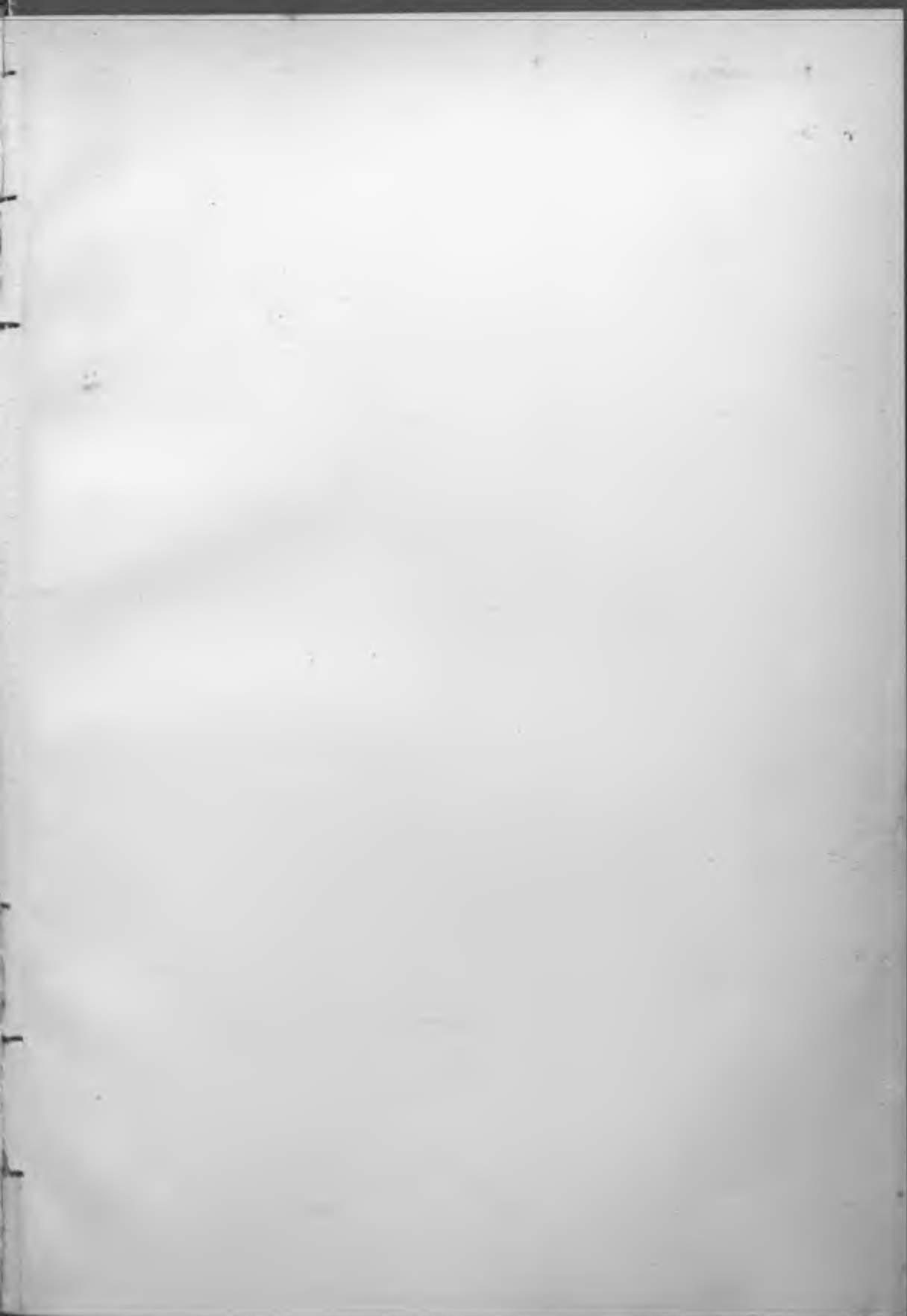






*Foram tirados três mil exemplares em papel vergé, do presente volume das **Obras Completas de Rui Barbosa**, mandadas publicar, sob os auspícios do Govêrno Federal, pelo Ministro Gustavo Capanema dentro do plano aprovado pelo decreto-lei n.º 3.668, de 30 de setembro de 1941, baixado pelo Presidente Getúlio Vargas, e de acôrdo com o decreto n.º 182, de 27 de maio de 1946, promulgado pelo Presidente Eurico Gaspar Dutra e referendado pelo Ministro Ernesto de Sousa Campos.*





Senador Almirante Eduardo Wandenkolk

cuja defesa foi feita em 1873 pelo coronel do Rio de Janeiro
Retrato extraído do livro *Calvin Hebraeus da Wandenkolk Brasileiro*,
por Hiram A. de Souza (Rio, 1991).

OBRAS COMPLETAS
DE
RUI BARBOSA

VOL. XX. 1893
TOMO V

TRABALHOS JURÍDICOS



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA
RIO DE JANEIRO — 1958

TOMBO 003942



320.981
B238

CATALOGO 003953

PREFÁCIO E ORGANIZAÇÃO

DE

ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA

Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal



PREFACIO

O presente tomo V do volume XX das *Obras Completas* de Rui Barbosa compreende produções jurídicas do autor publicadas em 1892 e 1893 e que se podem dispor em dois grupos. O primeiro grupo abrange os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo, razões finais em causas civis dos lentes demitidos e oficiais reformados em 1892, e os diversos habeas-corpus requeridos ao Supremo Tribunal em favor dos presos do paquete Júpiter, aprisionado pelo Governo Floriano Peixoto com revoltosos a bordo.

Os demais trabalhos, do segundo grupo, são pareceres sobre casos de direito constitucional e direito privado.

Desnecessário é dizer que a parte mais importante do volume é constituída dos trabalhos do primeiro grupo, expressão da luta do advogado contra a chamada ditadura de Floriano Peixoto.

Serenadas as paixões, assim apreciou Rui aquêl período da história republicana, em seu discurso no Senado Federal, sessão de 16 de novembro de 1904:

A revolta de 1893, pois, não criou um precedente, uma tradição, um título para as revoltas ulteriores. Firmou, ao contrário, na história um padrão indestrutível de aviso e repulsa contra essas terríveis aventuras. Ela tinha uma defesa, que não cabe às outras: era uma reação armada contra as irresponsabilidades de um Governo militar. E um benefício penso eu que nos trouxe: assegurou a transmissão constitucional do poder ao elemento civil. Esse benefício operou-o apesar de vencida. Mas não obstante êle, não obstante os crimes, que nodoaram a vitória, a considerarmos hoje serenamente os prós e os contras, me parece que o malôgro daquele movimento foi uma felicidade.

Esse é, há muito, o meu juízo. Muito há que o manifesto. Não hesito hoje em o enunciar da tribuna.

Primeiro, porque difficilmente se obtém, nas revoluções militares, a moderação no triunfo e a restituição do poder aos órgãos nacionais. Segundo, porque esse triunfo seria o gérmen, a legitimação e o incentivo de outras reações militares.

O que Rui, pois, combateu, no Governo Floriano, foram os que êle entendia excessos da ditadura, violações da Constituição e da lei, cuja pureza êle se julgava responsável em preservar, nos primórdios do regímen que ajudara a instituir.

Rui queria a federação e teria entrado no gabinete Ouro Preto se essa e outras reformas estivesse o Império disposto a conceder às tendências liberais. De Deodoro tem sido dito que vacilou até à última em proclamar a República. Mas, como sói acontecer nos movimentos revolucionários, a extrema levou a melhor, no Brasil Benjamin Constant, em nome de pretendidas leis de evolução político-social.

Promulgada a Constituição da nova república, passou-se, no dia seguinte, à eleição, pelo Congresso, do Presidente e do Vice-Presidente. Já aí vemos, para Presidente, Deodoro obter 129 votos, Prudente de Moraes, seu competidor, 97, Floriano, 3; para Vice-Presidente, Floriano, 157, Wandenkolk, 57, Prudente, 12, Coronel Piragibe, 5, Almeida Barreto, 4 e Custódio José de Melo, 1. No govêrno provisório figuravam, entre outros, Rui (Ministro da Fazenda); Floriano (Ministro da Guerra); Eduardo Wandenkolk (Ministro da Marinha).

Sabemos que a história dos primeiros tempos da República é feita da emulação entre essas figuras do novo regímen, e entre os grupos que se estabeleceram na própria constituinte e no seio do govêrno provisório.

Primeiro surge essa emulação entre Deodoro e Prudente, os dois mais votados competidores para a Presidência.

Medeiros e Albuquerque, entusiasta e dedicado partidário de Floriano, escrevia que, no dia da posse dos eleitos, o Presidente do Congresso nomeou uma comissão para introduzir Deodoro, e que, ao entrar êste, como seus amigos o quisessem receber com aplausos, vários civis fizeram: psit — psit —, dando a entender que o protocolo impunha silêncio na ocasião, de modo que, logo suspensos os aplausos dos

fervorosos amigos de Deodoro, «*quedó una impresión ridícula y penosa*». Ao passo que, ao entrar Floriano, uma imensa aclamação se fez ouvir, colocando Deodoro em posição difícil, com os olhos «*fulminantes de cólera, as mãos crispadas sobre o dorso da cadeira*».(¹)

Silvio Peixoto, porém, declara que «*enquanto Deodoro penetrava no Congresso mal introduzido por uma comissão nomeada à última hora, Prudente de Moraes, num gesto afrontoso, deixando o generalissimo isolado à mesa, abandonava a cadeira presidencial e se constituía em comissão, com seus secretários, para receber o Vice-Presidente, que penetrou no recinto debaixo de calorosas aclamações*».

«*E desde então a ação de Prudente passou a se nortear por uma declarada oposição ao chefe do govêrno, oposição que de tal modo irritava o Generalissimo que êste por mais de uma vez pensou em dissolver o Congresso*».(²)

Conta Medeiros e Albuquerque que Deodoro consultou Floriano sobre o golpe de Estado, ao que êste teria respondido sibilantemente: «*Eu sou carneiro de batalhão*».

Segundo Silvio Peixoto, Floriano já não era amigo de Deodoro, embora respeitasse o companheiro de armas, e não interveio, (como lho pediram dois dirigentes do golpe), para solucionar a crise aberta entre o Presidente e o Congresso «*criada pelo despeito de Prudente de Moraes*» — que desde a posse, «*manifestava pública e ostensivamente animosidade ao seu adversário vitorioso*» — por causa da «*irredutibilidade de Prudente*», segundo carta de Lucena a Cesário Alvim.

Disse Lucena que fez tudo quanto pôde «*para conjurar o emprêgo dessa medida extrema (dissolução do Congresso), pela qual é principal responsável o Sr. Prudente de Moraes, que nada tem de prudente quando o ódio ou o interesse pessoal o inspiram*». Dizia-se que as esquivaças de Floriano

(¹) *La Prensa* — 22 de março de 1891.

(²) SILVIO PEIXOTO, *Floriano*, vol. IV — Rio, 1939, p. 30.

XII

eram devidas a ser êle o verdadeiro chefe da opposição. Negou-se a assumir a presidência do Senado, onde Prudente insistia na aprovação da lei de responsabilidade do Presidente, tendo a opposição o intuito de decretar o impeachment contra Deodoro.

Campos Sales via em tudo um «mal inspirado espirito de intransigência» a manter e precipitar a crise, mediante o recrudesimento da opposição ao Presidente. Foi então quando este, mais militar que politico, decretou a dissolução do Congresso a 3 de novembro de 1891, apoiado pelos governadores dos Estados.

Comandava a esquadra o Contra Almirante Custódio José de Melo, que obtivera um voto para vice-presidente, e intimação foi feita a Deodoro para deixar o poder dentro de quatro horas, a qual foi atendida — nos termos do manifesto do Marechal, de 23 de novembro, em face «das condições em que se achava o país, a ingratidão daqueles por quem mais se havia sacrificado, e o propósito de evitar a guerra civil» — mediante a renúncia de Deodoro nas mãos do Vice-Presidente, seu substituto legal.

Assumindo Floriano o poder, seguiu-se a deposição dos governadores (salvo o do Pará, Lauro Sodré, que não aderira), pois haviam aderido ao golpe de 23 de novembro. Convocou-se extraordinariamente o Congresso.

Logo em janeiro de 1892, ocorreu a revolta da fortaleza de Santa Cruz, dirigida pelo sargento Silvino, depressa sufocada, correndo estarem nela envolvidas pessoas de projeção, como o General José d'Almeida Barreto (que obtivera quatro votos para a Vice-Presidência) e o Contra Almirante Saldanha da Gama, os quais, entretanto, desmentiram de público qualquer participação no movimento, sendo ministro da Marinha Custódio José de Melo, aquêle mesmo que, em 6 de setembro de 1893, haveria de revoltar a esquadra para depor o Marechal Floriano.

Escreveu Campos Sales: «Uma circunstância que merece ser destacada, pois é êsse o elo da cadeia revolucionária, é que, à frente dessa primeira tentativa contra a presidência da República, já eram vistos muitos daqueles que mais tarde foram aparecendo, sucessivamente, como chefes e guias dos movimentos posteriores.⁽³⁾»

A êsse tempo Custódio era o Ministro da Guerra, tendo comemorado, em sessão, a vitória do Govêrno.

A 21 de janeiro de 92 relatava Campos Sales o parecer da Comissão de Justiça do Senado sôbre a situação política do país, acentuando que, segundo o próprio cabeça da revolta e numerosas testemunhas dignas de fé, em reuniões secretas em diversos pontos da capital, «de militares de elevada patente e membros do Congresso, se havia deliberado levar a efeito a deposição do Marechal Floriano Peixoto, ora empossado na Presidência da República, na sua qualidade de vice-presidente», contando os conspiradores com forças da guarnição da Capital, forças de mar e bandos populares, para entregar a Nação à ditadura de Deodoro, que passaria o Govêrno a uma junta governativa. A revolta não era, pois, um fato isolado, mas «a ação inicial de uma revolução», que, portanto, se manifestava cêrca de um mês apenas após a deposição, em 23 de novembro de 1891, do Marechal Deodoro.

«Foi em presença destas graves circunstâncias que os amigos do Govêrno tiveram por acertado promover quanto antes o encerramento do Congresso por um voto que revestisse aquêle mesmo govêrno de todo o prestígio moral, a fim de que pudesse agir sôzinho, sem os embaraços parlamentares e na plenitude de suas prerrogativas, tanto em bem da manutenção da ordem, como da repressão dos elementos perturbadores», de qualquer posição social, com ou sem imunidades.

Assim, Campos Sales no Senado, Serzedelo Correia na Câmara, apresentaram uma indicação em que, encerrando sua

(3) CAMPOS SALES, *Da Propaganda à Presidência*, p. 102.

XIV

sessão extraordinária, o Parlamento declarava «esperar do Governo o emprego de todos os meios, mesmo os mais enérgicos, que as circunstâncias aconselham, a fim de manter a ordem, punir severamente os que tentarem ou vierem a tentar perturbar a paz e a tranqüilidade públicas, restabeecer o regimen verdadeiramente federativo, conspurcado pelo ato de 3 de novembro e consolidar a República» (21 de janeiro de 1892).

Em virtude dessa moção, ou em virtude do estado de sítio, pôs Floriano em prática diversas medidas, que deram ensejo à luta jornalística, parlamentar e judiciária, empreendida pelo jornalista, tribuno e advogado, da qual, em grande parte, o presente volume das OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA constitui a expressão.

Já a êsse tempo, o Congresso, cuja maioria se achava com Floriano, tinha proferido o parecer que, no Senado, tomara o nº 15/1892, em que declarava caber a Floriano, como Vice-Presidente, preencher a vaga de presidente, aberta com a renúncia de Deodoro, substituindo-o até ao fim do quadriênio. — 15 de novembro de 1894.

Em editorial no Jornal do Brasil de 17 de julho de 1893, sob a epígrafe Inventário da Legalidade contestou Rui essa doutrina do Congresso, escrevendo:

Determina a Constituição (art. 42) que, vagando a presidência da República nos primeiros dois anos do período presidencial, se proceda a nova eleição. A vacância aberta pela revolução de 23 de novembro ocorreu, entretanto, no primeiro ano do quadriênio, e o Congresso achou meios de astuciar sofismas, para evitar a eleição, presentando o vice-presidente com os três anos e três meses da sucessão de Deodoro.

Ligados por mercês desta valia como não há de estar o Marechal com o Congresso? como não há de estar o Congresso com o Marechal?

Ainda em carta a Pardal Mallet sustentava, mais de espaço, a mesma tese, acentuando que, no estrangeiro, vozes imparciais como a do Evening Post a consideravam líquida e evidente e que o mesmo se podia ler na Nation e no New Weekly Post.

À increpação de que se levantava uma dificuldade perigosa em momento difícil objetava Rui que pugnava «não apenas pela execução da lei, em que não temos o direito de dispensar», mas, ainda, «pela lei que essas mesmas influências [dos amigos de Floriano] fizeram contra o seu parecer, como emenda ao que o Governo Provisório fizera».

E lembrava que o Governo Provisório tinha sido de opinião que se devia adotar a regra americana, segundo a qual, vagando a qualquer tempo a presidência, o vice-presidente governaria até ao fim do quadriênio. «Queríamos que o período presidencial demarcasse uma duração inalterável, em cujo decurso o país não pudesse estar ocasionado aos riscos, às comoções inerentes à renovação do escrutínio destinado a preencher a magistratura suprema do Estado», isto conjuntamente com um período presidencial de seis anos e a eleição de dois graus, como nos Estados Unidos.

Mas, como sempre, quis a Constituinte ir além dos modelos, acercando-nos do «ideal democrático» por «aproximações violentas e precoces, na pretensão, cândida como a própria inocência, de desbancar tôdas as democracias existentes», num acesso agudissimo de «superfederalismo e hiperdemocracia».

A diminuição do período para quatro anos já era um meio de afastar Deodoro, cuja eleição se afigurava certa: já a Constituinte não obrava com a razão, mas «fraquezas, apreensões, ressentimentos, alianças ou antagonismos de paixões, de interesses ou de seitas projetavam a sua obscuridade no espírito do Congresso, e arrastavam-lhe em impressões impetuosas as maiorias, formadas por aluvião ou decomposição de grupos, que as afinidades ou antipatias de momento reuniam ou fracionavam».

Com a mutilação no projeto, seriam eleições a mais não poder. «Imagine-se agora o Brasil nessa dobadoira eleitoral e digam-me se ainda sobrarão tempo ao governo e ao povo para se ocuparem de outra coisa. Resultado infalível: conti-

nuidade febril com espasmos graves no organismo político, ou a indiferença popular ao escrutínio representativo». Mas,

defeituosa, ou não, essa é a legalidade existente. Não temos o direito de torcê-la em argumento lisonjeiro à interpretação favoneada pelos interesses da política reinante. Havemos de observar o disposto nos textos assim como nêles se contém.

.....
Com essa eleição teremos que vencer uma crise. Mas essa crise tem na eleição mesma a sua solução natural. Crise incomparavelmente mais temerosa, crise dilatada, crise em permanência, crise indeslindável seria a prorrogação da presidência atual, sustentada contra a lei, por uma interpretação de condescendência; pois essa crise viciaria a autoridade do poder nas suas fontes, legal e moralmente, imprimindo-lhe um cunho de ditadura interessada.

Em verdade, ao Congresso falecia competência para solucionar juridicamente a questão. Cabia ao Judiciário, entendia Rui, resolver o caso criado com a renúncia de Deodoro; a ditadura de um presidente ilegítimo não se constitucionaliza com a sanção do Congresso, cujos atos inconstitucionais estão igualmente sujeitos à autoridade retificadora da justiça federal.

E tinha razão Rui, na preliminar. Não se tratava de uma questão política, mas de problema de aplicação do texto constitucional ao caso concreto: de uma questão de constitucionalidade.

Mas o certo é que o caso não foi submetido ao Supremo Tribunal, e Floriano continuou a ter em seu favor a autoridade do Congresso Nacional que, solenemente, declarava competir-lhe a substituição de Deodoro até o termo do primeiro mandato presidencial. Pode-se até sustentar que o Supremo Tribunal era pela permanência de Floriano; pelo menos, nas alegações de Rui, nas causas que patrocinou, não articula êle a inconstitucionalidade da situação de Floriano. Receio, talvez, de que o Supremo selasse com a sua autoridade a «ditadura» ou, prudentemente, se eximisse, sob fundamento de tratar-se de questão política (que o não era).

Razão lhe cabia, ainda, no mérito. O parecer aprovado pelo Congresso, declarando que a Floriano cabia o poder até 1894, se apoiava em sofismas. Baste assinalar que o

parecer argumentava que, no art. 42 da Constituição que dispunha:

Se no caso de vaga por qualquer causa da presidência ou vice-presidência, não houverem ainda decorrido dois anos do período presidencial, proceder-se-á a nova eleição.

a disjuntiva ou resultava de um êrro de revisão(!), devendo ler-se, em seu lugar, a copulativa e.

A disposição transitória (art. 1º § 2º) dizia:

O presidente e o vice-presidente, eleitos na forma dêste artigo (isto é, pelo Congresso), ocuparão a presidência e a vice-presidência da República durante o primeiro período presidencial.

e, combinada com o art. 42 do texto, impunha a eleição de novo presidente, uma vez que a vaga se verificara na primeira metade do período. Daí não havia fugir, pois a disposição transitória deixara de prever, para regulá-la de outro modo, a hipótese de vagar-se a presidência no primeiro período. Na falta dessa previsão, havia que recorrer à regra geral e permanente do art. 42; e tanto o sentiram os partidários de Floriano que pretenderam lançar âncoras em um pretendido êrro de impressão (ou por e, no art. 42) para apoio de sua teoria.

Rui era, pois, partidário de que se enfrentasse a crise, que poderia vir da eleição, com a própria eleição, de modo a dar ao poder base legítima. E, de fato, a crise que se seguiu à não eleição, foi temerosa, — o país estêve sujeito a riscos de toda a espécie, e os sacrifícios que suportou foram imensos. Nada tem de contraditória essa opinião de Rui com a que êle viria a emitir em 1904, transcrita no comêço desta introdução: ali se referia êle aos benefícios do malôgro dos movimentos armados antiflorianistas; aqui, optava pelo remédio heróico, a eleição, que cortaria cerce o apoio que qualquer revolta pretendesse lograr na opinião pública.

Uma solução, que ficou à margem, mas que talvez encontrasse amparo no espirito dos textos, seria a de proceder-se à eleição do novo presidente pelo Congresso. O que a Cons-

XVIII

tituição quis, com efeito, na sua disposição, foi evitar a eleição por sufrágio direto no primeiro período presidencial, afastando o abalo resultante de um pleito muito próximo à mudança de regimen, quando as novas instituições ainda não se tinham tornado familiares à Nação. Ao dispor que o presidente e o vice-presidente no primeiro quadriênio seriam eleitos pelo Congresso, quis a Constituição que não só o primeiro presidente assim fôsse escolhido, como qualquer outro que devesse preencher vaga verificada dentro desse primeiro período. Tal interpretação podia não ser muito literal, mas, sem dúvida, consultaria o pensamento, a decisão da Constituinte expressa na Carta. Neste caso, o Congresso, mantendo Floriano na presidência pela forma por que o fez, indiretamente o elegeu; e, já agora, não parece tão viciada a origem do seu mandato.

Como quer que seja, abolida, como disse o presidente Rocas Paul, a única república latino-americana — o Império do Brasil —, abolida de improviso, ante o povo «bestificado», na expressão de um dos corifeus da nova democracia, — havia de ficar na cena a utopia de alguns e a ambição de muitos, a desilusão de todos, daqueles mesmos que imaginam deva ser o mundo governado por idéias feitas de antemão e a êle impostas sem se levar em conta a multiplicidade das condições necessárias para sua aclimação.

O ciclo monárquico está irremediavelmente encerrado. Mas findou-se cedo de mais, — Rui haveria de dizê-lo ainda, que melhor teria sido, aceita como estava pelo Imperador a idéia da federação, «eufemismo da república» (4), viesse esta quando mais maduro o país para suportar as novas instituições.

Mui cedo sentiram os republicanos sinceros que o Imperador, longe de ser aquêle poder pessoal tirânico, pelo contrário representava o freio necessário, a moderação, a garantia da moralidade, o perpétuo interesse pela boa adminis-

(4) Discurso de 14 de dezembro de 1920.

tração. Era o olho do dona da fábula das cotovias. Acentuava-o Rui em 17 de dezembro de 1909, na Faculdade de Direito de São Paulo, onde, depois de demonstrar a degeneração do poder das facções políticas e do Presidente, na República, recordou:

Do Brasil, não menos à própria seria lícito dizer que o arbítrio debaixo de todas as formas esteve sempre nos hábitos, usos e normas do país.

Sob o antigo regímen, porém, o bel-prazer dos governos, assim na administração como na política, tinha limite em dois freios respeitáveis. A perpetuidade hereditária do trono subtraía às ambições o primeiro posto do Estado. Um capricho de interesses ou um pegão de vento do acaso não podiam guindar à magistratura suprema um faccioso audaz ou um politiquete da mais grosseira marca. Depois, o mecanismo do sistema parlamentar subordinava as personalidades aos partidos e estabelecia para os governos a responsabilidade.

Com a trasladação para entre nós do modelo americano êsses dois contrabalços desapareceram.

A república viera cedo em demasia, porque fizera falta aquêlê mesmo «poder pessoal» do Imperador:

O seu longo e memorável reinado teria acabado em paz, se a sua vontade tivesse conseguido impor o mesmo respeito que dantes. Em 1889 êle queria, aceitava e considerava oportuna a Federação. São históricas as suas declarações neste sentido. Os partidos, a política do seu tempo foram os que lha recusaram, tirando-lhe, assim, ao seu reinado a mais gloriosa coroa.

Na própria galeria republicana há portanto um lugar, e grande, para D. Pedro II. A ouvirem-no, o que não quizeram, teríamos visto consumir-se a federação sob a monarquia; e, obtida a federação, a república não viria senão mais tarde, mas mais a tempo, mais sã, mais madura, mais consciente, mais apoiada na opinião nacional. (5)

Realmente, Pedro II,

politicamente errou muito [continua Rui], mas social e nacionalmente foi um alto padrão de moralidade, um fanal penetrante, que brilhava nos cimos do poder, exercendo, com a vigilância da sua luz, quer sobre o governo, quer sobre a administração, quer sobre o estado geral dos costumes, uma ação inculcavelmente saneadora. — Sem algumas virtudes notáveis, não seria possível exercer função tão útil; e, para medir o bem, que deveria ter causado, pelo mal que a sua falta causaria, basta calcular em que estado se acharia o Brasil, ao cabo daqueles sessenta anos, se durante êles se houvesse regido o Império com o mesmo

(5) Discurso na *Liga da Defesa Nacional*, 14 de dezembro de 1920.

gênero de moralidade e idoneidade com que se tem dirigido a República nos seus trinta de mal simulado governo constitucional e nominal democracia. (6)

Observava Rui que havíamos saído da monarquia à inglesa para a república à americana. Mas «a salvação dos Estados Unidos está na divina grandeza da Justiça; a América anglo-republicana se desvanece de ser um país regido pela magistratura, a judge ruled Country», (7) e observava:

A liberdade nos grandes Estados não tem até hoje senão duas fórmulas conhecidas: a da solução parlamentar e a da solução judiciária, a da monarquia britânica e a da república americana. Uma contém o arbítrio administrativo pela renovação parlamentar dos gabinetes e restringe a onipotência legislativa pelas consultas à nação. A outra encerra a administração com a legislatura entre os extremos de uma constituição escrita e dá-lhe por guarda contra invasões ou evasões a suprema judicatura.

Mas a transplantação do sistema americano para no nosso país substituir a monarquia à inglesa sob Pedro II, lembrava o poema de Emerson: — colhidas nas praias as conchas esmaltadas e aljofradas de pérolas das frescas espumas marinhas, e levado para casa pelo poeta o seu tesouro, verificou ele que «as pobres criaturas, esmaiadas e desgraciaosas, haviam deixado o encanto à beira do oceano, com o sol, e a areia, e o rugido das ondas».

Não se pode desviar impunemente uma nação do leito secular da sua história; uma nação se faz, forma-se, de acôrdo com as leis peculiares ao seu desenvolvimento natural. O corpo das nações, como os grandes organismos de alta diferenciação e integração de órgãos e sistemas, como observava Taine, não sofre sem sangrar as grandes operações. É preciso operar aos poucos, ponderar, reformar com cautela e a tempo, não se arriscar de chôfre às reformas profundas. O Brasil é de índole e formação monárquica, como Portugal, Espanha, França, e Itália. As formas republicanas foram para

(6) Discurso de 14 de dezembro de 1920.

(7) Discurso na Faculdade de Direito de São Paulo, em 12 de dezembro de 1909.

aqui transferidas como plantas de estufa, vieram cedo demais e bruscamente. A França imitou a Inglaterra. Os demais a França.

O meio no Brasil não era propício à aclimação desse delicado produto exótico, em que a flor da cultura jurídica americana requinta a essência de uma educação plurissecular, a índole de uma raça de juristas, onde, por antiquíssima tradição, a lei se elabora da jurisprudência e as cartas coloniais já eram, embrionariamente, verdadeiras declarações de direito, escudadas, contra a própria Coroa, por um sistema quase judiciário de recursos eficazes. A compleição política de nossas repúblicas era essencialmente francesa, francesas as suas idéias, franceses os seus modelos. A aspiração que os animou era a da liberdade tempestuosa e precária, em que a França revolucionária de 1789, 1848 e 1870 imbui o espírito da família latina, uma liberdade perpétuamente oscilante entre a revolução e a ditadura, a liberdade crédula e supersticiosa que se absorve no ritual das formas vazias, e se resigna a ver sumir-se toda a realidade constitucional das instituições livres, contanto que a renovação periódica da magistratura suprema, brindando-nos com um novo senhor, de quadriênio em quadriênio, nos salve convencionalmente as aparências de uma democracia eletiva.

Homens nutridos desse mau leite não podiam assimilar facilmente o gênio das instituições americanas...» (8)

Se a nossa índole, como a dos países latino-americanos, destroncados de Portugal e Espanha, era a monárquica, fica-se sem saber, quando se encara a fundo o problema, porque não se organizaram e conservaram monarquias os latino-americanos, principalmente o Brasil, que monarquia foi por quase um século, preferindo darem-se, no dizer de Spencer, as famosas «constituições de papel», ou, na frase de Rui, «rituais das formas vazias». O mesmo Spencer vê nisso uma consequência da mistura das raças, refletindo em instabilidade de caráter, agravada a tendência, já notada por Maquiavel como intrínseca ao espírito humano e produtora das revoluções, — de aceitar e agarrar-se a novidades, e essa necessidade de gestos que dá em resultado a demagogia.

