecha, o condena à improdutividade por muitos anos, — tão negligente e desmemoriado, que lhe decreta a inabitabilidade, e depois favorece a diversos com a permissão de habitá-lo, que lhe cerra as portas, e, sem saber, lhe deixa ficar as chaves pelas mãos dos seus agentes (fls. 42 v., 43, 46, 49-49 v.), que confisca praticamente ao proprietário todas as vantagens do domínio útil, sem ter consciência de que o está prejudicando, e leva a incúria, o esquecimento, o desmancho ao ponto de não sentir enxertar-se na sua intrusão, superpor-se ao seu abuso, substituir-se à sua anomalia, a anomalia, o abuso, a intrusão do govêrno,

⁽¹³⁷⁾ VATTEL: *Droit des gens*, l. III, § 232. — LAURENT: *Princ. de droit civil*, v. XX, ns. 459 e segs. — CHIRONI: *Colpa extra-c.*, v. II, pág. 400.

⁽¹³⁸⁾ Cassaç. de Roma, 20 de julho de 1896. RICCI: *Obblig.*, n. 295, pág. 545-7.

empalmando sem cerimônia, para aboletar batalhões, o prédio vedado pelo interdito municipal, e cujas chaves, os empregados municipais chamaram de novo à sua posse, quando a força armada o despejou.

III

CULPA CONTRATUAL

Até agora, porém, para prevenir a questão pela face mais grave, temos discorrido, como se versara sobre um caso de *culpa extra-contratual*, isto é como se não existissem entre a municipalidade obrigações originárias de mútuo compromisso, vínculos resultantes de uma convenção. Só no que diz respeito à culpa aquiliana, com efeito, se controverte, entre a escola jurídica e a escola fiscal, o princípio da responsabilidade do Estado pela culpa civil nos atos do poder.

Tratando-se, pelo contrário, de culpa *contratual*, são unânimes, quanto a essa responsabilidade, as opiniões, na jurisprudência e na doutrina. Ainda os mais extremados adeptos da irresponsabilidade do Estado, os que a proclamam em regra geral, modificada apenas por um mínimo de exceções, estão de acôrdo em que, pelos contratos que celebra, a administração pública se subordina ao direito privado, perde, portanto, a faculdade de rompê-los, e, se os rompe, incorre na obrigação comum de restituir. Não se dissolvem tais laços nem mesmo pela força do arbitrio legislativo, que, conquanto soberano e irresponsável no círculo da sua competência constitucional, nenhuma autoridade tem, para resilir contratos legalmente concluídos pelos indivíduos, ou por govêrno. Se o fizesse, atentaria contra as normas fundamentais, que asseguram o direito de propriedade, e vedam a retroatividade das leis. Nunca se invocou a imunidade civil pelos atos de império senão nas hipóteses de culpa aquiliana. Perante um contrato violado, não colhe a diferença entre atos de gestão e atos de autoridade. Se esta obra, na esfera de suas funções, se inspira no bem público, poderá valer-lhe a escusa, para interdizer aos tribunais a anulação da medida; mas não vale, para a exonerar da responsabilidade pelo dano.

É por isso que, profundamente imbuído na tendência fiscal, não hesita, contudo, um dos mais modernos expositores da teoria da irresponsabilidade civil aplicada aos atos administrativos em considerá-la absoluta, para o poder público, em qualquer das suas esferas, desde a localidade até a nação, nas *hipóteses de culpa contratual*.

Eis as suas palavras:

"La commune est encore responsable lorsque l'acte d'autorité renferme la violation d'un contrat. La jurisprudence n'a jamais hésité, et avec raison, à n'admettre aucun motif d'irresponsabilité en ce qui concerne la faute contractuelle. L'acte qui contient la violation du contrat peut être en lui même un acte d'autorité pris par l'administration en vue des intérêts généraux dont elle a la garde. Les tribunaux compétents pour statuer sur le contrat n'ont pas le droit d'annuler cet acte, ni d'en arrêter les effets, parce que l'administration ne peut pas, par un contrat, renoncer aux droits de puissance publique qui lui appartiennent. Mais elle a pu valablement s'engager à indemniser son cocontractant au cas où elle exercerait ses droits contrairement à la convention." (1)

É MANTELLINI, [no assunto], a suma autoridade, a mais festejada hoje entre todas, ao menos aqui, entre os adeptos da teoria que nega responsabilidade civil do Estado. E, todavia, tratando-se de culpa *contratual*, esse autor formal e peremptoriamente a reconhece :

"Lice al privato l'agire *civilmente* con lo stato, quando il privato agisce di privata regione o come singolo, e per rapporti dove lo stato assuma veste civile; o, se ed in quanto lo stato possenga, *contratti* o litighi. Persona giuridica, o di diritto, lo stato ente politico nell'impero o nella giurisdizione, aggiunge veste civile nella gestione, se ed in quanto possiede, *se ed in quanto contratta*, se ed in quanto patisce." (2)

Quando pleiteia, quando possui, quando *contrata*, o Estado é *pessoa civil*. Em responsabilidade civil incorre, pois, o Estado, quando quebra os seus contratos. Mas, se essa regra se aplica ao Estado, o mais alto dos entes políticos, das personificações da soberania organizada, com maioria de razão cabe às municipalidades.

(1) L. MICHOUX: *De la responsabilité des communes*, Loc. cit., pág. 64.

(2) MANTELLINI: *Lo Stato e il codice civile*, v. I (1883, pág. 53).

Por isso os autores mais inclinados à teoria da irresponsabilidade civil do Estado e ainda os que, a êsse respeito, equiparam completamente ao Estado o município, não hesitam, contudo, em estabelecer como princípio preliminar a responsabilidade civil dos municípios pela quebra dos contratos com êle celebrados.

Por todos, neste sentido, bastará citar o exemplo de GEORGIO GIORGI, que se exprime dêste modo:

“Per apirme la vie comincerò dall’osservare, che non vi può esser dubbio sul la responsabilità civile del municipio pefatto illecito dei suoi impiegati nello inadempimento dei contratti.” (3)

Ora, como tivemos ocasião de ver, no comêço destas razões (II, § 1.º, págs. 12-18), é a própria Ré quem considera firmar-se o domínio do A. sobre o mercado da Glória em um contrato bilateral, alegando a violação de cujas cláusulas pelos concessionários pretendeu anulá-lo, em 1886, por ação ordinária, de que, vencida em primeira instância, desistiu.

Mais, na sentença, com que se conformou a Ré, que destarte passou em julgado, e que, portanto, faz lei entre as partes, consiste o fundamento do julgado na existência de um contrato infringido pela Ré e cumprido pela outra parte, em cujos direitos está hoje sub-rogado o A.

Dizia, com efeito, o juiz prolator :

“Ficou patente que o edifício construído tem o característico do mercado público, de acôrdo com os estilos da época em que foi construído, e com todos os elementos essenciais para promover o mercado, tendo sido, portanto, observada a cláusula do CONTRATO.” (4)

Logo, tendo esquecido e nulificado inteiramente êsse contrato, ainda que sob o pretexto de atos de autoridade, o município responde pelo dano; porque, como há pouco demonstramos, quando o ato de autoridade transgride um contrato municipal, ainda que se não possa anular por sentença, indubitavelmente, pelo menos, constitui o município em responsabilidade civil pelo prejuízo. (5)

(3) *La dotrina delle persone giuridiche*, vol. IV, pág. 404.

(4) V. *supra*.

(5) V. *supra*, pág. 242.

Sejam quais forem, pois, as concessões admissíveis à defesa e o lado, por que se encare a situação jurídica da Ré, no mesmo resultado vamos dar sempre: a culpa e responsabilidade civil.

*

* *

Quanto à importância dos prejuízos, cuja avaliação pelo A. a Ré acoima de excessiva, teremos azo, na execução, de mostrar o contrário, aliás já demonstrado pela prova dos autos.

RUI BARBOSA.

III

NOVUM JUS

RESTITUIÇÃO DE VENCIMENTOS POR EXECUTIVO FISCAL

Ereqüente: a Fazenda Nacional;

Executado: Almte. Dr. J. Pereira Guimarães.

NOTA DO ORGANIZADOR

A lei n.º 3.396, de 24 de novembro de 1888, em seu artigo 33, vedava a acumulação de funções remuneradas. A aceitação de emprêgo ou comissão, depois de ter sido aposentado o respectivo titular, importava na perda dos proventos da aposentadoria ou jubilação.

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

Constituído advogado do réu, o Conselheiro Rui Barbosa opôs em tempo os embargos. Quer na contestação, quer nas razões finais (fls. 36-59 dos autos), sua tese é de uma coerência absoluta. O ato de 31 de janeiro, pelo qual foi o réu provido nas funções de Inspetor de Saúde da Armada, não tinha, como ordinariamente se teria de presumir, cunho de mero ato administrativo, tendente a prover na administração os cargos criados por lei anterior. Plena fase de governo discricionário, as providências de tal ordem, emanadas do executivo, tinham força de lei, fôsse qual fôsse a sua natureza, e sômente mediante resolução do legislativo ordinário podiam ser revogadas. Mais do que isso: até funções constituintes enfeixava em suas mãos o supremo órgão administrativo da União. O decreto de 31 de janeiro, ainda quando colidisse com a lei de 88, nenhuma restrição sofreria; tinha força revogatória, dado o antigo princípio — *lex posterior priori derogat*. Além disso, a jubilação e o provimento foram atos simultâneos, e o advérbio *depois*, no lugar

em que o empregaram em 1888, não há de ter aqui importância secundária. Se entendesse o contrário o legislador da República, teria ficado patente a sua intenção, de modo explícito, não se deixando ao arbítrio do intérprete a elucidação do sentido ambíguo porventura existente na redação, e *a fortiori*, como parecera à Fazenda.

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

O procurador seccional, Dr. Esmeraldino Bandeira, recorreu para o Supremo Tribunal, sendo a apelação recebida por despacho de 12 de julho de 1897 do juiz *a quo*. Na suprema instância, onde como apelação tomaram os autos o n.º 343, foram estes distribuídos ao Ex.^{mo} Sr. Ministro Macedo Soares, funcionando como revisor o Ex.^{mo} Sr. Ministro Pindaíba de Matos.

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

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

O texto aqui publicado é o que se contém no avulso divulgado na época em que se debatia a causa (Rio de Janeiro, 1898, Tip. do *Jornal do Comércio*, II-60), salvo no tocante ao acórdão, que, saído noutra publicação, vai também aqui incluído. Reproduzido no volume XXV, tomo IV, das OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA (Rio de Janeiro, 1948), onde ocupa as páginas 33 a 86, foi conservado integralmente tudo quanto se acha na publicação original, já referida, com exceção da ortografia, uniformizada para a atual.

ADVERTÊNCIA DO AUTOR

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

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

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

Consequências:

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

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

A prevalecer, pois, essa doutrina, manda a prudência que o empregado público não facilite, despendendo os seus vencimentos. Contenta-se de mirá-los, e recolha-os ao banco; porque da noite para o dia lhe pode sobrevir o executivo para a restituição, e, nessa espécie de meio ju-

diciário, — *a prova de haver embolsado os vencimentos constitui o funcionário na obrigação líquida e certa de o restituir.*

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

RUI BARBOSA.

1 — EMBARGOS

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

1.º

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

2.º

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

Mas

3.º

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

4.º

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

5.º

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

6.º

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

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

Realmente

7.º

A situação do executado não é a de um funcionário, que, achando-se no gôzo de uma aposentadoria, ou jubilação, administrativamente concedida, aceitasse “*depois*”, na frase da lei supratranscrita, nova nomeação, por arbítrio administrativo.

8.º

A jubilação do executado no cargo de lente da faculdade de medicina do Rio de Janeiro e sua nomeação para o lugar de inspetor da Saúde Naval foram decretadas *simultaneamente* em 31 de janeiro de 1891. (Docs. n.ºs 2 e 3)

O executado foi, portanto, jubilado no primeiro emprego com o intento manifesto de ser provido no segundo; o que exclui, em relação à hipótese, a razão determinante do art. 33 da lei de 1888, na qual se pressupõe que a con-

fissão de validez, implícita no regresso voluntário ao serviço, importa renúncia às vantagens da inatividade retribuída. A intenção do poder que, no mesmo momento, jubila um cidadão num cargo, e o nomeia para outro, é obviamente que ele acumule os benefícios da atividade paga no segundo aos da inatividade remunerada no primeiro.

9.º

Na espécie esta conclusão não é só o que irrecusavelmente se deduz da simultaneidade entre os dois atos, como o que resulta da linguagem expressa deles; porquanto a jubilação foi dada ao lente "com todos os vencimentos", diz um decreto, "que percebe atualmente pela tabela, a que se refere o decreto n.º 9.311, de 25 de outubro de 1884" (doc. número 2), e a nomeação feita, reza o outro, "de conformidade com o art. 4.º do regulamento anexo ao decreto n.º 683, de 23 de agosto de 1890". (Doc. número 3).

10.º

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

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

11.º

Entre esta interpretação, formulada em nome do signatário dos decretos de 31 de janeiro de 1891, o chefe do governo provisório, (*) pelo seu secretário de Estado, o então Ministro dos Negócios da Fazenda, (**) e a do Ministro da Fazenda atual, (***) não pode ser duvidosa a

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

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

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

preponderância da primeira sôbre a segunda; tanto mais quanto essa inteligência tem a sanção e a co-responsabilidade do cidadão que exerce presentemente o Ministério da Fazenda, e que, ocupando êsse lugar por muitos meses de 23 de novembro de 1891 em diante, reconheceu o direito, que hoje nega ao executado, pagando-lhe os vencimentos, que agora lhe pretende tirar.

12.º

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

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

13.º

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

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

14.º

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

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

15.º

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

Haja vista o documento junto sob n.º 4, do qual consta um despacho do Ministro dos Negócios do Interior, em novembro do ano transato, nestes termos:

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

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

16.º

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

17.º

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

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

18.º

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

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

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

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

19.º

Mas, se, em relação aos vencimentos, em que ainda se não embolsou, da sua aposentadoria, decorrentes de janeiro de 1894 para cá, o direito do embargante é um direito *adquirido*, desde que direito adquirido, na definição de SAVIGNY, (*) é o que se funda num fato jurídico verificado, mas que ainda se não fêz valer, — a respeito dos vencimentos já pagos e agora excêntricamente exigidos mediante êste executivo, o seu direito é de caráter ainda mais categórico: é um *direito consumado*. Direito consumado é o direito adquirido, que já produziu todos os seus efeitos. O direito do embargante era adquirido pelos decretos de 31 de janeiro de 1891, e consumado tornou-se pelo pagamento, realização material dêsse direito, que recebeu.

20.º

Ora,

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

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

21.º

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

"Importa ora determinare quali siano i modi nei quali i rapporti giuridici ottengano quella finale perfezione che li sottrae all'azione di qualunque legge posteriore BEN CHÈ RETRO-ATTIVA.

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

"Il pagamento e pure, come osservano il BERGMANN (p. 156) e il WAECHTER (vol. II, p. 187), un modo di ultimare i rapporti giuridici irretrattabile mediante una legge posteriore, a cui l'arbitrio del legislatore abbia dato forza retroattiva". Ib., p. 37.

22.º

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

23.º

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

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

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

24.º

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

Protesta-se por todos os meios e termos de direito.
Rio de Janeiro, 29 de maio de 1896.

RUI BARBOSA.

2 — RAZÕES FINAIS DO EXECUTADO

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

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

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

Mas ainda era pouco.

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

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

Mas se o débito nunca houvesse existido?

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

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

Nem uma nem outra coisa quer o art. 201.

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

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

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

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

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

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

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

Dar ao erário o privilégio de cobrar dívidas, sem prová-las, ou, o que é o mesmo, transferir do exequente para

o executado, nas execuções fiscais, o ônus da prova, seria transgredir essa cláusula constitucional.

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

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

Num país, onde o direito fôsse êsse, o Estado não necessitaria, sequer, de abalar-se à medida excepcional da confiscação, para se apoderar dos bens particulares. Chegaria mais facilmente ao mesmo *desideratum* mediante o executivo fiscal. A defesa seria tanto mais impossível, quanto mais irreal a obrigação demandada. Sendo completamente supositicia a dívida, ver-se-ia o executado na impossibilidade de apresentar a *prova da quitação*. E por êsse ingênuo sistema de executar dívidas não contraídas, negada a faculdade ao réu de ventilar a gratuidade da reclamação, o patrimônio individual manaria suavemente das mãos dos seus legítimos detentores para as arcas da Fazenda.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ora, o pagamento, feito ao réu, dos vencimentos de jubilado no cargo de lente efetivo e no de inspetor da Saúde Naval se apóia nos dois decretos, à fl. 20 e fl. 22, ambos do Governo Provisório em 31 de janeiro de 1891, o primeiro pelo Ministério do Interior, o segundo pelo da Marinha.