O francês adota em dias uma reforma que o inglês pensa um século para introduzir, como observou Taine, em cuja opinião os representantes daquele mesmo esprit classique

(8) RUI BARBOSA, Discurso na Faculdade de Direito de S. Paulo, 19 de dezembro de 1909.

que produziu a revolução francesa apareceram simultâneamente na Inglaterra e na França. Os ingleses, porém, no seu espírito concreto, sorriram dessas construções abstratas. O Império era a moderação e a ordem. A república, oscilante entre a ditadura e a demagogia ainda não encontrou o seu eixo, salvo o exagêro do esquema. O país oscila entre a ditadura e a hiperdemocracia, para aproveitarmos a expressão de Rui.

O latino, mais sonhador e idealista, aceita com facilidade idéias abstratas, que procura, no meio das naturais decepções, pôr em prática. No próprio Império já assim se procedia. Exemplo, o extremo liberalismo da Constituição de 1824; o Código de Processo de 1832...

* * *

Sufocada a revolta da fortaleza de Santa Cruz, os boatos continuaram, e continuou-se a conspirar. Campos Sales procurou Wandenkolk, um dos conspiradores, que lhe declarou:

Mande o Marechal proceder à eleição e eu garanto que, de nossa parte, estará tudo acabado. Iremos às urnas sufragar o candidato que indicarem, quem quer que seja; contanto que seja um civil. Nada de militar. Nem sequer interviremos na escolha do candidato. Mas, fora disso, francamente, continuaremos a agir. O que não aceitamos é o poder ilegal.

Nessa idéia de eleição diziam-se inspirados os conspiradores, e, com a data de 31 de março de 1892, o Marechal Almeida Barreto, na tarde de 6 de abril, entregava em palácio o célebre manifesto dos 13 generais por ele também assinado. Começava o documento referindo-se à «indébita intervenção da força armada» na deposição dos governadores dos Estados, «dando em resultado a morte de inúmeros cidadãos, implantando o terror e o luto no seio das famílias». Apelava para o Marechal Floriano para que fizesse cessar «tão lamentável situação» a fim de que a obra de 15 de novembro não se convertesse «na mais completa anarquia». Pediam os signatários a eleição do Presidente da República

«como determina a Constituição Federal e a lei eleitoral», em pleito «livre, sem pressão da força armada».

Feito e assinado por essas altas patentes, o manifesto representava, evidentemente, uma intimação, uma incitação à revolta; continha a proclamação da ilegalidade do governo de Floriano, que o Congresso declarara legítimo e os tribunaes eram os únicos competentes para julgar ilegal quando provocados a pronunciarem-se sobre o assunto em algum caso concreto.

Como indébita intervenção na política foi considerado pelo Clube Militar, que expulsou seus autores do seu grêmio. E como intimação foi tida pelo país agitado. «A notícia [dêle] em poucos momentos foi conhecida nos quatro cantos da cidade. Os boatos enchiam o ambiente de uma expectativa pesada», escreve *Silvio Peixoto*.⁽⁹⁾

Mas, em vez de decretar o estado de sítio e prender os generais, moralmente forte na moção que lhe havia endereçado o Congresso, que fez Floriano?

Demitiu de cargos e comissões e decretou a reforma de vários desses generais, no dia seguinte, 7 de abril, justificando, em manifesto à Nação, a deposição dos governadores como consequência lógica da revolução de 23 de novembro, que depusera Deodoro, e explicando seus atos com a necessidade de «fazer sentir que a ordem é uma realidade que o governo saberá salvar dentro da lei, da qual jamais se afastará e dos poderes extraordinários que o Congresso lhe conferiu em momento de angústia, quando a anarquia e a perversidade exploravam a desgraça através das muralhas das prisões de infelizes galés [alusão à revolta da fortaleza de Santa Cruz], bem como o prestígio da autoridade, a honra da República e os créditos deste povo livre e digno...»

O manifesto dos 13 generais era um ato de indisciplina, como bem disse o citado documento emanado de Flo-

(9) *SÍLVIO PEIXOTO, Op. cit.*

riano — «*todos os seus signatários revelam, porém, inconveniente espírito de indisciplina... pois que não receberam legalmente delegação de soberania popular... única que, ao lado da lei, pode resolver e impor solução à questão que só os poderes constituídos, consagrados em nossa Carta constitucional, podem resolver*». Mas, a seu turno, os atos do govêrno, em relação aos signatários do manifesto, não se pautaram pela Constituição e as leis. Entretanto, a Carta dava ao Executivo meio pronto de manter a ordem dentro dos limites estabelecidos pela Constituição — o estado de sítio. Esta medida, que se justificava em face do manifesto e da agitação reinante, se não permitia as demissões e as reformas, armaria o govêrno da faculdade de prender e, até, pelo destêrro, de afastar os elementos mais perigosos dos lugares onde não conviesse a sua permanência. E, no estado de sítio, o Poder Político seria o único juiz dos fatos ou da situação de fato que deve justificar as medidas autorizadas na Constituição: no impor, como no levantar o sítio, o Presidente, na ausência do Congresso, e o Congresso, quando reunido, são soberanos, dispõem de um poder de discricção cujo bom ou mau uso foge à indagação do Poder Judiciário. Mas o êrro do govêrno, na conjuntura, se justificava, em grande parte, com a moção do Congresso, que aludia ao emprêgo dos «*meios mais enérgicos*» para manter a ordem e as instituições, e, até, à punição dos responsáveis. Em parte, apenas, porque a injunção, equívoca nos seus têrmos, não podia conter uma autorização para a adoção de medidas fora da Constituição e das leis.

A reação dos generais e almirantes aos decretos de 7 de abril de 92 foi diversa. Alguns declararam pela imprensa que visavam sômente a manifestar-se pela eleição do Presidente e que continuavam ao lado do Poder constituído; outro, que só assinara o documento informado de que todo o Exêrcito e a Armada o assinariam, não teria tido intenções hostis ao govêrno; outros, como o Marechal Almeida Barreto, que o que estava escrito estava escrito e que os atos de

7 de abril eram inconstitucionais, segundo demonstraria perante o Poder Judiciário.

Aí estão, entretanto, narrados de modo sucinto, os fatos, e situados historicamente — quanto o permitem os limites desta introdução — os atos do governo do marechal Floriano que deram causa à demanda intentada pelos interessados para os anular por inconstitucionais, tendo a Rui Barbosa por advogado.

Três dias após o manifesto dos generais, pela tarde de 12 de abril, acorreram inúmeros antiflorianistas ao largo da Lapa, em comissão, no intuito ostensivo de, em desagravo ao Exército, organizarem uma manifestação ao marechal Deodoro. Reunido o povo, o Coronel Mena Barreto tentou dissuadir os presentes da manifestação, alegando a doença de Deodoro. Mas, com banda de música cedida pelo próprio governo, e aos gritos de «Viva Deodoro! Morra a tirania!» dirigiram-se à rua Senador Vergueiro, onde Deodoro, dispneico, não os pôde receber. Mas das janelas de sua casa falaram oradores, como J.J. Seabra e Pardal Mallet.

Depois, dirigiram-se à cidade, rumo ao Itamarati. Mas alguns dos mais exaltados foram presos pelas forças que guarneciam alguns pontos da cidade e o Coronel Mena Barreto pelo próprio Floriano que, sabedor do que se passava, desembarcara na Central do Brasil, vindo de Piedade. Descobertas armas em certo local e presos vários outros elementos, como Bilac, Mallet, Seabra, Manuel Lavrador, resolveu Floriano decretar o sítio no Distrito Federal por setenta e duas horas, em decreto datado do mesmo dia 10 de abril, justificando-o com a tentativa de sedição para depô-lo do governo, incitamento a revolta da força armada, que caracterizava, segundo o decreto, o estado de grave comoção intestina, a que se referia o texto constitucional.

E, por ato de 12 de abril de 92, cujo preâmbulo desenvolve as razões do decreto de sítio, o governo, pois o ato é subscrito pelos Ministros, resolveu desterrar numerosos pre-

sos políticos para o Amazonas, e deter outros em fortalezas, entre os quais os reformados pelos decretos de 7 de abril.

Entre os presos de 10 de abril figurava o almirante Wandenkolk, que iremos encontrar adiante. Para êstes detidos e desterrados requereu Rui, sem procuração, aos 18 de abril, sustentando o pedido oralmente, da barra do Supremo, a 23 do mesmo mês, uma ordem de habeas-corpus, cujo principal fundamento era o de que com o estado de sítio tinham cessado os seus efeitos; tendo expirado as setenta e duas horas do estado de sítio, os presos e desterrados tinham que ser postos em liberdade: ilegal, sem causa legítima se tornara a sua detenção. Além disso, a continuar a prisão, não seria ela mais a medida preventiva autorizada pelo sítio, mas uma pena, que o Executivo não tem poderes para impor, juiz e parte acusadora a um tempo; demais, várias prisões tinham, até, sido efetuadas antes e depois do sítio.

O Supremo Tribunal negou a ordem de habeas-corpus pelo seguinte acórdão:

Vistos e discutidos os presentes autos de *habeas-corpus* requerido pelo Dr. Rui Barbosa em favor dos senadores Vice-Almirante Eduardo Wandenkolk, Marechal José de Almeida Barreto, Dr. Pinheiro Guedes e Coronel João Soares Neiva; deputado Tenente-Coronel Antônio Adolfo da Fontoura Mena Barreto, Dr. João da Mata Machado, Dr. José Joaquim Seabra, Coronel Alfredo Ernesto Jaques Ouriques, Contra-Almirante Dionísio Manhães Barreto, Tenente Domingos Jesuino de Albuquerque, 1º Tenente João da Silva Retumba; marechais José Clarindo de Queirós e Antônio Maria Coelho, Coronel Antônio Carlos da Silva Piragibe, Tenente-Coronel Gregório Taumaturgo de Azevedo, Capitão-Tenente Duarte Huet Bacelar Pinto Guedes; Major Sebastião Bandeira, 1º Tenente Bento José Manso Saião, capitães Antônio Raimundo Miranda de Carvalho e Felisberto Piá de Andrade, Alferes Carlos Jansen Júnior, cidadãos Antônio Joaquim Bandeira Júnior, José Joaquim Ferreira Júnior, Egas Muniz Barreto de Aragão, Inácio Alves Correia Carneiro, José Mallet, Olavo dos Guimarães Bilac, Dr. Dermeval da Fonseca, Dr. Manuel Lavrador, Dr. Artur Fernandes Campos da Paz, Conde de Leopoldina, José Carlos de Carvalho, Sabino Inácio Nogueira da Gama, Dr. Climaco Barbosa, Francisco Gomes Machado, Dr. Francisco Antônio de Almeida, Dr. Francisco Portela e José Elisio dos Reis — uns detidos e outros desterrados por ordem do Marechal Vice-Presidente da República, em razão dos acontecimentos que se deram nesta capital e determinaram a suspensão das garantias constitucionais, como foi declarado pelos decretos de 10 e 12 do corrente mês constantes dos documentos de fls. 138 e 139; e

Considerando que pelo art 80 § 1º da Constituição Federal compete ao Presidente da República, na ausência do Congresso Nacional, a atribuição de declarar em estado de sítio qualquer parte do território da União, quando a segurança da República o exigir, em caso de agressão estrangeira ou de comoção intestina, que coloque a pátria em iminente perigo, suspendendo-se por tempo determinado as garantias constitucionais;

Considerando que durante o estado de sítio é autorizado o Presidente da República a impor, como medidas de repressão, a detenção em lugar não destinado a réus de crimes comuns e o desterro para outros sítios do território nacional;

Considerando que estas medidas não revestem o caráter de pena, que o Presidente da República em caso algum poderá impor, visto não lhe ter sido conferida a atribuição de julgar, mas são medidas de segurança, de natureza transitória, enquanto os acusados não são submetidos aos seus juízes naturais nos termos do art. 72, § 15, da Constituição;

Considerando, porém, que o exercício desta extraordinária faculdade a Constituição confiou ao critério e prudente discricção do Presidente da República, responsável, por ela, pelas medidas de exceção que tomar, e pelos abusos que à sombra delas possa cometer;

Considerando que pelo art. 80, § 3º, combinado com o art. 34, § 21, da Constituição, ao Congresso compete privativamente aprovar ou reprová-lo o estado de sítio declarado pelo Presidente da República, bem assim o exame das medidas excepcionais, que ele houver tomado, as quais para esse fim lhe serão relatadas com especificação dos motivos, em que se fundam;

Considerando, portanto, que antes do juízo político do Congresso não pode o poder judiciário apreciar o uso, que fez o Presidente da República daquela atribuição constitucional, e que também não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do poder executivo ou legislativo,

Considerando que, ainda quando na situação criada pelo estado de sítio estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o poder judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política que os envolve e compreende, salvo se unicamente, se tratar de punir os abusos dos agentes subalternos na execução das mesmas medidas, porque a estes agentes não se estende a necessidade do voto político;

Considerando, por outro lado, que não está provada a hora em que as prisões forem efetuadas, nem o momento em que entrou em execução o decreto que suspendeu as garantias constitucionais, o qual, pela sua natureza, não obedece às normas comuns da publicação, mas encerra implícita a cláusula de imediata execução, pouco importando que as prisões tenham sido realizadas antes ou depois do estado de sítio, uma vez que foram decretadas dentro dele, como consta do decreto de 12 do corrente mês a fls. 139;

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

XXVIII

poderiam ficar inutilizadas tôdas as providências aconselhadas em tal emergência por graves razões de ordem pública:

Negam por estes fundamentos a pedida ordem de *habeas-corpus*». (10)

A doutrina de que a cessação do estado de sítio não põe termo aos efeitos das medidas tomadas em virtude dêle, devendo os presos continuar como tais até que sejam processados pelos tribunais, é errônea, como o demonstra Rui; e o Supremo, tempos depois, voltou atrás a respeito, adotando a teoria de Rui. Nossa Constituição de 1946 hoje consagra por expressa a regra (art. 214). Todavia, quando o sítio é decretado pelo Executivo, há argumento a favor da tese do acórdão: se o Presidente podia decretar o sítio no Amazonas ou no Distrito Federal, podendo o mais, poderia o menos: a manutenção das prisões corresponderia a uma prorrogação do sítio, de modo que a questão assumiria aspecto mais de forma que de fundo.

No mais, inclusive no que respeita ao poder de discricção do executor do sítio no tomar as medidas autorizadas na Constituição, perfeito o acórdão: o Judiciário julga da legalidade (em sentido lato, constitucionalidade) das medidas, não da sua oportunidade, de seus motivos de fato.

Terminado o sítio, Floriano submeteu, em mensagem, seus atos ao Congresso, reunido a 3 de maio, e o Congresso os aprovou.

Esse pedido de habeas-corpus colocou Rui ainda em maior evidência nos acontecimentos da época, sobretudo se se tem em conta a sua ação como senador e jornalista neste período. De seu prestígio e da auréola que o cercava se serviu a oposição como de uma bandeira.

Mas, como quer que seja, a doutrina do Habeas-corpus, sua natureza e seus efeitos, ficou em definitivo incorporada às nossas aquisições em direito público e constitucional. Do vago em que ela se esbatia nos textos constitucionais, Rui a

(10) SÍLVIO PEIXOTO, *Floriano*, v. IV — Ministério da Educação e Saúde, 1939, p. 132.

definiu à luz dos autores e da prática anglo-saxônicos e europeus, inclusive no que respeita à sorte das imunidades parlamentares durante o assédio político. Sua lição é, ainda hoje, viva e atual, e haveria de triunfar, como triunfou, na jurisprudência dos tribunais brasileiros; o dispositivo constitucional de 1946, que manda cesser, com o estado de sítio, os efeitos das medidas tomadas em virtude dêle, é inspirado em Rui; e as imunidades parlamentares, pela Carta de 1946, continuam vigentes no estado de sítio. A emenda Mata Machado que as protegia, fôra, na época, rejeitada.(11)

O que o govêrno devera ter feito, para justificar o não relaxamento das detenções, era promover o processo contra os presos pela sedição ou outro crime que tivessem praticado.

O Estado de Sítio, sua Natureza e seus Limites correu impresso, petição e sustentação oral no Supremo Tribunal, pela Companhia Impressora, em 1892, no Rio, em volume de 280 páginas. Embora não figure neste volume, referimos a obra, por amor à lógica na exposição dos acontecimentos.

* * *

Voltemos agora ao principal trabalho constante do presente tomo.

Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal — Ações civis dos reformados e demitidos pelos decretos de 7 a 12 de abril de 1892, correram impressos pela citada Companhia Impressora, no Rio, 1893, em volume de 249 páginas.

Constituem a obra as Razões finais apresentadas em diversas ações intentadas pelos demitidos e reformados pelo govêrno do Marechal Floriano em abril de 1892, em consequência do manifesto dos 13 generais. As ações foram intentadas no mesmo ano de 1892 e as razões finais foram comuns a tôdas.

(11) RUI BARBOSA — Carta a La Nación, de 19 de setembro de 1893.

Os atos inconstitucionais, escrito e publicado pouco mais de um ano após a Constituição republicana, veio lançar imensa luz sobre a interpretação daquela carta, e sobre a organização geral e o funcionamento do novo regímen político.

O Procurador da República, para justificar as demissões e reformas, alegava a moção do Congresso, de janeiro de 1892, autorizando o Govêrno a tomar as providências a seu critério, por enérgicas que fôsem, para manter a ordem, e a punir severamente os responsáveis.

Rui demonstra que nem na Inglaterra, país de Constituição não escrita, o Parlamento é onipotente. A competência legislativa, na doutrina ali corrente, põe por limites ao seu poder a intangibilidade dos direitos fundamentais do homem — os jura naturalia — assegurados na Magna Carta de 1215 e 1688. Assim, são ali vedadas ao Parlamento as leis retroativas, os acts of attainder, etc. As revoluções inglesas não visaram somente a transferir para o Parlamento o absolutismo dos reis, mas a dar por limite aos governos os direitos naturais do homem. Spencer, no seu *O indivíduo contra o Estado* escreve coisas interessantes sobre o assunto. Nos regímens oriundos do norte-americano essa doutrina é consagrada por escrito nas Constituições. O próprio poder constituinte é limitado. E a legislatura ordinária, o Congresso, está sujeita à Constituição, é órgão da Constituição. O pensamento político americano foi o de subtrair o indivíduo, o povo, à onipotência dos tiranos, fôsem eles o rei ou uma assembléia eletiva.

Rui demonstra que o que forma a essência das democracias não é a garantia de que os Poderes emanem do povo e se exerçam em nome dêle; a tirania não deixa de ser tal porque exercida pelas assembléias eletivas em nome do povo. O essencial nas democracias são os direitos individuais subsistentes anteriormente e acima dos Poderes do Estado e, até, das Cartas, meros instrumentos para assegurar o seu gozo e exercício.

É interessante observar como a Constituição de 1946 consagrou esta concepção, vedando, até, a atividade de partidos e associações contrários à garantia dos direitos fundamentais do homem, nela enumeradas, entre os quais o da pluralidade partidária, isto é, o de fazer valer suas idéias políticas pelo meio legítimo da constituição de partidos, desde, bem entendido, que êstes não visem a atentar contra aquêles direitos fundamentais (Constituição de 1946, art. 141, § 13).

Quando, pois, certos doutrinadores sustentam a ilegitimidade do princípio constitucional que proíbe a atividade dos partidos contrária à garantia dos direitos fundamentais do homem, isto é, de partidos que pretendam assenhorar-se do poder, ainda que por meio do voto, para pôr termo àquelas franquias, como de seu programa, em vez de afirmarem a democracia, negam-na, na sua essência mesma. As democracias devem pôr fora da lei tais partidos, e entre nós, deve-o em virtude do próprio texto Constitucional, que impõe êsse dever aos poderes constituídos. Rui, demonstrando que, na concepção americana e, ainda, na inglêsa, os direitos fundamentais estão acima, até, das Constituições, seu instrumento, é esquecido pelos que sustentam que as democracias, instituídas como reação contra o poder absoluto dos governos, devem consentir que se tente, por meio de associações e partidos, o estabelecimento daquele mesmo absolutismo, sob formas novas ou diferentes.

Rui desceu aqui ao fundo da questão e poderíamos resumir a sua lição dizendo que não é o fato de ser representativo o govêrno que o torna democrático, mas o fato de se reconhecerem direitos individuais intangíveis aos governos quaisquer que sejam: aqui, muito mais que na representatividade dos governos, reside a essência da democracia e dos regimens liberais.

Sob a epígrafe — As nulidades [dos atos inconstitucionais] e a justiça federal insiste Rui na demonstração de que, nos regimens como o nosso, filiados ao americano, sôbre os outros poderes predomina o Judiciário — a judge rule the

Country — a quem a Constituição entrega a formidável atribuição de conferir os atos do Executivo e do Legislativo com ela mesma Constituição, para fulminar, negando-lhe qualquer efeito, os que com ela forem incompatíveis.

Não havia texto na Constituição de 91, como não o havia na Constituição americana, que conferisse ao Judiciário explicitamente esse poder. Mas, como já o ensinara Hamilton, não constando de preceito especial, decorre, todavia, da teoria geral de todas as Constituições escritas.

Rui fez com que tal noção passasse a corriqueira na nossa prática. E as Constituições posteriores a consagraram por expresse quando estabeleceram recurso para o Supremo Tribunal das decisões que declarassem a inconstitucionalidade de ato ou de lei e o quorum mínimo, nos Tribunais Coletivos, para a declaração da inconstitucionalidade da lei.

A teoria da inconstitucionalidade das leis consistia em fazer predominar uma lei — a Constituição — por ser a lei das leis, sobre a lei ordinária, em caso de conflito; mas, a aplicação da lei ficava afastada in casu: o juiz lhe negava aplicação in hypothesis e só ao caso concreto. Já hoje, pela Constituição de 1946, ao Legislativo (Senado) compete declarar a inaplicabilidade da lei, de modo geral, quando inequivocamente declarada inconstitucional pelo Judiciário, na apreciação de casos concretos (Constituição de 1946, art. 64).

Outro ponto importante abordado em Os atos inconstitucionais é o referente à distinção entre questão política e questão constitucional ou legal. Rui elucida completamente a matéria: aos tribunais é vedado entrar nos assuntos em que o Executivo usa da sua «legal discretion», na expressão de Marshall, do poder de descrição que lhe dá a Constituição ou lhe confere uma lei conforme com esta: os atos do Executivo não podem ser examinados pelo Judiciário quanto à sua oportunidade ou conveniência, mas apenas quanto à sua constitucionalidade ou legalidade. A lição é viva e atual para interpretar-se o preceito da Constituição de 46 (art. 141, § 4º), de que nenhuma lesão de direito individual poderá ser sub-

traída ao conhecimento dos Tribunais; sem embargo dêsse preceito, o Executivo continua a apreciar soberanamente os motivos de fato dos atos que lhe competem e lhes ditam a oportunidade ou conveniência. Do contrário, não seria um poder soberano em coisa alguma, pois tôda a esfera de sua ação poderia ser penetrada pelo Judiciário, que se inculcaria por único depositário da soberania. Assim, por exemplo, não estando reunido o Congresso, cabe ao Presidente declarar o estado de sítio: se existem ou não existem as condições de fato para a declaração quem o decide é o Presidente, e, após, o Congresso, êste para manter ou suspender o sítio; o Judiciário não pode intervir para declarar que os fatos não autorizam o estado de sítio, que êste é inoportuno. Questão é esta exclusivamente política.

Ao apreciar, pois, as demissões e reformas de 7 e 12 de abril, demonstrou Rui, não que elas não fôsssem oportunas, ou que não houvesse fatos que as justificassem, mas que elas eram inconstitucionais e ilegais, visto não existir na Constituição ou nas leis cláusula alguma que conferisse ao Presidente atribuição para decretá-las. Nem a moção de janeiro, do Congresso, nem o estado de sítio, nem a aprovação por aquêlê das medidas tomadas durante êste, podiam dar-lhes base legítima. E aqui Rui desenvolve a teoria da indelegabilidade dos poderes e dos direitos e faculdades contidas no estado de sítio.

O Congresso não podia investir o Executivo, por meio de uma moção, de poderes que a Constituição não lhe dava, como seja o de reformar ou demitir os generais e lentes vitalícios. A Constituição garantia, na sua plenitude, as patentes e os postos inamovíveis. Logo, delas e dêles só por sentença judicial podiam ser privados os respectivos titulares. E, quanto à reforma, sômente poderia ser decretada mediante as formas processuais e nos casos previstos em lei, e entre umas e outros não se incluíam os casos dos generais e dos lentes atingidos pelos atos do govêrno, que se mostravam, assim, irritos e nulos. Por outro lado, aproveita Rui a en-

sancha para definir o estado de sítio, mal delimitados como se achavam na Constituição os poderes extraordinários que êle envolve para o Executivo e o Legislativo. O sítio é essencialmente preventivo e não repressivo; não suspende, por outro lado, a Constituição tôda. A lição frutificou, e vemos, nas Constituições de 34, de 46 e, até, na de 37, enumerados, taxativamente, quais os direitos cujo exercício fica suspenso durante o sítio, e, com rigor, reguladas as formas de sua declaração, bem como do estado de guerra.

Por decreto de 5 de agôsto de 92 tinham sido anistiados os cidadãos implicados nos acontecimentos de abril. Rui expende, ainda, luminosas considerações sôbre o alcance e a natureza jurídica da anistia.

Em suma — Os Atos Inconstitucionais — são, mais que uma obra jurídica, um verdadeiro tratado de ciência do govêrno, de alta política, relativo ao regimen republicano presidencial que a revolução de 15 de novembro vinha de implantar no Brasil. O govêrno republicano de tipo norte-americano surge aí definido nas suas linhas mestras, mediante consulta às suas mais puras fontes e tradições, por um cérebro poderoso servido de uma erudição invejável.

Um dos pontos que é interessante assinalar é a conclusão do pedido nas ações propostas. Rui não pede que os demitidos e os reformados sejam devolvidos à posse de seus cargos, ao exercício dêles, ou à ativa. Reclama, apenas, a declaração de nulidade das demissões e das reformas para efeitos patrimoniais. Também de acôrdo com a doutrina americana da separação de poderes: o Judiciário não pode obrigar o Executivo senão a reparar o dano patrimonial causado pelo ato, e não condená-lo a executar uma obrigação de fazer, ou de não fazer. Constituições posteriores, como a de 1934 e a de 1946, não adotam essa doutrina: anulado o ato, o funcionário é reposto no cargo, perdendo-o quem por ventura nomeado para seu lugar.

Talvez que a correta postulação do pedido, no regimen de 1891, fôsse a de condenação a satisfazer ao demitido e ao

reformado tôdas as vantagens patrimoniais, embora fora do cargo, se e enquanto do mesmo não lhe fôsem restituídos a posse, o exercício e tôdas as vantagens. Mas isso se achava implícito, evidentemente, no petitório, como o reconhece, pela sua conclusão, o acórdão do Supremo Tribunal.

Por sentenças de princípios do ano de 1895 (a demora foi no andamento da causa e não no proferimento das decisões), o íntegro, sereno e culto juiz federal Henrique Vaz Pinto Coelho julgava procedentes as ações(12)

A sentença acolhe tôdas as teses do arrazoadado de Rui. Quando fulmina o decreto de 7 de abril por inconstitucional e declara, portanto, que a aprovação posterior dos atos do Executivo pelo Congresso não tem o poder de os revalidar, enuncia uma tese rigorosamente certa: o juízo do Congresso, quanto às medidas tomadas durante o sítio e em virtude dêle é um juízo político; a ratificação das medidas só abrange, pois, aquelas que tiverem sido tomadas de acôrdo com a Constituição. Estas últimas são insindicáveis pelo Judiciário, quanto à sua oportunidade, à sua justiça ou injustiça, necessidade ou desnecessidade. Mas se alguma medida houve não autorizada na Constituição, nula é, por inconstitucional, por abuso de poder. Ora, o sítio, segundo a Constituição, autoriza a prender, autoriza a desterrar. Mas não permite demitir, nem reformar. Logo, de nada vale a aprovação do Congresso a tais atos, e nem por isso deixam êles de ser inconstitucionais.

Deve, entretanto, notar-se que a Constituição não era clara a respeito das medidas que o sítio autoriza, senão no que diz com a repressão contra as pessoas: prisão e destêrro. A demonstração de Rui quanto ao excesso baseou-se, pois, na doutrina, legislação e jurisprudência comparadas. As Constituições posteriores, como vimos, vieram prever, explicita-

(12) Vide págs. 253 a 262 do presente tomo.

mente, tôdas as medidas adotáveis durante e por virtude do sítio (Constituição de 1946, arts. 209 e segs.).

Ao ter conhecimento da sentença, Rui, de Londres, escrevia ao Dr. Antônio de Araújo Ferreira Jacobina, em carta, os seguintes conceitos:

Ontem recebi do Rio um telegrama *anônimo* nestes termos. — «Vitória. Juiz seccional reformas militares. Hurra maior campeão liberdades civis militares tempo legalidade». Quer isto dizer que o juiz federal sentenciou a favor dos meus clientes na famosa questão? É um triunfo, que eu não esperava, descrente como estou das qualidades morais da nossa magistratura.

E a 5 de março de 1895, ainda de Londres:

Vejo que venci a questão dos generais e lentes demitidos, perante a justiça federal. É um triunfo, que me surpreendeu, atenta a desmoralização geral do país. Noutra terra êsse aresto seria recebido como a primeira conquista para a liberdade constitucional. No Brasil não sei se êle terá merecido as honras do comentário. (13)

Ainda no mesmo ano de 1895 o Supremo Tribunal Federal consagrava em acórdãos as teses sustentadas nas razões de Rui. (14)

O voto vencido do Ministro Macedo Soares, que considera inepto o libelo, não parece tenha razão: o acórdão condena a Fazenda a pagar tôdas as vantagens «enquanto perdurarem os efeitos dos aludidos atos ilegais». É ordenar: paga ou reintegra, o que, ao tempo, estava de acôrdo com a doutrina, como o demonstra Rui. O voto do Ministro Lúcio de Mendonça, porém, parece ter feito restrição acertada: o autor não tinha direito de conservar-se no cargo de livre provimento. Tendo sido dêle privado, não lhe cabiam os proventos do mesmo ou de outro cargo em que, por virtude do primeiro, devesse ser provido. Não há direito de permanecer contra direito de demitir. O acórdão, aqui, ateve-se mais à forma que ao fundo da questão.

(13) Carta de 22 de fevereiro de 1895. In *Mocidade e Exílio*. Cartas anotadas e prefaciadas por Américo Jacobina Lacombe, S. Paulo, 1934.

(14) Vide págs. 255 e 263 do presente tomo.