Eram, ou não, legislativos êsses atos?

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

Tinham, pois, aquêles dois atos força da lei?

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

Não é difícil a severidade com os mortos.

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

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

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

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

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

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

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

Assim, no Ministério da Fazenda, os decretos n.º 164, de 17 de janeiro de 1890, e, ainda no mesmo ano, o decreto n.º 850, de 13 de outubro e o decreto de 11 de novembro, que reorganizaram a legislação das sociedades anônimas, o decreto n.º 165, de 17 de janeiro, que legislou sôbre emissão e bancos, estabelecendo, a êsse respeito, no país, um regimen novo, o decreto n.º 165-A, da mesma data, concernente às operações de crédito móvel, o decreto n.º 169-A, de 19 de janeiro de 1890, que reformou o nosso sistema hipotecário, o dec. n.º 196, de 1.º de fevereiro que fundou novo direito e novas penas em matéria de contrabando, o de 7 de dezembro, que estatuiu a fusão bancária, e vários outros providenciando sôbre a conversão da renda, o resgate do papel moeda e a amortização da dívida nacional.

Assim, quanto ao Ministério da Justiça, em 1890, os decrs. 350, de 26 de abril, que extinguiu o juízo conciliatório; n.º 521, de 26 de junho, que vedou o casamento religioso antes do civil; n.º 847, de 11 de outubro, que estabeleceu o novo Código Penal; número 848, da mesma data, que deu à justiça federal a sua organização; n.º 916, de 24 de outubro, que fundou os registros de firmas comerciais; n.º 917 do mesmo dia, que reformou o código comercial,

na parte relativa às falências; n.º 1.030, de 14 de novembro, que organizou a justiça federal nesta cidade.

Do Ministério da Agricultura poderemos apontar o dec. n.º 1.050, de 21 de novembro, que incorporou ao domínio do Estado as terras com que fôra dotada a princesa imperial. Do do Interior, o dec. número 511, de 23 de junho, que regulou o processo eleitoral. Do do Exterior, o dec. n.º 997-A, de 11 de novembro, que reorganizou o corpo diplomático. Do da Marinha, os decri. n.º 509, de 21 de junho e 28 de novembro, que promulgaram o código disciplinar da armada, e o dec. n.º 949, de 5 de novembro, que estatuiu o seu Código Penal.

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

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

Administra o poder, que executa a lei.

Legisla o poder, que a faz, ou altera.

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

Nos atos praticados em desvio da lei, legislava.

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

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

Graves motivos devia ter tido para este procedimento o governo da revolução. Ele atendeu provavelmente ao mérito excepcional do beneficiado. A administração da marinha considerava-lhe necessários os serviços naquele posto eminente. Mas, não podendo obrigar esse funcionário a resignar as vantagens da situação menos onerosa igualmente paga de lente, deliberou, por especial mercê, acumular nêle os proventos de ambas, eximindo-o às obrigações

de uma, para o ter inteiramente entregue aos deveres da outra.

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

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

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

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

Aposentado, pois, por uma lei ordinária, o dec. de 31 de janeiro de 1891, anterior à constituição federal, que é de 24 de fevereiro dêsse ano, o réu tem garantido em toda a sua plenitude o seu direito, que, de mais a mais, como se evidenciou nos embargos de fls. 16 a fls. 18, não é só direito adquirido: é direito *consumado*.

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

A isso chama o advogado da Fazenda “confissão nossa”.

A fé que lhe não percebemos o intuito.

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

Não vemos outra maneira de entendê-lo.

Mas então é manifesto o engano, em que labora.

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

É essa a lexicologia jurídica das duas frases.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E por que não ?

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

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

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

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

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

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

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

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

Rio, 7 de dezembro, 1896.

RUI BARBOSA.



APENSO

RAZÕES FINAIS DA FAZENDA EXEQUENTE

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

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

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

É possível que o seja; estamos, porém, profundamente convencidos de que, em tempo oportuno, sentirá o executado a eficácia da dose empregada. ⁽²⁾

* * *

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

Apenas de duas ocupar-nos-emos nas presentes razões e vêm a ser daquela em que se pede sejam julgados provados

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

⁽²⁾ A dose já falhou; porque a sentença do juízo final (páginas 69-70) nos foi inteiramente favorável. — R. B.

os embargos opostos, pelo fato de não haver a A. exequente provado o seu direito e daquela outra, em que se nos ensina, em resposta a uma argumentação por nós produzida a fls. 31 v. e 32, que "a expressão *leis ordinárias* contrapõe-se, não a *leis especiais*, mas sim, a *leis constitucionais*" (fls. 55).

* * *

Julgávamo-nos ⁽³⁾ dispensado de fazer a prova do direito da União Federal ao pagamento pedido na petição de fls. 2, pelos motivos seguintes :

1.º — porque o art. 2.º do dec. n.º 9.885, de 29 de fevereiro de 1888, revigorado pelo art. 190 do dec. n.º 848, de 1890, e pelo art. 14 do dec. n.º 173-B, de 1893, assim dispõe :

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

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

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

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

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

Na hipótese destes autos, a ação administrativa que precede ao executivo, corre pela Diretoria do Contencioso, cuja sentença corporifica-se na conta ali processada ⁽⁴⁾ e depois da transcorrência do prazo em que a dita sentença ou decisão passa em julgado é a conta remetida a juízo para a execução.

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

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

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

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

* * *

No intuito de refutar quanto aduzimos a fls. 31 v. e 32, sôbre a lei a que se socorre o executado para amparar a sua pretensão, escreve-se *ex-adversus*, entre outras cousas, a seguinte afirmativa por demais sintomática de caprichosa dialética: — “A expressão — *leis ordinárias* contrapõe-se, não a *leis especiais*, mas a *leis constitucionais*. É essa a lexicologia jurídica das duas frases”. Fls. 55. (5)

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

Entretanto o ilustrado patrono *ex-adversus* há de nos permitir que com os dicionários da língua portuguesa (6) afirmemos (*tout court*) que o adjetivo *especial* contrapõe-se ao termo *ordinário* e que apoiemos ainda tal afirmativa na autoridade obstinada do senso comum.

* * *

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

Rio, 22 de março de 1897.

ESMERALDINO BANDEIRA.

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

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



SENTENÇA

A Fazenda Nacional, autora, julgando-se credora do contra-almirante dr. José Pereira Guimarães, da importância de Rs. 17:511\$378, quer haver o pagamento da respectiva quantia, mediante o presente executivo fiscal, fundada na certidão do Tesouro a fls. 3, onde se menciona que o mesmo contra-almirante recebeu ilegalmente vencimentos como lente jubilado da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, desde 2 de fevereiro de 1891 até 9 de dezembro de 1893, visto que, na forma da lei, não podia acumular tais vencimentos com os de inspetor de Saúde Naval, conforme os papéis anexos ao aviso n.º 192 do Ministério dos Negócios da Marinha de 25 de janeiro de 1896.

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

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

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

considerando que, na dúvida quanto à procedência do executivo, deve o Fisco intentar a ação ordinária, para haver a

restituição do que foi indevidamente pago, fornecendo mais ampla discussão à defesa;

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

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

(a) GODOFREDO XAVIER DA CUNHA

RAZÕES DE APELAÇÃO PELA FAZENDA

Ao Egrégio Supremo Tribunal Federal

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

JUSTIÇA.

Rio, 14 de dezembro de 1897.

ESMERALDINO O. TÔRRES BANDEIRA

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

Era supra.

ESMERALDINO O. TÔRRES BANDEIRA



3 — RAZÕES DE APELAÇÃO PELO EXECUTADO

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

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

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

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

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

considerando que, na dúvida quanto à procedência do executivo, deve o Fisco intentar a ação ordinária, para haver a

restituição do que foi indevidamente pago, fornecendo mais ampla discussão à defesa;

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

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

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

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

Não nos queremos defender contra a arguição de "por demais árido e fatigante", com que o patrono do erário nos obsequia, aludindo ao nosso arrazoado na primeira instância. Quando os agentes da fazenda se metem a aquilatar homens de letras, o escritor maltratado bem pode encolher os ombros. Sòmente nos importa acentuar que, se êsse arrazoado vai de fl. 36 a fl. 59, como adverte o nosso adversário, com o intento de lhe atribuir proporções desmedidas, é porque escrevemos unicamente no rosto das fôlhas, e pouco mais que do meio dêle para baixo; o que, feita a conta com lealdade e aritmética, reduziria o número de fôlhas ocupadas pelas nossas alegações pouco mais ou menos a um quarto do número aparente, isto é, apenas *a seis*.

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

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

O governo provisório não se biografa a si mesmo como os desconhecidos pretensiosos. Mas que o enxova-

lhem (como o fêz, a fl. 31, o procurador seccional) com apreciações injuriosas, os agentes fiscaes, esquecidos de que, na sucessão dos governos, o *governo é um só*, e de que nesse nexo de continuidade, solidariedade e respeito está a base de toda autoridade no seio da ordem legal, é o que já exorbita dos limites da tolerância admissível, e não podia deixar sem resposta um membro do governo provisório, gratuitamente ofendido no melindre coletivo da administração, que fundou o regimen actual.

Nem é também nossa a culpa de trazer o debate até os *compêndios de lógica e os rudimentos jurídicos*; porque a tal pode uma pessoa, mui contra a sua vontade, se ver coagida em verdadeira situação de *legítima defesa*. Não nos vemos nós agora obrigados a descer até à *Artinha*, para dizer ao nosso adversário que não somos nós quem erra, escrevendo "*patrono ex-adverso*", mas elle, quando, emendando-nos, repete quatro vezes em duas folhas o solecismo "*ex-adversus*"? para o precaver contra essa confusão entre nominativos e ablativos, capaz de abolir o direito civil, e substituir o *Corpus Juris* pelas ordens do Tesouro?

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

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

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

O que nunca se contestou neste mundo, é que *gênero* se contrapõe a *espécie*, é que de *genus generis*, derivou o português *geral*, de *species speciei* descendeu o latim *specialis*, o vulgar *especial*, e que, portanto, o que se contrapõe à lei *especial* é a lei *geral*. Agora, se, deixando a

etimologia e a lexicologia comum, buscarmos o sentido técnico das palavras jurídicas onde havemos de achá-lo, isto é, nos livros dos jurisconsultos, seja-nos lícito apelar para a autoridade de RIBAS, que, no seu *Curso de Dir. Civ. Brasil.*, vol. I, pág. 204 e 205 ensina:

“Consideradas em sua amplitude, podemos dividir as leis em *gerais, especiais e individuais*”. (7)

Por outro lado, para contestar que a expressão *lei ordinária* lembra por antítese a locução *lei constitucional*, e não lei especial, é necessário esquecer o uso comezinho da linguagem, onde a cada momento a *lei constitucional* se defronta com a *ordinária*, o legislador ordinário com o legislador constituinte. Escrevendo estas razões no campo (*) e sem livros, não temos à mão os autores, com que tão fácil nos seria comprovar essa trivialidade, abrindo a êsmo os manuais mais vulgares. Por acaso temos aqui, porém, graças à sua novidade, uma das publicações mais recentes de direito público: o *Trattato di Diritto Costituzionale* di FRANCESCO CONTUZZI (Torino, 1895). E nesse livro do eminente professor da Universidade de Nápoles se nos depara: “*Distinzione fra le LEGGI COSTITUZIONALI e le LEGGI ORDINARIE*” (pág. 29); “*Ivi ha importanza la distinzione fra le leggi COSTITUZIONALI e le leggi ORDINARIE*” (página 30); “*Ogni atto non COSTITUZIONALE può essere modificato dalle legislature ORDINARIE, senza le formalità indicate per la revisione degli atti COSTITUZIONALI*” (ib., n.º 1); “*Della sola importanza giuridica che in Italia può avere la distinzione fra leggi FONDAMENTALI e leggi ORDINARIE*.” (Pág. 35) “*La vera e propria importanza giuridica in Italia della distinzione fra leggi COSTITUZIONALI e leggi*

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

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

“*Les lois générales ne sont pas non plus présumées déroger aux spéciales*”. *Répertoire*, v. XXX, p. 213, n.º 548.

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

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

ORDINARIE" (*Ibid.*) "*Rapporti fra lo STATUTO e le leggi ORDINARIE*" (pág. 41).

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

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

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

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

E assim o entendeu sempre o governo, até que um belo dia aprouve a um arbítrio de um ministro suspender-lhe os vencimentos da aposentadoria, e intimá-lo a restituir a quantia a esse título até então recebida.

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

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

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

se as dividas são estritamente fiscaes, mediante exhibição da certidão autêntica extraída dos livros de contas correntes do Tesouro;

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

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

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

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

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

Logo, não é fiscal o seu débito.

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

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

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

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

Transcreve, nas razões finais de primeira instância, o art. 2.º do decr. n.º 9.885, de 29 de fevereiro de 1888, revigorado pelo art. 190 do decreto n.º 848, de 1890, e pelo art. 14 do decreto n.º 173-B, de 1893, cujos termos são: "Considerar-se-á dívida líquida e certa, para o efeito da

Fazenda Nacional entrar em juízo com sua intenção firmada de fato e de direito, quando consistir em soma fixa e determinada, e se provar... por documento incontestável, nos casos em que as leis permitem a via executiva, quanto às dívidas, que não têm origem rigorosamente fiscal."

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

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

Admitamos, porém, que o doc. a fl. 3 se possa equiparar às contas do Tesouro, quando essas, segundo a lei e o senso comum, se referem às *dívidas fiscais*, e, segundo a confissão do A., a dívida em questão está na outra classe. Ainda assim, cumpria que essa conta revestisse os caracteres de autenticidade, que lhe faltam, desde que não menciona a fôlha e letra do livro, de onde se extraiu, como adverte a sentença. (Fls. 63 v. 64)

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

(*) Na promoção a fls. 68 (pág. 46 dêste folheto) o advogado fiscal substitui *contencioso* por *Tribunal de Contas*, o que não altera os termos da questão. [Pág. 272 da atual publicação — N. Org.]

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

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

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

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

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

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

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

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

Destarte, após anos e anos de emprêgo público, o mísero funcionário pode ser intimado um dia, sob penhora, a recolher em 24 horas ao Tesouro todos os vencimentos até então embolsados. Em vão apelará para a lei, em cujo nome lhe pagaram. A conta fiscal de que os recebeu será o documento liquido e certo do débito. *Pague, e discuta depois na ação ordinária.*

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

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

Temos fé que êste egrégio Tribunal as não subscreverá.

Nova Friburgo, 27 de janeiro de 1898.

RUI BARBOSA.



APELAÇÃO CÍVEL N.º 343

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

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

ACÓRDÃO

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

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

E porque seja excepcional a ação executiva pela violência do processo e conseqüente limitação dos meios de defesa, não pode ser empregada senão naqueles casos restritos e expressos.

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

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

Fui presente, *João Pedro.*



IV

LEIS RETROATIVAS E INTERPRETATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

AÇÃO ORDINÁRIA

Júlia Gonçalves Klinke e outros, AA.

versus

Fazenda Municipal, Ré

NOTA DO ORGANIZADOR

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

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

Pleitearam os atingidos, mediante ação intentada perante o Juízo dos Feitos da Fazenda, a retroatividade do ato interpretativo, isto é, de 9 de maio de 1893, não lhes sendo aplicável o dec. n.º 325, de 24 de agosto acima aludido. Pretenderam ainda arguir de inconstitucional o decreto de 24 de agosto, e a condenação da municipalidade ao pagamento das diferenças de vencimentos ajuizadas, por tratar-se de direitos adquiridos e jamais de mera expectativa, bem como da importância mensal de 100\$000 para aluguel de casa para residência, desde 9 de maio de 1893.

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

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

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

Recebida nos seus efeitos legais, foi o recurso convertido na apelação cível n.^o 1.517, sendo distribuído ao Desembargador Sousa Pitanga.

Antes mesmo da decisão final, e em virtude de sentença já proferida em caso idêntico, em que eram interessados como AA. Francisco Dantas de Moraes Barbosa e outro, promulgou o Vice-Presidente do Conselho Municipal o decreto n.^o 606, de 3 de novembro de 1898, autorizando o prefeito a abrir o crédito necessário ao pagamento resultante das diferenças reconhecidas pelo judiciário nas duas lides, facultando aos litigantes Júlia Gonçalves Klinke e outros desistirem do resto da ação.

Por acórdão de 7 de novembro de 1898, da Câmara Cível da Corte de Apelação do D. Federal, resolveu essa instância: a) desprezar a preliminar proposta e não vencida, para o fim de dar-se vista dos autos ao Procurador Geral do Distrito; b) dar provimento, em parte, à apelação da 1.^a apelante, a Fazenda Municipal, e aos 3.^{os}, Mariana de Sousa Braga e outro; c) negar provimento ao recurso dos 2.^{os} apelantes, Júlia Gonçalves Klinke e outros, contra os votos dos Desembargadores Sousa Pitanga (relator) e Fernandes Pinheiro, sendo designado relator *ad hoc*, para lavrar o acórdão, o Desembargador Salvador Muniz.

O decreto do poder executivo n.^o 138, de 10 de maio de 1899, consoante a faculdade conferida nas leis 496 e 606, e atendendo às decisões do judiciário, incluiu os vinte professores demandantes, como catedráticos, num quadro extraordinário, contemplando-os ainda com os aluguéis reclamados nos dois pleitos que tiveram curso na justiça local, terminando, assim, o conflito.

O texto que ora sai reproduzido acha-se conforme com o do avulso divulgado em 1898 e incluído no volume XXV, tomo IV, das OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA (págs. 107 a 162), publicadas sob os auspícios do Governo Federal, nos termos do decreto-lei 3.668, de 30 de setembro de 1941 (Rio de Janeiro, 1948). Somente a ortografia foi ajustada à atual, de acôrdo com o citado diploma legal.

ADVERTÊNCIA DO AUTOR

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

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

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

e

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

10 de março, 97.



1 — PETIÇÃO INICIAL

Ex.^{mo} Sr. Dr. Juiz dos Feitos da Fazenda Municipal.

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

1.º

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

“Ao ser posta em execução esta lei, serão considerados professores catedráticos e no gozo dos direitos por ela conferidos todos os professores das escolas ex-federais e municipais e bem assim os da Escola Normal, que, por ocasião da promulgação da mesma lei, estiverem em exercício de acôrdo com o art. 32, § 1.º, e os antigos alunos da Escola Normal, que conquistaram por concurso o lugar de adjuntos”.

2.º

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

“Art. 18. O professor catedrático é inamovível...”

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

3.º

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

4.º

Que, de acôrdo com a opinião preponderante, o Conselho Municipal adotou esta resolução:

“Serão considerados professores catedráticos todos aquêles, que tenham provado competência profissional nos termos do art. 66 da lei de 9 de maio de 1893, como fizeram os cidadãos Francisco Dantas de Moraes Barbosa e Alfredo Antônio da Costa, devendo-se compreender a palavra *concurso*, do mesmo artigo, como *prova de competência para o exercício dos referidos lugares nos termos das leis anteriores a 9 de maio de 1893*”. (Doc. n.º 2)

5.º

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

6.º

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

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

7.º

Que os suplicantes pertencem ao número dos antigos alunos da Escola Normal, a que se refere o decreto n.º 283, de 15 de junho do corrente ano, por haverem dado a prova de competência para o magistério nas escolas municipais nos termos das leis anteriores a 9 de maio de 1893. (Doc. n.ºs 5 a 10.)

8.º

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

9.º

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

10.º

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

11.º

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

"O professor catedrático do 1.º grau terá direito a residir no edificio da escola, ou em prédio anexo a esta, e, se porventura o edificio não tiver acomodações para isso, receberá o *professor um subsídio mensal* para aluguel de casa.

"Esse subsídio será de 100\$000 para os professôres dos distritos urbanos, e 60\$000 para os dos distritos suburbanos".

12.º

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

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

13.º

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

14.º

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

15.º

Que, na forma das leis citadas, assiste aos suplicantes direito à diferença entre os vencimentos que percebem como adjuntos ou os que lhes tocariam como catedráticos, diferença cujo valor é de 133\$333 mensais, mais o subsídio, também mensal, de 100\$000 para aluguel de casa; o que tudo se acha formalmente reconhecido na mensagem de 23 de julho deste ano (Doc. n.º 4); perfazendo as duas somas o total de 233\$333, importância mensal do débito

da municipalidade para com os suplicantes desde 9 de maio de 1893.

16.º

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

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

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

Rio de Janeiro, 14 de novembro de 1896.

RUI BARBOSA.



2 — RAZÕES FINAIS

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

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

As palavras dêsse texto são:

"Ao ser posta em execução esta lei, serão considerados professores catedráticos e no gozo dos direitos por ela conferidos todos os professores das escola ex-federais e municipais e bem assim os da Escola Normal, que por ocasião da promulgação da mesma lei estiverem em exercício, de acôrdo com o art. 32, § 1.º, e os antigos alunos da Escola Normal que conquistaram por concurso o lugar de adjuntos."

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

legislador municipal, sob a designação genérica de *concurso*.

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

A comissão resolveu peremptoriamente que *sim*:

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

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

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

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

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

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

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

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

Outra interpretação não podia ter, com efeito, o vocábulo *concurso* na disposição controvertida. O concurso não é senão um exame de capacidade, em que certo número de candidatos exibem simultâneamente as suas provas de aptidão para o preenchimento de cargos dependentes de mérito profissional. O ventilar-se essa capacidade mediante arguição recíproca entre os pretendentes, ou mediante a arguição deles por examinadores investidos na função de apurar-lha, não lhe varia senão acessoriamente a natureza. Demonstração da competência intelectual, apurada em concorrência pública ante os juizes legais: eis o concurso. Este pode existir, até, sem o exame, isto é, sem arguição dos candidatos, uma vez que a lei admita critérios equivalentes para a aferição do valor intelectual, mediante a apresentação simultânea e o estudo comparativo dos caracteres que o certifiquem. É assim que, na linguagem técnica do assunto, o concurso se classifica em *concurso por exame* e *por títulos*.

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

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

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

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

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

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

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

Decretava pois o Conselho Municipal:

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

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

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

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

Por este modo se estendia aos autores a situação jurídica reconhecida a Francisco Dantas de Moraes Barbosa e Alfredo Antônio da Costa. Como estes, aquêles eram professores adjuntos por efeito de provas de habilitação dadas em conformidade com as leis anteriores a 9 de maio de 1893. Essas provas, pois, haviam de se ter como *concurso*, e, consequentemente, por força do art. 66 dessa lei, os inscreviam na classe dos professores catedráticos.

Vetou o prefeito (*) essa resolução. (Doc. fl. 12.) Mas o Senado rejeitou esse veto, e a Prefeitura teve que promulgar a deliberação do Conselho Municipal, que, no *Diário Oficial* de 16 de junho de 1896, figura, com a inscrição de “Decreto n.º 283, de 15 de junho de 1896”,

(*) No original está o *presidente*.

sob o preâmbulo seguinte: "Faço saber que o Conselho Municipal decretou e eu promulgo a seguinte resolução, *de conformidade com a decisão do Senado*".

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

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

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

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

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

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

Mas êsse jôgo de crianças não podia subsistir. A versatilidade caprichosa dos legisladores municipais se opunha um obstáculo, com que não contava o seu peremptório "Fica revogado para todos os efeitos". A lei de 15 de junho de 1896 tinha já efeitos irrevogáveis. Atribuindo aos adjuntos habilitados na forma das leis anteriores a 9 de maio de 1893 a situação de professores catedráticos,

o art. 66 dessa lei *ipso jure* lhes conferira as vantagens, que ela aos professores catedráticos assegura nos arts. 18 e 19: inamovibilidade e vitaliciedade.

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

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

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

preceito, a vitaliciedade se inicia, ao entrar em *execução* essa lei.

Mas, como seria facilimo demonstrar com os princípios elementares da teoria da retroatividade, constituindo o decreto n.º 283, de junho de 1896, um ato de interpretação autêntica do artigo 66 da lei de 9 de maio de 1893, os direitos, que o primeiro reconhece, principiam a correr da data do outro. As leis interpretativas são legitimamente retroativas.

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

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

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

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

Elas representam a forma suprema do direito adquirido.

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

Rio de Janeiro, 31 de março de 1897.

RUI BARBOSA.



3 — INCIDENTE DA ASSISTÊNCIA

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

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

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

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

a aquisição pelos AA., do direito, cuja manutenção ora propugnam.

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

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

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

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

Mais de uma pendência dêsse gênero se resolveu neste juízo, sentenciando êle, por exemplo, em casos de monopólio e privilégio, nos quais os atos da autoridade municipal eram impugnados em nome da Constituição.

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

“O assistente não pode alegar incompetência”.

(Decr. n.º 848, de 11 de outubro de 1890, art. 163 — Decr. 737, de 25 de novembro de 1850, art. 126 — Ord. II, § II, III, 45 § II — PER. E SOUSA, ed. de T. DE FREITAS, n.º 136 ao § LXIV — RIBAS: *Proc. Civ.*, art. 290).

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

Principia o eminente órgão da fazenda municipal, esforçando-se por glosar o pedido, a que pretende subtrair a soma, correspondente ao aluguer de casa, reclamada a fl. 8, como uma das parcelas que elevam a 233\$333 mensais o

prejuízo, cuja indenização aqui se litiga. “Tendo continuado como adjuntos”, argumenta, “e não tendo, portanto, necessidade de casa, para exercerem o magistério, não tinham direito à subvenção para aluguel da mesma.”

É falso o raciocínio. O aluguer da casa, destinada, não só às funções da escola, como também à residência do professor, sobre corresponder a um fim público, envolve também um direito particular. Graças a êle, o professor tem moradia gratuita. Essa expectativa, firmada em lei positiva, constitui, para o instituidor primário, uma das verbas do seu orçamento, um dos haveres do seu patrimônio. O catedrático municipal tem jus a cem mil réis mensais para casa, e, mercê dêsse benefício, não a paga do seu bolso, ou só a paga na razão da diferença entre essa quantia e o valor locativo do prédio, que habitar. Tirando, pois, a qualidade efetiva, que recusou aos AA., de catedráticos, a administração do município desfalcou-lhes a receita legal na importância dessa mensalidade. O dano é inegável e, portanto, irrecusável a reparação.

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

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

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

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

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

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

As próprias assistentes confessam, a fl. 58 v., que o que houve, foi "um exame de habilitação, para, dentre os habilitados, nomear dez adjuntos interinos, de que se precisava". Por seu lado, o órgão da fazenda municipal define como concurso "a oposição literária, pretensão de opositores, ou outros quaisquer pretendentes a alguma coisa". (Fl. 46 *in fine*.) E acrescenta adiante: "O concurso para professores públicos não é para exibição de melhores títulos, mas de melhores provas de competência profissional entre diversos opositores." (Fl. 46 v.) O govêrno, depõem as assistentes (fl. 58 v.), precisava de dez adjuntos, e, para os eleger com acêrto, mandou proceder a um exame de habilitação, a fim de tirar, dentre os habilitados, os mais competentes. Aos lugares, que eram em número li-

mitado, se abriu acesso franco, mediante convite, a quantos os pretendessem para os disputar num confronto solene das suas provas de capacidade. Se o concurso consiste, segundo as palavras formais do eminente representante da fazenda municipal, na exibição “das melhores provas de competência profissional entre diversos opositores” (fl. 46 v. pr.), não é justamente o que aqui se verifica? Que condição faltaria, essencial ao caráter de concurso? Não foram vários os opositores? Não eram pretendentes a cargos, para que se deviam mostrar habilitados? Não os atraía a mesma pretensão? Não é pela “oposição literária” (fl. 46), que deviam liquidá-la? Não era para “dar as melhores provas de competência profissional” que se submetiam a exame? Ante a própria definição, pois, da ré, *concurso* era o que eles faziam.

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

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

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

— pelo parecer da comissão de instrução pública no Conselho Municipal (fl. 11);

— pela deliberação do Conselho Municipal, que, conformando-se com esse parecer, adotou as suas conclusões, votando o projeto por ele formulado (fl. 12);

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

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

Mas também, se ocioso era, como a ré confessa, o debate acerca da acepção da palavra *concurso*, se a controvérsia, como ela reconhece, estava encerrada pelo voto senatório, que sancionou a interpretação municipal, não percebemos como se poderia justificar a defesa, opondo, logo depois, no verso da mesma fôlha, a esse ato do Senado, que, segundo o ilustre magistrado, *tornava ociosa* a questão (fl. 46), “os fundamentos do veto do prefeito”, para mostrar que a lei municipal de 1895, no interpretar a expressão *concurso*, “modificou o direito preexistente”.

A contradição é palpável.

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

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

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

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

Tal nunca se disse. Autêntica é a interpretação dos atos de um poder, dada pelo mesmo poder em qualquer tempo, variem embora os indivíduos, que o exercitarem. A administração interpreta autenticamente os seus decretos; o poder legislativo, as suas leis:

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

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

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

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

Mas a Ré não admite ao legislador, entre nós, o direito de interpretar a lei. Sob o pretexto de declarar, argumenta o nobre patrono *ex adverso*, a lei interpretativa pode criar direito novo, e destarte, pela sua propriedade especial de

atuar, retrospectivamente, da data da lei interpretada, exerce verdadeira ação retroativa. Logo, conclui, tendo vedado as leis retroativas, a constituição republicana vedou as leis interpretativas.

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

Onde houver o poder de legislar, existirá o de interpretar a lei. *Ejus est interpretare legem cujus est condere.* (L. ult. C. de legibus). Em toda função se contém a faculdade necessária de remover as ambigüidades, as obscuridades, as incongruências opostas à inteligência dos seus atos. Ainda à sentença final as regras do processo admitem os embargos de declaração, meio proporcionado ao julgador para interpretar o seu próprio julgado. A opinião de DURANTON, MARCADÉ e FOURCART não fez escola em França. O próprio DEMOLOMBE, de onde a reproduz o nosso ilustrado colega (fl. 47), não a aceita.

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

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

Para desfazer à ré êsse engano, bastará indicar-lhe o exemplo da legislação italiana. Ali o art. 2.º do Cód. Civil

prescreve: "La legge non dispone che per l'avvenire: essa *non ha effetto retroattivo*." Eis proibida a retroatividade. E, contudo, o art. 72 da constituição assegura ao legislador o direito de interpretar: "L'interpretazione della legge in modo per tutti obbligatorio spetta esclusivamente al potere legislativo."

Se a constituição imperial incluiu expressamente entre as funções do poder legislativo (art. 15, § 8) a de "fazer leis, *interpretá-las*, suspender-las, e revogá-las", não tem, todavia, o douto conselheiro da ré o direito de coligir do silêncio da constituição atual neste ponto que ela retirou ao legislador a prerrogativa de interpretar leis. Também a constituição em vigor não reconhece explicitamente ao poder legislativo competência, para suspender as leis, ou revogá-las. Ninguém daí, contudo, inferirá que as leis, entre nós, presentemente, sejam insusceptíveis, ou irrevogáveis. Por quê? Porque na autoridade de criar a lei se compreende implicitamente a de suspender-las, ou revogá-las. Pois nessa autoridade igualmente se abrange a de interpretar a lei, que se faz, se suspende, e se revoga. Entre os poderes do legislador a constituição republicana inscreveu o de "decretar as leis necessárias ao exercício dos poderes que pertencem à União". (Art. 34, n.º 33.) Ora, ao exercício desses poderes uma lei interpretativa, em certos e determinados casos, será não menos necessária do que noutros uma lei nova, uma lei revogatória, ou uma lei suspensiva.

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

Nessa hipótese, cumpre notá-lo ainda, a mesma razão, que lhe imprime o cunho de retroativa, elimina o caráter de interpretativa: "*LEGGI interpretative sono quelle che non creano nuove norme, ma solo chiariscono il senso e la portata di norme contenute in leggi anteriori; che ne rivendicano cioè la vera intelligenza. Una legge che abroghi e sostituisca, od anche solo ne completi un'altra, non è una legge interpretativa, ma una legge nuova...* La teoria che le leggi d'interpretazione sieno retroattive è errata, dice il LANDUCCI... Ma se la interpretazione del legislatore

è errata? Allora avremo una legge dopo i fatti (*ex post facta lex*). Ma in tal caso, soggiunge il LANDUCCI, nel caso cioè che “la legge interpretativa contenga del nuovo, essa non potrebbe considerarsi, anche nei rapporti della retroattività delle leggi, che quale una legge nuova qualsiasi.” (A. MORELLI: *La funzione legislativa*, págs. 360, 367.)

Incorrendo em verdadeira retroatividade, a lei deixou de ser interpretativa; porque esta não cria, declara: “*Declaratio enim nihil novum vel donat, vel statuit*” (MORNAC. Apud DELISLE: *Interprét. des lois*, I, p. 209).

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

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

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

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

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

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

Leis há fatalmente, constitucionalmente retroativas. Nesta classe estão necessariamente as que “estabelecem mitigação de penas, extensão de direitos, ou reintegração

de capacidade". (SAREDO : *Trattato delle leggi*, pág. 303, n.º 359.)