Em 14 de novembro de 1895 o Govêrno de Prudente de Morais anulava o decreto de 7 de abril de 1892, de modo que, em outras causas, apreciadas após aquêlê decreto, foi a ação julgada prejudicada, por fôrça da reintegração dos autores operada em virtude da anulação pelo Executivo do decreto de 7 de abril.

* * *

A oposição e a agitação que levantava contra Floriano continuaram após o 10 de abril. Em maio de 1893, a Câmara resolvia não ser objeto de deliberação denúncia oferecida pelos deputados J. J. Seabra e outros contra o Vice-Presidente da República. Um ano após, em abril de 1893, o almirante Wandenkolk, que havia sido um dos presos nos acontecimentos de 10 de abril, embarcava para Buenos Aires com nome suposto e com o fim declarado de preparar a deposição do Governador do Rio Grande do Sul, onde lavrava a revolução contra o Govêrno do Estado. Deixou declaração publicada no Jornal do Comércio, que concluía: «General, nós nos encontraremos um dia», referindo-se a Floriano.

Dois meses após, dava-se a aventura do paquete Júpiter que, saído de Buenos Aires para o Rio, com Wandenkolk e outros a bordo, e carregado com armamento, teria sido obrigado pelos revoltosos a rumar para o Rio Grande, entrando-lhe a barra a 8 de julho. Wandenkolk, em proclamação aos seus camaradas da Marinha, os concitava à revolta contra o govêrno. Mas a flotilha do Rio Grande não se revoltou e o almirante se retirou da luta, dirigindo-se a Santa Catarina, onde fundeou o Júpiter, e depois rendeu-se ao cruzador República, atitude que foi acremente censurada na obra do almirante Custódio José de Melo. (16)

Tanto o almirante como seus companheiros e membros da guarnição foram recolhidos presos às fortalezas.

(16) O Govêrno Provisório e a Revolução de 1893 — [Coleção Brasileira]. 2 vols. S. Paulo, 1938.

XXXVIII

Contra a manutenção de tais prisões requereu Rui ao Supremo Tribunal ainda em julho e agosto de 1893, e sucessivamente, os habeas-corpus:

a) *a favor dos presos civis do Júpiter, David O'Bill e outros;*

b) *a favor do imediato do Júpiter, Mário Aurélio da Silveira;*

c) *a favor do almirante Eduardo Wandenkolk.*

O habeas-corpus para os presos civis foi concedido por incompetência da justiça militar para o respectivo processo. Dada a anormalidade da situação, o Tribunal ficou transformado em local de comício. Rui proferiu um discurso político, a defesa do habeas-corpus, que terminou sob prolongados aplausos, salva de palmas, vivas ao orador... Entretanto, é justo considerar que o Governo, nas informações ao Tribunal, alinhava fundados motivos de fato à convicção de que os presos civis, a tripulação, eram co-autores no crime do Almirante, e, já que se julgara incompetente a justiça militar, parece que o mais acertado teria sido deferir o pedido do Procurador Geral, Barão de Sobral, que teve a seu favor o voto do ministro Faria Lemos: os pacientes tinham sido presos pela autoridade competente, em flagrante de crime inafiançável, e parece que deviam, pois, ser remetidos à jurisdição própria para o processo, a da Justiça Federal. A questão de apurar com certeza a sua coparticipação no delito era de prova, e escapava a exame em pedido de habeas-corpus.

No habeas-corpus Wandenkolk, o Supremo entendeu que competente era o fóro militar para o almirante reformado e os civis implicados no seu crime. De resto, como acentua um dos votos em separado, a prisão já se achava convertida em civil, submetidos os pacientes à justiça comum por aviso do governo, de 30 de agosto.

* * *

O acórdão no caso Wandenkolk é datado de 2 de setembro de 1893. A 6 do mesmo mês rebentava a revolta da

armada sob a chefia do almirante Custódio José de Melo, o mesmo que, com a revolta de novembro de 1891, causara a deposição ou renúncia de Deodoro, e que se exonerara do cargo de Ministro da Marinha de Floriano, divergindo d'ele quanto à solução a dar ao caso do Rio Grande. Enquanto que Floriano prestigiava o governo da facção de Júlio de Castilhos (que havia sido deposto quando da revolta de 1891 contra Deodoro, o qual fôra, após, mediante revolução, repostado no poder, e passado o cargo a seu substituto, renunciando), entendia Custódio que o Governo devia intervir para fazer cessar a guerra civil que os federalistas moviam ao governo do Estado, ainda que o fizesse por meio da intervenção federal ou do estado de sítio, com designação de um interventor ou governador militar.

Rui, muito visado, pois os habeas-corpus precederam imediatamente à revolta da Armada, e prevenido dos riscos que corria, por alguns amigos, negado que lhe foi asilo na legação britânica, cujo ministro, na sua frase, entendia que só teria havido iminente perigo pessoal para Rui se elle «tivesse entrado de gatinhas pelas escadas da legação inglesa com as baionetas em perseguição», refugiou-se na legação chilena, donde, iludindo a vigilância das praias, tomou o vapor inglês Madalena, que o levou a Buenos Aires. Daí, escreveu Rui uma carta a La Nación, em que expõe a largos traços os últimos acontecimentos políticos do Brasil.

Escreve elle, nesse documento, que, como senador, como jornalista e diretor do Jornal do Brasil, e como advogado, se limitara a empreender a resistência constitucional e legal à ditadura de Floriano. Referindo-se à consequência da sua ação assevera:

Nós não reclamávamos para o almirante Wandenkolk e seus companheiros a irresponsabilidade. Pedíamos simplesmente o seu processo no juízo competente, nos tribunais ordinários... ao passo que o governo insistia em dispor d'elles, entregando-os à mercê de uma magistratura em que elle diretamente influía pela nomeação de juizes *ad hoc*.

.....
Pode imaginar-se o grau de tensão a que chegaria a luta através d'esses episódios sucessivos e o ódio official a que devia achar-se conde-

nado o homem que tomara sobre os seus ombros a iniciativa de dar aos seus concidadãos o exemplo prático de *resistência jurídica* ao poder. No mais vivo da irritação incendiada por êle, por essa perseverança na reação legal contra os excessos da força, foi que estalou a revolução de 6 de setembro, *verdadeira surpresa para mim*, para o governo e para o País.

.....

Não trago para este nobre país, tão interessado em abolir as revoluções, a bagagem de um revolucionário. A reação de que sou alvo é a reação contra a liberdade de imprensa, contra a liberdade da palavra parlamentar, contra a liberdade da tribuna judiciária, tais como se praticaram sempre no Brasil sob a monarquia, e que eu, habituado a exercê-las nesse regimen, tive a ilusão de supor existente na República. Não combati o governo em outro terreno que não esse.

E atribuía a revolução a duas causas: a resistência de Floriano à pacificação do Rio Grande e o afêro do Vice-Presidente em prolongar sua ditadura além do quadriênio, manifestado no veto oposto à resolução do Congresso, no dia véspera da revolta, resolução em que, interpretando a Constituição, se postulava a inelegibilidade do vice-presidente que, por vacância da presidência, exercesse a chefia do Executivo no período presidencial dentro de cujos limites se efetua a eleição.

* * *

Os trabalhos de Rui Barbosa, pois, encerrados no presente volume, desde o habeas-corpus a favor dos detidos e desterrados de abril de 1892, até as ações intentadas pelos demitidos e reformados na mesma época e os habeas-corpus a favor dos presos do Júpiter, representam um dos aspectos da luta do político e do advogado contra o governo Floriano, de que outros aspectos se mostram na atuação parlamentar e na atividade jornalística do eminente homem público. Os meios que êle empregava nessa luta eram, pois, estritamente legítimos, mas, sem dúvida, na época agitada que atravessava o país — dado o prestígio que irradiava o seu nome, não só por ter sido um dos fundadores do regimen e o autor da Constituição, como pelo seu talento e dotes de jornalista, tribuno e jurista — a sua atuação servia de bandeira para a agitação e oposição revolucionárias.

Mas o esforço que sua paixão imprimiu ao preparo d'esses trabalhos concorreu para que elles se transformassem em obras de imenso valor doutrinário e de subsídio de incalculável importância para a caracterização e história das instituições republicanas entre nós, — valor que não desmereceu e não desmerecerá, enquanto perdurarem essas instituições.

Rio, outubro de 1948.

ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA.



I

OS ATOS INCONSTITUCIONAIS
DO CONGRESSO E DO EXECUTIVO
PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL



RUY BARBOSA

OS ACTOS INCONSTITUCIONAES

DO CÔNGRESSO E DO EXECUTIVO

ANTE

A JUSTIÇA FEDERAL

CAPITAL FEDERAL
COMPANHIA IMPRESSORA

7 — Rua Nova do Ouvidor — 9

1893

Fôlha de rosto da primeira edição dos *Atos Inconstitucionais* — Tamanho original — (Exemplar da Biblioteca de Rui Barbosa.)

AÇÕES CIVIS DOS
REFORMADOS E DEMITIDOS

PELOS

DECRETOS DE 7 E 12 DE ABRIL DE 1892



1 — Petição inicial (*)

Ilmo. Sr. Juiz de Secção da Capital Federal

O engenheiro GREGÓRIO TAUMATURGO DE AZEVEDO, oficial do exército brasileiro, por seu procurador, quer mover à Fazenda Nacional uma ação civil ordinária, nos termos do Decreto nº 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 dêste ano, firmado pelo presidente da República e publicado no *Diário Oficial* do dia imediato. (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.

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

Logo,

4

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

5

Essa diminuição forçada nas vantagens do seu pôsto importa num verdadeiro esbulho; porquanto a reforma do suplicante atenta, em condições descommuns, 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 documen-

tos 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 limitados pela Constituição brasileira (art. 80, § 2º), 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:

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

“2º. O destêrro para outros sítios do território nacional”.

E em nenhum dêsses 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 avantajarse 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 tôda 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 inquisição, 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 petiçãoário, 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 nº 260, de 1º 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 1º de dezembro de 1841, art. 2º § 3º, 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,

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, nº 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 govêrno, que lhe foram conferidas para *“a fiel execução das leis”*. (Art. 48, 1º)

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, ns. 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 atribuíra, 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 êste lado, conculca a Constituição, desrespeitando a competência do poder legislativo, entre cujas atribuições privativas avulta a de anistiar e, portanto, a de remitir as conseqüências 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 conseqüências 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 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 nº 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 êste 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 êste intuito requer a V. S. 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 têrmos 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 a final.

Rio de Janeiro, 17 de janeiro de 1893

RUI BARBOSA.

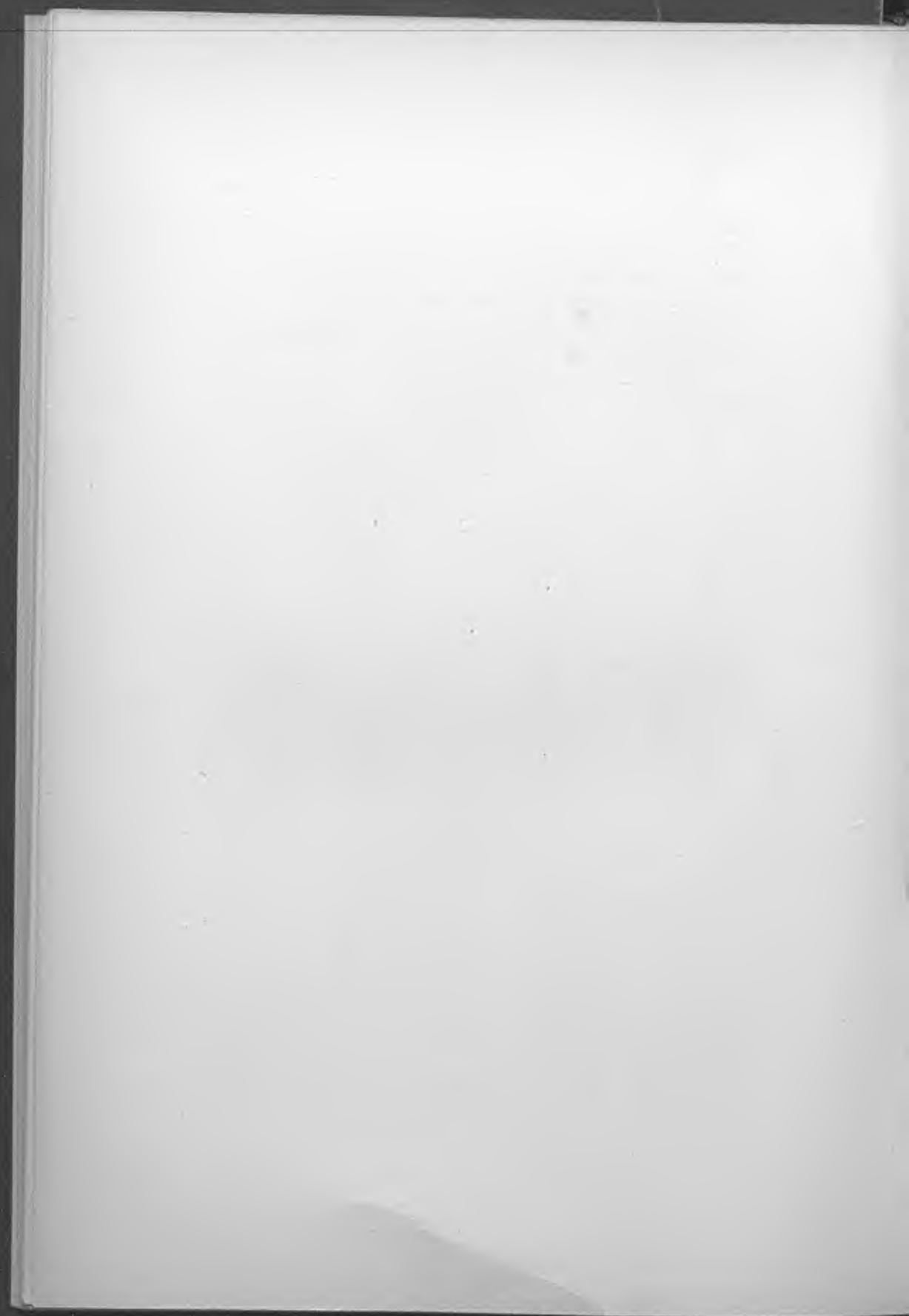
ADENDO

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 constitucional 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

Ilmo. 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° 848, de 11 de outubro de 1890, em que demonstrará o seguinte:

1º

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.

2º

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, § 1º) 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,

3º

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,

4º

O prejuízo mensal do peticionário monta	
em	1:450\$000
·	— 963\$000
ou	486\$000

5º

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,

6º

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

7º

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".

8º

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 *reprender*, *prender*, ou *proceder a conselho de guerra*, precedendo conselho de investigação, para se castigarem os delinqüentes em conformidade com o direito militar. Com preterição, porém, dessas regras, nunca violadas.

9º

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, ad-

mitida a capitulação criminal que dessas palavras resulta,

10º

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

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

§ 8º Publicar qualquer representação que tenha feito contra seu superior, sem permissão da autoridade a quem a mesma petição fôr dirigida.

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

11º

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 supra-transcrito,

12º

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

§ 1º *Admoestação*:

§ 2º *Repreensão*;

§ 3º *Detenção*;

§ 4º *Prisão*.

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

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

13º

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 govêrno a possibilidade de trocar por esta as espécies de repressão naquele regulamento estabelecidas.

14º

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 govêrno, 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.

15º

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 nº 260, de 1 de dezembro de 1841.

Conseqüentemente,

16

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

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 1º de dezembro de 1841, art. 2º, § 3º, que estatui:

O govêrno poderá reformar qualquer oficial 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.*

Portanto,

18

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

19

Transgrediu a Constituição da República, sobrepondo a sua vontade, e chamando soberanamente ao domínio dela os direitos e privilégios dos oficiais de terra e mar, contra o disposto na Constituição, art. 34, nº 18, segundo o qual compete privativamente ao Congresso Nacional legislar sobre o exército e a armada.

20º

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, 1º.)

21º

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 forças *conforme as leis federais*;

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

22º

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,

23º

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,

24º

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 remitir as conseqüências penais ligadas aos fatos, cujos vestígios é propriedade específica dessa medida apagar absolutamente.

Em suma, pois,

25º

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 1º de abril, se mandou submeter o suplicante

Por conseguinte

26º

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 nº 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

êste 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 êste intuito requer a V. S. que se digne mandar citar o Procurador da República ante êste 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 accessórias, 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 somente 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; argüi 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 êsses atos são inconstitucionais, de que atos inconstitucionais são atos nulos, de que atos nulos não surtem resultado legal, e de que, para conhecer essas nulidades, pronunciando-as, a autoridade competente, no regímen 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 têrmos 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.

Êste 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

êle se ramifica, através de tôdas 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 êste 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 êsse poder, só poderiam delegá-lo por ato legislativo, mediante os trâmites competentes, que não são os das moções da espécie aludida, enxêrto espúrio nos cânones do nosso regímen;

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 do 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 competência, 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*, ou manter contra eles o direito dos indivíduos, quando o caso fôr submetido à justiça, em ação regular, pelos prejudicados;

que este direito de examinar a constitucionalidade dos atos legislativos, ou administrativos, é a chave de nosso regímen 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 regímen americano, que é o nosso.

No trabalho desta investigação, os vários casos particulares, tratados cada qual no seu feito, são modalidades, ora ligeiramente díspares, ora idênticas, do mesmo abuso, de um atentado múltiplo, a que o critério jurídico depara a mesma reparação. Pareceu-me, pois, enfeixar em um 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 áspera 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, no 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 vezes 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 sôbre 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 acêrto da *política* do govêrno na aplicação dêsse instrumento

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

«a) promover e exercitar a ação pública, funcionar e dizer de direito em todos os processos criminaes e causas que recaiam sob a ação da justiça federa». Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, art. 24.

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 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 interferência dos tribunais, para julgarem das imputações irrogadas aos acusados (2); o que *a fortiori* envolve a asserção da 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 govêrno, "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 indivíduos 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

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

Considerando que a cessação do estado de sitio 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...

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 pleno o triunfo a esta causa, e prevenir contra as seduções 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; porque as bases da Constituição republicana consistem na supremacia da lei fundamental sôbre tôdas as leis e sôbre 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. Tôdas 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 êste arrazoado vai sofrer.

Nesta excursão pelas novidades de um regímen 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 daquela, e a própria lei nos pôs nas mãos êsse foco luminoso, prescrevendo, 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)

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



LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS PODERES

Se atos do executivo demitindo funcionários indemissíveis, reformando militares irreformáveis, se tornassem 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 *subtractum* 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 cumiadas mais altas de uma serrania entre as eminências inferiores: para êsses, a Constituição é o conjunto dos atos ordinários do parlamento legislando sobre as necessidades orgânicas do governo. Êste 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 êsse efeito e sôlidamente 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

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

sentido estreito 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 "tão transcendente, que não tem raias, quanto à matéria, ou quanto a pessoas". (7) Seus erros de ninguém se não dêle mesmo podem receber emenda (8). Só não lhe é dado, na expressão de BLACKSTONE, o naturalmente impossível. Sob a sua prerrogativa, legislação e soberania são termos conversíveis (*sovereignty and legislature are convertible terms*). (9) Sua vontade "pode mudar a constituição, como Deus criou a luz." (10)

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 (11), aos princípios

(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'Anglet. 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., 3, pág. 43.

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

(10) DE LOLME: *Const. of England*, 1. 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.

fundamentais da *Magna Charta*, (12) Lord COKE, 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*). (13) Lord HOBART, outro *chief-justice*, e, com êle, mais tarde, lord HOLT, declararam que os atos do parlamento são írritos, quando contrários à equidade natural, porque *jura naturae sunt immutabilia, sunt leges legum*. (14) 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. (15) Não raros exemplos se encontram ali, desde eras antigas, em que os juizes aboliram praticamente certas leis. (16) E, conquanto, há muito, os tribunais tenham aberto mão dêsse arbítrio, até os nossos dias "continua a vigorar como princípio cardinal na legislação inglêsa a doutrina de que a legislatura é obrigada a acatar os direitos individuais." (17)

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, que aquêle país tem pro-

(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) HUGO: *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 is government* (1889), pág. 170.

duzido. (18) "Se as leis, ou atos do soberano colidem com elas", continua AUSTIN (19), "êsses atos, ou leis, podem se qualificar de *inconstitucionais*. As leis retroativas, por exemplo, denominados *acts of attainder*, poder-se-iam taxar 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 na sua generalidade". (20) O sentimento público e o costume dos tribunais revestiram certos direitos de uma inviolabilidade, que os legisladores não ousariam arrostar. Êsse costume não se estabeleceu, de certo, senão com o assenso tácito da legislatura; porque os tribunais ingleses apenas declaram a lei: não a constituem. 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." (21) Daqui o dizer um jurisconsulto inglês, dos que mais e melhor se têm ocupado com a organização política daquele país (22), 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,

(18) «One of the most eminent professors of jurisprudence, that this country has produced.» *Times*, 12 ag. 1867.

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

(20) 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.»

(21) FRANQUEVILLE, vol. I, pág. 82.

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

onde se embebem as raízes de sua própria existência, cometerá uma ação 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 constitucionalistas 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*). (23) "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, e 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. (24)

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 exerce

(23) GIO. BATTISTA HUGO: *Leggi incostituzionali*, pág. 59.

(24) *Ib.*, pág. 62.

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 a autorização prévia do govêrno, 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 (25), que forma, por assim dizer, 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 êsses três contrapesos, dos quais os dois primeiros acabaram por inutilizar o último, se êles não representassem, na doutrina constitucional, assim como na prática, um poder, o poder que sobrepaira aos outros, e os refreia a todos, o inglês não poderia ensoberbecer-se, como se ensoberbece, de que "o govêrno de Inglaterra nunca foi teòricamente o despotismo". (26) O govêrno de Inglaterra seria, em princípio e de fato, o despotismo do parlamento.

O régimen americano é a antítese dêste. "Na Inglaterra os grandes poderes políticos não são no mínimo grau criaturas de um poder constituinte; porquanto a existência dêles precede a de qualquer ato

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

(26) *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, pág. 159.

constituente, 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 sêlo da soberania nacional. Está, por consequência, fora da Constituição, no significado francês desta palavra. E, se êsses poderes nela figuram, não é porque ela os institua, ou consagre; é, ao revés, porque êles 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". (27) No sistema dos Estados Unidos, pelo contrário, servindo-me da expressão de um publicista francês a respeito da França (28), o poder legislativo é obra da Constituição. "Sendo a Constituição", dizia, acêrca da americana, um dos seus 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." (29) Quase quarenta anos antes, em 1795, o juiz PATTERSON, no Estado de Filadélfia, rejeitando uma lei do congresso, por avêssa à Constituição, disse: "A Constituição é a lei suprema; sua dignidade prevalece à da legislatura; só a autoridade, que a fêz, poderá mudá-la; o poder legislativo é criatura da Constituição; deve à Constituição o existir; recebe os seus poderes da Consti-

(27) BOUTMY: *Études de droit constitutionnel* (1885), págs. 229,30.

(28) HELLO: *Du régime constitutionnel*, part. 2^a, c. I.

(29) 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.

tuição; e, pois, se os seus atos não conformam com ela, são nulos." (30)

A nossa política de fraseologia, a nossa ausência de educação jurídica, os vícios franceses da nossa disciplina intelectual levam-nos a confundir a nação com as assembleias 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 assembleias" (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." (31) "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 assembleias. 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 é dado esquecer que o povo é o seu soberano, e que não lhes assiste direito nenhum de excederem o mandato por êle conferido. Êsse mandato é a Constituição." (32) 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*

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

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

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

contra a onipotência das assembleias, é a Constituição.” (33)

É a essa doutrina fatal da onipotência das assembleias, 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 do 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 (34), há meio século, profligava como palmar a confusão “da soberania, que estabeleceu 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 arestos, de seus livros elementares, dispensa às maiorias, para revogarem a Constituição, condições que esta pré-estabeleceu até para a votação das leis triviais.

Magistrado do régimen americano, o nobre procurador da República fala como um funcionário da Convenção. A contrariedade firmada por êle é um documento da escola revolucionária francesa,

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

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

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 soberania 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" (35), nas outras instituições fundamentais.

Os autores da 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 de HAMILTON. Não queriam essa ilusória soberania do povo, da qual dizia o insigne professor de legislação comparada no Colégio de França que nunca foi, no seu país, "senão um grito de guerra explorado por ambiciosos". E, sabendo que essa soberania tumultuária, inconsciente e ludibriada "não serve senão para destruir" (36), querendo utilizar com sinceridade a soberania do povo como peça regular, como força conservadora no mecanismo político, embeberam a sua obra exclusivamente no exemplo america-

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

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

no; 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 ofereciam 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 dos seus direitos e interesses. Diante deles 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". (37)

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". (38) 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

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

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

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. À essa necessidade só poderia corresponder um pacto expresse, 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 nos seus vários ramos, especialmente naquele, que, investido na função de fazer a lei, podia, a êste título, invadir o contrato primitivo, e alterá-lo, se êle 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 êle (39), "no empreendimento de reprimir o poder da coroa, resultaram em fundar a supremacia do parlamento, que, pôsto conservador até êstes tempos, vai-se transformando com rapidez numa assembléia meramente popular, e bem poderá proceder, 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 govêrno que obra em seu nome. Os fundadores do govêrno federal e dos

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



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, servindo 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 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 dêsse 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(40) até NOAILLES(41), todos os liberais desde HAMILTON(42) até STUART MILL(43), todos os pensadores desde VOL-

(40) «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*.

(41) «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, pág. 153.

(42) *The Federalist*, LXXVIII,

(43) *On Liberty*.

TAIRE (44) até SCHERER (45), e que, em nossos tempos, a sociologia acaba de assimilar aos seus princípios fundamentais nas palavras de SPENCER: "Numa nação popularmente governada, o govêrno 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 discreção do parlamento." (46)

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 (47), "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,

(44) «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.

(45) «Si la démocratie ne parvient pas à se limiter, elle est condamnée au desordre, et, comme les sociétés ne supportent jamais longtemps le desordre, 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.

(46) HERBERT SPENCER: *The man versus the State* (8th. etd. 1885). pág. 106-7.

(47) *The Constitution of Engl.*, I, II, c. III, pag. 156.

assim como acima da função legislativa está a soberania popular, acima da soberania popular estão os direitos da liberdade. "Ser soberano, sem ser déspota" (48) 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." (49) 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". (50)

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,

(48) HARE, I, pág. 123: «To be sovereign and act not despotic».

(49) «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.

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

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 força ordinária das maiorias. Disto é prova manifesta o art. V da Constituição dos Estados Unidos." (51) Esse artigo é o que demanda a aquiescência dentre quantos 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. (52) 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 régimen 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 § 2º), 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.

(51) HARE, I, pág. 122.

(52) «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.

Mas, ainda para atuar sôbre 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 transitam sucessivamente por ambas, segundo a praxe das deliberações legislativas. (Arts. 18, 37 e 39).

Não é permitido, portanto, às câmaras fazer, 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 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 reputeem obrigados a desobedecer às leis inconstitucionais. Empregada por franceses, a expressão de ordinário se deve tomar da legalidade e, como tal, nula.

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 ato 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 conseqüência 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 círculo 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 govêrno, 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 govêrno, assinando-lhe os diferentes ramos, as respectivas funções. A isto pode

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

cingir-se; ou pode estabelecer raias que elles 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 occorresse erro, ou deslembração, fêz-se escrita a Constituição. Com que fim se estipulariam esses 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? Acabou-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, consequentemente, 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 menos em seus textos do que na índole de seu regimen constitucional, que a Constituição brasileira reproduz, e que se applica, em geral, a tôdas as constituições escritas com separação limitativa dos pode-

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

res. "A regra de que todo ato da legislatura, oposto à Constituição, é írrito", 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:

Esse 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 taxa. "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,

(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.

(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 of the Un. Stat., as influenced by decisions of the Supr. Court since 1864*. No vol. *Constit. development*, pág. 203.

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)

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.

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



AS NULIDADES E A JUSTIÇA FEDERAL

I

ATOS DO PODER LEGISLATIVO

Desde que, neste regímen, 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 vezes a resolvia, atribuindo essa função específica 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 Cons-

tuição, a lei era igualmente obrigatória para os juizes, o presidente do tribunal redarguiu-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 Constituição, 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 algum de seus ramos." Doutrina análoga sustentou, em 1776, a côrte de apelação virginiana, em uma representação dirigida à assembléia. Por essa época, em Nova York, uma decisão judiciária repeliu como inconstitucional um ato legislativo, que reduzira a seis o número dos jurados. 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

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

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

Norte resolvera praticamente esta questão, vital para os países livres, do equilíbrio das assembléias políticas pelos tribunais de justiça, que, na grande e nunca tranqüila França inquieta inútilmente, há cem anos, conservadores e radicais, estadistas e reformadores, 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 sôbre as fronteiras, sempre indecisas, entre o parlamento e a justiça nas controvérsias constitucionais, todo dia suscitadas. (4)

Ao gênio de MARSHALL coube a honra, no seu aresto histórico sôbre 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 executá-lo? 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.

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

(4) H. SUMNER MAINE: *Popular Government* (2ª 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.

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 expendê-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 govêrno, é, contudo, inteiramente obrigatório na realidade. Equivaleria a estabelecer que, se a legislatura praticar o que lhe é explicitamente vedado, o ato, não obstante a proibição expressa, será praticamente eficaz. Equivaleria a de um só fôlego dar à legislatura uma onipotência prática e real, professando aliás circunscrever-lhe os poderes em estreitos limites. Equivaleria a prescrever-lhe limites, 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 êste poder a intenção de que, ao usarmos dêle, desviássemos a vista da Constituição? a idéia de que hou-

véssemos 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 fôrça abrirem-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 que 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 reatroativas». 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 instrumento 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

(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.»

que a suprema côrte 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 que os tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição como conformes ou contrárias à 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

"Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tri-

(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.»

bunal Federal, quando se questionar *sôbre a validade de tratados e leis federais*, e a decisão do tribunal do Estado fôr contra ela." (Art. 59, § 1º, 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. Sòmente 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 da 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 êle é o tribunal de última instância, ao qual se podem levar os processos, que envolverem ques-

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

tões constitucionais. Mas as funções da Suprema Corte são as mesmas, em gênero, que as de todos os outros tribunais, federais, ou de Estado. É obrigação dela e dêles applicarem a lei; e onde quer que um tribunal, seja um tribunal de primeira instância no Estado, ou o tribunal federal de instância mais alta, encontrar uma lei, de autoridade inferior, contrariando uma 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 facilimo 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)

(11) «Il diritto di sindacato non si esercita solo dall'a 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, 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.