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

Quando o legislador constituinte procreveu as "leis retroativas", não inventou esta locução: encontrou-a nos tratados de direito, nos arestos, nos códigos, nas constituições. "Que as leis NÃO DEVEM RETROAGIR aforismo é tão antigo como a civilização" (GABBA: *Retroattività*, vol. I, pág. 41). *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis*, NON AD FACTA PRAETERITA REVOCARI (L. 7, C. de Legib.), diziam os romanos. A mesma coisa prescreviam os cânones (C. 2, C XIII I de constitut.; c. 3, C. 32 quæ. 4.) Na idade moderna o princípio, formulado no código Napoleão (art. 2.º), de que "la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a pas d'EFFET RÉTROACTIF", penetrou por toda a parte nas legislações transitórias e nos códigos: no cód. Albertino, art. 11; no cód. de Parma, art. 7.º; no cód. das Duas Sicílias, art. 2.º; no italiano, art. 2.º; no austríaco, art. 5.º; no holandês, art. 4.º; no espanhol, art. 5.º; no português, art. 8.º. Países há, até, além do nosso, onde essa prescrição paira na altura do direito constitucional. Os Estados Unidos a consagraram no pacto federal (art. 1.º, sec. 9.ª, § 3.º), a França nas constituições de 1793 e 1795, a Noruega no § 97 da sua. Por todas as legislações modernas tem sido, enfim, adotada. (SAREDO: *Delle Leggi*, pág. 274, n.º 301 — FIORE: *Diritto civ. ital.* I, pág. 89. — THIRY: *Cours de dr. civil*, I, pág. 16.)

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

Há uma retroatividade, que ela não exclui, que ela, pelo contrário, implicitamente apóia em toda a parte: a retroatividade *justa*, na qualificação de GABBA (*Retroattività*, I, pág. 44), a que LASSALLE chamou *retroatividade aparente* (*Ib.*, pág. 43).

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

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

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

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

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

No mesmo sentido poderíamos invocar GLÜCK, *Pandette*, ed. ital., v. I, p. 110, BIANCHI, I, págs. 61 e segs., BORSARI, I, págs. 13 e segs., e inúmeros outros, se valesse a

pena. Mas bastará que resumamos o estado atual do direito em toda a parte nestas palavras da mais magistral de todas as obras no assunto:

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

O princípio da irretroatividade das leis quer dizer, pois, unicamente que os direitos adquiridos sob o domínio de uma não podem ser prejudicados, ou cassados, pela ação de outra posterior.

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

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

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

Apliquemos:

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

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

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

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

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

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

Mas, ainda quando tivessem mostrado em seu favor como catedráticas, a existência de direito adquirido, não lhes aproveitaria êsse fato; por isso que, se o adquiriram em 1895 e 1896, época em que se graduaram na Escola Normal, catedráticos eram já os AA. pela lei de 1893, que a de 1896 se limitou a interpretar, como no começo dêste arrazoado evidenciamos.

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

Esperamos, pois, a sua condenação no pedido de fl. 8. (Com 1 documento).

Rio, 2 de julho de 1897.

RUI BARBOSA.

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

4 — RAZÕES DE APELAÇÃO

a) PELOS AA. COMO APELADOS

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

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

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

1.º que o nosso regimen politico aboliu a interpretação autêntica;

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

Ainda que por demais, depois do que levamos dito no lugar indicado, faremos sôbre essas duas invenções da municipalidade em apuros as observações, que o espanto da sua extravagância nos permitir.

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

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

Não há outro fundamento invocado, ou invocável.

Mas a mesma causa, que para êsse argumento apela, reivindica a autoridade de interpretar as leis exclusiva-

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

Ora, se o juiz é intérprete da lei, porque não há julgar, sem interpretar, intérprete da lei é também o legislador, porque sem interpretar não há legislar. Toda lei se destina a vigorar o direito existente, a modificá-lo, a revogá-lo, ou a substituí-lo. Toda lei, pois, vem apoiar, alterar, ab-rogar, ou transformar outras leis. Até a legislação revolucionária pressupõe o conhecimento das leis em vigor, que ela extingue revolucionariamente. Tão ingênita é, portanto, à autoridade legislativa, quanto à judiciária, a função de interpretar as leis. E aí está porque a constituição a omitiu a respeito do legislador, como a omitiu em relação ao juiz.

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

O silêncio da constituição roborá esse velho dogma jurídico, em vez de ab-rojá-lo. Todas as constituições confirmam sempre aos tribunais a competência de interpretar as leis, sem que jamais daí se inferisse que essa faculdade era privativa dos tribunais. Entre as atribuições da legis-

latura muitas constituições há, que não enumeram a de interpretar as leis, sem que daí se coligisse jamais ter decaído a legislatura dessa atribuição, nativa à índole do seu poder. Para se quebrar essa tradição imemorial, universal, essencial, foi mister que, com a república, surdisse, no Brasil, esta eflorescência assombrosa do espírito de sofisma, cujos frutos de anarquia só Deus sabe aonde nos levarão. Há comentários e versões da constituição republicana, ante os quais aquêles, que a fizeram, compreendem o sentimento de Napoleão irritado contra o pulular das interpretações artificiosas em torno do seu código: "*Eh! messieurs, nous avons nettoyé l'écurie d'Augias: pour Dieu, ne l'encombrons pas de nouveau!*"

Casos há de ambigüidade tal no texto das leis, que as regras racionais da hermenêutica não nos ministram meio de entendê-lo. Como prescindir, nessa hipótese, da interpretação autêntica, colocando o magistrado entre o crime da denegação de justiça e o constrangimento da aplicação temerária de uma lei cujo sentido se não descobre? ⁽⁸⁾

Mais grave ainda, mais imperioso que o da ambigüidade é o da contradição na lei, vício que evidentemente só pela interpretação autêntica se corrige. ⁽⁹⁾

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

⁽⁸⁾ Si può venire alla necessità di una interpretazione autentica, quando il senso d'una legge è tanto ambiguo, da non potersi assolutamente determinare con sicurezza le regole razionali delle ermeneutica. GLÜCK: *Pandette*. Ediz. Serafini e Cogliolo. Vol. I, p. 175.

⁽⁹⁾ "... Che se invece trattasi d'una qualche contraddizione, ed allora due regole contraddittorie furono dal legislatore proclamate, il quale vuole che l'una e l'altra si osservassero, perocché erroneamente ne ritiene possibile l'accordo. Questa ultima condizione di cose costituisce davvero un vizio tale, che per la L. 12 C. de L. L. non può esser corretto dall'interpretazione dottrinale, ma dall'autentica solamente".

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

Nem esse arbítrio contradiz absolutamente a faculdade, reconhecida ao poder judiciário, de interpretar as leis, que aplica. Tal faculdade, com efeito, não se exerce independentemente da autoridade legislativa, senão quando as leis se acharem em conflito com a constituição. Se na interpretação destas, em confronto com aquelas, o juiz as considera antagônicas e inconciliáveis, para obedecer à constituição, terá que negar obediência às leis. Fora dessa hipótese a ação do tribunal está subordinada à da legislatura: há de aplicar o direito positivo, qual esta o fez, qual esta o quis, e, portanto, qual ela o declara, e interpreta.

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

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

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

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

A disposição, que, no pacto de 1891, proíbe à União, como aos Estados, prescrever leis retroativas, já existia tal qual na constituição decretada em 1890 pelo governo provisório, onde, como principal autor desse trabalho, teríamos deixado ali um padrão de ignorância, se lhe asso-

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

ciássemos a intenção absoluta e irracional, que aqui se lhe pretende imputar.

Desde que o sentimento da justiça principiou a iluminar as sociedades, de cuja civilização descende a contemporânea, se entrou a enxergar o princípio da irretroatividade das leis. PLATÃO, no *Teeteto*, o põe nos lábios de SÓCRATES. CÍCERO, numa das suas orações contra *Verres*, o aclama como verdade adquirida ao patrimônio do direito civil: "*De jure civili si quis novi quid instituit, is omnia, quae ante facta sunt, patitur.*" Nas origens romanas do direito hodierno se destaca uma constituição de Teodósio, ano 440 (L. 7. C. *de legibus et constitutionibus Principum*) cujas palavras iniciais se reportam à mesma regra como a coisa antiga e inconcussa: *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis*. E a Glosa o anota dizendo: *Haec lex plana est*, "esta norma é óbvia". Não inovava o legislador, não criava direito, neste passo, observa SAVIGNY: reconhecia um preceito inato à índole e ao destino das leis: *certum est*. Mais tarde o direito canônico o revestiu de nova solenidade: *Quoties novum quid statuitur, ita solet futuris formam imponere, ut dispendiis praeiterita non commendet, ne detrimentum ante prohibitionem possint ignorantes incurrere quod eos postmodum dignum est vetitos sustinere*. (Cap. 2. X, *de constit.*) A própria política de MAQUIAVEL, no *Príncipe*, rendia preito à inviolabilidade desse cânone sagrado por todos os códigos antigos e modernos: "*La legge non deve riandare le cose passate, ma sibbenne provvedere alle future.*" *Lex non habet oculos retro*, ensinavam os doutôres. "*Janus in legibus non placet*", doutrinou depois o chanceler BACON. A lei não tem efeito retroativo, prescrevem as legislações hodiernas. Em tôdas "*senza nessuna eccezione, è ammesso il medesimo principio*".⁽¹⁰⁾

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

⁽¹⁰⁾ GIOV. LOMONACO: *Istituzioni di dir. civ. ital.*, v. I (1894), p. 68.

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

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

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

LOMONACO, I, p. 72.

Égide do direito adquirido, a proibição da retroatividade vai até onde êle chega, e acaba onde êle cessa. ⁽¹¹⁾ Por que não o disse, porém, *explicitamente* a nossa constituição? Pelo mesmo motivo, por que, até hoje, ainda nenhuma lei, ainda nenhuma constituição o disse: porque está na essência das coisas, e, se as leis necessitassem de especificar o que toca à essência das coisas, todo o papel que o mundo fabrica, seria escasso, para conter o simples texto das leis.

A constituição brasileira não tem relações de descendência com a constituição francesa do ano III (22 de ag. de 1795), a cujo art. 14 se refere o nosso eminente antagonista. (Fl. 165) A constituição do ano III, que, acêrca da retroatividade das leis, adotou uma variante aparente-

⁽¹¹⁾ "Gesetze sollen nicht in bestehende Rechte eingreifen." BRUNS: *Das heutige römischen Rechts*, § 11. Na *Encyclopädie der Rechtswissenschaft* (Leipz., 1882).

mente radical da fórmula comum, ⁽¹²⁾ não chegou, na sua efêmera vida, a ter outro comentário mais que os próprios atos da Convenção, mãe sua, da qual se disse que nenhuma assembléia “abusou tanto da onipotência, *pour régir le passé*”. ⁽¹³⁾ Os jacobinos, que desse modo supunham, ou fingiam transplantar uma das garantias da liberdade americana, sem compreender o modelo, de que eram antítese, ainda não tinham discípulos no Brasil, ao fazer da nossa constituição, ou, pelo menos, não os tinham entre os homens, que a fizeram. Não é, portanto, da constituição francesa do ano III que deriva a nossa.

Aliás para que a cita o nosso douto colega? Oíçamo-lo: “Esta disposição, ⁽¹⁴⁾ que se lê no art. 2.º do Cód. Civ. francês, não obriga o legislador, nem é regra constitucional, diz MOURLON (*Répét. du cod. Napol.*, n.º 65), e sê-lo-ia somente sob a constituição do ano III, cujo art. 4.º proíbe as leis retroativas.” Mas o que nós sustentamos coincide ponto por ponto com o que sustenta MOURLON. Sob as constituições como a nossa e como a do ano III, que vedam às leis retroatividade, essa disposição proibitiva vincula o legislador. É o que diz MOURLON, e o que nós sustentamos. Mas todo princípio domina, obriga, impera nos limites que a sua mesma natureza lhe traça. Quando MOURLON trata de definir as raias naturais ao princípio da irretroatividade, exclui dessa proibição leis de certas categorias, cujo efeito retroativo a não contraria, e leis, que, por sua índole, são necessariamente retroativas sem ofensa ao preceito geral da irretroatividade. Ora, definida, na lei, ou na constituição, a regra da irretroatividade tem a mesma amplitude. Do ser, num caso, decretada pelo legislador e, no outro, imposta ao legislador não se segue que o conteúdo da prescrição varie. O que diversifica, é a sua jerarquia, decorrente, numa hipótese, do legislador, superior a ele na outra. Mas o princípio, a que, na segunda, a lei constitucional adscrive o legislador, é idêntico ao que, na primeira, a lei ordinária dita ao juiz. Idêntica na ori-

(12) “Aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif”.

(13) LAURENT: *Princp. de dr. civil*, vol. I, n.º 141.

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

gem e na expressão, a mesma fórmula não pode ter nos códigos um significado, outro nas constituições.

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

O barbarismo anglo-latino *ex post fact laws* quer dizer justamente *leis retroativas*. A nossa expressão constitucional reproduz, pois, *idem per idem* a americana. Entretanto, contra o que pretende entre nós o hábito da sofisteria, a jurisprudência americana nunca entendeu que aquela cláusula vedasse radicalmente as leis retroativas, antes a aplicou sempre exclusivamente à legislação penal. Isto é, o princípio, absoluto no seu enunciado, na sua forma aparente, no seu significado filológico, na sua inteligência vulgar, recebeu, na técnica do direito constitucional, a limitação, que lhe impunha o uso jurídico da linguagem. No art. I, seção 10, a constituição dos Estados Unidos estabelece: "*No state shall... pas... any ex post facto law.*" Nenhuma lei retroativa reza o texto. Logo, a proibição é ilimitada, inflexível, absoluta. Se a lei fôr retroativa, *not any*, incorrerá na proibição, não será constitucional. Assim raciocinaria o leigo e o leguleio; porque isso é o que estatui a letra, *verba legis*. Mas o jurisconsulto, o constitucionalista não cai nesse erro, por saber que acima da letra está a acepção jurídica, *vim ac potestatem*. Em consequência, o "*tôdas as leis retroativas*" da fórmula literal ficou, pela hermenêutica da boa razão e da boa-fé, limitado à só categoria de leis, que, sob aquêlê nome, o uso liberal da *common law* estigmatizava na Grã-Bretanha e na América inglêsa. E destarte a retroatividade que se considera incompatível com a intenção proibitória daquela cláusula, veio a ser exclusivamente a retroatividade penal: "*The prohibition respecting ex post facto laws applies only to criminal cases.*" (STORY: *Commentaries*, § 1.398, Ed. 1873, v. II, p. 259).

Recordaremos um dentre muitos arestos que atestam essa jurisprudência. É interdita a entrada nos Estados Unidos aos operários de raça amarela, a saber, aos chins, excetuando-se da vedação tão-somente os funcionários, professores, estudantes e viajantes em trânsito. Instituiu, porém, uma lei de 6 de maio de 1882, arts. 4.^o e 5.^o, que os chineses já residentes no país, que se ausentassem, tinham a liberdade de regressar, apresentando um certificado de identidade, que se lhes daria, ao partirem. Consistia a intenção dêsse ato legislativo em manter os direitos adquiridos pelos chins, que êle encontrou já domiciliados nos Estados Unidos. Verificando-se, porém, que se traficava com êsses documentos de habilitação à residência no país, vendendo-se a indivíduos incursos na proibição legal, outra medida legislativa, no 1.^o de outubro de 1888, excluiu do território americano todos os chineses ausentes que não tornassem antes de votada essa lei, e declarou nulos os demais certificados de identidade já expedidos. A essa providência se opuseram, nos tribunais, os interessados, averbando-a de contrária ao princípio da irretroatividade. Mas a côrte de S. Francisco e depois a suprema côrte federal negaram provimento à ação, sentenciando que o texto constitucional só se *refere às leis penais*. ⁽¹⁵⁾

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

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

O que a nossa constituição quis, pois, foi vedar a retroatividade injurídica, a retroatividade maligna, a re-

⁽¹⁵⁾ *Annuaire de législation étrangère*, vol. XVIII. Paris, 1889, páginas 908-911.

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

Da teoria, que se nos contrapõe, resultam consequências disparatadas e odiosas, que o nosso ilustre adversário certamente não aceitaria, mas que, adotado o seu princípio, são irrecusáveis.