Não esqueçamos que a Constituição brasileira firma claramente êste direito. Mas, quando o não fizesse, êle 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)

STORY demonstra lúcidamente que "o poder de interpretar as leis envolve *necessariamente* a função de verificar se elas se conformam, ou não 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. nenhu-

(15) DE NOAILLES: *Cent ans de république aux États Unis*, II, pág. 114-5.

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

ma" (17), não é, como de ordinário se presume, uma singularidade feliz do regímen que procuramos imitar.

Não há dúvida que existem relações particulares de afinidade entre o federalismo e esta sindicância constitucional da judicatura sôbre os outros ramos do poder. "É óbvio que, numa Constituição como a dos Estados Unidos, os tribunais hão de ser o eixo, em tórno do qual gire a organização política 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 juízes. A toga, portanto, pode e deve precisar os limites à autoridade do govêrno e à da legislatura; e, não tendo apelação as suas 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 funda-

(17) STORY, I, pág. 286, § 385.

(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.»

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

(20) BRYCE, I, pág. 342.

(21) *Ibid.*

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

(23) DICEY, *Op. cit.*, pág. 152.

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

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 dêstes. A sucessão, em que acabo de enumerá-las, exprime-lhes jerarquia 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 subsequêntes, 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, arbítrio 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

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

(26) DE NOAILLES, II, pág. 193.

STORY. (27) Assim DICEY. (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 no seu mecanismo todo." (30) É "a grande roda na máquina republicana", escrevem outros. (31) A admiração geral aponta-o como "o centro de gravidade da República". (32) Tôda 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 discrecionário. 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.

(27) PASCHAL: *Anotaciones a la constitución de Estados Unidos*. Trad. CALVO. Vol. II, pág. 296, nº 441.

(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 arbitre whose decision shou'd 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.

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 dêstes. A sucessão, em que acabo de enumerá-las, exprime-lhes jerarquia 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 subseqüentes, 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, arbítrio 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

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

(26) DE NOAILLES, II, pág. 193.

STORY. (27) Assim DICEY. (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 no seu mecanismo todo.” (30) É “a grande roda na máquina republicana”, escrevem outros. (31) A admiração geral aponta-o como “o centro de gravidade da República”. (32) Tôda 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 discrecionário. 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.

(27) PASCHAL: *Anotaciones a la constitución de Estados Unidos*. Trad. CALVO. Vol. II, pág. 296, nº 441.

(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 arbitre whose decision shou'd 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.

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 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 êrro, assim como toda enunciação exterior de um juízo pode ser viciada pela insinceridade do agente. Mas êsses 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-lhes 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

(33) JOHN MARSHALL: *Writings upon the Feder. Const.*, pág. 339.
EZRA SEAMAN: *The American System of Government*, c. I secção X, pág. 32.

(34) BRYCE: *The Amer. Commonwealth*, I, pág. 330.

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 dêstes 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 pre-supremacia judicial: são apenas administradores da vontade comum. Declarando inválido um ato da legislatura, não assumem superintendência alguma sôbre 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 êste 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)

(35) «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.

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

(38) KENT: *Commentaries*, pág. 486.

(39) WILLOUGHBY, pág. 30.

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, 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 dos 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 a qual ela se exerce, é nulo. O ato legislativo oposto à Constituição, portanto, nunca se poderá validar.

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

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

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

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 ; regulada por certos poderes, têm o arbitrio, não só de fazer o que êsses poderes não autorizam, senão até o que eles 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. Seria 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 à legislatura e ao povo, 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.

Num exemplo familiar se afigura o exercício dessa discrição 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 fóro, 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 consequência, 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 o 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 consequência seria sempre trocar-se o arbítrio do corpo legislativo no arbítrio dêles. 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 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? "O juiz delibera conforme *tôdas* as leis, uma das quais é a Constitui-

(43) *The Federalist*. Ed. de CAROT LODGE. Lond., 1888, pág. 485-7.

ção, e, recusando aplicar leis inconstitucionais, tão pouco exerce funções legislativas, quanto pratica 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 ao legislador, ela 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 o seu *dever positivo*. (48) "O dever legal, *the legal duty, de todo o juiz*" (ensina um dos grandes mestres), "quer funcione, suponhamos, como juiz do 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 adcrever-se aos termos da Constituição, do mesmo

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

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

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

(47) GIO. BATTISTA UGO: *La responsabilità dei pubblici ufficiali*, Torino, 1865, 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.»

modo como o seu confrade em Inglaterra há de obedecer, resolvendo o caso, aos atos do parlamento." (49)

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, têm de negá-la, ou confirmá-la. Se se abstiverem de declará-la 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 inexcedível gravidade, sobre os mais sérios direitos do Congresso, como o de legislar acerca 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, e nas outras se rejeitaram, igualmente como inconstitucionais, um sem número de leis de trinta e quatro Estados. (54)

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

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

(51) *Commentaries*, II, pág. 339 n.

(52) HITCHCOCK: *The Supreme Court and the Const.* GARSON, 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.

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)

Ê, portanto, indubitavelmente um dos grandes triunfos do sistema americano. (57) Obra, sem protótipo (58), dos estadistas que a criaram, essa posição dos tribunais no regímen 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.

Entre 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. Sob essa forma de govêrno, 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 vêzes na jurisprudência, a

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

(56) DICEY: *Op. cit.*, pág. 150.

(57) WILLOUGHBY, pág. 27.

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

noção americana na 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 (*Côrte d'appello* de Gênova, 14 julho 1856; *côrte d'appell.* de Casale, 26 junho 1857; *côrte d'appel.* 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 entre todos êles 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. Essa excentricidade, porém, tem sua causa na força de influências tradicionais, nas idiosincrasias do seu passado e do 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

(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 incostituzionale*, págs. 162, 164, 165.

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

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

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 *Lundsgemeinde* (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 aquilatadores mais competentes, em suma, a exceção suíça, explicada e atenuada, até certo ponto, pelo amiadado uso dos *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

(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 Vo'k und den Recht-darschlagenden nach Eid und Gewissen entscheiden.»

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

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

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:

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

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

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

A da Bolívia, promulgada em 1871, atribui (art. 82, 2º) 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)

(69) DUBS, *loc. cit.*, pág. 176.

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

A de Venezuela (ano de 1874) determina entre os objetos da jurisdição cometida à alta corte federal, "declarar cuál sea la ley vijente, quando se hallen en colisión las nacionales entre si, ó éstas con las dos estados, ó las de los mismos estados" (arts. 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 da Inglaterra essa regra é geral. (73) Elas gozam do auto-govêrno; mas as 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 canadenses 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. (84)

Assim, onde quer que se levante o princípio federativo, a superioridade da Constituição às leis ordinárias concretiza-se logo na função judicial de

(71) AROSEMENA, vol. II, pág. 178.

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

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

(74) MUNHO: *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.

custodiar a primeira contra as segundas.(75) “Aos olhos dos estadistas europeus êsse poder dos nossos tribunais é uma maravilha em permanência; mas, para o americano, não é mais que o resultado natural e óbvio de toda Constituição escrita.

Êle é, de feito, o corolário imperioso das formas limitadas de govêrno. 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, alheio às fôrças do poder legislativo, e baldio, 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 dêsprende dêstes dois elementos: 1º que a Constituição, dada por meios especiais e extraordinários, cria o poder legislativo do mesmo modo que os demais; 2º que o introduzir de 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 é que autorizar reformas operadas pelos meios comuns de legislar, sancionar um contraprinípio, destruir por negligência e timidez o que resolutamente se estabeleceu com pleno conhecimento de causa.”

(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.

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

(77) AROSEMENA: *Estudios const.*, vol. I, págs. 287-8.

Logo, o art. 59, § 1º *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 tôda a parte onde êle tem realidade coerente.

MARSHALL, no caso *Cohen contra o Estado da Virgínia*, enunciou uma verdade de ordem primária neste sistema de govêrno, estabelecendo que "o poder da justiça, em tôda Constituição bem formada, há de ser *coextensivo com o da legislatura*, e deve estar aparelhado, para resolver tôdas as questões, que surgirem do direito constitucional, ou das leis." (78) Esta proposição, acrescentou êle, pode considerar-se como *axioma político*. HAMILTON escrevia, na sua apologia imortal do regímen americano: "Se existe axioma político irrefragável, é o que prescreve ao poder judiciário extensão igual à do legislativo." (80) 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 federal. E TOCQUEVILLE, cuja autoridade não empalidece entre essas, diz (84): "O âmbito do poder judicial, no mundo político, deve ser comensurado ao

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

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

(80) *Comment.*, 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.

(84) HARE, I, pág. 119.

do poder eletivo. Se essas 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 regímen federativo especialmente (85), 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, 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 regímen. 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

(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 the Supreme Court and its place in the Const.* CARSON'S *Supr. Court*, pág. 611.

(88) L. LOWELL, *Essays*, pág. 120.

(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.

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 regímen, é a instituição repressiva dos abusos do Congresso, por maioria de razão não pode evadir-se à autoridade dela a ação inconstitucional do executivo.

MARSHALL, constitucionalista sem rival entre os constitucionalistas americanos (95), proferiu uma

(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.

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

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 êle fora dela se aventure.*" (96)

STORY profere a mesma lição: "O dever, que incumbe aos tribunais, de declarar inexecuíveis tôdas as leis inconstitucionais adotadas pelo Congresso, ou pelas assembléias dos Estados, obriga-os 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 arbítrio exercido além dêsse têrmo é vão e inútil com os atos do falso procurador. "O presidente não tem faculdade 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

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

(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.

chefe do Estado, quanto o da legislatura cuja sombra sobre 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 fôrça 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 espirito 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 jurisconsultos 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 pe-

(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, *Cons. History*, I, pág. 592.

cularidades do régimen americano. Ela é comum a todos os países constitucionais, e vigora indiferentemente nas democracias republicas, ou nas monarchias representativas.

Quanto à Itália, por exemplo, eis as palavras do mais autorizado entre todos os seus professôres de direito constitucional (104): "A administração administra livremente, no círculo de ação escrito pela lei. Os magistrados julgam, não só os particulares, mas os funcionários públicos e as contestações com a pública administração, toda vez que se trate, não de apreciar interesses, o que é a 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 toda a sua amplitude, a saber, não só entre particulares e nas questões de interesse privado, mas também nas que se agitam 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 sua conformidade 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 di-

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

reito e o dever de negar-lhes de todo o 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 forem 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)

Nas Ilhas Britânicas "uma das pedras angulares da liberdade inglêsa 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 govêrno se coadunam com os princípios constitucionais", diz um jurisconsulto 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 inglêso os meios de consumir pacificamente a conquista de sua liberdade." (109)

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

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

«Se il potere esecutivo se attribuisca facoltà che non hà, ed ecceda 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* (3eme ed.), n. 505, pág. 331. — Cf. GIRON: *Le droit publique de la Belgique* (Brux., 1884), pág. 154.

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

(108) HARE, I, pág. 135.

(109) *Ib.*, pág. 136.

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 as suas tradições e os seus direitos, e, por outro, a dignidade dos ministros, como procuradores do parlamento, concentram nos atos da administração uma dupla autoridade, que se apoia em ambos os poderes, e de ambos moralmente participa. No plano do nosso regímen, 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 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, sucessiva-

mente 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 tôdas 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) cometeu 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 argüi o poder executivo de haver quebrantado o pacto republicano em suas disposições. Da mesma ordem são tôdas lides, em que os autores, ou os réus, increparem a administração pública de ter desconhecido o direito constitucional. Todos êsses lití-

(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.

gios, consequentemente, caem na competência dos tribunais da União. O art. 60 não excetua, não distingue, não limita: submete indiferentemente a essa autoridade tôdas as questões, logo que uma 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. 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 por ação judicial.

III

CONDIÇÕES DA ANULAÇÃO JUDICIAL

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

Perdoe-me o meu nobre contraditor. Qualquer estudante dos manuais de direito constitucional, que, nas escolas americanas, se distribuem às crianças, tem a 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.

(*) Rodrigo Otávio.

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 sòmente contra as dcliberações *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 tènicamente 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 govêrno, 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. Sôbre a validade dêsses atos, como já vimos, sentença a justiça, ainda em países onde não tem direito de sentenciar sôbre os atos inconstitucionais da legislatura. Que pretende um cidadão, quando, na Inglaterra, na Itália, na Bélgica, recorre aos tribunais contra um decreto executivo? A *revogação* dêsse decreto? Certo que não: simplesmente a sua imunidade pessoal em relação a êle. Um dos mais venerandos expositores da Constti-

tuição 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 demandaram 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 govêrno, em abril, preludiou e consumou o estado de sítio. 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. Abrogaram-se os decretos de abril? Não: perduram em tôdas as suas consequências, quanto aos que se abstiveram de pleitear.

Depois, a imputação, que me irroga 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 restituísse os oficiais reformados ao quadro do exército, que reintegrasse os lentes demitidos nos quadros do magistério. Se tal o fizesse, seria plausível a objeção. O govêrno 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

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

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 uma 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 govêrno, ou os particulares o invocam, para obter uma condenação civil, ou criminal*. Então, antes de se associar a êles, 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 seu 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, 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 justifica-

(112) *Ib.*, n. 508.

ção 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. À que devia eu socorrer-me? Evidentemente, ao espírito das novas instituições e aos cânones consagrados da sua jurisprudência na terra de seu berço. A impugnação do ministério público denota a mais absoluta ausência da intuição constitucional nestes assuntos, constrangendo-me a evocar autoridades sobre autoridades, uma vez que a minha é tão fraca, e a do meu contraditor tão elevada. À conta dêsse dever, releve-me o co-

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

lendo 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 tudo se defende. O melhor argumento, portanto, é o verbo dos mestres. Êles 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 dêsses inestimáveis legados, que a América recebeu da Inglaterra nesse tesouro do *common law* (114), onde se cristaliza em gemas de eterno valor o gênio jurídico dos saxônios. Foi num pleito dêsses que MANSFIELD julgou e condenou a escravidão na Inglaterra. Os tribunais não discutem êsses assuntos *in abstracto*, sôbre 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 Côrte 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 sôbre ela se demandar perante êles. *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

(114) BRYCE, I, pág. 345.

(115) STORY, II, § 1.571.

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

“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. Esta dá o impulso à intervenção judicial, que aliás nunca se produziria. Esta noção é fundamental; mas, até hoje, raros a têm compreendido entre nós. Daí ouvirmos frequentemente estranhar a inércia dos tribunais ante certos atentados oficiais contra a Constituição. Para os tribunais êsses fatos, seja qual fôr a sua gravidade, 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*. Ou, 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, quando 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 subme-

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

(118) DICEY, pág. 164.

(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.

tê-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 fala-se em *recursos*, supondo-se que se pode encetar uma ação por um recurso, quando todo recurso supõe uma sentença anterior, ou que se pode *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 improvasdas.

EIS STORY (122):

Êste ramo do govêrno só pode ser chamado a sentenciar 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.

(122) *Commentaries*, II, pág. 3888, § 1.571.

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

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 revogado, 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, tôda a vez que, perante êle, se formule judicialmente uma ação.

BANCROFT (127):

A sentença de um tribunal, em tôdas as causas submetidas à sua jurisdição, é definitiva entre as partes no feito... Sob 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 um caso particular. O tribunal não vai jamais ao

(124) *On Civil Liberty*, pág. 164.

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

(126) *Comment.*, I, pág.

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

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

encontro de uma lei, nem antecipa juízo acêrca da 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 promove demanda, na qual as pretensões de alguma das partes tenham relação com esse 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, a fim de resolver 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 de 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 elle não a vê. Quando um magistrado, a propósito de um processo, aprecia uma lei concernente a esse processo, amplia o círculo de suas atribui-

(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.

ções, sim, 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 contrariar as leis senão pelos meios judiciários, diminuíram consideravelmente os riscos desse poder.

CURTIS (133):

Todos estes assuntos podem envolver-se, e constantemente se acham envolvidos em pesquisas judiciais acerca 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 uma questão entre indivíduo e indivíduo. Daí resulta a consequência salutar de que suas declarações não se fazem na primeira fase da controvérsia, de que largos debates públicos a precedem, 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 sua sentença, senão até onde a causa o reclamar.

SUMNER MAINE (135):

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

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

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

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

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.

DE NOAILLES (137):

Não se envolve o poder judiciário com atos legislativos, primeiro que se suscite um litígio determinado, proporcionando-lhe ocasião de aplicá-lo. Não pode submetê-los ao seu exame, senão a propósito de uma ação regular, movida por indivíduos diretamente interessados. Antes disso todas as leis se reputam subsistentes, e os tribunais não têm faculdade de apreciá-las. Diante deles não se travam debates políticos sobre o valor ou as conseqüências possíveis de uma lei estudada em abstrato: a polêmica, estritamente judicial, versa acerca do efeito imediato da lei, encarada em sua aplicação a um caso atual e definido.

CARLIER (138):

O uso que de tais poderes se faz, está sujeito à verificação dos tribunais de justiça, não por modo absoluto e em todas e quaisquer circunstâncias, mas apenas ocasionalmente, nos litígios 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 frequência desta espécie de litígios faz passar sucessivamente por essa prova a maioria desses atos, e todo julgamento proferido acerca 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 seu concurso a boa ordem e a harmonia constitucional.*

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

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

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

Ante êste acêrvo 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? 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 arbítrios da administração, podem buscar refúgio à sombra da magistratura, provocando sentenças reparadoras. Entretanto, aqui, perfilhadas por nós as instituições americanas, à primeira vez em que se tenta recorrer a êste instrumento de ordem, trivialíssimo, comezinho nos Estados Unidos, dando assim o único exemplo que pode salvar êste país, o do apêlo à justiça contra o delírio das paixões, levantamos uma pedra de escândalo, quando presumíamos prestar um serviço patriótico, semeando hábitos salutaros. 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 como a China.

Não, a coarctada não tem sequer vislumbres de plausibilidade. A sentença, que eu peço aos tribunais federais, não seria a revogação dos decretos de abril: seria simplesmente a declaração judicial de que êles não revogaram a Constituição, isto é, de que direitos criados por esta não podiam ser supressos por êles. Por outra: seria a sustentação dêstes direitos, *em cada caso individual*, contra atos do executivo, para cuja execução o poder judiciário não podia con-

correr 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 na sua generalidade, quando só lhe ataca, espécie a espécie, os efeitos proibidos por uma 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 os pleitos submetidos ao seu conhecimento*. Naturalmente sói dizer-se que a Suprema Corte invalida atos do Congresso. Mas de fato assim não é. *Esse tribunal nunca sentença acerca de atos do Congresso. O que faz, é simplesmente estatuir que, numa questão dada, o indivíduo 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 acerca de uma aplicação particular, a gravidade da impugnação furta-se em parte aos olhares do público. A decisão

(139) *Law of the Const.*, pág. 150.

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

tende apenas a ferir um interesse especial: a lei só acidentalmente se envolve no caso. Aliás, censurada assim, a lei não é destruída: reduz-se-lhe a força moral; mas o efeito material fica suspenso. Pouco a 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 infrinjam os direitos invioláveis do indivíduo, 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 do 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 indivíduo 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 fêz: compete-lhes também julgar *se, relativamente aos feitos que se lhe apresentam*, essa lei está de acôrdo com a Constituição, e, caso haja antagonismo entre as duas, cumpre-lhes observar o direito constitucional.

DANA (143):

O tribunal não rejeita ou declara nulos formalmente a lei, ou, o decreto, inconsistentes com a Constituição. Apenas

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

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

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

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 a lei 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.

Destarte, 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 se 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 reivindicam 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 Cons-*

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

tituição", ou, segundo 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 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 possibilidades, a causa cabe nos termos desta provisão constitucional, na esfera dos seus motivos e da 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 deter-

(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.

minação 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 é, 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 da lide, a justiça ignora a inconstitucionalidade. É a primeira defesa 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 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 seu 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 é utilizável por aqueles que têm direito a contestar a validade do ato. Por

(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.

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

estranhos, não. Não é necessário ir além, para assegurar e tutelar os direitos de todos contra o exercício ilícito do poder legislativo; e 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 houve 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 êle atenta, *no seu dispositivo* há de retrair-se dêsse terreno, *limitando-se a definir a situação jurídica das partes*. “*The court determines only the rights of the parties thereto*.” (150)

E aí tendes a que se reduz, em suas proporções técnicas, essa autoridade extraordinária, conferida aos tribunais no regímen hoje nosso. Suas consequências 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

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

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

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

derradeiro árbitro, em todos os assuntos concernentes aos poderes distribuídos na Constituição, o juiz irrecorrível dos 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 do seu concurso aos atos desorganizadores da administração, ou da legislatura. E, como o seu 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 inferioridade que por excesso,

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

limitados como se acham a certas classes de causas:" (153)

É que não é senão com êstes 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. Esforçando-me por condensá-las na sua essência, poderei reduzi-las a êstes preceitos elementares as condições necessárias para a regularidade no exercício da função judicial contra os atos inconstitucionais do Congresso, ou do govêrno. Para êsse fim é mister:

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 a ato inconstitucional do poder legislativo, ou executivo, mas se refira à inconstitucionalidade dêle apenas como fundamento, e não alvo, do libelo.*

(153) *American Commonwealth*, I, pág. 336: «The powers of the Federal court 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.»

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

6. *Que o julgado não seja exeqüendo 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.*

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 termos se deve entender o horizonte desta expressão? Adotada em sua acepção ampla, ela abrangeria no seu raio a esfera inteira do poder legislativo e do poder executivo, 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 situação dêesses 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.

Ê a conseqüência 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 validade de um estatuto do Congresso, a matéria é necessàriamente política." (154)

Claro está, pois, que, dentre assuntos políticos e assuntos políticos, mais ou menos pròpriamente tais, a restrição há de abranger uma limitada classe de casos, e excluir a mais vasta categoria dêeles; 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 sôbre a limitação dos vários ramos do govêrno." (155) Qual o critério discriminativo, por onde apurar, dentre os atos do Congresso e do govêrno, todos genêricamente 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.

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

(155) L. LOWELL: *Essays*, pág. 103.

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 apoia 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 as 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 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 *imediato* 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 um a 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 extremou-se, quanto possível, da política a interpretação constitucional." (156) Esta fase 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. 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 extreme da suspeita de pres-

(156) *Ibid.*

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

(158) BRYCE, I, pág. 337.

são 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 transformaria 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 sen-

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

(160) HITCHCOCK: *Const. Hist. in the develop. of Amer. Law*, pág. 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, § 1.576, pág. 395.

tença evita rigorosamente a deturpação política do papel dos tribunais.

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 discreção, ficando responsável exclusivamente para com seu país, no caráter político, e para com a 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 determina o grande *chief-justice* que 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

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

executivo, instituídos apenas para cumprir as vontades do presidente, ou antes, para servir em assuntos, nos quais o executivo exerça *discrição legal*, ou *constitucional* (*in cases in which the executive possesses 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 agravado, tem o direito de recorrer, em procura de remédio, às leis do país." (163)

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

(163) *Ib.*, pág. 14.

(164) *Ib.*, pág. 17.

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 êsse critério ressalta das palavras de MARSHALL tão bem definido, que autores e magistrados, após êle, 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 Côrte Federal, um dos órgãos mais ilustres do fôro americano, “êste tribunal definiu com extraordinária força e lucidez as balizas da autoridade respectivamente distribuída aos três ramos do govêrno. 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 govêrno dos Estados Unidos é um govêrno de leis, não de arbítrio pessoal (*a government of laws and not of men*), e a alçada judicial se limita a decidir *sôbre 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

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

constitucionais, ou legislativas, 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 o 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 govêrno 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 a aplicar os impostos regular as relações comerciais e internacionais. "São assuntos de ordem política superior. Não se compreenderia que se instituísse um tribunal de revisão, para devassar as resoluções do Congresso, em tais assun-

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

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

tos." 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, assinadas tôdas 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 govêrno de um Estado como não republicano, sob a faculdade, que, em têrmos 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 contrassenso 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, ques-

(168) *Ib.*, págs. 125-7.

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

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

tões 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. 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 seus habitantes, 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 perpetrrou? O caráter discricionário de uma função não legítima 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 êstes, há direitos individuais, de existência constitucional, que êle atropela a jurisdição dos tribunais então é inegável; porque ela, 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 alargue arbitrariamente o seu diâmetro, ou se multiplique em pretensões excêntricas ao seu objeto.

MARSHALL, na opinião dos jurisconsultos americanos (173), deixou traçada vivamente 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 ar-

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

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

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

mar vasos de guerra; está em sua competência comissioná-los à polícia dos mares territoriais, reprimindo, por meio dêles, quando convenha, as infrações marítimas contra os interesses e as 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 inglêsa à americana, não permite que haja agravo ao direito particular, sem reparação legal. Tôda 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 admite ação judicial, e há sempre reparo na lei." (175)

Mas não é sômente no régimen americano que se reconhece aos tribunais a autoridade de examinar atos de outro poder, e negar-lhes aplicação, quando violem a lei, em prejuízo de direitos individuais. Essa regra é da própria natureza das constituições, onde êsse direito de 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 contem-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

(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.

decretos necessários para a execução das leis." Bem que, 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 as garantias individuais. Se os ofendidos provocarem a ação da Justiça, a natureza *política* da atribuição, em cujo nome se praticou o ato agravativo, inibe 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 execução dêsses atos. Há entretanto, uma espécie de questões, que, em razão de sua importância, foram retiradas à competência da

(176) DE CUYPER. Cit. por THONISSEN, nº 384, pág. 267.

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 esse 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 transpõe 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

(177) *Op. cit.*, pág. 330, nº 503.

(178) *Ib.*, pág. 331, ns. 505 e 506.

(179) Acórdão de 26 de abril de 1834. THONISSEN, pág. 333, nº 508.

atribuições". E tão imperioso lhes parece o dever dessa intervenção que, nos casos duvidosos, manda a jurisprudência, entre êles, opinar pela competência da justiça. "Se o juiz se achar em presença de dúvida séria, cumpre que se pronuncie pela competência dos tribunais". (180)

Dêstes elementos podemos bem extrair conclusões positivas.

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

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

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

Necessário é, ainda, 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 um poder diferente e proibido.

Numa palavra:

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

A êstes compete verificar se a atribuição política, invocada pelo excepcionante, abrange em seus limites a faculdade exercida.

(180) THONISSEN, pág. 268, n° 385.

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 1ª secção na Faculdade de Medicina desta cidade, e o Dr. JOSÉ JOAQUIM SEABRA, lente catedrático da 2ª cadeira da 2ª 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 êsse 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 volubilidade 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 *tôda 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 êsse princípios.

Leis posteriores, porém, vieram ainda ratificá-lo.

A respeito das Faculdades de Direito, o decreto n. 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 (quando 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 regu-

lamento de 21 de janeiro; porquanto o Código Penal, que é de 11 de outubro de 1890 (decr. n. 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 começo 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 arbitrios.

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

Realmente, o suprainvocado art. 55, do decreto 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 transe 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 desagrassem, 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 1ª classe: Coronel do quadro extranumerário João Soares Neiva, capitão Feliberto Piá de Andrade.

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

Arma de artilharia: 2º tenente do quadro extranumerário Domingos Jesuíno 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 inviolá-

veis, 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.

§ 1º 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 chagas de arma de fogo, alude à lei, de que protesta "jamais se afastará." Mas não nos deixa lobrigar, nem por um cano de fusil, 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 réstea 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 mortiços, de que o pensamento da lei passou por aquêle ato da força, 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. 1º, § 3º, onde se prevêem “as ações ofensivas do sossêgo e da ordem pública”, praticadas por militares. Essas ações vêm definidas no art. 5º assim:

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

§ 8º Publicar qualquer representação, que tenha feito contra seu superior, sem permissão da autoridade, a quem a mesma petição fôr dirigida.

§ 9º 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 repressão estabelecida é indubitavelmente a que se prescreve nesse mesmo regulamento militar:

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

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

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

Art. 9º A admoestação e a repreensão verbais serão: 1º particularmente; 2º no círculo de oficiais de patente superior à do culpado; 3º 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.

§ 2º 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 govêrno, sob a monarquia, *nunca* infringiu, em cinqüenta 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 regímen, a reforma não se permite senão:

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

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

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

É o que terminantemente prescreve o decreto legislativo promulgado pelo Govêrno Provisório em 30 de dezembro de 1889, art. 3º, 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. 5º, ou finalmente por mau comportamento habitual, *provado em conselho*, como dispõe art. 2º, § 3º, da lei nº 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. 101-A, de 30 de dezembro de 1889, art. 5º);

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

A idéia de *habitualidade* envolve a de frequência, costume, inveteração na prática de ações da mesma natureza. A incidência momentânea, ou passageira, em uma culpa 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 começo 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. 2º, § 3º, da lei n. 260, de 1 de dezembro de 1841.5 E os termos, em que se enuncia a lei de 1º de dezembro, art. 1º, são estes:

O govêrno 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 govêrno, 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.

§ 3º CONCLUSÕES COMUNS AOS DOIS CASOS

Transgredindo a Constituição no art. 74, que defende as patentes e os postos militares contra o arbítrio do poder, o govêrno *ipso facto* violou ainda a lei fundamental, no art. 48, ns. 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.

“Êste 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 foro militar, com os seus elementos de justiça, no tenebroso regímen do *ex informata conscientia*, personificado no chefe do govêrno.

Portanto:

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



AS EXCUSAS 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 regímen 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, êsse 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 de verdadeira liberdade não é cativo a nenhuma forma de governo: 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 dos 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 foi demonstrado por MADISON (3) que "é contra a arrogada ambição dos corpos representativos que o povo deve observar a maior desconfiança, e esgotar abso-

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

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

(3) *The Federalist* (fev. 1, 1788), nº XLVIII.

lutamente as precauções." A mais grave das contingências, nesse regímen, 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 contário das influências da revolução francesa, JEFFERSON mesmo clamava contra essa ameaça: "Não foi por um *despotismo eletivo* que nós pelejamos, mas por um govêrno, 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 pele 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 dêles, e tocar a rebate à mínima tentativa de excesso no seu uso." (7) Por isso, na Con-

(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.

venção convocada para deliberar sobre o projeto de Constituição federal, votado em Philadelphia, "os mais valorosos adeptos da democracia achavam natural e salutar que os abusos das câmaras representativas viessem naufragar à barra de uma tribunal. Aquêles mesmos, que combatiam a instituição dos juizes federais, fundavam essa opinião no receio de ver periclitar 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 titâes da emancipação americana, em 1788, na Convenção da Virgínia, "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 Con-

(8) DE NOAILLES: vol. II, pág. 143.