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

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

Em matéria civil igualmente são retroativas as leis, que *criarem* direitos *não ofensivos de direitos preexistentes*; visto que, sendo o intuito dessa garantia constitucional manter a estabilidade do direito adquirido, as leis, que o

não ofenderem, se podem retrotrair constitucionalmente. É o caso do princípio *cessante legis ratione, cessat et ejus dispositio*, princípio, cujo objetivo consiste em subtrair à aplicação de uma lei geral os casos especiais, que o seu texto parece abranger, mas que se acham excluídos pela intenção do legislador. ⁽¹⁶⁾

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

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

Em não havendo lesão de direitos preexistentes, com fundamento se sustenta que as leis declarativas podem retroagir. Observa-se que, se não cabe na competência legislativa eliminar por leis declaratórias direitos adquiridos, quando, entretanto, não houver direito firmado por lei, ou interpretação judiciária, à legislatura assiste o arbitrio de significar por uma lei o pensamento de outra, passando-se por esse meio a atribuir à lei interpretada o mesmo sentido e efeito que se dela desde a sua origem fizesse parte a lei interpretada". BLACK: *Construct. and interpretation of the laws* (1896), página 373. ⁽¹⁷⁾

Falso é, pois, contra o alegado tantas vêzes e tão sem a menor prova nas razões de fl. 165, que o nosso direito constitucional repila as leis declarativas. Acêrca das leis interpretativas o critério, entre nós, como na América do Norte, é o mesmo que a respeito das leis retroativas: têm-se como proibidas, quando intentem retroagir contra o direito adquirido.

Ora, de tal vício não argúi a ré o ato municipal de 9 de maio de 1893 (lei interpretada). E, como entre êsse ato e o de 15 de junho de 1896 (lei interpretativa) não se

⁽¹⁶⁾ "Il vero significato della massima, che cessa l'impero della legge *cessante ratione legis*, è questo, che fa d'uopo sottrarre all'applicazione di una legge generale quei casi speciali, che il suo testo sembra comprendere, ma che sono esclusi della intenzione del legislatore." LOMONACO, *Istit.*, pág. 92.

⁽¹⁷⁾ Está noutro arrazoado nosso, a fl. 91 dos autos, o original inglês desta citação [pág. 319 dêste vol.].

constituiu, por lei, ou sentença, direito algum contrário ao dos AA. (fl. 92), nada se opõe à ação da lei interpretativa, que opera em tôda a sua plenitude, como se decretada fôsse com a lei interpretada na mesma data e no mesmo texto.

Corroboradas assim as nossas conclusões nos dois pontos capitais, onde foram impugnadas, pedimos vênia, para recomendar à atenção do Tribunal quanto aos demais pontos, as nossas razões anteriores (fls. 36-43 e fls. 77-93) ⁽¹⁸⁾, em que nos parece estar completamente justificado o raciocínio da petição inicial (fls. 3-8).

As frouxas e inconcludentes considerações apressadamente esboçadas no arrazoado a fl. 165 v. e fl. 166 sôbre a questão do *concurso* nos basta opor o que já dissemos em alegações anteriores (fls. 36-9 e fls. 80-83). ⁽¹⁹⁾

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

b) PELOS AUTORES COMO APELANTES

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

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

Não respondem estas objeções à argumentação indicada por nós na petição inicial, fls. 7 v., 8 e depois num arrazoado, fls. 77 v.-80 ⁽²⁰⁾, para onde solicitamos a atenção do venerando Tribunal.

Parte de uma idéia falsa o raciocínio da sentença, figurando que os AA. não tinham direito de reclamar ou-

⁽¹⁸⁾ Págs. 307 - 322

⁽¹⁹⁾ Págs. 307 a 311.

⁽²⁰⁾ Págs. 294 a 298 e 308 a 310

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

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

expensas suas a uma necessidade, cuja satisfação teria corrido por conta do erário municipal, se as autoridades municipais o não esbulhassem dos cargos, a que êsse provento era inerente.

Lamentável confusão é a que se faz na sentença, com supor que a obrigação de reparar está dependente da classificação ou discriminação administrativa entre as diversas vantagens legais asseguradas ao funcionário, cuja espoliação se discute. A questão consiste simplesmente em saber se essas vantagens constituíam meros *interesses*, ou verdadeiros direitos. Se eram simples interesses, não há que indenizar; porque a responsabilidade civil não cobre o prejuízo do interesse alheio. Se eram direitos, a indenização é irrecusável; porque a tóda lesão do direito alheio se estende a responsabilidade civil. Ora, um provento afiançado por lei a um título oficial não é interesse: é direito. Logo, ao prejudicado nesse direito cabe indubitavelmente a reparação correspondente ao prejuízo verificado.

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

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

Nova Friburgo, 10 de fevereiro de 1898.

RUI BARBOSA.

V

O UTI POSSIDETIS

NOTA DO ORGANIZADOR

O fragmento que se segue diz respeito ao velho remédio possessório do Direito romano, a princípio restrito, ampliado sob JUSTINIANO, com o qual rematou o seu Autor as razões finais elaboradas em defesa da causa Estado do Ceará v. Rio Grande do Norte, como patrono deste último Estado. Consta dos autos da ação originária n.º 6, como tal processada no Supremo Tribunal Federal e que ali se arrastou durante 26 anos, de 1894 a 1921. No acórdão proferido a 30 de setembro de 1908, acolheu-se a tese aqui patrocinada, para o fim de entender-se, como se entendeu, que, na posse imemorial, é de ser invocado o *uti possidetis* como *ultima ratio*, julgado o Estado do Ceará carecedor da ação.

O texto aqui reproduzido é o que figura no capítulo XX, das razões finais do Rio Grande do Norte, constantes de folhas 490 a 729, dos autos da ação já referida, e publicada em volume em 1904, por intermédio da Tipografia do Brasil (Rio de Janeiro, 1904). Parte foi reproduzida na impugnação dos embargos opostos pelo Ceará ao acórdão de 50 de setembro de 1908, citado [n.ºs 307 *usque* 314], através da Tipografia Leuzinger (Rio de Janeiro, 1908). Muito embora, por acórdão de 2 de outubro de 1915, tenha o Supremo Tribunal Federal declarado nulo o acórdão embargado, ainda assim, julgou improcedente a ação, aceitando, quanto ao mérito, na sua conclusão, a tese do *uti possidetis*.

Foi o trecho aqui publicado, como parte integrante, estampado no volume XXXI, tomo IV, das OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA, págs. 385 a 414, e, parcialmente, no tomo V do mesmo volume, págs. 159 a 173.

Do acórdão de 2 de outubro, novamente manifestados embargos, foram estes desprezados por outro, de 17 de julho de 1920, vencido o Ministro João Mendes (fls. 905 a 913 v.), quando terminou a contenda.



296. — A alegação de posse, articulada pelo Ceará na sua petição inicial, não conseguiu resistir à pressão da verdade sobre a consciência do próprio A. Ele mesmo dessa afirmativa se retratou com estrondo num documento da maior solenidade, que voluntariamente inseriu nos autos. Proposta a ação judicial aos 22 de agosto de 1894, interrompeu-a, como se sabe, a tentativa de julgamento arbitral iniciada em 1901 e abandonada em 1902. Frustrando-se, porém, este meio convencional de solução, era natural que, assim como nascera e expirara fora dos autos, sem ciência deste juízo, fora dc. autos ficassem os papéis do incidente. Mas ao A. aprouve trazê-los todos à presença deste tribunal, já com os docs. que figuram sob n.º 22 no IV vol. dos autos, já com a exibição da *Memória Justificativa* a eles apensada sob o n.º 9 dos impressos. Tudo o que o A., pois, depusera, escrevera, afirmara e assinara, naqueles dentre esses papéis que são de sua feitura, acaba, espontaneamente, de o ratificar, submetendo-os de seu só e livre alvedrio ao plenário desta causa.

297. — Ora, entre esses documentos, é capital o ato, em que o presidente do Ceará, o dr. Pedro Augusto Borges, nomeou o seu representante no tribunal arbitral, que com o do outro Estado iam constituir. Traz êle a data de 1901, 15 de novembro, e se encontra sob o n.º 9, pág. 15 dos impressos cearenses. Havia então *mais de sete anos* que corria este litígio. Tinha tido o A. sobejo tempo de retificar as impressões e idéias, sob cuja influência o instaurara em 1894. E efetivamente as retificou num ponto cardeal: o da posse, que, na petição inicial, se atribuíra a si mesmo, e no ato de nomeação do árbitro formalmente *atribui ao Rio Grande do Norte*.

Não podia ser mais categórica essa retificação, tão espontânea, quão solene.

Ei-la :

No intervalo transcorrido desde a interposição do recurso extraordinário (*) para o Supremo Tribunal Federal até este momento, a situação em que se tem achado o Ceará, na pendência dessa lide, tem sido *a mesma que dantes, a de um verdadeiro espoliado, em proveito exclusivo do Rio Grande do Norte*, que, *mantendo a sua invasão*, e transpondo a área demarcada no território dos respectivos Estados, há impôsto graves danos aos interesses do Ceará, com desconhecimento formal do seu legítimo direito... (Doc. cearense, dos impresos, n.º 9, pág. 16).

O presidente do Ceará, o órgão mais alto do seu governo, o que se avocara poderes de estipular o arbitramento, praticando assim ato de transação e cessão eventual sobre o território do Estado, não hesita em confessar a posse *do Rio Grande*. Falando na ação, que mandara intentar, e que ora pende nestes autos, assevera que, no curso dos sete anos decorridos,

“a situação em que se tem achado o Ceará, *tem sido A MESMA QUE DANTES*”.

E qual?

“A de um verdadeiro ESPOLIADO.”

Mas como?

“Em *proveito exclusivo* DO RIO GRANDE DO NORTE, *que mantém a sua invasão*.”

O *espoliador* vem a ser, destarte, o Rio Grande, que praticou “a invasão”, e “a mantém” “em seu *proveito exclusivo*”.

Mas desde quando? Desde a litispendência?

Não. Sete anos há que pende a lide; mas a espoliação que nesse meio tempo *se mantém* “é A MESMA QUE DANTES”.

Temos, pois, uma espoliação antiga, uma espoliação anterior ao pleito, uma espoliação cuja data de origem o A. não fixa.

Antes da lide, portanto, já o Ceará se achava *espoliado*. Ele o confessa.

E quem o *espoliador*?

(*) Recurso extraordinário, em sentido impróprio, pois tratava-se, na verdade, de conflito de jurisdição, como tal autuado no Supremo Tribunal sob o n.º 43, convertido mais tarde na ação cível originária n.º 6. (N. do Org.)

Dí-lo êle também: é o *Rio Grande do Norte*, que, tendo perpetrado a *invasão*, já antes do litígio, continua a *mantê-la*.

Assim que, ao propor desta ação, já se achava o Ceará *desapossado*, já o *possuidor* era o *Rio Grande*.

Logo, não estava com a verdade o A., quando, ao mover a demanda, a estribou no título de posse.

298. — Não foi só dessa vez, porém, que o A. se desdisse da posse, alegada na petição inicial. Dois anos após a nomeação do árbitro, abrindo com a mensagem anual a Assembléia Legislativa do Estado, renovava o presidente do Ceará o seu desmentido anterior.

Isso, nestes termos:

Se a parte vencida (o Rio Grande, no arbitramento) julgou-se com o direito de não respeitar a sentença, e desobrigada de manter o acôrdo, não seria estranhável que a parte vencedora, enveredando pelo mesmo caminho, *se investisse da posse* do território, que lhe fôra atribuído pela sentença arbitral. De semelhante atitude, porém, a afastava a fé solene para com as cláusulas do convênio e ainda o vulgar princípio de direito, que a ninguém é lícito vir ou insurgir-se contra o próprio ato. (1) Dessa fiel observância do compromisso de 20 de março, por parte do Estado do Ceará, *resultou de fato a permanência do statu quo na zona litigiosa, SEMPRE VANTAJOSO AO ESTADO VIZINHO ou EM SEU PROVEITO EXCLUSIVO* (2).

299. — Mas, se o A. se deixara esbulhar da posse, e não lançara mão em tempo da defesa possessória, agora só poderia discutir contra o Rio Grande numa ação meramente de reivindicação. É o que o conselheiro LAFAYETTE sustentou, como já vimos, no seu laudo. (3) Essa é a ação real, que ao senhor da coisa compete, para a reaver do

(1) *Ato do A. fôra, entretanto, o mover desta ação, proposta em agosto de 1894. Não obstante, insurgindo-se contra o próprio ato e contra a justiça a que correra, adotou o Ceará, pendente a lide, a lei de 19 de julho de 1901, que, a pretexto de criar o município de Grossos, apropriara a êsse Estado a zona litigiosa. (Doc. cearense n.º 13, dos seus impressos).*

(2) *Mensagem apresentada à Assembléia Legislativa do Ceará, em 1 de julho de 1903, pelo presidente do Estado Dr. Pedro Augusto Borges. Fortaleza, 1903, pág. 30.*

(3) São estas as suas palavras: "Pôsto nestes termos o litígio, se tivesse de tomar as fórmulas do direito civil, daria para uma ação de reivindicação e não para a *finium regun-*

terceiro, que injustamente a detém. ⁽⁴⁾ Mas a reivindicação não pode assentar senão no título legal de propriedade. ⁽⁵⁾ “Fundamento da ação de reivindicação é a propriedade; seu ensejo, a subtração da posse. Compete aquela, pois, ao proprietário, que não possui, contra o possuidor.” ⁽⁶⁾

dorum. A *finium regundorum* tem por fim aviventar, isto é, restaurar os limites extintos, e, na impossibilidade de fazê-lo, estabelecer novos. *In his consistit officium judicis actionis, ut, aut veteribus finibus repertis eos servet; aut instituat novos*”. (DONNEAU, *Com. Jur. Civil.*, l. IX, cap. II, n.º 14).

“Mas se as partes contendem que os limites passam antes por um do que por outro ponto (é a nossa questão), de modo que, decidida a causa a favor de uma, a zona disputada fica definitivamente pertencendo à vencedora, ocorre na realidade de uma reivindicação terrena.

“Em caso tal há lugar a ação de reivindicação e a questão de limites se reduz a uma questão de domínio, apurada na discussão por meio das provas em direito admitidas”. (SCHNEIDWIN, *Const., Inv.*, L. 4.º, Tít. 6.º, de *finium regund.*, n.º 16, C. TELES, *Dout. das Aç.*, § 281.

(4) LAFAYETTE: *Dir. das Cousas*, § 82. Ed. de 1877, v. I, páginas 314-15.

(5) *Ibid.*

(6) ARNDTS: *Pandekt.*, § 166. “Officium judicis in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat *an reus possideat*: nec ad rem pertinebit, ex quâ causa possideat: ubi enim *probavi ream meam esse*, necesse haberi *possessor restituere*”. Fr. 9 D. de *reivindic.*, VI, I.

O texto é dos mais claros da legislação romana: o reivindicante demanda a sua propriedade *contra* o possuidor. A ação pressupõe, logo, essencialmente duas condições fundamentais: domínio, no autor; posse, no réu. A doutrina pátria não é menos precisa. “Reivindicar”, ensinam CORREIA TELES e TEIX. DE FREITAS, “é tirar coisa nossa de quem injustamente a possui”. *Doutr. das Aç.*, § 39, Ed. de 1880. Pág. 58. Nem o senso comum toleraria outra noção. *Reivindicar* equivale a *reaver*, isto é, haver de novo o que se nos tirou. Onde não se concebe *reivindicar* eu o que em minha posse está. Seria *reaver de mim mesmo*, isto é, restituir-me do que está em minhas próprias mãos.

Entretanto, neste pleito, se confrontarmos a petição inicial com as declarações do presidente de Ceará e o laudo pronunciado pelo superárbitro em favor da reclamação cearense, veremos que o A. se reserva, de uma parte, a situação de possuidor e esbulhado, de outra a de reivindicante e possuidor. Duas antinomias jurídicas de fazerem delirar a própria razão.

Por isso, articulada essa preliminar incontestável, foi o eminente prolator do laudo buscar aquêlê título, chave da questão, uma vez assim formulada, na carta régia de 1793, que, pretendia êle, estabelecendo por ato soberano os limites entre as duas capitanias, desde então fixara os limites ora controversos entre os dois Estados.

A análise dêsse documento e o exame de sua história, porém, deixaram evidenciado, não só que a provisão régia daquela data não cogitara em tais limites, e que os por ela traçados, *entre duas vilas do Ceará*, não contrariavam a divisa contra êste reclamada pelo Rio Grande do Norte, mas ainda que aquêlê decreto real, suspenso e devolvido, em observância do seu texto, à coroa portuguesa, *nunca mais baixou das mãos d'el-rei a se executar*. Ê, portanto, uma deliberação, que regressou, cassada, à sua fonte, onde, retida até hoje, desapareceu. Ê, em suma, um decreto virtualmente revogado pela sua retirada oficial da circulação legislativa e pela tácita reconsideração do soberano, que o expedira.

Ora, desaparecendo o ato do monarca, só nos resta a posse, estado atribuído ao *Rio Grande* pela dupla confissão oficial do presidente do Ceará. Mas também, se prescindirmos dessa confissão, aliás irretratável e indelével, falta nos não faz; visto como a prova deduzida nos autos, por uma e outra parte, vitoriosamente demonstra que na zona contestada a posse foi sempre exercida pelo Rio Grande do Norte desde o século XVII até agora.

300. — Como resolver, porém, a questão de posse entre dois *Estados* no regimen federativo?

Evidentemente não é um problema de direito privado. Sê-lo-ia, se cogitássemos de um pleito entre particulares sobre domínio ou posse de terras sitas num dos nossos Estados. Sê-lo-ia, ainda, se êsse litígio se travasse entre indivíduos residentes, no Brasil, em Estados diversos; porquanto, sendo um só, em todo o país, o direito civil, não teriam cabida na solução do caso as regras de direito internacional privado, admitidas para dirimir conflitos entre legislações divergentes. (N.º 185.) Mas o caso é de limites entre dois Estados. São êstes as personalidades litigantes, e objeto do litígio a competência territorial disputada entre

o Ceará e o Rio Grande sobre uma região estremenha aos dois.

Verdade é que nas federações a pessoa de direito das gentes é só a União. Os Estados, que ela abrange, não têm personalidade internacional. ⁽⁷⁾ Da soberania conservam apenas alguns elementos relativos ao direito público interno. Na esfera dêste, porém, a sua atividade, quer interior, quer mútua, se acha subordinada a uma constituição comum e limitada pelas prerrogativas do governo federal. Sobre o seu território, pois, não são soberanos: tanto que o não podem alienar, ou diminuir, e nas colisões, modificações, ou contestações a êle concernentes estão sujeitos ora ao congresso nacional, ora à justiça federal. Se, entretanto, as suas relações com o território não chegam às de soberania, também não se confundem com as de propriedade, salvo, excepcionalmente, quanto à porção do solo ainda não submetida à apropriação particular. A soberania reside na União. O domínio, nos proprietários territoriais. Aos Estados pertence a jurisdição, o *imperium*, limitado pela constituição e pelas leis federais. Não podem caber, portanto, no direito privado as controvérsias acêrca da superfície territorial em que mutuamente se hajam de circunscrever as jurisdições dos vários Estados.

Temos, pois, de lhes ir buscar as regras de julgar na constituição nacional e no direito internacional. Mas a constituição nacional não firmou, nem lhe competia firmar, preceitos sobre a apreensão, a detenção e a limitação de território entre os Estados, exceto o que, no art. 2.º, estabelece a coincidência territorial entre êles e as províncias do antigo regímen. Logo, ao direito público internacional é que havemos de ir tomar as leis em vigor para o assunto.

301. — Não há na matéria, entretanto, a compararmos o direito das gentes com o direito privado, senão diversidades accidentais. A respeitabilidade jurídica do senhorio de um povo sobre o chão pátrio se rege segundo os cânones gerais da posse, cujo caráter legal não difere dentre os indivíduos para entre as nações. ⁽⁸⁾ Protegida, sob o título

⁽⁷⁾ ALPH. RIVIER: *Princ. de Dr. des Gens*, vol. I, páginas 51, 104, 105.

⁽⁸⁾ HEFFTER: *Le dr. internat. de l'Europe*. Ed. GEFFCKEN, de 1883. Pág. 4, § 13.

de *uti possidetis* e *statu quo*, nas relações livres entre os Estados, com maioria de razão ainda que no círculo das relações individuais, sujeitas às leis escritas, ela mantém aí, em substância, a sua natureza. ⁽⁹⁾ Esta, “em matéria internacional, a mesma é que em matéria civil, tirando só a diferença que o disposto nas leis civis quanto às condições e formas do processo judiciário não se aplica em matéria internacional, salvo nos Estados Federais, onde a autoridade central exercita uma espécie de jurisdição entre os seus diversos membros”. ⁽¹⁰⁾ A tradição, o uso, o interesse, a evolução jurídica, a necessidade acabaram por submeter as nacionalidades independentes, no tocante à soberania sobre o território, aos mesmos princípios que o direito romano formulou e generalizou a respeito da propriedade e da posse. ⁽¹¹⁾

PHILLIMORE, ⁽¹²⁾ TWISS, ⁽¹³⁾ MARTENS moldam nas fórmulas das *Pandectas* sobre a aquisição da propriedade os axiomas internacionais sobre a aquisição da soberania. “Os princípios do direito romano”, diz o célebre internacionalista russo, “são aqui total ou parcialmente aplicáveis.” ⁽¹⁴⁾ Poder-se-ia dizer, até, que não há, neste particular, opiniões divergentes. Aquêles mesmos, que tacham de algum exagêro essa adaptação internacional das instituições romanas sobre o regímen civil da propriedade, não contestam que “certo número de modos de adquirir a soberania são, com iguais nomes, sujeitos às mesmas regras gerais que as maneiras de aquisição da propriedade em direito romano”, ⁽¹⁵⁾ e que “neste caso cabe a teoria da ocupação.” ⁽¹⁶⁾

302. — Depois, quando se trata da apropriação primitiva do solo pelas explorações do homem civilizado (precisamente a hipótese da implantação do antigo elemento

⁽⁹⁾ *Ibid.*

⁽¹⁰⁾ *Ibid.*

⁽¹¹⁾ JÈZE: *Étude théor. et prat. sur l'occupation* (1896), págs. 226-7.

⁽¹²⁾ *Commentaries upon international law* (1874).

⁽¹³⁾ *The law of nations in time of peace*, c. 8, págs. 191-213.

⁽¹⁴⁾ MARTENS: *Tr. de dr. internation.*, vol. I, pág. 460.

⁽¹⁵⁾ CH. SALOMON: *L'occupation des territoires sans maître* (1889), pág. 14.

⁽¹⁶⁾ *Ib.*, pág. 15.

colonial na terra da Santa Cruz), a aquisição da soberania coincide e se confunde com a aquisição da propriedade. Pessoa, a um tempo, de direito internacional e direito privado, o Estado pode obter por ocupação ora a simples soberania, quando a impõe a territórios apropriados, ora, com a soberania, a propriedade, quando se apossa de regiões devolutas. ⁽¹⁷⁾ A dilatação progressiva da espécie humana pela superfície da terra vai dia a dia restringindo o campo franqueado ao princípio da apropriação, civil ou internacional. Mas ainda nos países, cujos códigos lhe atalharam inteiramente a possibilidade, determinando obviem ao Estado todos os bens sem dono, a teoria reconhece na ocupação uma das origens legítimas da propriedade; e outro meio de gerá-la não se pode imaginar quanto às regiões desabitadas, que a curiosidade ou a indústria humana vão acrescentando ao domínio da civilização.

Ora, no que entende com a teoria da ocupação, estes dezenove séculos de progresso nada acrescentaram ao velho repositório da jurisprudência romana. As noções de então resplandecem ainda hoje em toda a singela perenidade da sua sabedoria.

303. — Tal é a energia jurídica da posse, que em certos casos opera a aquisição imediata da propriedade. ⁽¹⁸⁾ Em relação às coisas *nullius* esta se alcança imediatamente só com o ocupá-las. ⁽¹⁹⁾ Foram os romanos buscar este efeito da *occupatio* na *razão natural*: *Quod enim nullius est, id ratione naturali occupandi conceditur.* ⁽²⁰⁾ Da ocupação, assim firmada, a posse. Da posse, a propriedade. As leis que presidiram à colonização do Brasil, aplicaram formalmente este princípio à constituição das capitanias. Nas doações régias, que as distribuíram, era expressa a faculdade, outorgada aos donatários, de ampliar o seu domínio sertão dentro. Por outro lado, o mesmo princípio se acha manifestamente reconhecido na Ord. do l. IV, t. 43, consagrados às sesmarias, onde (§ 2.º) se

⁽¹⁷⁾ *Ib.*, pág. 23.

⁽¹⁸⁾ PLANIOL: *Dr. Civ.*, vol. I, pág. 365, n.º 966.

⁽¹⁹⁾ JHERING: *Œuvres choisies*, vol. II, pág. 221. — ARNDTS: *Pandekt.*, § 154.

⁽²⁰⁾ Fr. 3 pr. D. de *adquirir. rer. dom.*, XLI, I.

dispõe dos “matos maninhos, ou matas e bravios, que nunca foram lavrados e aproveitados, ou não há memória de homem que o fôsem, os quais não foram contados, nem reservados pelos reis, que ante nós foram, e passaram geralmente pelos forais com as outras terras aos povoadores delas.” Era, de um lado, o povoamento, forma natural da ocupação, conferindo o domínio ao povoador, do outro a conquista dos sertões, modo não menos natural da *occupatio*, estendendo a jurisdição aos feudos quase absolutos das capitânias.

304. — As condições postas à ocupação como geratriz da propriedade não variaram sensivelmente do *Corpus Juris* para o direito atual das nações. Aquêla exigia o fato interno e o fato externo, a apreensão e a vontade, o *corpus* e o *animus rem sibi habendi*. *Adpiscimur possessionem corpore ed animo*. ⁽²¹⁾ Semelhantemente a doutrina corrente entre os Estados modernos tem como “requisitos essenciais da ocupação”, não só que “os territórios por ocupar sejam *res nullius*”, mas ainda que “a posse seja efetiva e real, seguida de atos que revelem claramente a intenção de possuir.” ⁽²²⁾ Depois da conferência de Berlim (15 de novembro de 1884), se adicionou a essas exigências a da notificação. Mas esta cláusula não se aplica às ocupações anteriores, nem obriga senão aos signatários do tratado. Com respeito a essas a aquisição depende tão-somente das condições, que o direito público assimilara da legislação romana: território *nullius occupantis*; *animus domini*; *apprehensio*. ⁽²³⁾

A *apprehensio* corresponde ao *corpus*. “*Possessio ex apprehensione coepta*.” ⁽²⁴⁾ Após a conferência de Berlim a apreensão recebeu, na linguagem dos expositores e diplomatas, o nome de *efetividade*. Mas sob o neologismo internacional o que se encerra, é a mesma aplicação anterior, ao direito internacional, “da teoria romana do *corpus*”. ⁽²⁵⁾ Originando-se unicamente “no fato da apro-

(21) FR. 3, § I. D. de *adquirir. poss.* (XLI, 2).

(22) LAFAYETE: *Princ. de Dir. Internac.*, vol. I, § 89, p. 143. PIÉDELIEVRE: *Dr. Internat. public.*, vol. I, pág. 365, n.º 422.

(23) BONFILS: *Dr. Internat. public.* (ed. de 1901), pág. 303, n.º 542.

(24) BYNKERSHOEK: *De dom. maris*, c. I.

(25) SALOMON: *Op. cit.*, pág. 310.

priação", o título, em rigor, só com a efetividade real dela começa a existir, e não durará, senão enquanto ela dure, salvo se "tão longamente se ocupou o território, que a ocupação houvesse resultado em prescrição". ⁽²⁶⁾

Qual, porém, a significação real dessa *efetividade*, ou *materialidade* ⁽²⁷⁾ na ocupação? *Tantum occupatum, quantum adprehensum*, diz a máxima forense. A apreensão, porém, não está no contacto físico, dilatado a tóda a extensão do solo que se ocupa. Já SAVIGNY o demonstrou quanto ao direito civil. Verifica-se o *corpus*, tóda a vez que possamos dispor livremente do objeto, e defendê-lo contra a ação estranha. ⁽²⁸⁾ O adquirente entrou apenas no terreno, sem o percorrer. O vendedor mostrou-o de uma eminência vizinha ao comprador. Esse ingresso à coisa adquirida, essa vizinhança com a possibilidade imediata do contacto bastariam.

305. — Que será no direito internacional? Aí, com maioria de razão, não fôra sensato exigir a apreensão materialmente estendida à totalidade do território, que se tenciona abranger na posse. Certo que descobrir, per si só, não é ocupar. O descobrimento será, quando muito, um ato *incoativo* da posse. ⁽²⁹⁾ Não tem seriedade, por exemplo, a idéia, sugerida entre os advogados cearenses, de atribuir a Gedeão Morritz um título sobre as salinas do Mossoró, no pressuposto, ainda que fôsse real, de ter sido esse holandês o primeiro, a quem elas se depararam. Cumpre que o descobridor se estabeleça no solo descoberto. ⁽³⁰⁾ Para esse efeito, contudo, "não sendo possível a tomada material de posse no território todo, bastará um ato, que, tornando exterior a intenção, a todos certifique, de modo inequívoco e evidente, que a coisa já não é *nullius*". ⁽³¹⁾ Perigoso fôra, em verdade, admitir que, operada a

⁽²⁶⁾ HALL: *A Treat. on Internation. Law* (1884), pág. 98.

⁽²⁷⁾ GUIDO FUSINATO: *Le mutazioni territoriali* (1885), pág. 35.

⁽²⁸⁾ SAVIGNY: *Possess.*, pág. 181 e s., pág. 187. — LAFAYETTE: *Dir. das Cousas*, § 10.

⁽²⁹⁾ TRAVER TWISS: *Peace*, § 118, pág. 197.

⁽³⁰⁾ "Where title by discovery is superadded to title by settlement". *Ib.*, § 128, pág. 210.

⁽³¹⁾ FUSINATO: *Op. cit.*, pág. 42.

ocupação, se pudesse considerar ampliável além dos limites até onde chegue o poder do Estado ocupante. ⁽³²⁾ Mas a expressão decisiva dêse poder é a disponibilidade real do território e a sua defensabilidade pelo ocupante contra a apropriação estranha. ⁽³³⁾

Essa disponibilidade e essa defensabilidade, porém, hão de ter caracteres aparentes, que as traduzam, ou, pelo menos, lhes estabeleçam juridicamente a presunção. Esta se constitui pelos fatos, cujo sentido ateste necessariamente o *animus manendi*; a saber: a colonização, a lavoiira, o emprêgo de capital ou trabalho por súditos do govêrno adquirente na fundação de estabelecimentos, a instituição da autoridade pública. ⁽³⁴⁾ Mas, de todos êstes sinais da realidade material na posse, o mais terminante é o que acabamos de nomear por derradeiro. "*Res immobiles, quæ sunt nullius, occupatæ esse censentur, si cœptæ sunt custodiri.*" ⁽³⁵⁾

A assunção *real e efetiva* da posse, entre Estados, se verificará sobretudo, "quando o Estado ocupante houver constituído uma administração local suficiente, para assegurar o exercício regular de sua autoridade. A maneira de organizar essa administração local variará indefinidamente, consoante aos lugares e circunstâncias" ⁽³⁶⁾ Mas o que é necessário, "*e isso basta*, é que o poder, o *imperium* do Estado ocupante se dê a sentir e exerça, mediata ou imediatamente, sobre o território ocupado". ⁽³⁷⁾

⁽³²⁾ ALPH. RIVIER: *Op. cit.*, vol. I, pág. 196.

⁽³³⁾ SALOMON: *Op. cit.*, pág. 316. — ORTOLAN: *Domaine international*, § 73.

⁽³⁴⁾ FIORE: *Diritto internazionale codificato* (1890), n.º 550. — TWISS: *Op. cit.*, § 121. — BLUNTSCHLI, art. 278, n. — LAFAYETTE: *Dir. Int.*, vol. I, pág. 145.

⁽³⁵⁾ THOMASIIUS: *Annotationes ad Ulrium Huberum de Jure Civitatis*, 1. II, Ap. TWISS, *Peace*, § 121.

⁽³⁶⁾ BONFILS: *Op. cit.*, pág. 309, n.º 551.

⁽³⁷⁾ *Ibid.*

"Il faut que l'État occupant... ait la volonté d'en être maître, c'est-à-dire le souverain... Mais cette volonté se manifestara surtout et nécessairement par l'établissement d'une administration publique, d'un gouvernement: *c'est là ce qui montre véritablement l'intention de souveraineté*". ALPH. RIVIER: *Op. cit.*, pág. 192. No mesmo sentido: SALOMON, *op. cit.*, pág. 313, n.º 128. PIÉDELIEVRE: *Op. cit.*: "Attacher uniquement à la prise de possession réelle, c'est-à-dire à celle qui est accompagnée ou

306. — Reunidas tais condições, nenhum título se vantagem em respeitabilidade e força ao da ocupação. Nenhum, talvez, com êle emparelha. “A ocupação”, opinam os mais eminentes internacionalistas, “a ocupação é o *melhor dos títulos*, quando se pode exercer sem ofensa do direito alheio, e quando em realidade se exerce com a mira no direito de possuir a coisa, excluído outro qualquer dono, e mediante atos exteriores capazes de estabelecer o fato da posse. Dela têm usado à larga, nas regiões da Índia e América ainda inexploradas, os povos que fundaram na autoridade do descobrimento daquelas paragens o direito de as possuir com exclusão de todos os mais Estados.” ⁽³⁸⁾

307. — Aplicadas à hipótese estas normas, assume o direito do Rio Grande na questão uma nitidez irresistível.