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

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

gresso é a primeira das entidades, cujas demasias tinha em mente aquêlê magistrado americano, que formulou em palavras lapidares, êste princípio supremo em nosso regímen: "Tôda vez que uma corporação pública, das que compõem o sistema de governo 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, 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 fêz o que entre nós passaria por impossível: *atou as mãos à legislatura*". (12)

A maior expressão da sublimidade política desta forma 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 regímen democrático, no jôgo de seu mecanismo a instituição mais inclinada a excessos e mais formidável nêles é

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

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

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

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 devia estar sujeito segundo as leis de um regímen, onde "a Constituição domina os legisladores tanto quanto os simples cidadãos." (15) É, em suas feições mais brutais, a expressão dêsse cativo eleito, 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 sòmente na pureza de seu ideal, mas na própria realidade natural da adaptação instituída entre 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 cria, 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 resol-

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

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

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

ver 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 é 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: tôda 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 sossobrar, 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 regímen 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: primeira, 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 régimen, 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. 6º 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 juízes 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 aprouvesse?" (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)

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 do expediente. 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 compe-

(17) THONISSEN: *La Constitution Belge*, pág. 216, nº 296.

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

tência 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 régimen 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, 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 govêrno, *em quem amplamente confia*, e que se acha forte pelo apoio de toda 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 decôro, que êle quis guardar.

Verdade é que as duas câmaras declaram ali "confiar amplamente" no govêrno. 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 êles se tinha em mira, era a preservação da paz, a restauração do *regimen federativo*, a *consolidação da república*, fins todos êstes essencialmente ligados à observância da verdade constitucional, a inferência mais razoável nos leva a supor que o propósito das duas câmaras seria recomendar ao govêrno essa espécie de energia (a mais difícil de tôdas e a mais rara entre nós) de 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 sítio. 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 aprovara a moção de janeiro, ressalta êste 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 govêrno, 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 deplorável 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 daquela casa, não menos frisante para as minhas conclusões: é o parecer n. 7, da comissão de constituição, legislação e justiça, apresentando 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. Reprovando o alvitre da moção, que alguns sugeriam como meio de 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, caracterizam assim a inanidade legal dessa praxe bastarda:

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

(20) *Ibid.*, pág. 93.

Poder-se-ia proscrever mais vigorosamente o sestro de *legislar por moções*, acolhido com alvoroço pelos que vêem 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 contraditor:

"A Constituição", diz a Câmara, "não quis, nem implicitamente, deixar margem, por onde, à custa de repetidas 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 nº 20 do art. 34, resolve aprovar os atos do govêrno referentes aos *acontecimentos da noite de 10 de abril* e constantes dos *decretos de 10 e 12 do mesmo mês*". (22)

Logo:

O deçr. inconstitucional de 7 de abril é obra exclusiva do chefe do Estado, sem apoio, direto, ou indireto, em voto do Congresso.

(21) *Ibid.*

(22) *Ib.*, pág. 263.

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.

O texto constitucional, que determina os efeitos do estado de sítio, é o 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. 21).

Reza o art. 34, n. 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 são, 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 célebre 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 salvaguarda 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 na modificações que conservam, modificam, ou criam os bens; e, quando alude a *garantias constitucionais*, entendem-se as que protegem e amparam o exercício desses direitos." (23) A discriminação é intuitiva.

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)

(23) ALCORTA: *Las garantías constitucionales* (Buenos Aires, 1881), pág. 23.

(24) *Ib.*, pág. 34.

Um dos mais sábios expositores da teoria política na Europa, ATTILIO BRUNIALTI, professor de direito constitucional na universidade de Turim, indica, num 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 prescreve.

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 subsequentes.

Art. 10. O domicílio é inviolável: as visitas domiciliares só se admitem nos casos da lei e pela forma que ela determina. (26)

Ora, a Constituição belga encerra um título inteiro (o IIº), dividido em 21 artigos (4º a 24), inscrito sob a rubrica "Dos belgas e seus direitos." Mas LAVELEYE não confundiu esta noção com a das garantias, que, segundo êle, se reduzem pròpriamen-

(25) A. BRUNIALTI: *Guida allo studio del diritto costituzionale*, pág. 87.

(26) LAVELEYE: *Le gouvernement dans la démocratie*, vol. I, pág. 131.

te ao disposto nos arts. 7º 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 política, 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

(27) LEOVIGILDO FILGUEIRAS, discurso no 1º de ag. de 1892.

(28) LITTRÉ: *Grand Dictionnaire*, vol. II, pág. 245.

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, de plausibilidade concludente nos autoriza a *sinonimizar* (relevem-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. § 1º. Ninguém
pode ser obrigado a fazer, ou
deixar de fazer alguma coisa,
senão em virtude de lei.

§ 2º Todos são iguais perante a lei.

§ 3º Liberdade de cultos.

§ 8º A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas;

§ 9º Representação e petição

§ 4º 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 individuo;

§ 12. Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna,

não podendo intervir a policia, 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.

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 de-

pois de pronúncia do indiciado, salvos os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.

§ 14. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas 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 galês e o banimento judicial.

§ 21. Abolição da pena de morte.

§ 22. *Habeas-corpus.*

§ 23. Abolição dos privilégios de fôro.

§ 24. Liberdade profissional.

§§ 25, 26, 27. Propriedade intelectual e individual.

§ 28. Igualdade religiosa.

§ 30. Votação legislativa do impôsto.

§ 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 fôro 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 corres-

pondente 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 emprego esta expressão, 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 arbitrarias." (29)

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. III da Constituição, quer pela lei de 1853, são: o art. 5, concernente à detenção preventiva; o art. 6º, relativo à inviolabilidade do domicílio; o art. 7º, 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 austríaca (regulamentada, nesta parte, pela lei de 1869) permite suspender tão somente o art. 8º, liberdade individual, o art. 9º, inviolabilidade domiciliar, o art. 10, sigilo epistolar, o art. 12, direito de reunião e associação; o art. 13,

(29) M. BLOCK: *Dictionnaire Général de la Politique*, vol. II, pág. 203.

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, III, 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 2º, 5º, 6º (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 daquelas 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, 6º), reformada pela lei de 24 de ou-

(30) *Organisation des pouvoirs publics* (Par., 1889), págs. 251-55.

tubro de 1874, e em nenhuma delas encontro facultados ao poder executivo, ou ao legislativo, outros arbítrios 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 exíguos 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 marcializado, 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 sèriamente 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 defender-se. Nesse caso exige a fatalidade do princípio de conservação de todos os organismos inteligentes que o círculo da individualidade se estreite a bem do supremo instinto da vida

(31) RAFAEL GARCIA. Cit. por ALCORTA, pág. 157.

coletiva. 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 tranquilidade 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 assembléias, 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 cobriças 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 esses 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 Constituição, 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, nas circunstâncias ordinárias, a proteger o indivíduo contra os arbítrios da repressão mas suspensíveis, em circunstâncias anormais, pela 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 discricioná-

(32) CAVAGNARI: *Le leggi dell'organizzazione sociale*, pág. 369.

(33) ALBERDI: *Organización de la Confederación Argentina*, tom. I, pág. 164. Apud ALCORTA, *Garantías*, pág. 23.

ria, da seqüestração administrativa, do destêrro 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 a Constituição (§ 17) o direito de propriedade. O Congresso arrogar-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 responsabilizará 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 calceita. 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 (§§ 7º 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 autorizam 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 do art. 80, que o autoriza a suspender as *garantias constitucionais*, pela força da mesma disposição tôdas essas outras *garantias constitucionais* ficam entregues à discreção das maiorias legislativas, que, multiplicando os estados de sítio, os converterão 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, nes-

(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 à 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.

te caso a irracionalidade das consequências, 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:

§ 1º Não se achando reunido o Congresso, e correndo a pátria iminente perigo exercerá esta atribuição o poder executivo federal. (Art. 48, n. 15.)

§ 2º Este, porém, durante o estado de sítio, restringir-se-á, nas medidas de repressão contra as pessoas, a impor;

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

2º O destêrro para outros sítio 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 governo. 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, Felisbello 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, nº 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, nesse particular, é discricionária “La medida y sus aplicaciones son, sin duda, discrecionales, pero lo son en los limites 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

(35) Anais da Câmara dos Deputados, 1892, vol. II, pág. 93.

(36) ALCORTA, *Op. cit.*, pág. 279.

medida política o Congresso, como autoridade política, especificamente preposta a êsse encargo (Const., art. 34, n. 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, espezinha direitos individuais, que a Constituição protege contra quaisquer autoridades, o juízo competente acêrca de tais abusos já não é o 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 restituzione 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 régimen de exceção e ocasião possa imprimir às suas consequências per-

(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.

petuidade. 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 êle 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.

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 as nossas leis, é invariavelmente consequência de condenações graves. E não há, de mais a mais, dúvida nenhuma que o governo, 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. 1º É concedida a anistia:

"1º A todos os cidadãos implicados nos acontecimentos que motivaram o decreto executivo de 10 de abril dêste ano, declarando em estado de sítio a capital federal." (2)

(1) *Diário Oficial* de 16 de abril de 1892. (Doc. anexo a estas razões).

(2) *Diário Oficial* de 6 de agosto de 1892.

Suponhamos, pois, que essas reformas, que essas demissões foram legítimas. O poder executivo declarara que demitia e reformava êsses cidadãos (decr. 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 ἀμνηστία vocant)*", ela não se estende só às penas, senão também aos sucessos, que as determinaram. A *amnéstia* 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*".

(3) GARRAUD: *Traité du droit pénal français*, vol. II, pág. 145.

(4) CUIJACIO, *Ad tit. Cod.*, de gener. abolit. e L. I, *Cod. eod. tit.*

(5) *Principes généraux du droit pénal belge* (ed. de 1869), pág. 580, nº 751.

"Não extingue só a pena: *cancela o delito*", diz CARRARA.(6) "Tira aos fatos contemplados o caráter delituoso", escreve GIACHETTI,(7) "Apaga tudo o que antes dela ocorreu; *suprime a infração*, o processo, o julgamento, tudo o suscetível de destruir-se." (8) Em suma, na frase de uma sentença proferida pela cõrte 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 si 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 ação vigora imediatamente de pleno direito, *ministerio juris*, de modo que, como lei de ordem geral, ainda quando não invocada, os tribunais, por encargo do ofício, têm o dever de aplicá-la.(11) Os particulares ofendidos perdem o direito à ação criminal.(12) Os próprios anistiados não podem recusar-lhe o benefício; porque ela opera de si mesma, em nome do interêsse social(13), pondo perpê-

(6) *Programma del corso di diritto criminale*, P. Gener., vol. II, pág. 199, § 711.

(7) *Dei reati e delle pene in generale* (Fir., 1890), vol. III, pág. 434.

(8) GARRAUD, *Op. cit.*, II, 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.

tuo 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 toda a sua plenitude. *Il cittadino è del tutto reintegrato, e riacquista la pienezza delle sue giuridiche facoltà.*" (15)

Em consequência, todas as incapacidades resultantes da condenação desaparecem." (16) Ou, como diz substancialmente o nosso Código Penal no artigo supratranscrito, "*extinguindo-se todos os efeitos da pena.*"

Mas, 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 todas 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.

(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.

(16) BONHOURE, *Grande Encycl.*, *loc. cit.*

E, expirou *ipso facto*.

Assim um indivíduo *condenado pelos tribunais* à prisão celular por mais de seis anos e privado, conseqüentemente, 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 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 Colúmbia nos últimos dias da administração de JOHN ADAMS, com a ratificação do senado, reclamava, em 1801, perante a Suprema Côrte 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 so-negava. 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 quin-quênio legal, era legalmente inviolável desde a con-sumação do ato, que o designara, para exercê-lo. (1) Sentenceando êsse pleito célebre, estabeleceu MARS-HALL, o oráculo da Constituição nascente, que MARBURY tinha àquelas funções direito legal adqui-rido, de que o executivo não podia desapossá-lo, e, conquanto o tribunal não pudesse interferir nas prer-rogativas 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,

(1) HENRY ADAMS. *The first administration of Thomas Jefferson*, vol. II (1889), pág. 147.

de que o executivo não pode expropriá-lo. Foi nomeado para um cargo, *do qual não é amovível à vontade do govêrno*: e, uma vez nomeado, é inalienável o direito à investidura.” (2)

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 indelêvel, 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. Êles 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 benefício baixa pela instituição legal no cargo, um

(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 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.»

vínculo jurídico irrevocável. Salvo os casos de caducidade predefinidos 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 elle 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 dêse contrato nascem da lei. E a lei, a este respeito, é irrevocável. Mas, como o objeto do acôrdo é uma prestação de serviços remunerados, em que um dos contraentes (o serventuário 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 dêse 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 emprêgo*, e com a demissão, consequentemente, desaparecem. Distingo. Há emprêgo e emprego. Nos empregos demissíveis ao arbítrio 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 aquêlê, que se obrigou a lhe prestar o vencimento perpétuamente, não pode a seu sabor exonerar-se da obrigação, simplesmente com extorquir o emprêgo 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 tôda a existência dêle.

Nos cargos amovíveis tôdas as relações jurídicas estão subordinadas a um elemento soberano: a discrição do administrador, que dá e retira, a seu talante, o emprêgo 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 discrição administrativa. Se a administração se rebela contra a supremacia dêsse princípio, o seu ato, injurídico, perigoso, desorganizador, produzirá, se entenderem, conseqüências na esfera *da administração*; mas evidentemente não pode tê-las *na dos direitos adquiridos*, que girarem 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 despeito 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 di-

reito 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 quebranta 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 reconhecê-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 arbítrio da outra*. Não pode converter-se, pelo contrário, em instrumento do arbítrio 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 desfalcar-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 consequências 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 minimè legitimè 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)

(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».

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. À sombra dêle não se podem erigir direitos; os contratos, cuja procedência dêle pender, são irritos; não excusa o procedimento de ninguém, que obre sob sua direção; nem os que lhe recusarem obediência, *ainda antes da sentença*, incorrerão em pena. Entende-se que *nunca, desde seu comêço, lhe assistiu a mínima autoridade legal.*" (4) É o princípio comum: *Actus, a principio nullus, nullum producit effectum. Actus, ipso jure nullus, convallescere 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 regímen americano, o princípio de que a lei, "não como idéia abstrata, mas como norma positiva de todos os poderes, é a suprema fôrça no govêrno", (5) compendiam três dogmas fundamentais de nosso direito político: o de que os atos inconstitucionais do Congresso, ou do poder executivo, são nulos; o de que a sua nulidade se autentica pelos tribunais; o de que, pronunciada pelos tribunais, a nuli-

(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 constitute 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 of 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.

dade abrange tôda a existência do ato, retroagindo até à sua decretação, e obliterando-lhe todos os efeitos.

Em face destas verdades rudimentares, que razoavelmente não se podem contestar sob as nossas instituições atuais, como argumentar a favor dos efeitos de um ato governativo com a eficácia legal dêsse 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 êste regímen, 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 inconstitucionais dos outros poderes; mas é seu 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

(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».

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 todas as forças extra governativas, 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, abrindo-as contra o arbítrio da legislatura, ou do executivo. É DEVER CONSTITUCIONAL DO EXECUTIVO CURVAR-SE ÀS SENTENÇAS DEFINITIVAS DA JUSTIÇA FEDERAL ACERCA 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 poderes, como solução do caso julgado, pelo menos, a parte preceptiva da sentença é inviolável e positivamente coercitiva para o govêrno, assim como para a legislatura.

Se as câmaras e o executivo não se considerarem adstri-tos 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

(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 wether by private citizens, or by officers of the government, could on'y 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».

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 sôbre 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 sentencear sôbre 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 foro 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 e 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 constitucional, a soberania (que a Constituição nega ao próprio corpo legislativo no

(9) DE NOAILLES, II, pág. 194.

seu tríplice organismo, na sua integridade plena) de limitar o poder dos tribunais federais quanto à defesa dos direitos do indivíduo contra arbítrios do govêrno, 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. ()*

(*) 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 Rev.)



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 for 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 tribunais compete verificar se a atribui-

(1) Ver *supra*, fls. 23-4 destas razões.

(2) Fl. 29.

(3) Fl. 55.

(4) Fl. 61.

ção 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 ver-tente(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, materialmen a Constituição, arts. 77 e .8, ns. 4 e 5;

(5) Fl. 94.

(6) Fl. 55.

(7) Fl. 80.

(8) Fl. 102.

(9) Fl. 102.

(10) Fl. 106.

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);

Se, quanto aos atos subseqüentes ao estado de sítio,

A função política do executivo, durante o estado de sítio, reduz-se, a prender, e desterrar;

Se, pois, demitindo, e reformando, o govêrno exorbitou positivamente da função política;

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 agosto(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.

(11) Fl. 117.

(12) Fl. 119.

(13) Fl. 135.

(14) Fl. 139.

(15) Fl. 148.

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 regímen, que o mestre germânico do direito americano definiu nestas palavras (16):

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)

(16) H. VON HOLST: *Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von America*. Freiburg, 1885 (MARQUARDEN'S *Handbuch des Oeffentlichen Rechts*, IV, Band, I. Halbband, 3. Abtheilung), pag. 35.

«Zunächst muss 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 Rechtstreit. Eigentlich entschieden wird immer nur der Fall und absolut verbindlich für alle Einzelnen und alle staatlichen Gewalten ist darum auch immer nur das Urtheil über den Fall. Da aber anzunehmen ist, das in allen analogen Fällen die gleiche Entscheidung gestalt werden würde, hat die Motivirung des Urtheils mit der Verfassungsmässigkeit oder Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes 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 for reconhecida por sentença definitiva da justiça federal, pode ser impunemente afrontada e desobedecida em todo o paiz, não havendo mais juizes, que a executem. ALEXANDER JOHNSTON: *Judiciary*. LALOR'S *Cyclopaedia of Political Science*, vol. II, pag. 650.

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 interêsses, 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 arbítrio o salvo-conduto para tôdas as afoitezas contra a liberdade individual, que expede contra os direitos constitucionais *ukases* de autócrata, inaces-síveis à ação da magistratura, que imprime à ilegalidade de seus atos a virtude contraditória de gerar efeitos legais, que flameja acima do poder judicial, fulminando penas, cuja severidade os próprios tribunais não poderiam impôr, 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 te-

cido a tecido, nesse escrupuloso trabalho de historiologista 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 dêles (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 dêste 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 direito. 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 injus-

(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.

tiça 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 cumplidade 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.

Êsses 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

(3) ARANGIO RUIZ: *Delle guarentigie costituzionali* (Nap., 1886), vol. I, pág. 235.

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 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 tôdas, está em ser o presídio e o abrigo da Constituição, que a criou como inabalável alicerce jurídico, onde assenta o nosso sistema de govêrno. Se êsse pacto fôsse deixado unicamente como roteiro à legislatura, para se interpretar e executar ao sôpro de exigências de partido e combinações de ocasião", dizem os americanos, dentro "em pouco estaria convertido na sombra de

(4) JAMESON: *On Constitutional Convention*, pág. 304.

(5) JAMESON, *ib.*, pág. 309.

uma autoridade sem existência real, fértil em discórdias, que seria incapaz de apaziguar.”(6) A previdência americana viu de longe esses 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)

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 sãos princípios constitucionais veio a passar em julgado que

(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 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».

os direitos do povo encontram a extrema e suprema garantia, não na assembleia popular, não em mecanismos de sua feitura, mas, dentre todas as instituições do regime, 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 os seus movimentos irrefletidos, contra as suas vontades transviadas, salvando-o, não de seus inimigos, mas dele 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" 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". (10) 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 le-

(9) EDVARD 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 passion to the better judgement, to the calm conscience of the people».

(10) SHELDON AMOS: *The science of politics* (Lond., 1883), c. VI, pág. 249.

gislativo, que decida se êste ultrapassou as suas raías.”(11) 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 se reduzirá a um mero simulacro, eficaz unicamente contra o povo, impotente contra os abusos da autoridade.”(12) A justiça flutuará, como a polícia, ao sôpro das paixões, desonrada no espólio dos triunfos da ambição. “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 tacitamente desmentida, ou abertamente abandonada.”(13)

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 assembléias populares consideram ali o po-

(1) BRYCE: *American Commonwealth*, I, pág. 338.

(12) THEODORE D. WOOLSEY: *Political Science, or the State*, vol. II, pág. 331.

(13) 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 esses freios e contrapesos, estabelecidos numa Constituição escrita, se não se predispuzessem logo os meios de assegurar-lhes a observância nessa extraordinária e excelsa prerogativa, que habilita os tribunais a declarar quando contende com preceitos constitucionais o ato da administração, ou a lei do Congresso.»

der judiciário "antes como auxiliar do que como rival." (14) O dever 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 imprevistos, 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 pròpriamente 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." (15)

Não obstante o pendor ingênito dos corpos democráticos a receberem suspeitosamente qualquer temperamento ao seu arbítrio, muitas vêzes se tem visto, nos Estados Unidos, "eleitos do sufrágio popular renderem homenagem à magistratura inamovível, encarregada de notar-lhes os atos, e felicitar-se altamente de sua intervenção benfazeja." Quando, nos debates sôbre a aplicação do *Kansas Nebraska Bill*, os homens do norte e do sul o entendiam contraditòriamente, na câmara dos representantes, um dêstes fulminou a controvérsia com esta interrupção: "Nós fazemos as leis: sua interpretação pertence aos tribunais." (16) Em outro deba-

(14) CARLIER: *La Républ. Américaine*, vol. IV, pág. 129.

(15) COOLEY, n. a STORY, *Commentaries* (BICELOW's edit.), vol. II, pág. 398.

(16) VON HOLST: *Verfassungsgeschichte der Vereinigten Staaten*, t. III, págs. 574-5 n.

te, 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 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. É, portanto, uma glória para a Constituição encerrar em si remédio até para os erros legislativos." (17)

Uma prerrogativa, que tem após si essa história abençoada, que representa essa majestade coroada pelo respeito universal, abonçadora de paixões, cicatrizadora de injustiças, conciliadora de conflitos, não devia morrer entre nós, tão carecentes dêsse remédio, aos seus primeiros ensaios. Ou aliás seríamos um torrão maldito para o bem, ainda quando a sua prática é tão simples, que está pedindo aos homens apenas um pouco de consciência e honestidade. Na União Americana essa prerrogativa não

(17) Cit. em STORY, II, pág. 426.

cessa de crescer, enormemente aumentada por tôdas as reformas constitucionais. (18) "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." (19)

O inglês, sobêrbo 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 SALISBURY, 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 nacio-

(18) 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.

(19) HORACE DAVIS: *American Constitutions*, págs. 62-3.

nais uma estabilidade, que em vão esperamos sob o nosso sistema de vagas e misteriosas promessas." (20)

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 (21), 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 (22), acentuara nos 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 con-

(20) Cit. em ANDREW CARNEGIE: *Triumphant Democracy* (N. York, 1888), pág. 369. — Cf. BRYCE, *American Commonwealth*, págs. 339-40.

(21) 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 oeuvre 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.

(22) Na *Contemporary Review*.

quista, 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 juizes de minha terra não ficarão abaixo do seu papel providencial. Como que, ao menos no terreno da justiça civil, salvaremos os direitos constitucionais dêste caos de vontades preponderantes; porque, "quando o arbítrio fere sem escrúpulos os homens, que se lhe tornam suspeitos, não é só um indivíduo que êle persegue: é a nação inteira que principia por indignar, e acaba por degradar." (23) Se os tribunais, pela jurisprudência de seus arestos, não refrearem os maus instintos do nosso partidarismo, 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 das assembleias, (24) 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, (25) não tardará muito em vermos a obra auspiciosa de 1889 e 1890 nivelada ao qualificativo

(23) BENJAMIN CONSTANT: *Principes de Politique*, ed. de 1861, pág. 145.

(24) 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.»

(25) 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.»

de BURKE sobre a Constituição francesa de 1793: *um digesto de anarquia*. (26)

Se, na frase de WASHINGTON, ao nomear os primeiros membros da Suprema Côrte Federal, o poder judiciário, neste regímen, "é a coluna mestra do governo do país"; (27) 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", (28) a majestade incomparável, a preexcelência suprema dessa criação, indubitavelmente a mais importante entre tôdas as dos estadistas que fizeram a Constituição americana, (29) 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 abdica-rem essa autoridade, a Constituição republicana ruirá lamentavelmente num esboroamento 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: êsse cimento que não se substitui, nem se cria, 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

(26) «A digest of anarchy».

(27) *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...»

(28) *Ib.*, pág. 36. *Let. to John Jay*: «... that department, which must be considered as the key-stone of our political fabric.»

(29) JOHN FISKE: *American political ideas viewed from the standpoint of Universal History*, pág. 99.

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 êsse grito de desespero; porque não posso convencer-me de que êste 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 interêsse de nossa época, já no ocaso, ao menos no da de nossos filhos, condenados ao amargor dos frutos de nossas fraquezas. "Recordai-vos, juízes", como dizia d'AGUES-SEAU, "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.

SENTENÇA

(Caso Almeida Barreto)

Vistos e examinados êstes 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 pôsto de Marechal e membro do Conselho Supremo Militar, pôsto 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 sôlido, etapa, gratificação e criado, na importância mensal de 1:450\$000 (um conto quatrocentos e cinqüenta mil réis), 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. 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. 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 prêso por autoridade administrativa, concedendo-lhe ordem de *Habeas-Corpus* contra o determinado no art. 14 da Lei n. 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 regímen 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, *Leç. 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 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. (FLORENTINO GONZALES, *Lição de Dir. Const.*)

É manifesto, pois, lei ou ato administrativo que ataque um direito subjetivo, o lesado pode recorrer ao departamento judiciário e êste 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 tôda a sua plenitude». Inamovível e indemissível, 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 dêstes 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 govêrno 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 Cons-

tituição Federal; sendo de alientar 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 tôdas 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 regímen do direito, *nem êstes 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*, 8ª 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 nº 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 pôsto 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 compece com medidas de salvação pública, que ela explicita e 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 sòmente 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 tôda 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. 2º § 3º da Lei n. 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. 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 § 1º 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. 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. 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 pronúncias legais.

E era esse 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, ele 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 atribui-

ção 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 Govêrno da União não foi ouvido, e sômente 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 esrviço 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 1º 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-coronel 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 esse 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 nº 221 de 20 de novembro de 1894, art. 13; Decr. 848 de 11 de outubro de 1890 art. 15; LASTARRIA, *Liç. 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 GONSALEZ — *Liç. 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 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».

É, pois, manifesto e concludente que lei ou ato administrativo que ataque um direito subjetivo, o lesado pode recorrer ao departamento judiciário e *êste tem competência*.

Assim doutrinam os constitucionalistas, estabelecendo de modo claro e positivo, que no régimen 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 1 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 dêste;

f) o estado de sítio decretado pelo poder executivo não autoriza arbítrio 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. 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 ceitil 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

Nº 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 a 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*.



I I

HABEAS - CORPUS

Em favor dos presos civis do *Júpiter*



RUY BARBOSA

HABEAS CORPUS

A FAVOR DOS

PRESOS CIVIS DO “JUPITER”



RIO DE JANEIRO

Typographia do *Jornal do Brasil*—Rua Gonçalves Dias n. 54

1893

Fac-simile da primeira edição do pedido de *Habeas-Corpus* impetrado
para os presos civis do *Júpiter* — Tamanho original — *Exemplar da*
Casa de Rui Barbosa.

1 — Petição

Srs. Juizes do Supremo Tribunal Federal

RUI BARBOSA, em virtude do direito estabelecido no Cód. do Processo Criminal, art. 340, e no Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, art. 45, vem impetrar do Supremo Tribunal Federal o remédio do *habeas-corpus* a favor de quarenta e oito pessoas, em sua generalidade cidadãos brasileiros, ilegalmente presos por ordem do presidente da República e sumidos em fortalezas desta capital desde o dia 20 do corrente.

Com as maiores dificuldades lutou o impetrante para obter o rol das vítimas de tão grosseiro e monstruoso constrangimento; visto que um sistema de sigillo impenetrável, adotado quer em relação aos nomes dos pacientes, quer a respeito das causas da prisão, envolve a espécie na mais profunda obscuridade, frustrando quaisquer esforços, accessíveis ao peticionário, para alcançar a lista dos presos e a explicação official da violência, a que estão submetidos.

Só a intervenção da vossa augusta autoridade poderá projetar sôbre essas trevas a luz, que as instituições livres, decretadas na Constituição republicana, deviam derramar sôbre uma esfera de relações, que tocam aos mais invioláveis direitos humanos, trazendo a público os infelizes, cuja inocência um acidente fatal, explorado pelas paixões políticas, se-

pultou nas casamatas dos presídios de guerra, abrindo a essas criaturas, iniquamente perseguidas, uma válvula de defesa no seu desamparo imerecido.

Se não erram por omissão as nossas informações, se algum desses abafados pelas praxes do regime inquisitório na solidão imperscrutável das masmorras militares não escapou à atividade das diligências empregadas em nosso auxílio pela energia patriótica de almas desinteressadas, aqui tendes a enumeração desses condenados ao silêncio e ao esquecimento:

1º Piloto — David Ben Obill (cidadão inglês)

2º piloto — Francisco da Silva

Chefe de maquinistas — William Heron Paulin (cidadão inglês)

Sub-chefe — Victor Henry Barnes (cidadão inglês)

2º maquinista — Américo Amaro da Silva

3º maquinista — Ralph. W. Bonnsfield (cidadão inglês)

4º maquinista — José Leocádio Maria Borba

Praticantes — Thomas Raymond Llen (cidadão inglês) e Luís Pessoa de Melo

Foguistas — André Antello, Francisco Artur de Sousa, Marcellino Alvarez, Ricardo Laje, Charles Schmidt (cidadão alemão), Hermenegildo Gostalo Santos, Tomé Eugênio, Hermenegildo Fozo.

Carvoeiros — Robert Euphrasio Edi Olland (cidadão americano), Frederick Staws (cidadão americano).

Dispenseiros — Francisco Gonçalves, Luís Vidal.

1º Cozinheiro — André Zanig Leal.

2º Cozinheiro — Manuel Antônio Bernardo

3º Cozinheiro — Faustino João Cuchira Alves
Pereira.

Carpinteiro — José Balais.

Paioleiro — João Bugares Esteves.

Criado de maquinista — Sebastião Joaquim
Braga.

Criados — Marcolino Miguez Sumningo, Mili-
tão Coelho Caldas, João de Sousa Braga.

Mestre — João Espíndola.

Marinheiros — Luís Dinis Pinheiro, João Faus-
tino Bispo, Firmino José dos Santos, José Teles Coe-
lho, Pedro Martins de Oliveira, Francisco Quintino
dos Santos, Adelino Peixoto.

Moços de convés — Joaquim Ferreira Baraúna,
Nicolau Tolentino Gomes, Francisco Paulino da
Trindade, Fausto Luís de Matos, José Francisco
do Nascimento, João Batista dos Santos.

Cirurgiões dentistas — José Pio Alves, Ernesto
Hasslocher, Miguel Nunes de Camargo.

Piloto — Pereira da Cunha, comandante do
vapor frigorífico *Vênus*, passageiro do *Júpiter*.

Srs. Juizes do Supremo Tribunal Federal:

Pouco mais de um ano faz que comparecia ante
vós o impetrante, exorando a majestade constitucio-
nal das vossas funções em defesa de quarenta e seis
cidadãos brasileiros, presos, subtraídos a seus lares,
dispersos no exílio, ou seqüestrados no cativoiro das
fortalezas por um decreto do poder executivo. O raio
descera sôbre suas cabeças em nome de uma alta
prerrogativa, excepcionalmente conferida ao govêr-
no em salvaguarda extrema da ordem e da conser-
vação social. O abuso envolvera-se no manto do es-

tado de sítio, para atravessar impune, irresponsável, as barreiras legais. Em vossa alta sabedoria, à qual se curva o peticionário, entendestes que a evocação solene da razão de Estado pelo chefe eletivo da Nação desarmava a missão tutelar dos tribunais.

Vêde quinze meses depois o nosso progresso na consolidação das garantias constitucionais. Em abril de 1892 o presidente da República se julgava obrigado a revestir de fórmulas legais, declarando o estado de sítio, a faculdade, que reivindicava, de prender, julgar e condenar sem processo. Em julho de 1893, sem a menor solenidade, não havendo nem suspensão de garantias constitucionais, nem declaração competente de guerra, um número de indivíduos, de homens livres, ainda maior que o do ano transato, arrecada-se a bordo de um navio capturado como pêso morto, como parte material da prêsa, de envolta com o casco, os móveis, as munições, as armas, e baldeam-se para os porões das fortalezas, sem transitarem pela presença de um juiz, sem trocarem uma palavra com um advogado, sem receberem sequer a notificação da sua culpa. O governo, que pudessem autorizadamente insular, encerrar, segregar da vida social cidadãos por dois dias consecutivos, sem os inteirar da acusação, que lhes irroga, sem os entregar à magistratura, que há de processá-los, poderia, com o mesmo fundamento, dispor-lhes da liberdade por dois meses, por dois anos, por toda aquela parte da vida, que conviesse aos interesses da prepotência fadar à mortificação, à esterilidade, à miséria e ao desespero.

Vós vindes quase todos do outro regímen, Srs. juizes, e não haveis de ter esquecido que, quase setenta anos antes da República, a Constituição do Império (art. 179, § 8º), prevendo os casos de prisão

sem culpa formada, estatuiu que, “nestes, dentro de 24 horas, datadas da entrada na prisão”, “o juiz, por uma nota por êle assinada, faria constar ao réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador e os das testemunhas, havendo-as.” Não haveis de ter esquecido que, cêrca de sessenta anos antes da revolução libertadora, o Código do Processo (art. 14) renovava, nos mesmos têrmos peremptórios, êsse esteio da liberdade individual. Não haveis de ter esquecido que, 18 anos antes dessa data auspiciosa, a Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871 (art. 131 § 3º), uma lei feita por conservadores, pela chamada, naqueles tempos, “escola retrógrada”, admitindo, em circunstâncias excepcionais e precisamente delimitadas, a prisão do indiciado em crime inafiançável, sem exibição de mandado judicial, exigia que o prêso fôsse levado “imediatamente à presença da competente autoridade judiciária, para dêle dispor”. E aquêles, dentre vós, cuja toga lhes foi posta aos ombros pela revolução, se folhearem o pacto orgânico do sistema, que ela nos deu, lá encontrarão engastada, no art. 72 § 16, a velha pérola da declaração de direitos de 1824: “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 24 horas ao prêso e assinada pela autoridade competente, com o nome do acusador e das testemunhas.”

Evocai os jurisconsultos e os estadistas da monarquia, e vereis os mais atrasados, os considerados reacionários, levantarem bem alto, acima do marulho dos partidos e das reações, essa conquista, coeva da nossa independência: vereis o Sr. SAIÃO LOBATO referendar a reforma judiciária de 1871, que a reassegurava; vereis o Sr. PIMENTA BUENO escrever: “Esta disposição, filha de suma justiça, desterrou

para sempre o segrêdo, com que se oprimia o indiciado, e se impossibilitava a sua defesa." (1)

Trinta e seis anos, Srs. juizes, após a época ominosa, em que êsse conselheiro imperial, em que êsse marquês da antiga fidalguia, extirpada hoje até no uso dos seus títulos nefastos, preconizava a nota de culpa, o seu fatal de 24 horas, como a abolição do segrêdo, que era, nos tempos de ei-rei, nos maus dias coloniais, o túmulo da justiça, 48 e 51 presos, se incluirmos o senador, o almirante, com os seus dois camaradas, são friamente aferrolhados nas enxovias do mar, durante dôze dias, até hoje, até quando lá os deixardes, sem a menor notícia das arguições, que lhes assacam, sem a menor aberta, por onde venham a entrevê-las.

Já as antigas leis do período lusitano proviam a que a formação da culpa não passasse de oito dias.(2) Na legislação nacional essa disposição é sexagenária; porque o Código de Processo, art. 148, estatuiu: "*A formação da culpa não excederá o termo de oito dias, depois da entrada na prisão, exceto quando a afluência de negócios públicos, ou outra dificuldade insuperável, obstar, fazendo-se, contudo, o mais breve, que fôr possível.*" O Reg. de 1842, arma conservadora, instrumento anti-revolucionário, não ousou, entretanto, deixar de ratificar (art. 269) êsse preceito, quase tão antigo quanto o império, "Uma das garantias, que limitam o poder discricionário do juiz da pronúncia", escrevia, há perto de duas gerações, o MARQUÊS DE S. VICENTE, "é a obrigação, que a lei impôs-lhe, de decidir, em termo breve, se o indicado deve, ou não, ser sujeito à acusa-

(1) *Apontam, sobre o processo crimin. brasil.*, pág. 97, n. 169.

(2) PEREIRA E SOUSA, § 62, n. 145.

ção e, conseqüentemente, à prisão; circunstância importantíssima, mórmente quando esta antecede à pronúncia. Prenda-se embora o indiciado, quando a ordem social exija êsse sacrificio da liberdade; *mas nada justifica essa detenção por mais tempo do que o absolutamente necessário*, para examinar-se, e decidir-se se, com efeito, é, ou não, suspeito de ter cometido o crime. O MAIS É UM ABUSO ESCANDALOSO, QUE QUEBRA TÔDAS AS GARANTIAS DA LIBERDADE INDIVIDUAL.” (3)

O escândalo, que punha essa nota de indignação na fleugma do velho ministro da coroa, está perante vós, Srs. Juizes, multiplicado quarenta e oito vêzes por si mesmo.

Não são, porém, unicamente as garantias pessoais da defesa que estamos vendo conculcadas com um desplante, com uma abundância de fôrça, com uma prodigalidade de audácia, com uma extensão de superfície, com um alardo de desprezo pelas leis, que desde os anos tenebrosos do primeiro reinado não se presenciavam no Brasil. Na torrente, que arrebatava êsse paládio à liberdade individual, sosso-ram também as regras imutáveis da ordem pública, que discriminam as jurisdições, e fixam as competências.

Se se tratasse de excessos cometidos por autoridades competentes para prender e reter à sua disposição os delinqüentes, isto é, de autoridades judiciais, muito menos grave fôra a hipótese; porque então não haveria usurpação de múnus constitucionais, mas apenas abuso na atividade de uma função, legítima na sua origem, ainda que irregular no seu exercício, e o corretivo reparador, operando-se de

(3) PIMENTA BUENO: *Op. cit.*, pág. 100, n. 175.

um para outro grau na escala da jerarquia a que presidis, não encontraria os embaraços, que a timidez, ou a prudência lhe opõe, às vêzes, quando um poder tem que defender as suas prerrogativas contra as demasias de outro.

Os pacientes foram presos militarmente, e acham-se retidos à disposição de autoridades militares, como se fôsem membros dos exércitos de terra, ou mar, e se tratasse de um desses casos disciplinares, que se resolvem de comandante a praça de *pret*, entre as paredes dos quartéis. Enquanto se submetem a conselho de investigação três oficiais de marinha, os quarenta e oito paisanos, esquecidos no encêrro das fortalezas, onde os puseram em incomunicabilidade, aguardam, como apêndices inertes ao espetáculo do processo militar, o mistério de um destino recôndito às leis e aos tribunais. Pesai, Srs. juízes, a incomensurável monstruosidade dêste fato, cujos traços recordam a Nápoles de FERNANDO II, o rei Bomba, desenhada, há quarenta e dois anos, nas famosas cartas de GLADSTONE a lorde ABERDEEN, sob esta epígrafe de TEÓFILO FOLENGO "*Il fetore è fetor di sbirreria*", e que assombraram a Europa, como se se tivesse descoberto inopinadamente um antro de barbaria enquistada no seio da civilização. Quarenta e oito cidadãos, brasileiros e estrangeiros, sem processo, sem juiz, sem arrimo de autoridade, que os ouça, nem meio de invocá-lo, sem designação, sequer, da culpa, que os acusa, contam, na aflição de uma ansiedade sem limites, os dias de uma prisão indefinida, hermética, absoluta. São culpados? São inocentes? Quem pode sabê-lo? Quando se saberá, se o regímen, em que os inumaram, proscreve a investigação da verdade, convertendo a suspeita em sentença?

Ainda quando fôsse militar a jurisdição para o caso vertente, seria injustificável essa eliminação da defesa e essa disjunção do processo. Mas, qualquer que seja a classificação criminal, imaginável contra os prisioneiros civis do *Júpiter*, seu fôro é inquestionavelmente o de direito comum. O nosso Código Penal só exclui da competência dos tribunais ordinários, além dos delitos de responsabilidade do presidente da República e dos que se derem contra a polícia e economia dos Estados, "os crimes puramente militares, como tais declarados nas leis respectivas." (Art. 6º) É preciso, portanto, que o *criminoso seja militar* e, demais disso, que seja *militar o crime* cometido, para se determinar a jurisdição especial. De modo que basta falecer um dêesses dois elementos, para que a causa não se possa sonegar às autoridades civis.

São militares os quarenta e oito paisanos, cuja liberdade se vos suplica?

Não. São paisanos.

Mas, quando militares fôssem, seria mister a qualidade militar do delito, para os submeter aos juizes de espada.

Que delito se atribui, porém, aos pacientes?

O de *pirataria*? O próprio govêrno não ousou abraçar essa capitulação inepta. E não será o peticionário quem perpetre contra a seriedade dêste Tribunal o desrespeito de considerar discutível perante êle êsse êrro palmar. Mas, ainda que fôsse caso de pirataria, êste delito, previsto nos arts. 104 a 106 do Código Penal de 11 de outubro de 1890, é de ordem comum.

Será de *sedição* a espécie? Mas êste crime não é militar, senão quando praticado por militares. Di-lo terminantemente a lei de 3 de dezembro de 1841,

art. 109: "Quando nas rebeliões, ou sedições, entrarem militares, serão êstes julgados pelas leis e tribunais militares."

Ainda nos crimes de sedição, porém, cometidos *por militares*, toca ao fôro ordinário a formação da culpa.

Esta doutrina tem meio século de inconcusa antiguidade na jurisprudência e na administração brasileira.

"Hei por bem" (são palavras do Imperador, na provisão de 5 de setembro de 1843, referendada por MANUEL DA FONSECA LIMA E SILVA, ministro da guerra) "hei por bem, por minha imediata e imperial resolução de 29 de julho do corrente ano, declarar que é improcedente a dúvida, que se oferece ao Conselho de Guerra, e que êste deve prosseguir no processo de julgamento; porquanto, entendendo-se as palavras "serão julgados" do art. 109 da lei de 3 de dezembro de 1841, no sentido estrito delas, isto é, pela parte do processo que tende à aplicação da pena aos réus, ou à absolvição dêles, com exclusão da outra parte do mesmo processo, que tende a indiciá-los no crime, ou a formar-lhes a culpa, é concludente que *sômente aquela parte do mesmo processo fica competindo aos juizes militares, e que esta, isto é, a formação da culpa aos réus, continua a pertencer ao fôro comum, segundo as leis gerais, que, nesta parte, ficaram em vigor*; não se opondo a esta intelligência o art. 245 do Reg. de 31 de janeiro de 1842, quando manda às justiças civis que remetam às autoridades militares cópias autênticas daquelas peças, documentos e depoimentos, que fizerem culpa aos militares, que se envolveram em *rebeliões e sedições*; porque as palavras do citado artigo não excluem a sentença de pronúncia; nem também podem fazer

dúvida os arts. 115 § 4º e 157 do Código do Processo Criminal, que, por se referirem aos crimes de responsabilidade militar, não têm aplicação ao caso de rebelião, de que se trata."

Mais tarde essa verdade jurídica se ilumina ao contacto daquela genial inteligência de NABUCO DE ARAÚJO, cujas opiniões atravessam a jurisprudência nacional como um longo sulco de claridade meteórica.

O grande luminar da coroa, enunciava, na secção de justiça do Conselho de Estado, o seu parecer acêrca de um conflito de jurisdição entre o fôro comum é o fôro militar, por ocasião do processo do alferes MANUEL DE ASSUNÇÃO SANTIAGO, indiciado, em Pernambuco, no crime de sedição. Eis as suas palavras:

Desde que o art. 8º do Código do Processo Criminal reduziu à jurisdição militar os crimes *puramente militares*, não é mais possível caracterizar tais crimes só e só pela qualidade da pessoa, que os cometa — *ratione personae*.

É preciso, para que o crime seja puramente militar:

1º Ou que seja militar por sua natureza. isto é, contra a subordinação, boa ordem e disciplina militar;

2º Ou que, pôsto seja comum, tenha alguma razão especial, que diretamente afete a subordinação, boa ordem, ou disciplina militar.

Ora, para que assim seja, é preciso que o individuo o cometa *ut miles* (lei romana 2ª D. 49, 16), *que esteja sob as bandeiras, ou em atividade, ou no exercício do pôsto, ou nos quartéis, praças, fortalezas, etc.*

Quanto ao 1º: O crime de sedição não é militar por sua natureza: porquanto nos elementos que o constituem não entra a subordinação, boa ordem ou disciplina militar.

Quanto ao 2º: O crime imputado ao alferes Santiago (reformado) evidentemente não se reveste de algumas das razões especiais prenotadas, que têm relação com a subordinação, boa ordem e disciplina militar.

Mas o art. 245 do Reg. n. 120 de 1842 dispõe:

«Que, se nas rebeliões, ou sedições, entrarem militares, serão julgados pelas leis e tribunais militares; e assim, se as justiças civis os acharem envolvidos nos processos, que organizarem, remeterão às competentes autoridades militares as cópias autênticas das peças, documentos e depoimentos, que lhes fizerem culpa.»

A questão está, pois, nesta disposição excepcional.

A disposição, porém, não atribui à jurisdição militar senão o *julgamento* do crime.

A investigação do crime compete à autoridade civil.

E não poderia ser de outro modo, visto como o crime é anexo; porque compreende militares e não militares.

E dar-se-ia o absurdo de ser punido um militar por uma sedição que não houve, por sedição feita por êle só, quando a sedição só pode ser feita por vinte pessoas; dir-se-ia a ilegalidade de ser punido um crime militar sem a essencial investigação dêle, que as leis militares exigem.

A competência, pois, da jurisdição militar *somente* *começa*, *somente se firma* pela remessa da formação da culpa, procedida pela autoridade comum ou criminal.

Não podia, portanto, o comandante das armas prender um alferes reformado por um crime comum, *sem a prévia investigação ou formação de culpa da autoridade civil.*(*)

No mesmo sentido opinou o visconde de ABAETÉ, transfundindo-se o princípio definitivamente no patrimônio judicial das *res judicatae*; de modo que os nossos autores de direito militar apuram afinal, como matéria vencida, a noção de que, nos crimes de rebelião e sedição, praticados por pessoas do exército, *só o julgamento, mas não a formação da culpa, compete aos tribunais militares.*(4)

(*) Cf. JOAQUIM NABUCO, *Um estadista do Império*, Rio, 1899 — III, p. 485 n. [N. do Rev.].

(4) TITARA: *Auditor Brasileiro*: 2ª ed., pág. 38-9. — TOMÁS ALVES: *Curso de Direito Militar*, tom. II (1868), pág. 133. — AMARAL: *Indicador da Legislação Militar*, vol. II, part. I, pág. 280. — AMARAL: *Consolidação da Legislação Militar* (1891), art. 2.807.

Seria, portanto, ilegal, no sentir até dos generais do Império, formar culpa a *militares*, por crime de sedição, no fôro militar. Mas agora, sob as liberdades da República, manda-se, por êsse crime, formar a culpa, ou reter sem culpa formada no fôro militar a *paisanos*!

Ora, as nossas leis, desde o Código do Processo em 1832 (art. 340) até ao decreto de organização da justiça federal em 1890 (art. 45), criaram e mantiveram o *habeas-corpus*, em defesa dos que “sofrerem prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade.”

E a lei fundamental da República, imprimindo a essa garantia o caráter de constitucional, que ela sob o Império não tinha, sagra-a assim, no art. 72 § 22:

«Dar-se-á o *habeas-corpus* sempre que o individuo sofrer, ou se achar em iminente perigo de sofrer *violência*, ou *coação*, por *ilegalidade* ou *abuso de poder*.»

No caso vertente a violência, a coação, o abuso de poder são brutais. E a sua ilegalidade é tríplice.

Primeiro: pela ausência de notificação da culpa. É a condição elementar de tôdas as garantias individuais, a base de toda a defesa, o princípio de todo o processo, que agora se abole por uma estrondosa audácia do poder executivo.

Segundo: por se haver excedido o têrmo de oito dias, sem se encetar sequer a formação da culpa, nem ao menos se descobrir indício de que em tal se cogite. É o caso expresso de *habeas-corpus*, diante do Código do Processo, art. 353 § 2º:

«A prisão julgar-se-á ilegal: «Quando o réu esteja na cadeia sem ser processado, por mais tempo do que marca a lei.»

Não era preciso estarmos em plena democracia, portanto, para entrar na posse dessa jóia liberal. Há sessenta e dois anos, o antigo regímen nô-la assegurara. Nem ela ficou letra morta no pergaminho do autógrafo legislativo. As justiças imperiais usaram livremente dêsse freio contra as delongas do capricho administrativo, da irresponsabilidade policial, ou da desídia judiciária na instauração da culpa aos presos.

“Para combatermos tal abuso”, dizia, em 1857, o Sr. PIMENTA BUENO (5) “temos a salutar disposição do art. 353 § 2º do Cód., o *habeas-corpus*. A Relação da Côrte, à vista de petição devidamente instruída, manda vir o paciente à sua presença, e exige esclarecimentos do juiz respectivo; e *assim procede com muita razão*. O juiz omisso socorre-se sempre da muita afluência de negócios graves; mas o *justo discernimento da Relação tem, por mais de uma vez, condenado o abuso, ordenando a soltura*.”

Mas para que recuarmos até aos longes de uma história irrevivescível? A própria jurisprudência dos tribunais republicanos, a vossa mesma, freqüente na concessão do *habeas-corpus* sobre êste fundamento, mostra-nos que a democracia não quis estabelecer em tudo praxes mais autoritárias do que a realza.

Terceiro: por incompetência da autoridade, a cuja ordem se mantém prisão.

Também é emergência, para a qual se acha formalmente provido o *habeas-corpus* no Código do Processo, art. 353 § 3º, que considera “ilegal a prisão”,

«Quando a autoridade, que mandou prender não tinha o direito de o fazer.»

(5) *Op. cit.*, pág. 101, n. 176.

Da oportunidade dêsse recurso nos casos de incompetência da autoridade que prende, inferiram logicamente os juristas, *a fortiori*, a curialidade do remédio nos casos de incompetência da autoridade que processa. "No processo crime", diz o Sr. PIMENTA BUENO, "não é possível deduzir a incompetência pelo mesmo modo, porque é deduzida nos feitos civis. Teria isso grandes inconvenientes. Mas têm sem dúvida as partes o direito de alegá-la, por uma petição em que a demonstrem. Se o juiz não atendê-la, conhecer-se-á dela por ocasião do primeiro recurso; e, se o réu estiver prêso (6), poderá usar o remédio do *habeas-corpus*."

Na espécie atual, não se poderia dizer que haja jurisdição instaurada; porque de processo nem se fala: os presos figuram talvez, como rebanho capturado no bojo "do navio pirata", ou, ao que parece, se reservam como *peças de convicção* no processo militar contra os oficiais de marinha. Mas há a incompetência da autoridade, que infligiu a prisão, descomunamente agravada pelo arbítrio, com que se arroga o direito de prolongá-la misteriosamente, furtando os presos aos tribunais, civis ou militares, comuns ou excepcionais, e abandonando-os ao regime do *in pace* administrativo.

Uma vez que se trata de liberdade, Srs. juizes, permiti que o impetrante continue a se firmar nos arestos insuspeitos do Império. "O recurso do *habeas-corpus*", declarava Sua Majestade, em aviso de 23 de outubro de 1833, firmado em imediata resolução de consulta (7) "o recurso do *habeas-corpus*, já por sua natureza, já pelas disposições expressas do art. 340 do Código do Processo Criminal e art.

(6) PIMENTA BUENO: *Op. cit.*, pág. 67, n. 117.

(7) *O Direito*, vol. XXXIII, pág. 115.

18 da Lei n. 2.033 de 20 de setembro de 1871, *é admissível contra toda prisão ou constrangimento ilegal, qualquer que seja o motivo, que a determinasse, E QUALQUER QUE SEJA A AUTORIDADE, DE QUE DIMANE.*"

Esta decisão é tanto mais preciosa, quanto, pronunciando-se assim, o Imperador *limitava a sua própria autoridade*, resolvendo a favor dos tribunais um conflito de jurisdição, discutido no Conselho de Estado a propósito de prisões administrativas, ordenadas por ministros da coroa contra responsáveis fiscais.

Não levareis a mal que aqui se reproduza a linguagem com que então se vindicava, nos conselhos do rei, essa garantia constitucional.

Dizia, sustentando-a contra os ministros do Imperador, o Sr. DANTAS:

À autoridade judiciária jamais foi derogada a competência de expedir ordem de *habeas-corpus*, com exceção *somente das prisões militares e para recrutamento*.

Entre outros avisos, bastará referir o de 30 de agosto de 1865, expedido de acordo com o conselheiro consultor e com a resolução de consulta da secção de justiça do Conselho de Estado, no qual se diz o seguinte:

«A instituição do *habeas-corpus*, que é a maior garantia da liberdade individual, não pode deixar de ter a amplitude, que lhe dá o art. 340 do Código do Processo, sendo, portanto, aplicável a todo e qualquer constrangimento ilegal, ou provenha elle de autoridade administrativa, ou de autoridade judiciária, COM A ÚNICA EXCEÇÃO DA PRISÃO MILITAR, na qual se comprehende o recrutamento, *porque esta exceção se funda na especialidade necessária à força militar.*» (8)

E adiante, concluindo:

«Da teoria oposta seguir-se-á que o *habeas-corpus*, considerado por todos os povos livres a maior salvaguarda da

(8) *Ib.*, pág. 120.

liberdade individual, em vez da amplitude, que não pode deixar de ter, segundo o aviso de 30 de agosto de 1865, firmado pelo finado jurisconsulto NABUCO DE ARAÚJO, *para ser aplicável a todo e qualquer constrangimento ilegal*, ou provenha êle de autoridade administrativa, ou de autoridade judiciária, *deixará de ser o extraordinário recurso, regalia por excelência, que vale uma constituição, como se expressa BLACKSTONE, para ficar reduzido a um recurso de importância comum ou muito secundário.*»(9)

A êsse voto "aderiu inteiramente" o visconde de ABAETÉ. (10)

E o Sr. LAFAYETTE fechou a consulta com estas conclusões memoráveis:

"É *fora de dúvida* que o recurso extraordinário do *habeas-corpus* é admissível, para fazer cessar *tôda e qualquer prisão ou constrangimento ilegal*, SALVO OS CASOS EXPRESSAMENTE EXCETUADOS. *Êstes casos, segundo o nosso direito, SE REDUZEM A TRÊS:*

"1º O de prisão determinada por despacho de pronúncia. (Art. 18 da lei n. 2.033.)

"2º O de prisão determinada por sentença definitiva. (Citado atr. e parágrafos.)

"3º O de prisão militar, por *virtude das leis militares*. (Art. 18 *in fine*, citada lei.)" (11)

Mas, na espécie,

1º Não há sentença definitiva;

2º Não há pronúncia;

3º Não há prisão militar.

Outrossim,

4º Não há estado de sítio declarado.

(9) *Ib.*, pág. 129.

(10) *Ib.*, pág. 130.

(10) *Dir.*, vol. 62.

(11) *Ib.*, pág. 133.

Ao contrário, em pleno vigor da Constituição e das leis, temos:

1º) Ausência absoluta de processo, ou início sequer dêle;

2º) Mistério completo sôbre a culpa;

3º) Usurpação violenta da competência judicial pela vontade da administração.

Podereis recusar êste *habeas-corpus*? Melhor seria, nesse caso, abolir de uma vez a instituição, confiança dos afligidos, que lhes mente sempre nas grandes agonias, falhando nos casos de perseguição intencional, para valer sômente nos de omissões involuntárias, desaparecendo nos grandes atentados políticos, para só aproveitar nos pecadilhos policiais.

O Supremo Tribunal Federal não precisa de lições. Tem-nas, com certeza, das mais altas, das mais puras, na sua consciência, onde os náufragos dêste regímen cuidam ver cintilar ainda a esperança dos oprimidos. Mas deixai solenizar duplamente a audiência que se vos pede, com um episódio edificante da pátria do *habeas-corpus*. É um quadro da dignidade da justiça, na Inglaterra, chamando à sua barra um abuso administrativo e militar contra as liberdades civis e fulminando-o com a maior severidade das suas censuras.

Desertara um marinheiro, Floyd, da esquadra inglesa. Outro indivíduo, indevidamente prêso, confundido com o desertor, fôra, a despeito de todos os protestos, recolhido a um vaso de guerra. Graças a amigos, o infeliz Thompson pôde levar queixa aos tribunais. Expediu-se logo o *writ* de *habeas-corpus*, exigindo de Woodward, comandante do navio, a presença imediata do prêso, com devolução da ordem e resposta do captor.

“Aos 7 de junho de 1889 Thompson foi conduzido perante uma câmara do Banco da Rainha; mas o comandante Woodward não compareceu. Os juizes pediram ao *advogado do Almirantado* o original do *writ*, de que elle trazia apenas cópia.

Eis então o diálogo que se travou:

O *Juiz Mathew* — Queremos o nosso *writ*.

O *juiz Manisty* — Vós desobedeceis aos termos do *writ*: deveis produzir o documento com a resposta. Dizeis que não tendes o *writ*, e nada respondeis: é um verdadeiro insulto ao tribunal.

O *advogado do Almirantado* — O *writ* não está comigo.

O *juiz Mathew* — Não podemos ouvir tais absurdos.

O *advogado* — Deploro que VV. SS. empreguem essa expressão.

O *juiz Mathew* — Essa expressão eu a aprovo. É realmente absurdo que um advogado, sobretudo um advogado eminente, compareça aqui sem o *writ* e a resposta.

O *advogado* — Não posso dizer senão a realidade.

O *juiz Mathew* — Repetis o que vos disseram; mas aos que vo-lo disseram devíeis ter respondido que não viríeis aqui repetir absurdos tais.

O *juiz Manisty* — Vamos ordenar a prisão do comandante Woodward. Cumpre que saibamos a verdade. É inútil virem alegar aqui ignorância dos usos. Devem conhecê-los e respeitá-los. Quando não, teremos de reagir com severos castigos. Não se pode jogar assim com a liberdade dos cidadãos. Ignoro se a culpa é do Almirantado, do ministro do interior, ou de outra qualquer autoridade. O que sei, é que

não observam para com o tribunal o acatamento que se lhe deve.

O juiz *Mathew* — Sou absolutamente do mesmo sentir. Parece terem esquecido o *princípio fundamental da nossa Constituição: que a lei é suprema neste país, e nenhum funcionário pode excusar-se, alegando ordens de autoridade superior, por mais alta que seja. Não de obedecer ao nosso writ.*"

No dia seguinte o capitão de mar e guerra Woodward, comandante do *Duque de Wellington* e capitão do pavilhão em Portsmouth, era detido por um agente do *sheriff*, que o conduziu à prisão do condado, em Winchester. Admitido a prestar fiança, foi pôsto no mesmo dia em liberdade.

No dia 21 compareceu ao tribunal, onde ouviu do juiz *Mathew* longas admoestações: "Vosso advogado apresentou-nos humildes escusas, dizendo-nos que tínheis procedido em cumprimento de ordens superiores. Não podemos aceitar semelhante justificativa: nada temos senão convosco. Cometestes gravíssima desobediência ao tribunal (*contempt of court*). O *writ de habeas-corpus* é um dos mais sagrados que a lei conhece: foi instituído *para obstáculo a tôda e qualquer prisão arbitrária; e não há ninguém, por mais alta que seja a sua posição, que não tenha o dever de obedecer-lhes...* Mandastes aqui êste homem sem nos dizerdes os motivos da prisão... *Cumpre-nos mostrar que o grande writ de habeas-corpus deve ser imediatamente obedecido, principalmente pelos funcionários públicos. Devíamos prender-vos; mas, por esta vez, apenas vos inflingimos a multa de 450\$000.*

O comandante Woodward reiterou os seus protestos de que não tivera o mínimo intento de afrontar a justiça. "Acreditamos", respondeu o juiz Ma-

thew; "porque aliás vos teríamos condenado à prisão... Pagareis, além da multa, as custas do processo." (12)

Se a simples omissão de uma formalidade acessória no *habeas-corpus*, como seja nas praxes inglesas, a devolução da ordem autógrafa, e a ausência da autoridade detentora do prêso, ainda que representada na audiência por um advogado da coroa, bastou, para incendiar nos lábios da justiça britânica, de um dos mais altos tribunais do Reino, a indignação constitucional, e descarregar-lhe o braço, armado de prisão, contra uma patente elevada na marinha da Grã-Bretanha, não obstante as alegações a seu favor, de obediência militar às ordens do governo da rainha, imaginais por um momento, Srs. juizes, a tempestade que não levantaria na magistratura daquele país o espetáculo do atentado inominável, para que invocamos a vossa atenção e exoramos o sentimento dos vossos deveres. Vossa dignidade, pela constituição americana da República, é mais alta que a mais alta das côrtes judiciais em Inglaterra.