Desde os primeiros passos da sua fundação em 1610 até 1700, oscilante e quase nula foi a existência do Ceará. Vimo-lo, ainda em 1642, reduzido em território a dez milhas de circuito, em habitantes a um pugilo de homens num fortim de pedras soltas. Anexado primitivamente ao Maranhão, a êle reanexado após a expulsão dos holandeses, desanexado em 1680, para se incorporar a Pernambuco, continuou na dependência dêste governo, a que devia a sua guarnição, e para onde recorria em quase tôdas as suas dificuldades. Ainda em 1699 tão exígua era a importância dessa capitania, que por ato daquele ano todo o seu território foi constituído numa só vila e num só termo. Entretanto, já nos fins do século XVI e começo do século XVII, era o capitão-mor do Rio Grande, Jerônimo de Albuquerque, quem submetia os selvagens em território cearense, e essa capitania, que, em 1612, já orlava o Açu, transpôs mais tarde o Apodi, adiantando-se até às vertentes do Jaguaribe.

A ocupação, a princípio mal delimitada, fixou, com o tempo, raias precisas entre as duas capitanias. A cordilheira, que as separava até às proximidades da costa, descrevia entre uma e outra a estremadura natural. A uma e outra parte dêsse baluarte nativo se dilataram gradual-

suivie d'un commencement d'organisation administrative et d'exploitation commerciale ou industrielle...

⁽³⁸⁾ FIORE: *Nouv. Dr. Internat. Publ.* (1885), vol. II, pág. 133, n.º 841.

mente as duas circunscrições coloniais, ocupando o Ceará as vertentes do Jaguaribe, o Rio Grande as do Apodi. Nenhum ato da coroa portuguesa lhes determinou fronteiras: nem a carta régia de 9 de janeiro de 1603, que deu ao Rio Grande o seu primeiro governador, nem a de 28 de julho de 1669, que proveu a Francisco de Almeida Vena na administração das aldeias de indígenas estabelecidas nessa capitania, nem a de 20 de outubro de 1671, expedida no intuito de lhe "acudir com o necessário para a sua guarnição e defesa", nem a de 19 de janeiro de 1702, subordinando-a ao governo geral, sem lhe quebrar os vínculos com o de Pernambuco, ⁽³⁹⁾ nem a de 27 de dezembro de 1793, longamente analisada por nós, assinando limites entre o Aracati e o Aquiraz. É que se supunha traçada pela ação profunda e tenaz da posse a linha confinal entre as duas capitanias.

Não se enganava o governo de Lisboa. A posse entre as duas circunscrições contérminas do novo império colonial discriminara do modo mais visível os dois territórios adjacentes. A ocupação da ribeira do Apodi na sua totalidade pelo Rio Grande apresentava todos os sinais da sujeição do solo a uma jurisdição empenhada em afirmar e manter a unidade exclusiva do seu império. Desde os dias mais remotos até os de hoje, não cessou ela de abranger na sua alçada ambas as margens daquele rio até à barra, cuja riba esquerda reclama presentemente o Ceará. O estudo que fizemos quanto à colonização, quanto ao registo da propriedade territorial, quanto à exploração das salinas, quanto às relações forenses, quanto à administração e ao governo em todos os seus aspectos, desde a justiça até às concessões públicas, a navegação dos rios, a cobrança dos tributos, o ensino popular, a formação do eleitorado, a eleição das assembleias legislativas e dos chefes de Estado, exuberantemente mostrou, com documentos copiosos, autênticos e concludentes, a extensão imemorial e contínua da posse rio-grandense até aos confins da zona litigiosa.

308. — Todos os títulos se enfeixavam nessa afirmação da posse, *onimoda e secular*. Ora, manifestada assim,

⁽³⁹⁾ ANTÔNIO DE SOUSA: *Quest. de lim. com o est. do Ceará*, págs. 8-9.

a posse longa e ininterrupta "adquire, pela sanção dos anos, força idêntica à de um contrato solene ou de um direito internacional positivo" ⁽⁴⁰⁾ O estado resultante da posse constituída com essa plenitude embebe todo o vigor da propriedade, excluindo pretensões ou reclamações ulteriores. ⁽⁴¹⁾ Tarde vinham, pois, em 1801 e 1811, ante os dois séculos de ação possessória já então contados pelo Rio Grande na barra do Apodi, as reivindicações cearenses, àquele tempo suscitadas, sem fato anteriores que as arri-masse, pela reação do Aracati contra a estreiteza territorial, em que o comprimia a amplitude excessiva da área do Aquiraz.

A sem-justiça da novidade era, de mais a mais, tamanha, que, para lhe dar curso, foi necessário ludibriar a autoridade soberana da coroa, tentando pôr em execução um ato régio por ela suspenso, e substituir tôdas as garantias da fixação judiciária nas questões de limites por dois simples editais da municipalidade interessada, magistrado, no caso, e parte, litigante, a um tempo, e julgadora. Nenhuma influência, porém, teve êsse fato sobre a situação possessória no lugar, onde a câmara prejudicada, exercendo a defesa legal da sua jurisdição, nos termos do direito em vigor, ⁽⁴²⁾ repeliu o atentado com o desfôrço imediato, em 1801 e em 1811, sem que a autora da usurpação a reiterasse.

Tais atos, pois, sem a menor exterioridade, ao menos, de formas regulares, do mesmo modo que outros, igualmente anômalos e violentos, além de mais novos, como a lei provincial de 1872 e a lei estadual de 1901, com as quais, a pretexto de criar distritos e municípios, tentou o A. absorver o território de Grossos e suas adjacências na margem do Mossoró, não cabem sequer na categoria de "perturbações transitórias" da ocupação. ⁽⁴³⁾ São puras

⁽⁴⁰⁾ CALVO: *Le dr. internat. théor. et pratiq.*, 4.^a ed., 1887, vol. I, § 283, pág. 413.

⁽⁴¹⁾ The constant and approved practice of nations shows, that by whatever name it be called, the uninterrupted possession of territory or other property for a certain length of time by one State *excludes the claim of every other*". WHEATON: *Elem. of Internat. Law*, parte II, c. 4, § 5.

⁽⁴²⁾ Ord. l. IV, t. 58, § 2. — LAFAYETTE: *Dir. des cours.*, § 23.

⁽⁴³⁾ "Des troubles passagers ne sauraient mettre en question les droits de l'occupant." CALVO, *loc. cit.*

tentativas no papel, cuja abstração nunca desceu à realidade, nem deixou o mais ligeiro vestígio na superfície das coisas.

A posse materializada sob a sua expressão mais decidida na ocupação industrial, administrativa e política do solo é indiferente ao sópro desses atentados meramente verbais.

309. — O conselheiro LAFAYETTE, na sua última obra, digna das anteriores, estabelece, inspirando-se em GRÓCIO, uma regra de alta sabedoria neste assunto, quando aconselha, nos casos incertos, a solução *pelas divisas naturais* contra as artificiais:

Quando há dúvida sobre a divisa em região *arcifinia*, ⁽⁴⁴⁾ presume-se que a linha corre pelos limites naturais, como montes e rios. ⁽⁴⁵⁾

Aliás já bem antes dêle um dos mais notáveis internacionalistas da nossa época assentara a mesma preferência em favor dos limites naturais. Aludimos a FIORE, que, há mais de um quarto de século, escreveu: "On ne peut pas établir à ce sujet des règles certaines, mais il faut s'en tenir aux raisons de décider, qui sont fournies par les conditions géographiques et par les limites naturelles." ⁽⁴⁶⁾

Este princípio teria o direito de invocar o Rio Grande do Norte, quando fôssem duvidosos, na espécie, os fundamentos do seu apêlo às fronteiras naturais. Tôda a questão está posta, nestes autos, entre uma divisa traçada pela natureza no solo e outra debuxada na imaginação pelo interesse do A.

E vejamos.

De tôdas as fronteiras naturais, as que mais clara e enêrgicamente se impõem, são as do mar e as das montanhas. Desde GRÓCIO era corrente que, na dúvida, se deviam reputar separações naturais entre os Estados as di-

⁽⁴⁴⁾ O latinismo, digno de adoção, indica as regiões limitadas por defesas naturais, como os rios e, especialmente, os montes. GRÓCIO: *De Jure Bell.*, II, 3, § 16.

⁽⁴⁵⁾ *Princ. de dir. internac.*, vol. I, § 86, pág. 138.

⁽⁴⁶⁾ FIORE: *Nouv. dr. intern. publ.*, vol. II, pág. 149.

ficuldades entre êles abertas ou erguidas pelos acidentes da superfície terrestre. Já os rios, pelo embaraço da sua passagem, se haviam como extremas naturais. "*In dubio autem imperia quæ ad flumina pertingunt, arcifinia putanda, quia imperiis distinguendis nihil est aptius quam id quod non facile transitur.*" ⁽⁴⁷⁾ Mas, se tal presunção se concede aos rios, com razão muito maior cabe às montanhas, essas, sim, verdadeiros baluartes naturais. É o que, na teoria e na prática internacional, mais de uma vez se tem notado. Negando aos rios, atenta a sua instabilidade e a facilidade com que se transformam em vias de comunicação, o valor real de fronteiras naturais, uma das maiores autoridades na matéria ensina, pelo contrário, a respeito dos montes e serras: "Aplicada a cadeias de montanhas, essa acepção se associa a uma idéia exata, à idéia de defesa." ⁽⁴⁸⁾ A onda humana, que transpõe com facilidade as maiores caudais, não raro estaca ante o obstáculo poderoso das cordilheiras.

Dêsse fenômeno, tão repetido nas migrações da nossa espécie, nos é testemunha a história dos limites entre o Ceará e o Rio Grande. Dois séculos tinham de existência, em 1802, as duas capitanias, quando Bernardo Manuel de Vasconcelos, um dos governadores do Ceará mais notavelmente assinalados pela atitude abusiva da sua parcialidade contra o Rio Grande, escrevendo ao capitão-general de Pernambuco, alegava que "*a linha divisória entre as duas capitanias sempre fôra estabelecida pelas vertentes das águas*". ⁽⁴⁹⁾ Os cearenses não contrariam êste depoimento. Tão solene é a divisa orográfica entre os dois Estados, que não ousam negá-la. O em que insistem, é em abandoná-la no ponto, onde a grande cordilheira se estrangula, e varar para vir buscar o resto da fronteira, na margem de um rio, à barra do Mossoró.

Ora, para chegar ao heterogêneo dêste resultado, em que se associam um trôço de serra e um trecho do rio, distantes e aproximadamente paralelos no seu rumo, era mister um traço de união, que só o desenho geométrico lhes poderia fornecer idealmente. Tal foi, em 1814, a in-

⁽⁴⁷⁾ GRÓCIO: *De Jure Bell.*, II, 3, § n. 2.

⁽⁴⁸⁾ ALPH. RIVIER: *Op. cit.*, n.º 37, pág. 166.

⁽⁴⁹⁾ CÂNDIDO MENDES: *Atlas do Império*, pág. 12.

venção da carta PAULET, apoiada na lenda, três lustros mais ou menos anterior, do *Pau Fincado*. Dêsse ponto à serra d'Anta de Dentro correram ficticiamente uma obliqua. Tinham obtido assim um ziguezague mediante a serra, a linha e o rio, composto heteróclito, do mais caprichoso ecletismo, que ficaria sendo a divisória entre os dois Estados confinantes.

Essa divisória é a que o A. pleiteia, e a que o Supremo Tribunal Federal teria decretado, se lhe atendesse.

310. — Poder-se-ia colorir absurdo tal? As fronteiras naturais, quando não as contrariam os fatos visíveis da posse, razão é que se presumam. ⁽⁵⁰⁾ São certezas materiais, a que assiste a vantagem de preexistirem, imponem e sobreviverem à vontade humana. Justo é, portanto, conjecturá-las sancionadas por esta, quando ela não as contradisser manifestamente.

Mas as fronteiras artificiais? e, especialmente, dentre as fronteiras artificiais, as fronteiras *matemáticas*, já que outra coisa não temos na linha PAULET?

Entre os Estados, a que se não interpõe rio, ou relêvo de solo, as fronteiras hão de ser necessariamente de adoção. Quando a região é orlada de caudais, ou de serras, o povoamento se deixará guiar espontaneamente por estas ou aquelas, e o juiz, em tais casos, não haverá mister, nas pendências relativas à ocupação, de outro fio condutor. A orografia e a hidrografia, senão ambas, lho fornecerão. ⁽⁵¹⁾ Mas, se a topografia do solo não oferece êsses grandes meios de perpétua discriminação, a conveniência da estabilidade e da paz na divisão da soberania territorial entre os Estados terá de recorrer aos monumentos da mão do homem, ou às linhas intelectuais. Estas, figuradas por linhas imaginárias entre pontos convencionais, ou tiradas astronômicamente segundo os paralelos e meridianos da esfera terrestre, são as fronteiras *matemáticas*. Aquelas, assinaladas por artifícios mais ou menos singelos ou solenes, são as fronteiras *artificiais*.

⁽⁵⁰⁾ BONFILS: *Op. cit.*, pág. 268, n.º 489.

⁽⁵¹⁾ SALOMON: *Op. cit.*, pág. 322. — BONFILS: *Op. cit.*, pág. 309, n.º 553.

Ambas essas espécies de fronteiras são convencionais; mas cada uma tem a sua aplicação. Nas artificiais as balizas adotadas se destinam a precisar no terreno até onde chegou, de um e outro lado, a posse ou por onde a convenção a delimita. Ora a ocupação tinha, de uma e outra parte, discriminado respectivamente o seu território; mas era mister exprimir por símbolos materiais a divisória criada e respeitada pelo uso. Ora estipulações formais apuraram uma divisa até então contestada ou contestável; e o traço orientado pelas obras d'arte vem fixar no solo a raia assente nos tratados. As fronteiras artificiais, pois, resultam sempre, "já de uma posse antiga e incontestada, já de convenções anexas aos tratados de cessão territorial, já de tratados especiais". ⁽⁵²⁾

Na hipótese não houve, bem se sabe, tratado ou convênio de espécie alguma. A divisa artificial, pois, no caso, não seria admissível, senão para circunscrever o território de uma ocupação antiga e certa. Como, porém, se pretende traçar por limite a essa ocupação a oblíqua PAULET, restava ao Ceará exibir os documentos de que a posse entre as duas capitanias observara a separação geométrica de uma reta. Assumindo essa expressão, os confins revestem precisamente o caráter de fronteira matemática. Ora o processo das fronteiras matemáticas não se emprega, senão "quando se cogita em demarcar *territórios inexplorados*". ⁽⁵³⁾ E por quê? Porque a posse, entregue ao seu espontâneo desenvolvimento, em regiões onde a orografia ou a hidrografia do solo a não embaracem, não guarda, não pode guardar a inflexibilidade abstrata das retas: antes se vai espraiando a capricho, em linhas indefinidamente irregulares, como a água de uma cheia pela uniforme superfície da esplanada. De modo que só em territórios virgens, onde o arbitrio humano possa traçar à vontade as suas convenções, é que as fronteiras matemáticas encontrarão exequibilidade. ⁽⁵⁴⁾

⁽⁵²⁾ BONFILS: *Op. cit.*, 268, n.º 489.

⁽⁵³⁾ *Ibid.*

⁽⁵⁴⁾ Onde vinha já dizer o nosso antigo JOÃO DE BARROS das regiões não arcifinias: "Não tem outras demarcações senão a posse de cada um; por isso não lhas podemos dar com verdade, pois a cobiça dos homens não tem certos limites, ainda que tenham leis divinas e humanas té onde se estende o que podem ter". *Da Ásia*, Dec. III, 2, 1, pág. 118. (Ed. de 1777).

Seria um caso, não só inaudito na história do povoamento da terra, mas ainda moralmente prodigioso, atentas as leis naturais nesse gênero de fenômenos humanos, que a colonização do Ceará e a colonização do Rio Grande do Norte, caminhando uma para a outra pelo interior dos sertões, não se ativessem à divisão natural, traçada, entre a ribeira do Jaguaribe e a ribeira do Apodi, pela grande cordilheira e continuada, na interrupção accidental desta, até os seus últimos contrafortes geográficos no morro marítimo do Tibau pelo vale da Mata Fresca e o antigo Mossoró, que o banha, para ir deter-se *retilineamente*, uma e outra, ante a barreira ideal de um traço geométrico, em que ninguém falara, que ninguém alvitrou jamais, e de que não se encontra o menor rastro na crônica, ou no solo. Caso, dizemos nós, sobre inaudito, portentoso; visto como vai de encontro à natureza das coisas que, não se contendo em presença dos rios e montanhas, êsses dois povoamentos adjacentes e contrapostos obedecessem, com a fidelidade absoluta de dois elementos geométricos dominados pela régua do agrimensor, a uma linha abstrata, que nenhuma lei lhes impusera, e nenhuma balizagem lhes antolhava.