Um grupo revolucionário apercebido para a luta, provido de recursos para o golpe, apodera-se de um navio mercante no curso de uma viagem. A gente da equipagem, desaparelhada para combate, inibida até de travá-lo pelos interesses comerciais de que era depositária, e que a resistência ao assalto poderia comprometer, rende-se ao movimento militar que a subjugava. Aprisionada mais tarde a embarcação, pelas forças regulares, se o Brasil fôsse um país constituído, se as leis imperassem nos funcionários encarregados de executá-las, se os que nos

(12) DE FRANQUEVILLE — *Le système judiciaire de la Grande Bretagne*. (Paris, 1893), vol. 1, pág. 65-8.

governam tivessem noção dos direitos dos governados, o procedimento das autoridades era simples. Ou, não havendo indícios acusadores contra os oficiais, a tripulação, os passageiros do navio, restituíam-se todos à liberdade. Ou, se existissem suspeitas sérias contra êles, entregavam-se os indiciados aos *tribunais*, únicas autoridades competentes nesta terra para reter cidadãos presos.

Mas não, srs. juízes. Uma prisão desconhecida às nossas leis, administrativa, militar, ditatória, criminosa, caiu sobre êles. Removeram-nos de bordo para os calabouços de um forte, clandestinamente, com tôdas as precauções, de que se rodeiam os autores de um rapto, para se ocultarem à ação da justiça. A esta nada se comunicou. Esconderam-se cuidadosamente à imprensa, como à magistratura, os nomes dos seqüestrados. É o cárcere furtivo, proibido nos códigos como crime até contra escravos, é agora praticado ousadamente pelas autoridades nacionais contra dezenas de homens livres. No sumiço que se lhes deu, êles poderiam desaparecer, dizimados pelas moléstias sutis da masmorra, ou, se conviesse, executados no silêncio tumular da incomunicabilidade. Porque, Srs. juízes, já ninguém pode confiar no respeito à vida humana, quando às escâncaras a autoridade pisa aos pés os direitos mais rudimentares da liberdade. Esta é a proteção e o baluarte daquela. E, depois, qual vem a ser a garantia da vida, para homens que se sepultam numa prisão impenetrável, tendo-se a cautela prévia de sonegar-lhes o nome à publicidade, ao entrarem para o sigilo dos incomunicáveis? Quem possui a lista dêsses encerrados? Que meio autêntico de prova teríamos, para certificá-la? Onde jaz ela? Em poder de subalternos do govêrno, interessado no crime. Mas então qual é a extremidade, a que não poderia

tocar o arbítrio, entregue assim, sem inspeção absolutamente nenhuma, sem possibilidade sequer de corretivo ulterior, à onipotência de sua própria vontade?

Dir-se-á que são pessoas colhidas *em flagrante* entre as tábuas do *Júpiter*. Mas flagrante de quê? Pois o fato de estar em um navio apresado por um bando insurgente inquina de flagrância no crime dos assaltantes os pacientes constrangidos e as testemunhas inermes da tomada? Pois a perpetração de um delito num sítio, numa casa, envolve e em flagrância nesse delito os indivíduos encontrados no edifício, ou no lugar?

Nem há flagrante sem auto de flagrância. É categórico o art. 132 do Código do Processo:

«Logo que um criminoso, prêso em flagrante, for à presença do juiz, será interrogado sôbre as arguições, que lhe fazem o condutor e as testemunhas, que o acompanharem; do que se lavrará termo, por todos assinado.»

O que dá, pois, existência legal à flagrância, é o *auto*, lavrado sob a autoridade do juiz, se os depoimentos do condutor e das testemunhas o certificam do concurso dos elementos que imprimem êsse caráter à situação do acusado.

Mas, quando, por hipótese, flagrância houvesse, ela não conferiria ao chefe do Estado o direito de manter a prisão. Prender, em flagrante, qualquer do povo o pode; pode-o igualmente qualquer funcionário. Mas *reter em prisão* é faculdade privativa da *autoridade judicial*. E por isso o prêso em flagrante é conduzido *logo* à presença do juiz.

Dêsse ato data o primeiro passo para a formação da culpa.

E por êle se estréia a competência da justiça.

O indivíduo prêso em flagrante, mas indêbitamente conservado em poder da autoridade administrativa, policial, ou militar, prêso em flagrante, mas encarcerado além do termo legal sem instauração de culpa, tem direito irrecusável ao *habeas-corpus*.

A nossa jurisprudência é dar o maior constante neste sentido.

Srs. Juizes do Supremo Tribunal Federal

Ponde têrmo a esta perseguição de estado, tão abominável, quanto inútil, tão gratuita, quanto desumana, tão daninha aos interesses da paz no interior, quão funesta às condições do nosso crédito externo, da nossa reputação entre as nações, das nossas simpatias no seio dos povos civilizados, dêste continente e do outro, cujos filhos a rêde absurda e iníqua desta violência arrastou, de envolta com os nossos infelizes compatriotas, aos abafadouros das fortalezas de Santa Cruz e Laje.

De conformidade, pois, com os arts. 343 a 352 do Código do Processo Criminal, vos requer reverentemente o peticionário a expedição da ordem competente aos comandantes daqueles estabelecimentos militares, para trazer à vossa presença os quarenta e oito pacientes indicados, bem como outros quaisquer, que nas mesmas condições porventura ali se acharem, e cujo nome se ignore em virtude do segrêdo criminoso que caracteriza esta prisão.

Capital Federal, 31 de julho de 1893.

RUI BARBOSA.

2 — Discurso

proferido na sessão de 9 de agosto de 1893

O SR. RUI BARBOSA (*profundo silêncio*): Beijo as mãos dos srs. juizes do Supremo Tribunal Federal, por me permitirem ouvir nesta questão de ordem, que é uma questão essencial e que interessa os princípios da defesa e as garantias da liberdade individual. Como o sr. juiz relator, também eu sou incapaz de pôr em dúvida a sinceridade do governo, também eu creio na presença prometida de três ou quatro pacientes, dentre os quarenta e oito escolhidos pelo arbítrio que os atirou ao cárcere das fortalezas. Livre-me Deus duvidar de uma promessa tão solene! Há, porém, oito dias que este augusto tribunal, depois de solene debate, mediante quase a unanimidade de seus votos, deliberou que elles fôsem presentes, os quarenta e oito brasileiros e estrangeiros presos injustamente nas enxovias militares.

O vosso primeiro movimento foi apressar a decisão do *habeas-corpus* para a sessão imediata, consultando assim os direitos individuais dos perseguidos. Recordastes-vos de que o Código do Processo impõe o comparecimento dos pacientes no mais breve termo, limitando até, para certos casos, duas horas apenas.

Mais tarde, consultando as circunstâncias do feito, franqueastes ao governo um período mais longe, de oito dias. O caso não era novo. O chefe do

Estado tinha em suas mãos um conselho de investigação. Agora, passado êsse lapso de tempo, o tribunal espera há duas horas o cumprimento de suas ordens, como qualquer pretendente vulgar, nas antecâmaras de um poder superior. Em resposta que se vos manda, discute-se convosco sôbre a procedência de vossas opiniões e se apela para motivos superiores de ordem pública! E a isto se acrescenta que, em respeito a vós, o govêrno permitirá o comparecimento de alguns dos pacientes!

Se a República é um govêrno de lei, se os tribunais não são sombras fantásticas, essas informações são um desprezo por esta corporação augusta, uma desobediência formal às suas ordens. O art. 354 do código do processo reza claramente que, sob nenhum pretexto, o detentor se recusará a trazer os presos perante o juiz, salvos apenas tais casos perfeitamente frizados:

1º Doença grave, hipótese que obrigará o juiz a ir em pessoa ver o prêso; 2º, o falecimento dêste; 3º, resposta jurada de não ter o detentor ninguém em seu poder.

Já se vê que esta regra foi estabelecida com um zelo caprichoso, para não permitir arbítrio a êsse respeito!

A concessão de *habeas-corpus* coloca a todos na obrigação de tirar as conseqüências legais de seu ato. Essa disposição liberal foi respeitada através de tôdas as reações monárquicas. As leis de 1842 e 1871, todas as respeitaram; e é o seu cumprimento que hoje se vem aqui exigir. Por quê autoridade se pode permitir ao govêrno que não cumpra a lei? Por que a seu favor esta exceção nova? Sob pretexto da ordem pública? Mas que espécie de ordem pública é esta, que começa pelo desrespeito aos tribunais?

Digam, embora, sob as formas mansas em que o arbítrio se disfarça, que se observa para com a justiça os respeitoos que lhe são devidos! A forma não encobre a violência do fato — a ausência dos pacientes! As circunstâncias, pelo contrário, engravecem a situação.

Os presos são 48; poderiam ser em maior número; mas qual a disposição legal que os priva da garantia do *habeas-corpus* sob êsse pretexto fútil? Dêste modo, quando o abuso é pequeno, quando envolve uma só pessoa, a ordem cumpre-se; e quando o abuso é enorme, quando o escândalo se multiplica, o *habeas-corpus* é frustrado, porque o govêrno alega o interêsse da ordem pública! Mas isso é uma inversão de tãda a ordem jurídica! Se o comparecimento é inevitável quanto a um paciente só, com maioria de razão o é, quando o número de presos é considerável.

A ordem pública não periga, ninguém se ilude. Aqui, diante de vós, tãdas as paixões se calam, para falar sòmente a voz da justiça. Tudo que daqui fala impõe ordem! Se, em vez de quarenta e oito, os presos fôssem quatrocentos e oitenta, quatro mil, quarenta mil, o Supremo Tribunal, desarmado, apenas com os volumes das leis, teria fôrça para acalmar os maiores movimentos populares.

Há uma conspiração! dizem. Mas tãdas essas alegações são nulas! Esquecestes porventura a condição em que foi decretado o golpe de estado de 3 de novembro? Foi sob o pretexto de uma conspiração urdida fora do país.

E êsse fantasma dissipou-se, sem que ao menos o govêrno tentasse justificar a alegação infundada.

E agora, em nome de igual pretexto é que se nega o comparecimento dos pacientes, negando-se ao tribunal o elemento mais importante para as suas

decisões — a presença das vítimas; discute-se convosco os motivos de *habeas-corpus*. Vós, que viestes quase todos da monarquia, que praticastes a judicatura sob o império da lei, conhecestes um grande luminar do fôro: NABUCO DE ARAÚJO!

Pois bem: vós sabeis que, como membro do conselho de Estado, êle escreveu uma das páginas mais eloqüentes sôbre as garantias do *habeas-corpus*, em que perguntava de que valeria êste, se o detento pudesse recusar-se ao seu cumprimento.

Mas não é esta a cena?

O govêrno vem discutir diante de vós, sôbre os fundamentos de vossa ordem, e termina recusando cumpri-la. Pedistes informações. O govêrno era obrigado a dá-las, no desempenho do seu dever e não em consideração ao tribunal, a cujas sentenças deve obediência. Quando muito podia justificar o seu procedimento, mas terminar sempre entregando os pacientes à vossa alçada.

Não venho impugnar a verdade jurídica sustentada, de que, quando uma vontade estranha impede o comparecimento dos presos, fica prejudicado o direito dêstes. Uma vez que o tribunal está em sessão, não pode suspender os seus trabalhos sem deliberar. Digo, em nome dos pacientes, que a sua presença à barra do tribunal seria um importante elemento de informações, que se recusa. Conhecemos apenas a voz da acusação! Diz o govêrno que não se provou a incomunicabilidade. E que maior prova dela pode o advogado alegar do que a recusa da presença dos pacientes? Que espécie de comunicação poderia êle ter com os presos? Foi o próprio govêrno que trouxe ao tribunal a prova da incomunicabilidade.

O tribunal está diante das conseqüências da ordem que expediu: ou deliberará imediatamente sô-

bre o feito, ou suspenderá por instantes os seus trabalhos. A meu ver, o adiamento nada adianta.

Pela passagem das horas está demonstrado que os pacientes não comparecerão.

Permiti-me dizer-vos que a posição do Supremo Tribunal Federal não diminui neste caso. O fato alegado dos ciganos narcotizadores está tão longe dêste quanto os altos princípios estão longe dos interesses dêste mundo!

Na hipótese dos ciganos havia um arbítrio policial, e não havia um alto poder do Estado empenhado nela; não havia um crime político, como agora. Ali estáveis diante do chefe de Polícia, cuja responsabilidade poderíeis instaurar; aqui estais diante do chefe eletivo da nação; aqui o desamparo das vítimas do abuso é tanto mais alto quanto maior é o poder que os persegue!

Recordai-vos de que na outra hipótese tratava-se de infortúnios domésticos entre cidadãos que não têm pátria, e que agora há vítimas, cuja sorte será defendida a todo transe pelos governos dos seus países e cujo sofrimento ecoará lá fora como uma prova da indigência de liberdade em que a república se arrasta!

Esta sessão, que devia ser solene pela presença dos pacientes, tornou-se mais solene ainda pela sua ausência! A justiça está diante de um dilema: entre os seus mais altos deveres e as altas influências que a eles se opõem.

Vós não podeis contemplar a imagem da perseguição nos meus constituintes, entregues à obscuridade das fortalezas militares, ao desamparo de suas marmorras! Não se quis que o vosso coração se confrangesse, diante do espetáculo indecoroso de um arrebanhado de homens livres, arrastados de bordo

de um navio onde serviam, para as prisões de uma fortaleza e daí para a vossa presença, como acusados sem processo, como presos sem culpa formada. Não quiseram que se pudesse passar aos vossos olhos essa cena trágica da nossa situação constitucional!

Acusaram-me de haver impedido que a caridade oferecesse roupa aos infelizes! Não é verdade.

A boa fé de um órgão respeitável da imprensa foi iludida. Mas, se eu tivesse conhecimento dessa oferta, teria enviado o ofertante ao govêrno, o único que o poderia levar diante dos que mereciam a liberdade da dádiva.

Senhores juizes do Supremo Tribunal Federal. A ausência dos pacientes não prejudica os seus direitos. Eles encontrarão no fundo de vossa independência e de vossa justiça, não só a fôrça como a simpatia necessária para suprir esta falta e nela descobrir mais uma prova da perseguição de que são vítimas.

O Sr. Presidente declara que até êsse momento não compareceram os pacientes.

Vai sujeitar à votação a preliminar levantada sobre o julgamento do feito na ausência dêles.

Consultados os juizes presentes, todos votam a favor.

O Sr. Barros Pimentel (relator) lê quase todos os documentos remetidos pelo govêrno, tais como: o têrmo de aprisionamento do *Júpiter*; sua tomada pelo 1º tenente Sampaio; recibos do coronel Laurentino Filho e de Adolfo Espirito Santo, passados a repartições fiscais de S. José do Norte. No segundo dêsses documentos, entre os nomes das pessoas encontrada a bordo do *Júpiter*, figura o de Rafael Cabeda como de um argentino que, segundo os próprios têrmos do documento, se recusara a dizer como se chamava.

Lê também o parecer do conselho de investigação composto dos generais da armada, que conclui pela sua incompetência, pois se trata de um crime político, e o senador Wan-

denkolk é militar reformado e deve ser sujeito aos tribunais civis.

Pela leitura dêste parecer o tribunal pode formar o seu juízo.

O SR. RUI BARBOSA (advogado): — Antes de encetar, devo uma explicação ao sr. presidente do Supremo Tribunal sôbre a observação que diz respeito do dia designado para ter lugar o comparecimento dos pacientes. As minhas palavras não envolviam uma censura; quis apenas salientar que o tribunal julgou insuficiente o primeiro prazo, e alongou-o, para facilitar ao govêrno os meios de enviar as informações.

Percorri rapidamente a comunicação do chefe do Estado e nela só vi confusão, quer a respeito da deliberação do tribunal, quer sôbre as regras jurídicas sôbre ela estabelecida. Diz êsse documento que os pacientes foram encontrados a bordo do *Júpiter*, e que êste se armara contra o govêrno, continuando nessa atitude até ao momento de ser capturado; que ninguém podia distinguir entre militares e paisanos; que êsse movimento se prendia a uma conspiração no exterior. Assim, pois, o fundamento da prisão foi êsse encontro promíscuo a bordo do *Júpiter*.

Em vista disto, não sendo possível distinguir criminosos e inocentes, o govêrno engloba todos na mesma situação. Ninguém pediu ao poder executivo que liquidasse as responsabilidades entre os civis e os militares, que apurasse o crime de cada um dos prisioneiros do *Júpiter*. Êle era incompetente para tanto; sua função era proceder de acôrdo com a lei, submetendo os militares aos tribunais militares e os paisanos ao fôro comum. Mas, quando houvesse dúvida sôbre a competência dos foros, essa devia cessar diante da decisão do Supremo Tribunal.

Não é possível julgar em um dia os presos do *Júpiter*, êsse trabalho será longo, conforme as dificuldades das provas. Agora trata-se apenas de examinar a pretensão das formas garantidoras da liberdade, cuja infração se resolve em vossa presença. Para isto não se carecia de dias e meses! As formas processuais são taxativas e a preterição delas se demonstraria facilmente no caso vertente, se não fôsse a anarquia judiciária em que vivemos.

Não é justo, diz o govêrno, que se reconheça aos revoltosos o direito de aprisionar e não serem aprisionados!

Dir-se-ia que eu vim pedir a absolvição dos pacientes, pretendendo avocar para o Supremo Tribunal o direito de julgá-los de súbito.

Se requeri *habeas-corpus*, foi por se terem violado tôdas as garantias da liberdade, a que a lei o associa.

Os acusados não ficam fora da ação da justiça, que pode ser mais pronta; e se ela tem de distribuir a lei por todos êles, o *habeas-corpus* é o caminho para descobrir os inimigos das instituições, não permitindo confundir inocentes com culpados.

Diz-se que a prisão foi feita em caso militar e exclui a competência da justiça para dar *habeas-corpus*. Por êste caminho torná-lo-ia impossível!

Quando uma autoridade civil prende um militar, submete-o ao seu fôro especial. Sob êsse ponto de vista, parece-me que estamos de acôrdo, eu e o chefe do Estado.

Na verdade, nos crimes militares, a competência é militar. É preciso, porém, provar que êles o sejam. Quando a prisão é feita por autoridade militar, não há nenhum atentado à lei em conhecer o tribunal dêsse feito.

Pelos documentos juntos, diz o govêrno, vê-se que todos os presos são cúmplices no mesmo crime, não sendo possível acreditar que só ao almirante Wandenkolk caiba a responsabilidade da tomada do *Júpiter*. Ora, a leitura feita prova o contrário. Diz a 1ª testemunha que a tripulação não resistiu; mas acaso tinham êsse dever o comandante e a tripulação? Agredida por um grupo armado, bem dirigido, poderia ela resistir?

Em primeiro lugar, êles tinham a zelar os interesses da companhia, os depósitos que lhes haviam confiado. E tudo isto não seria comprometido com a resistência? Houve muitos casos dêstes na guerra civil dos Estados Unidos. Navios americanos foram apreendidos por embarcações revoltadas. Cito, por exemplo, o caso do *Savannah*, em 1861, lembrando que a ninguém ocorreu culpar o comandante do navio aprisionado.

Se se tratasse do aprisionamento de um vaso de guerra, sua gente faltaria ao dever militar, se não resistisse até ao último momento contra os invasores; mas não assim num navio mercante!

Como, pois, se vêm confundir os assaltantes com a tripulação?

Se eu tivesse requerido *habeas-corpus* em favor do almirante Wandenkolk, seria natural que o govêrno explicasse a sua conduta em relação a êle; mas, fazendo-o só em relação aos presos civis do *Júpiter*, as declarações do govêrno e o parecer do conselho de investigação não podem trazer luz ao tribunal.

Há uma confusão a respeito dos pacientes, entretida hàbilmente e com arte para prejudicá-los. E é contra êsses artifícios que a justiça deve se pre-munir! Que o govêrno queira tôda a severidade para

os militares, compreende-se; mas que pretenda amalgamar todos os pacientes, paisanos ou militares, invocando contra êles o Código Penal da Armada — não !

Senhores juizes! hei de mostrar a ilegitimidade dêsse código.

Grande importância liga o governo ao parecer do conselho de investigação, cujas conseqüências, aliás, não aceitou ! Para desviar a justiça de sua rota, dá-se grande valor a ter dito o conselho que o caso é único e original. Juridicamente não há originalidade nem unicidade neste caso. Por que? por que há nêle paisanos e militares? por que o navio foi aprisionado em alto mar por um bando armado? O caso está perfeitamente definido nas leis comuns.

A importância do parecer está nas conclusões, que o governo não aceita. Os próprios juizes militares negam o flagrante; sustentam que o crime é político; demonstram que, sendo Wandenkolk e outros reformados, estão fora da alçada militar; mostram que não houve aliciação e que êsses oficiais não assumiram comando militar.

A suma do parecer é a incompetência do fôro especial. Seria uma singular inversão, se as autoridades civis devolvessem aos juizes militares uma competência que êles não aceitam!

Permiti-me definir a competência do Supremo Tribunal Federal, como eu a entendo, em face da constituição. A jurisdição militar não gira numa esfera igual, ao lado do poder judiciário. A constituição só conhece poderes civis, como delegações da soberania nacional. Cada um a interpreta, ainda que nem sempre as suas interpretações obriguem uns aos outros.

Cada um gira na sua esfera, mas a do poder judiciário assume proporções maiores, porque a êste

cabe a prerrogativa de desobedecer aos atos inconstitucionais do legislativo e executivo. Para êste efeito só êle tem competência.

Chamo a atenção dos srs. juizes para os artigos da constituição que dão ao Supremo Tribunal a faculdade de reformar as sentenças em processos militares. A faculdade de rever demonstra a ampliação de sua esfera judiciária até aos limites da justiça civil ou militar.

Para sustentar o contrário, o govêrno cita a lei de 1848, anterior ao regímen atual e em contradição com a sua natureza. Em todos os países, o princípio fundamental é o da competência do fôro comum. Os tribunais de exceção têm limites; em casos de conflitos prevalece sempre aquêle. Daí a regra de que nos crimes conexos, havendo civis e militares implicados, a jurisdição é dos tribunais civis; os fundamentos são evidentes.

Êsse é o princípio que tem predominado em França, subsistindo inviolável, e que pode servir de lição à bisonhice do nosso militarismo! Assim aconteceu em 1825, em 1830, em 1831 (no processo Montalembert) e em 1847. Sempre o fôro comum para ampliar os favores da defesa! Quando, em 1837, Luís Napoleão, que se instalara na Suíça, entretendo relações suspeitas com o território da França, invadiu-o, penetrando em Strasbourg, ao lado de um coronel e outros militares, em companhia de Persigny, apoderando-se de um quartel de artilharia e tentando tomar a praça, outros regimentos resistiram e o príncipe foi capturado. O govêrno francês não quis submeter às justiças ordinárias um descendente de Bonaparte e remeteu-o para os Estados Unidos, tratando-o como um descendente de casa real. LAMARTINE advogou essa deliberação, sustentando que, um

sobrinho de Napoleão devia ter, como êste, o fôro do exílio.

Os outros réus, civis e militares, foram julgados e absolvidos no Baixo-Reno. O governo entendeu que isso era um escândalo judiciário e propôs ao parlamento a inversão das competências. O ministério propôs ao parlamento a lei da disjunção, tendo para defendê-la auxiliares de grande valor; mas a flor dos jurisconsultos franceses, os DUPIN, os BERRYER, todos estiveram na fileira oposta, e o governo foi batido e a lei foi rejeitada.

Entretanto não foram anarquistas, não foram liberais exaltados os agentes dessas vitórias: foram os representantes do espírito conservador em França.

Poderia fazer-vos ouvir esplêndidos trechos dessa discussão memorável; mas não devo prolongar êste debate. Em opposição a tudo isto, afastam-se dêstes princípios e querem entre nós estabelecer a regra oposta de que, em certos delitos militares, os civis ficam sujeitos aos tribunais militares.

Os princípios liberais não são aceitos, e vêem-se invocar monstruosidades jurídicas. É diante disto que eu me levanto, bradando contra êsses monstruoso crime em face das instituições constitucionais!

A doutrina liberal vem de longe; ela está na constituição do Império, no Código Criminal, no Código do Processo. Os casos meramente militares estão definidos na provisão de 20 de outubro de 1834. A tôdas essas ramificações do nosso direito presidia o critério dominante de só considerar militares os alistados ao serviço do exercito. Êsse direito não foi alterado, e vê-lo-eis implantando na legislação especial, sob o Governo Provisório, consultando os trabalhos de codificação organizados pelo finado conselheiro AMARAL.

A lei reacionária de 3 de novembro foi que veio abrir exceções, até então desconhecidas, entregando os militares ao seu fôro especial, não se atrevendo a ligar à sorte dêles os paisanos envolvidos nos mesmos delitos. Foi preciso termos chegado ao zênite da democracia e da liberdade, para vermos sustentado o princípio cruel de que os civis devem ser submetidos aos conselhos de guerra, sob o domínio de uma constituição republicana. Estamos acima dos reacionários de 1841.

Quais eram os casos militares definidos até 1890?

Os da provisão de 1834. A Constituição de 24 de fevereiro conhece quatro foros especiais: — O do presidente da República, o dos magistrados, o dos diplomatas e o dos militares nos delitos militares. O legislador procura sempre dois elementos — o de qualidade da pessoa e o de qualidade do delito. E quando uma causa se acha fora daqueles casos especificados, pertence ao fôro comum. Nem por sonhos se podem descobrir os casos de um civil sujeito a fôro militar.

Qual foi a inovação, a êsse respeito, para subverter o nosso direito? Simplesmente o ato do ministro de Estado, exercendo autoridade que não tinha, cometendo um crime pelo qual devera ser responsabilizado.

O Govêro Provisório, em 5 de novembro de 1890, expedira o Código Penal da Armada, para entrar em execução em 5 de fevereiro. Antes dessa data, porém, o Govêro autorizou o Ministério da Marinha a alterá-lo.

Devo acentuar a existência duvidosa dêsse decreto.

O de 7 de março, que expediu o Código Penal da Armada, invoca o de 5 de fevereiro, que autori-

zara essa expedição; mas êste último não foi publicado no *Diário Oficial*.

Dou de barato que seja legítimo o decreto; o certo, porém, é que o Governo não usou dessa autoridade até 24 de fevereiro, antes de promulgada a Constituição.

É sustentável essa herança de poderes da ditadura, depois de decretado o pacto fundamental?

É possível, em presença do Congresso, exercer autoridade legislativa? Eis, srs. juizes o que é o Código Penal da Armada.

Será necessário que eu repita a disposição constitucional contra a divisão dos poderes?

O Código Penal da Armada invocado não é uma lei, é um crime. Não pode ser invocado contra cidadãos livres, mas como culpa contra o seu autor.

É preciso muita balbúrdia, para vir invocar perante o Supremo Tribunal da República um crime ministerial, como fundamento de processo contra cidadãos brasileiros.

Os delitos de que se trata, são comuns perante o Código Penal promulgado em 1890. Tôdas as definições, que o Código Penal da Armada converteu em delitos militares, estão especificados no Código Penal. Seria preciso ter revogado êste, para que aquêlê predominasse.

Se o sr. Foster Vidal tivesse usado da autorização antes de 24 de fevereiro, *vade*; mas que o fizesse depois, nunca. Quero, porém, supor que o Código Penal da Armada seja obra de autoridade legítima. Ainda assim, essa disposição não pode subsistir, porque fere o art. 77 da Constituição, que reserva o fôro militar para os militares em crime militar; logo, ainda que se conhecesse como legítima a autoriza-

ção legislativa, a disposição cairia pela sua inconstitucionalidade.

Creio haver provado à evidência, 1º, que o Código Penal da Armada não é lei; 2º, que quando o fôsse, feriria de frente preceitos constitucionais. Trata-se, pois, de um caso de jurisdição comum. Tendes de verificar se foram observadas as praxes forenses, se houve culpa formada e se existe auto de flagrante.

Não me demorarei em demonstrar que o flagrante não existe. Basta lembrar que, para justificá-lo, o Governo teve necessidade de invocar o célebre *clamor nacional* de imorredoura memória...

O SR. SOBRAL — O clamor nacional é tão velho como o mundo.

O SR. RUI BARBOSA — Vós conheceis os caracteres jurídicos do flagrante delito, o clamor público definido no Código. Foi preciso agora que engenhassem essa criatura nova em Direito Penal, que a Europa tem de agradecer aos jurisconsultos brasileiros!

Quando uma opinião comete desatinos desta ordem, é uma tarefa frívola ter de rebatê-la.

Ainda poderia admitir o flagrante sem prejudicar os meus constituintes. Há fórmulas de processos que não podem ser preteridas; o auto é uma delas, e os presos têm de ser levados à presença de seu juiz natural, para fazê-lo lavrar, inquirindo o condutor, etc.

Essa jurisprudência está firmada em acórdãos da relação de Ouro Preto, em 1878, e Belém do Pará, em 14 de maio de 1883. Tão longe vai a precisão destas regras, que os antigos juizes não admitiam nem a confissão do acusado como prova de flagrante, quando não havia o auto. Julgo ter demonstrado o

caráter espúrio desta legalidade invocada contra a Constituição.

Se alguma vez o *habeas-corpus* foi pedido a êste tribunal, prestigiado pela evidência de uma injustiça sofrida, é o caso do que ora impetra o humilde advogado que vos dirige a palavra, agora, como da outra vez, objeto de insinuações odiosas dos que comprometem o poder, arrastando-o a lutas perigosas. Já não se compreende que um cidadão se revolte diante dos direitos violados.

Felizmente conheço a injustiça: quem não sabe reconhecer aos outros êsse dever, é incapaz de abrigar êsses sentimentos nobres em seu peito! Ontem, como hoje, exerço um direito e uma função social, trazendo à barra da justiça o escândalo de um atentado de que não há exemplo em nossa história judiciária, desde os primeiros dias de sua vida.

Nunca a rêde do arbítrio colheu tantas vítimas! nunca o caráter odioso da violência se ostentou tão forte!

Se, num caso dêstes, não se pode pedir justiça em favor dos pequenos e desamparados, é que a política apagou nos corações os sentimentos cristãos, os sentimentos rudimentares que caracterizam a humanidade!

Se GLADSTONE assombrava-se de que sob o domínio de Fernando de Nápoles se levantassem advogados diante dos tribunais, para disputar ao rei Bomba as suas vítimas, seja-nos lícito acreditar que hoje ainda nos resta um trapo desta liberdade!

Quando se debatiam as duas grandes frações da União Americana na guerra civil de 1861, os corsários eram defendidos em Nova York, no centro dos Estados do norte, pelas glórias daquele fôro; os corsários do *Savannah*, levados ao júri pelo governo de LINCOLN, tiveram ao seu lado uma constelação

de advogados de valor, tendo à sua frente o decano dêles, a figura mais respeitável de sua classe. Êste, como tôda a autoridade, com tôda a pureza de sua devoção à causa unionista, defendia perante os tribunais a teoria da revolução, como a defendiam os homens do sul, dizendo que era seu dever expor o caso como fá-lo-iam os seus constituintes.