Ao Ceará, portanto, incumbia autenticar as circunstâncias dessa miraculosa singularidade. Não bastava exhibir o edital aracatiense de 1811, que adotou a êste proveito o *Pau Fincado*, nem a carta PAULET, que descobriu, três anos depois, a fronteira matemática do *Pau Fincado* à serra d'Anta de Dentro. O único documento desta invenção cartográfica era aquela invenção municipal. Ora ambas, sobre serem cearenses uma e outra, eram uma e outra particularmente interessadas: a primeira, porque um ato *ad hoc* da câmara do Aracati não podia converter em direito um apetite do Aracati; a segunda, porque a topografia de PAULET não se lava da parcialidade, que a inquina, como obra onde se reúnem a suspeição do Ceará na pessoa do governador Sampaio, a que aquêlê engenheiro obedecera como ajudante de ordens, e a suspeição do Aracati na pessoa de Félix Antônio de Sousa Machado, a que êsse profissional servira na incumbência de lhe solenizar, com uma demarcação e uma planta, a sesmaria ilegalmente obtida ao governo da Fortaleza em terras do Rio Grande. Quando numa delimitação traçada em quase tôda a longitude da raia por uma vasta serrania, um topógrafo derro-

gatòriamente introduz uma linha ideal, os deveres do officio lhe impõem estritamente o ônus de a justificar.

Ele não o fêz. Ao Ceará, pois, que a perfilha, cumpria fazê-lo, mostrando com os corógrafos, os cartógrafos, ou os historiógrafos, com os livros, os fatos, ou os documentos, como e quando se operara, nos confins entre os dois Estados, a maravilha de se substituírem, sem acôrdo algum, as divisas naturais por uma divisa intelectual, a maravilha de atuar entre duas províncias, como se fôra uma trincheira de montanhas, um traço abstrato, a maravilha de se represarem, mediante a interposição de uma reta invisível, duas populações justapostas, contrárias, interessadas em trasbordar.

Como se teria fixado essa reta? Que influências, sucessos ou atos a determinaram? Em que época se originou? De que modo, quando e porque se começou a fronteira a desviar da linha natural, para se adscrever à oblíqua imaginária? Que razões ou situações teriam levado os rio-grandenses a conformarem na partilha natural entre as duas ribeiras, com essa mutilação da do Apodi? Que motivos conciliaram a gente de ambas as capitânicas nessa obediência a uma divisão grosseiramente lesiva do Rio Grande? Que preferências a induziram a assentar como extremos da linha convencional êsses dois pontos arbitrários, na serra d'Anta de Dentro e no Pau Fincado? Por que, em vez de a terminar no sítio do Góis, onde se diz jazer êsse ponto, não acabou em Grossos, cêrca da foz, não veio ter, acima do Góis, no alto do Jurema, em Santo Antônio, ou no Mossoró? Onde a particularidade, que indicou e impôs à linha PAULET êsse termo, dentre tantos outros onde poderia vir findar na margem ocidental do Apodi, mais ao norte, ou mais ao sul, mais para a costa, ou mais para o sertão?

A nenhuma dessas interrogações respondem as provas ou, sequer, as alegações cearenses. De sorte que a oblíqua da Serra d'Anta ao Pau Fincado, objeto dêste pleito, com tôdas as suas inverossimilhanças, anomalias e impossibilidades, teria de prevalecer, embora desafie a história e o senso comum unicamente com o abono do Aracati, centro da invasão, e a garantia de PAULET, instrumento dos invasores.

Verdade é que os atos do Aracati apelam para a carta régia de 1793. Mas a provisão régia de 1793, já o provamos topograficamente com os próprios dados do seu texto, longe de autorizar a oblíqua PAULET da Serra d'Anta ao Pau Fincado, rumo sueste, confirma com precisão matemática a defesa rio-grandense; visto que a linha posta do ocidente ao oriente por êsse ato da coroa, começando na fazenda Pasta, e cortando a Catinga do Góis, não pode terminar senão à costa, no morro do Tibau.

Ora o morro do Tibau, com essa linha, é justamente a divisória, por que pugna o Rio Grande do Norte.

311. — Removida a extravagância da linha PAULET e restituída a carta régia de 1793 ao seu iniludível sentido, o que nos fica, é a posse rio-grandense em tôda a sua plenitude no tempo e no espaço: no tempo, desde as origens da capitania até à organização do Estado; no espaço, desde a barra do Mossoró até o morro do Tibau.

Esta situação possessória, com o domínio que lhe seria inerente em direito civil, ou a jurisdição, que em direito público lhe corresponde, iguala na sua perfeição os mais ilibados e completos exemplos de posse internacional. Poderíamos inscrevê-la no mesmo quadro que se traçava a posse invocada em 1833 pela República Argentina contra a Inglaterra na questão das Malvinas. ⁽⁵⁵⁾ Reúne ela em si, com efeito:

A prioridade do descobrimento;

A prioridade da ocupação;

A posse encetada e mantida;

O reconhecimento, tácito ou expresso, já do próprio Ceará.

312. — O que nos assiste, pois, não é só o *commodum possidentis*, cujo benefício transfere à outra parte o ônus da prova dominical, e assegura ao possuidor a retenção provisória da coisa possuída: "*Commodum possidentis in eo est, quod etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo*

⁽⁵⁵⁾ CALVO: *Op. cit.*, vol. I, § 287, pág. 423.

loco possessio; propter quam causam, cum obscura sint utriusque jura, contra petitem judicare solet." (56)

Aqui, ainda no rigor do *jus civile*, se teria de sentenciar *contra petitem*; porque não há título possível de propriedade contra o possessor, cuja ocupação da *res nullius* se consolidou em perfeito domínio pela apropriação diuturna e imemorial da coisa ocupada. (57) Entre os romanos a *possessio ad usucapionem* conduzia à propriedade em dez e vinte anos, na usucapião ordinária, ou, na extraordinária, em quarenta. No direito moderno trinta anos de posse, embora sem justo título, determinam a aquisição da propriedade. (58) Havendo justo título, bastam vinte. (59) E até os bens eclesiásticos, os municipais, os de domínio nacional, quando alienáveis, prescrevem aquisitivamente em quarenta anos. (60)

Ora a posse do Rio Grande na zona contestada, principiando a se definir no segundo quartel do século XVII, vem ilesta até o comêço do atual.

313. — Em 1623, quando entrava a "tomar a primeira formalidade", (61) estava o Ceará subordinado ao Rio Grande. Já em 1630, dez anos antes que os holandeses as conhecessem, as salinas da zona ora em litígio, exploradas pelo capitão-mor do Rio Grande, abasteciam de sal essa capitania. (62) De 1763 a 1811 os capitães-mores do Rio Grande concediam sesmarias em terrenos da serra do Mossoró até entestarem com o distrito cearense do Jaguaribe. (Docs. n.ºs 11-13.) De 1736 a 1828 as arrematações da cobrança dos dízimos e as dos contratos dos gados do evento, concernentes umas e outras à ribeira do Apodi, se efetuavam em Natal. (Docs. n.ºs 17-21.) Em 1754, atendendo à população das ribeiras do Açu e Apodi, a coroa

(56) JUSTIN.: *Inst.*, IV, 15, § 4.º.

(57) ARNDTS: *Pandekt.*, §§ 136, 158, 161, 164.

(58) C. DA ROCHA: *Dir. civ.*, §§ 460, 463. — LAFAYETTE: *Dir. das cousas*, § 70.

(59) C. DA ROCHA: *Ib.*, § 462. — LAFAYETTE: *Op. cit.*, § 67.

(60) C. DA ROCHA: *Op. cit.*, § 464. — LAFAYETTE: *Op. cit.*, § 70, n. 4. C. TELES: *Dig. Port.*, I, n.º 1.342. — T. DE FREITAS: *Consol.*, n. 7 ao art. 1.325, n. 14 ao art. 1.332.

(61) *Rev. do Inst. do Ceará*, pág. 143.

(62) *Revista do Instituto Arqueológico e Geográfico Pernambucano*, n.º 55, pág. 227.

as reunia sob o fôro de um só juiz ordinário então instituído. (Docs. n.ºs 22-3.) De 1742 a 1751 o juiz da vintena, o escrivão dessa especialidade e os oficiais de cavalaria no Apodi eram nomeados pela câmara do Natal e pelo governo do Rio Grande. (Docs. n.ºs 24-6.) Em 1761 a povoação rio-grandense de Pôrto Alegre, separando-se da freguesia do Apodi, se erigia em vila, fixando-se-lhe um termo, que comarcava no Ceará, com as várzeas do Jaguaribe, a paróquia de Russas e a vila de Pereiro. (Doc. n.º 28.) Desmembrando-se em 1766 da freguesia de Pau dos Ferros a paróquia rio-grandense do Apodi, incluiu-se-lhe nos limites a ribeira do Mossoró até à Barra. (Doc. n.º 29.) A criação da paróquia cearense do Aracati, em 1780, a circunscrevia num território limitado à barra do Jaguaribe, o riacho das Russas, o Palhano, a Mata Fresca e Cajuais: tudo paragens além da serra e seu prolongamento até o Tibau. ⁽⁶³⁾ A nomeação do comandante das costas, em 1782, por Montauri ⁽⁶⁴⁾ e a missiva deste capitão-mor do Ceará, em 12 de abril de 1783, a João Gomes de Araújo colocavam então na ponta do Mossoró, que não poderia ser senão a do Tibau, ou a de Trabembé, o termo do litoral cearense. ⁽⁶⁵⁾ Os alvarás de 10 de outubro de 1755 e 7 de dezembro de 1768, consagrados ao regímen das salinas, desconheciam inteiramente a existência dessa produção em terras do Ceará. O ato da câmara do Natal, em 4 de março de 1786, bem assim a correspondência do capitão-general de Pernambuco, em 23 de maio de 1788 e 11 de maio de 1789, demonstram que a indústria do fabrico e o comércio de exportação do charque nas Oficinas e nos portos do Açu e do Mossoró estavam exclusivamente sob a administração rio-grandense. (Docs. n.ºs 41-43.) Desde 1802 até 1900 as salinas, em tôda a ribeira do Mossoró, sua fiscalização, a cobrança dos seus impostos, a nomeação dos seus exatores, o aforamento das suas marinhas, o registo dos seus estabelecimentos, tudo obedeceu, continua e unicamente, à administração municipal, provincial e estadual do Rio Grande. (Docs. n.ºs 70-106.) Em suma, por não volvermos desta breve síntese à análise já por nós exaurida, a população da margem ocidental do baixo

(63) STUART: *Notas*, pág. 262.

(64) *Rev. do Inst. do Cear.*, pág. 156.

(65) T. DE LIRA: *Inéd.*, c. V.

Apodi, hoje denominada *Barra do Mossoró*, nos três regimens sucessivos, do absoluto ao republicano, sempre teve no Rio Grande o seu fôro, a sua capital, a sua administração, as suas dependências religiosas, a sua legislatura, o exercício do seu voto. Da Serra d'Anta ao Tibau, do Tibau a Grossos, de Grossos ao Góis, do Góis a Mossoró, toda a gente daquele território sempre teve o seu culto nas paróquias do Rio Grande, os seus vereadores nos municípios do Rio Grande, os seus tribunais na justiça do Rio Grande, as suas terras nos registos do Rio Grande, os seus representantes na representação do Rio Grande, obedecendo ao Rio Grande na sua polícia, na sua magistratura, na sua igreja, no seu fisco, na sua administração, nas suas leis.

Todos os aspectos da posse reúne em si o império daquela jurisdição; e aquela jurisdição caminha para três séculos de antiguidade, desde que o capitão-mor do Rio Grande André Pereira Temudo, em 1630, se provê de sal nos salgados do Apodi, até que a Fazenda Nacional, em 1900, confia a cobrança do impôsto do sal, na Barra do Mossoró, ao governo rio-grandense, e a gente da Barra do Mossoró, Areias Alvas, Grossos, Tibau, em 1902, como nos comícios anteriores, concorre com o povo rio-grandense na eleição dos seus mandatários federais.

314. — Temos concluído a nossa demonstração. Insistir mais nela, perante o Supremo Tribunal Federal, seria duvidar-lhe da inteireza e da lucidez. Confiados sinceramente numa e noutra, acreditamos que a sua sentença indeferirá o pedido cearense, mantendo entre o Ceará e o Rio Grande a raia necessária, do termo da cordilheira até o morro do Tibau, pelo rumo que êsses dois pontos estabelecem, de acôrdo com a antiga divisa, a divisa natural, a divisa tradicional, a divisa oficial até hoje subsistente entre os dois Estados.

Esse direito imemorial, constante, manifesto, exercido e reconhecido sempre, não no-lo desconhecerá o grande tribunal criado pela constituição como a extrema segurança da paz e da legalidade entre os Estados. Dêle espera o Rio Grande do Norte a vitória de sua

JUSTIÇA.

Rio, abril de 1904.

RUI BARBOSA.

ÍNDICE

Advertência	VII
I. OS ATOS INCONSTITUCIONAIS DO CONGRESSO E DO EXECUTIVO	1
Nota do Organizador	3
1. — Petição Inicial	5
Réplica	13
Adendo	15
2. — Petição Inicial	17
3. — Razões Finais	25
Limitação Constitucional dos Poderes	31
Inconstitucionalidade importa Nulidade	46
As Nulidades e a Justiça Federal	50
I — Atos do Poder Legislativo	50
II — Atos do Poder Executivo	73
III — Condições da Anulação Judicial	79
IV — A Exceção dos Casos Políticos	96
As Demissões e as Reformas	108
I — Demissões de Empregados Vitalícios	108
II — Reformas de Militares	112
<i>Na Armada Nacional</i>	112
<i>No Exército</i>	113
§ 1.º Reformas de 7 de abril	114
§ 2.º Reformas de 12 de abril	115
§ 3.º Conclusões comuns aos dois casos ..	117
As Escusas da Inconstitucionalidade	118
I — A moção e o Decreto de 7 de abril	119
II — O Estado de Sítio	129
A Anistia	144
A Reparação Civil	148
Concluindo	156
<i>Solemnia Verba</i>	159
Sentença (Caso Almeida Barreto)	171
Supremo Tribunal Federal — Apelação Cível n.º 112 — Acórdão	175
Sentença (Caso Taumaturgo de Azevedo)	179
Acórdão	181

II. A CULPA CIVIL DAS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS. Questão do Mercado da Glória. Ação de Perdas e Danos. Antônio Martins Marinhos, Autor <i>versus</i> A Fazenda Municipal, Ré	183
Nota do Organizador	183
1. — Petição Inicial	187
2. — Réplica	193
3. — Razões Finais	195
I — Falta de Título	195
II — A Culpa do Autor	198
§ 1.º — Infração do Contrato	198
§ 2.º — Infração da Higiene	201
§ 3.º — Responsabilidade do Município	208
III — Culpa Contratual	243
III. NOVUM JUS. Restituição de Vencimentos por Executivo Fiscal. Exequente: A Fazenda Nacional; Executado : Almt. Dr. J. Pereira Guimarães	247
Nota do Organizador	247
Advertência do Autor	249
1. — Embargos	251
2. — Razões Finais do Executado	259
Apenso — Razões Finais da Fazenda Exequente	271
Sentença	275
Razões de Apelação pela Fazenda	277
3. — Razões de Apelação pelo Executado	279
Apelação Cível N.º 343 — Acórdão	289
IV. LEIS RETROATIVAS E INTERPRETATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO. Ação Ordinária. Júlia Gonçalves Klinke e outros, AA. <i>versus</i> Fazenda Municipal, Ré	291
Nota do Organizador	291
Advertência do Autor	293
1. — Petição Inicial	295
2. — Razões Finais	301
3. — Incidente da Assistência	309
4. — Razões de Apelação	323
a) Pelos AA. como Apelados	323
b) Pelos Autores como Apelantes	334
V. O UTI POSSIDETIS	337
Nota do Organizador	337

ACABOU
DE IMPRIMIR-SE EM JUNHO DE 1962
NAS OFICINAS DA
GRÁFICA OLÍMPICA EDITORA
RIO DE JANEIRO
BRASIL