O advogado pouco vale nos tempos calmos; o seu grande papel é quando precisa arrostar o poder dos déspotas, apresentando perante os tribunais o caráter supremo dos povos livres.

Nos tempos primitivos da União Americana, quando as tropas nacionais se batiam com as da metrópole, houve aquela luta titânica que se ficou chamando — morticínio dos americanos pelos inglêses em Boston. Os inglêses, vencidos, anatematizados, fora da pátria, foram arrastados aos tribunais, cercados do ódio popular.

Êles, porém, não se encontraram sòzinhos e tiveram em sua defesa os advogados mais brilhantes dos Estados Unidos. Quando o pai de um dêles escreveu ao filho, pedindo-lhe que não aceitasse essa causa impopular de defender os inimigos da sua pátria no território nacional, êle respondeu-lhe que honrava a piedade filial, cumprindo o mais sagrado dos deveres, distilado em seu coração pela grandeza do espírito do seu progenitor, indo defender os desamparados de uma infelicidade tamanha.

Êsses são os grandes caracteres dos povos livres, que honram o homem e preservam as nações.

Quando tocarmos a degradação política e moral de não haver um advogado para convencer os tribunais do poder absoluto dos déspotas, então a pátria será um simples nome; teremos voltado muitos anos atrás, levantado para nós a grande senzala abolida para os negros depois de tantas lutas!

Quando a justiça não valer nada, quando o sofisma subtrair estrangeiros aos tribunais, aquêles povos que ainda acreditam em nós, ficar-nos-ão conhecendo como uma nacionalidade nova, precocemente abastardada em seu senso moral, arrastando diante do mundo os farrapos de uma constituição maldita! (*Bravo! bravo!*)

Êste calor nasce do sentimento que se produz em meu espírito.

O ano passado ainda havia o pretexto de uma suspensão de garantias: hoje está demonstrado que não há necessidade do estado de sítio, para insular cidadãos nas fortalezas. Em plena paz, baixa sôbre nossa cabeça a autoridade militar! Que custa simular flagrante, que custa engendrar uma revolta, e que custa fazer uma imputação falsa, quando o poder se habitua a galgar, degrau a degrau, o ápice da tirania? Não faço hipérboles; tiro o corolário dos fatos! Se êsses fatos puderem justificar o poder da autoridade militar, não há ninguém que lhe escape!

Infantil será o govêrno que decretar estado de sítio.

A fórmula é mais simples; em qualquer rua reúnem-se militares e paisanos, é colhê-los numa rêde e estender os fios para apanhar os que estão fora.

Depois disto qualifica-se um crime militar, e basta! Qual será então a saída? Qual será então a tangente para o defensor da liberdade, quando essa teoria prevalecer?

Desculpai-nos, senhores juizes, o calor de minha palavra, nascida da convicção que o reveste! Ficai certos, porém, de que hoje sairá daqui a glorificação da liberdade constitucional ou o esquife da República! (*Prolongados aplausos. Salva de Palmas. Vivas ao orador.*)

3-Fragmentos manuscritos inéditos

(Arquivo da Casa de Rui Barbosa.)

De que nascem as dúvidas suscitadas, no caso vertente, sobre a competência do fôro civil? Da concorrência de delinqüentes civis e militares no mesmo fato. Como resolve, porém, a jurisprudência das nações modernas essa dificuldade? Em geral, pelo princípio da indivisibilidade do processo e, em obediência a uma regra superior de equidade, pela submissão dêsse processo ao fôro comum.

Essa regra de equidade superior é a da precedência da jurisdição mais favorável à defesa em relação à mais severa. A defesa não vem a ser mais que um nome dado à investigação da verdade judiciária. As jurisdições de exceção, as jurisdições de repressão especial colocam ordinariamente os interesses da expiação, as preocupações da prevenção penal acima dos interesses naturais de vindicação da inocência, os direitos, mais ou menos bem entendidos, da ordem social, ou as exigências da disciplina de certas classes acima das exigências e dos direitos da liberdade individual. Em consequência, quando, por concorrerem num só crime réus sujeitos à jurisdição ordinária e réus sujeitos à jurisdição especial, colidirem os tribunais da primeira com os da segunda

categoria, preponderam naturalmente aquêles sôbre êstes.

Esta regra não sofre senão um desvio; mas êsse é ainda homenagem ao mesmo ditame, que a inspira; e vem a ser quando, como no caso de certos tribunais privilegiados, a jurisdição extraordinária é ainda mais solene em seus atos, mais benigna em suas formas, mais liberal em garantias para com o acusado. Por uma exceção necessária, funcionários do Estado respondem pelos seus erros perante as justiças de privilégio, que as constituições ou as leis lhes asseguram, entregando-os ora ao fôro de seus pares, ora à côrte da alta eminência, de seleção superior, de independência absoluta, onde a justificação se produza num plano elevado, com amplíssima largueza, com imponente majestade. A inviolabilidade de tais privilégios, reunida à inseparabilidade dos processos, atrai para essas côrtes de exceção, com os privilegiados, os cúmplices, cuja causa se associe à dêsses. É o que tem acontecido, na França, por exemplo, em 1825, por ocasião das malversações nos fornecimentos ao exército de Espanha; em 1830, com o processo KERGOLAY; em 1831 com a acusação a MONTALEMBERT, par do reino, argüido por ter aberto uma escola sem permissão da autoridade; em 1847 com o escândalo TESTE-CUBIÈRES; em 1892, com o julgamento de LESSEPS. Nessa classe singular de hipóteses a improrrogabilidade das jurisdições ordinárias, princípio cardeal no assunto, sofre uma exceção única, inampliável, em obediência aos sentimentos benévols e humanos, que animam a legislação criminal dos povos civilizados.

Na colisão, portanto, entre a jurisdição militar e a comum a pendência devia forçosamente resolver-se a favor desta. Em França, cujas tradições mi-

litares bem poderiam dar lição à bisonhice do nosso militarismo, em França, onde a liberdade goza, no processo penal, de muito menos garantias que entre nós, em França têm existência, por assim dizer, imemorial êsses dois princípios: a indivisibilidade do processo e a sujeição ao fôro comum das causas criminais que envolverem paisanos e militares.

Quereis ver a que ponto são ali inabaláveis e poderosas essas leis? Recordai-vos do *atentado de Estrasburgo* em 1836. Da Suíça, onde residia, e das águas de Baden, que freqüentava, LUIS NAPOLEÃO, moço, ambicioso, visitado pelos pressentimentos de seu destino, entretinha em França, particularmente naquela cidade, relações assíduas e suspeitas. Animado por elas, com a conivência de dois oficiais previamente aliciados, o filho da rainha HORTÊNSIA, num dos últimos dias de outubro daquele ano, apresentou-se ao quartel de um regimento de artilharia daquela praça, onde, após uma alocução sua e outra do coronel VAUCHEY, foi aclamado a gritos de *Viva o imperador!* A aventura, porém, a *échaffourée* do trêfego pretendente malogrou-se logo, como era de prever, ante a resistência dos outros regimentos, sendo presos todos os conspiradores, salvo PERSIGNY, o confidente mais íntimo do príncipe Luís, em cuja história, mais tarde, tão conspícuo papel havia de representar. O govêrno de LUÍS FILIPE, sob o ministério GUIZOT-MOLÉ, entendeu que considerações de alta política desaconselhavam o julgamento do sobrinho de BONAPARTE. Herdeiro do nome e, segundo o regímen imperial, do trono do imperador NAPOLEÃO, diz GUIZOT, nas suas *Memórias*, êle devia ser tratado como pessoa da raça real. Removido, pois, da cidadela de Estrasburgo, LUÍS NAPOLEÃO foi mandado para os Estados Unidos na fragata *Andrômeda*, que vinha, em novembro, para o Brasil, com escala por

Nova York. Não havia outra lei, que lhe aplicar, dizia LAMARTINE, na Câmara dos Deputados, entre os murmúrios e os bravos das várias facções parlamentares, senão "a lei de sua natureza, a lei de seu nascimento, a lei de seu perpétuo exílio". Mas, ao mesmo tempo, os seus cúmplices, civis e *militares*, eram submetidos à justiça comum. O júri do Baixo Reno, porém, absolveu-os unânimemente. Era um escândalo, ousou-se dizer, a despeito da autoridade da coisa julgada, e o govêrno deliberou imediatamente reagir, promovendo, no parlamento, êsse tentamen legislativo, que ficou, na história francesa, com o nome de *lei de disjunção*.

Quebrava êsse projeto a regra da indivisibilidade dos processos criminais, para submeter ao fôro do exército os militares, separando-os dos civis, nas infrações em que uns e outros se achassem associados pelas relações de coautoria, ou cumplicidade. Era a subversão das mais antigas e respeitáveis tradições da jurisprudência, da legislação e da política francesa no assunto. A influência do trono e dos grandes ministros, que o serviam, não teve fôrça, para conseguir-lo, ainda que apoiada, na tribuna da câmara, pela eloquência de oradores como LAMARTINE, pela erudição de capacidades como SALVANDY, pela ciência técnica de profissionais como o general BUGEAUD. A política e as preocupações militares foram vencidas pelo verbo jurídico, traduzido, naquela ocasião, em uma das suas mais esplêndidas expressões. Todos aquêles, que, na câmara de 1837, representavam a ciência do direito, a flor do fôro francês, as maiores glórias da sua toga na magistratura e na advocacia, os DUPINS, os CHAIX d'EST-ANGES, os BERRYER, denunciaram no projeto um atentado e um perigo, uma revolução e uma calamidade. O projeto

foi rejeitado; e a câmara, levantando-se, acolheu êsse desfecho com aplausos prolongados.

Não me levareis a mal, se trazer até êste recinto alguns ecos daquela discussão memorável.

"Que pretendem?" dizia CHAIX d'EST-ANGE, "Estabelecer em nossas leis, como princípio aplicável a certos casos e a certos assuntos, a disjunção nos processos criminais. Êsse princípio da disjunção foi reconhecido jamais em nossas leis? foi aplicado alguma vez em nossa jurisprudência? Nunca! Nunca!"

O discurso do dr. BERRYER foi um dos assombros da sua palavra miraculosa. Deixai-me repetir aqui alguns acentos daquela eloquência profundamente impregnada nas fontes do saber, do caráter e da liberdade:

No magnífico trabalho, que vos apresentou um dos nossos colegas, ao abrir desta discussão, vistes demonstrar, com grande autoridade de saber e razão, que, na jurisprudência, na legislação francesa, há uma regra tão antiga, quanto os nossos tribunais, tão antiga, quanto a justiça; e vem a ser que todos os culpados do mesmo crime, do mesmo delito, devem ser entregues a um tempo ao mesmo tribunal...

Cumpra fazer tudo, para não violar a regra fundamental, essa grande garantia da boa administração da justiça a bem dos acusados e a bem do país, a saber, a reunião de todos os réus do mesmo crime perante o mesmo tribunal. Todas as objeções fundadas nos esforços anteriores, para distrair êste ou aquêlê indivíduo do que se chama o seu juízo natural, são outros tantos testemunhos da necessidade, que tem tido os estadistas e os legisladores, de respeitar sempre, a benefício da boa administração da justiça, êsse preceito, que reúne diante de um só juiz os responsáveis pelo mesmo crime...

No curso dêste debate, senhores, tem-se desdobrado aos vossos olhos a triste nomenclatura das disposições extraor-

dinárias, excepcionais ao direito comum, inventadas sucessivamente pelos governos em tempos de calamidades. Ao mesmo tempo que se vos apresentava a exposição aflitiva dessas malignas invenções do espírito de doutrina, ouvíeis narrar os fatos deploráveis, que tinham suscitado essas tristes combinações à mente de alguns legisladores...

Há, na essência desse espetáculo de tôdas as ruins criações contrárias aos direitos permanentes da justiça, há na essência desse espetáculo duas grandes lições para os povos e os governos. Não se evidenciará, com efeito, senhores, para todo coração reto e para todo espírito justo que, quando uma sociedade chega ao ponto da nossa, quando, pelos bons influxos de antigos governos, a inteligência se tem derramado por tôdas as classes, estendeu-se a igualdade nas existências, o espírito de defesa dos interesses privados e geral penetrou por tôdas as partes da sociedade, em presença dessa inteligência social viva por tôda a parte, tudo quanto é violento, é manifestamente inútil e perigoso?

Essas falsas e injustas jurisdições serviram aos governos, que precederam o governo atual? Que lhes aproveitaram o tribunal marcial e o tribunal revolucionário, os conselhos extraordinários, as comissões especiais do império e os tribunais prebostais? que força deram a todos êsses governos? Qual é dêles o que se sustentou à custa dessas instituições detestáveis? A restauração encontrou força nos tribunais prebostais e nessa jurisdição ampla dos conselhos de guerra? Certo que não. Os mais belos dias da restauração, seus dias de prosperidade, força e segurança foram precisamente aquêles, em que ela não teve leis de exceções nem tribunais extraordinários.

Não o esqueçamos, o passado bem alto nos ensina: não é nessas combinações habitualmente engenhadas por alguns espíritos práticos que os governos se fortalecem. A força dos governos consiste em estarem apoiados num bom princípio, e principalmente em serem fiéis ao princípio que os constituiu. Mas, quando o princípio dos governos é mau,

quando o governo é infiel ao princípio, a que deve a existência, tôdas essas maquinações do espírito empírico, tôdas essas tenebrosas invenções de uma legislação inútil são recursos improficuos para o poder, abalado em sua essência e em sua origem.

O passado no-lo ensina: todos os governos se suicidaram, ou porque o seu princípio era mau, ou porque se afastaram, se distanciaram, se esqueceram do seu princípio...

Como! Ides dividir o exame do mesmo fato político, ides submeter os co-réus do mesmo crime a tribunais diferentes. Dois tribunais diferentes pronunciarão acêrca de um fato, que se compõe de uma conjunção de vontades, cuja separação elimina o crime? E não compreendeis quanto se atenta contra a autoridade da justiça, contra sua dignidade, contra o respeito devido às suas sentenças?

Quando chamardes uma jurisdição a depor contra outra, quando puserdes em oposição entre si duas jurisdições do país, pretendeis com isso aniquilar a desordem moral, que lavra entre nós! Oh! meus Deus, suponde um momento que já possuísseis esta lei, que ela estivesse feita à véspera do atentado de Estrasburgo. Suponde aplicada a vossa lei que a formação da culpa se concluísse nos dois juízos. Que se teria passado em Estrasburgo? Quereis ordem, quereis, é a vossa linguagem, manter a disciplina militar. Pois bem: que teria acontecido, se o júri se achasse imbuído nos sentimentos que receais, se o conselho de guerra estivessem animado, pelo contrário, do espírito, que esperais dêle. isto é, se um absolvesse, e o outro condenasse? Que! ao mesmo tempo, na mesma cidade, abrir-se-iam duas portas! aqui o préstito fúnebre dos condenados à morte; ali a ovação aos absolvidos e seus juízes! E tentaríeis fazer passar o saimento através das alegrias dos triunfadores da justiça. É o que a vossa lei produziria.

Suponde agora que ela se aplique uma vez, duas vêzes, dêste modo, em nossa terra: que será da justiça, que será da disciplina, em cuja manutenção e proteção vos empenhais?

Tudo se rasgou, tudo se destruiu: já não existe a autoridade da coisa julgada! Da justiça não resta o nome sequer! E que sucederá? Quando os oficiais dos conselhos de guerra declararem que há crime, e, a seu lado, os jurados declararem o contrário, que pensarão os soldados dessa jurisdição, que lhes devia ser benévola, paternal, tendo sido criada com a intenção protetora de um privilégio a favor dêles? Não verão nos seus juizes senão verdugos... Compreendeis todo o alcance desta idéia: de um lado o suplício, do outro a impunidade!...

Necessitamos, dizem, de uma justiça mais pronta. Traduzamos estas palavras terríveis. Que querem elas dizer? Sobre o fato de uma conspiração processada perante dois tribunais, poderá o sumário terminar primeiro num do que no outro? A não ser um abuso monstruoso da fôrça, a não ser que se queira sujeitar os condenados a perigos maiores, a formação da culpa devem correr paralelamente, alumiar uma a outra até ao fim.

A jurisdição dos conselhos de guerra em relação aos delitos militares, aos fatos que tocam ao conhecimento peculiar dos oficiais, aos fatos cuja repressão deve-lhes pertencer exclusivamente, a instituição dos conselho de guerra é uma instituição salutar: é uma instituição privilegiada, é, para o soldado, o direito de ser julgado pelo oficial, que o guia, junto aos oficiais, que o comandam. Eis o conselho de guerra, boa instituição, quando se encerra no seu círculo natural. O conselho de guerra compõe-se de homens de consciência, de homens independentes: não lhes abaleis a consciência, não lhes altereis a independência. Não basta, a um oficial que funciona em um conselho de guerra, ter a convicção de que falará conforme a sua consciência, e sentenciará segundo a verdade. É mister, ainda, que êle sinta em seus concidadãos êsse juízo a seu respeito. Mas, quando, para possuírdes uma justiça mais prestes e segura, vos propondes a transferir o julgamento para o conselho de guerra, evidentemente levais tôda a gente a pensar na facilidade,

que se vos oferece, de modificar os conselhos de guerra, de poder constituí-lo de homens de vossa escolha, e que os membros nomeados para o conselho de guerra não o foram por vós, senão para obedecerem à vossa vontade. Levantais assim na consciência pública suspeitas contra a independência de honrados militares, desonrais essa instituição salutar e gloriosa. Eis o crime dêste projeto.

Se há crimes, cuja natureza assenta de todo em todo na cumplicidade, e supõe, segundo a sua definição legal, o concurso de várias pessoas, a unidade nas intenções, o acôrdo entre vários pensamentos e a reunião entre idéias diversas, impossível é separar, no julgamento, os coniventes. Em casos tais é necessariamente impossível que haja disjunção. Interrogai as regras de direito comum: as provas de relações com o inimigo, as provas de uma simples tentativa presumem a demonstração de fatos indivisíveis, que só se podem apurar mediante um só processo perante a mesma jurisdição.

Acho má, acho perigosa, formidável, uma lei, que furte absolutamente os militares à justiça do país. Na previsão de quaisquer desígnios, por temerários que sejam, eu opor-me-ia sempre a qualquer lei, que subtraísse à justiça ordinária do país o militar, que abusou de suas armas. Refleti neste parecer.



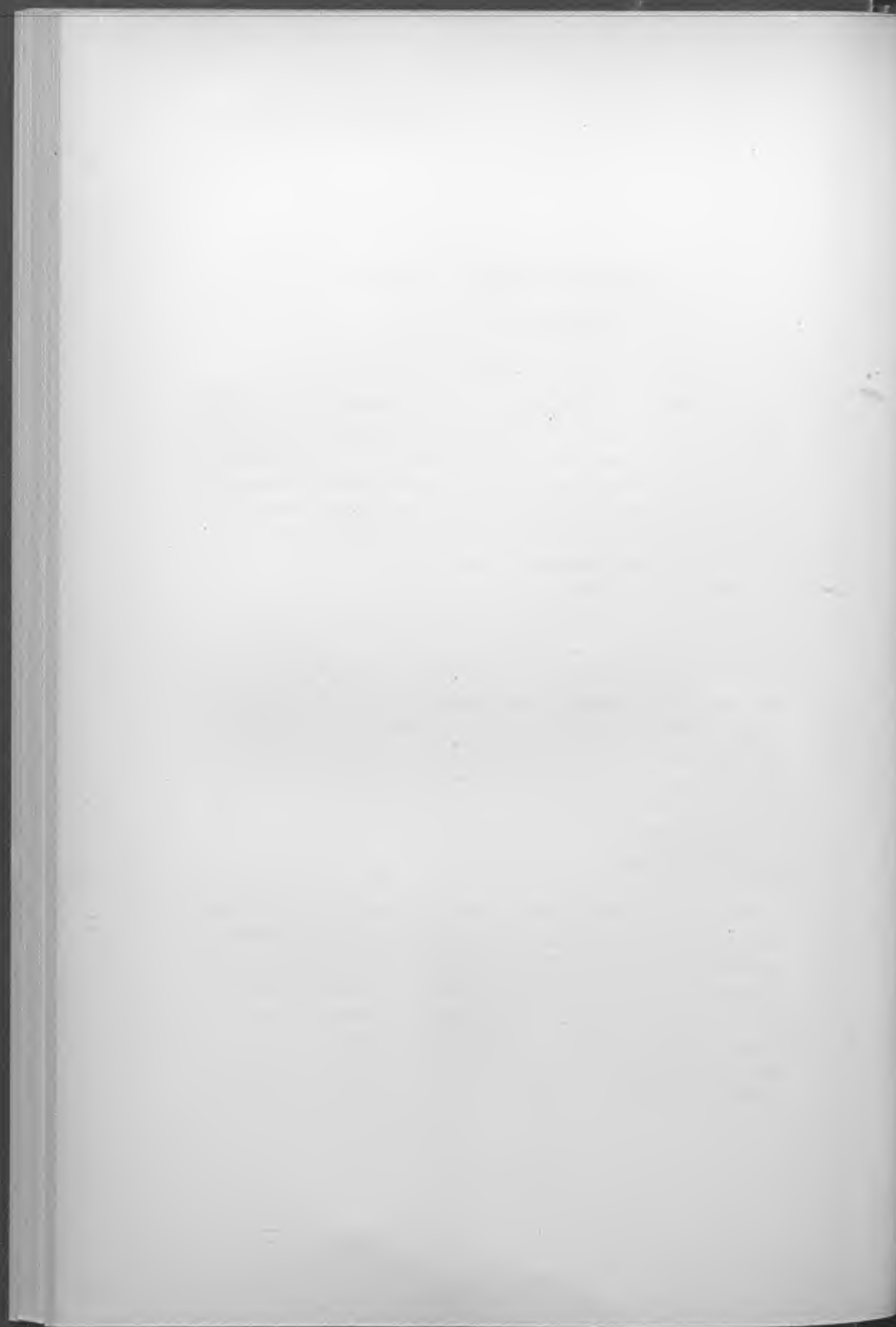
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

HABEAS-CORPUS Nº 406

ACÓRDÃO

N. 406 — Vistos, expostos e discutidos os presentes autos de *habeas-corpus*, em que são pacientes David Ben Obill e outros, resolve o Supremo Tribunal Federal conceder a requerida ordem de soltura em favor dos detidos, visto ser ilegal a conservação da prisão em que se acham, desde que se verifica pelos autos e pelas informações prestadas que os fatos que lhes são imputados não constituem crimes, que os sujeitem ao fôro militar.

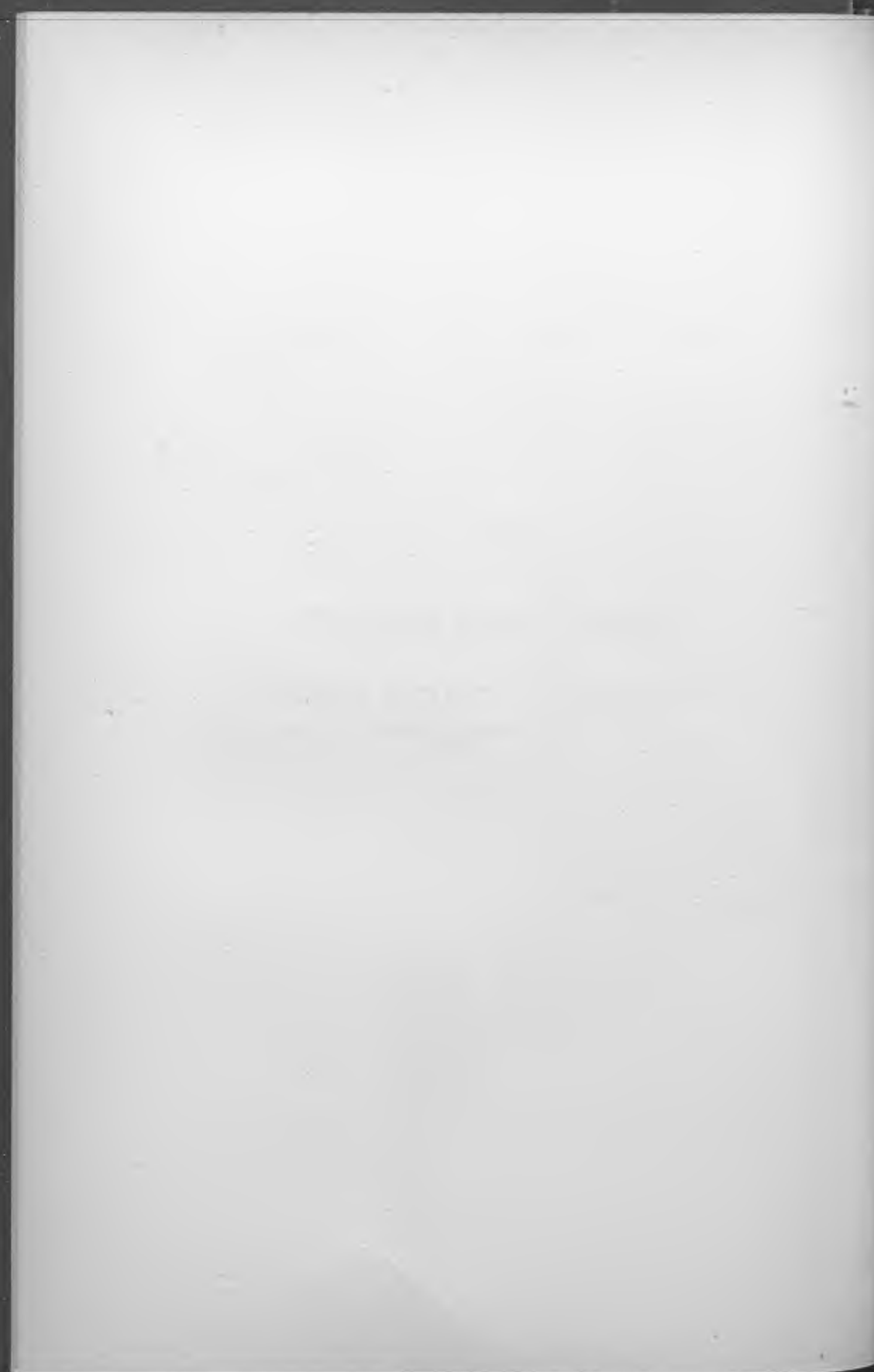
Supremo Tribunal Federal, 9 de agosto de 1893. — *Freitas Henriques*. — *P. Andrade Pinto*. — *Aquino e Castro*. — *Ovidio de Loureiro*. — *Barradas*. — *Pisa e Almeida*. — *Barros Pimentel*. — *Macedo Soares*. — *Faria Lemos*, vencido. Votei pela continuação dos pacientes na prisão, que foi realizada por autoridade competente, por crime inafiançável e em flagrante delito, devendo, porém, ser os mesmos pacientes remetidos para o juízo competente, a fim de serem ali instaurado o respectivo processo, visto não ser militar o delito cometido. — *Bento Lisboa*. — *José Higino*. — *Ferreira de Resende*. — *Barão de Sobral*. — Fui presente e requisitei que, entendendo o tribunal não estarem em vigor os dois códigos penais da marinha promulgados em novembro de 1890 e março de 1891, fôsem os prisioneiros paisanos remetidos ao juiz seccional competente, visto não desconhecer o mesmo tribunal a legalidade da prisão efetuada em flagrante delito, e atentas as disposições do art. 1º, §§ 2º e 5º, da Lei n. 631, de 18 de setembro de 1851, e art. 60, letra I, da Constituição.



III

HABEAS - CORPUS

EM FAVOR DE MARIO AURÉLIO
DÁ SILVEIRA



Petição

*Prisão Militar, Paciente: Mário Aurélio da Silveira.
Coator: O Ministro de Estado da Marinha.*

RUI BARBOSA, vem impetrar-vos ordem de *habeas-corpus* a favor do prêso Mário Aurélio da Silveira, imediato do *Júpiter*.

O paciente acha-se do que consta ao impetrante, detido na Fortaleza de Ilha das Cobras, onde o governo o tem, sujeitando-o à mesma incomunicabilidade em que se achavam os outros passageiros e tripulantes do Vapor *Júpiter*. O paciente é paisano, deixando o impetrante de contemplá-lo na primeira petição por falta de informação a seu respeito. Estando portanto êle envolvido na espécie julgada por êste Tribunal na Sessão de 9 do corrente, requer o peticionário que vos digneis tomar conhecimento imediato do caso, dispensando o comparecimento do paciente, que já uma vez, na mesma hipótese, vos foi recusado, e expedindo logo requisição ao Ministério da Marinha, para soltura imediata do prêso.

Nestes termos, afirmando a verdade do que alega,

Pede deferimento

Capital Federal, em 12 de agosto de 1893.

RUI BARBOSA.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ACÓRDÃO DE 12 DE AGÔSTO

Nº 410. Vistos e expostos os presentes autos de petição de *Habeas-Corpus*, em que é impetrante o advogado Rui Barbosa, a favor do paciente Mário Aurélio da Silveira, imediato do Vapor — *Júpiter*, que acha-se, segundo consta ao impetrante, detido na fortaleza da Ilha das Cobras, onde o Governo o tem, sujeitando-o à mesma incomunicabilidade em que se achavam os outros passageiros civis e tripulantes do referido vapor e deixara o impetrante de contemplá-lo na primeira petição de *Habeas-Corpus*, já julgada, por falta de informações a êsse respeito.

Concedem a requerida Ordem de *Habeas-Corpus* e designam o dia 16 do corrente mês, às 10 horas da manhã para ser êle apresentado à barra do Tribunal e virem as informações sôbre os motivos da prisão e conservação do paciente na dita fortaleza, fazendo-se tôdas as requisições precisas ao Governo, por intermédio do Ministério dos Negócios da Marinha.

Supremo Tribunal Federal, 12 de agôsto de 1893.

Freitas Henriques, P.
Pisa e Almeida
Macedo Soares
Ovidio de Loureiro
Faria Lemos
José Higino
Bento Lisboa
Ferreira de Resende
Aquino e Castro
Barros Pimentel.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ACÓRDÃO DE 16 DE AGOSTO

Nº 410 — Vistos, expostos e discutidos os presentes autos de petição de *habeas-corpus*, em que é impetrante o advogado Rui Barbosa, a favor do paciente Mário Aurélio da Silveira, imediato do vapor *Júpiter* — que se acha detido na fortaleza da — Ilha das Cobras, onde o Governo o conserva, sujeitando-o à mesma incomunicabilidade em que se achavam os outros passageiros civis e tripulantes ao referido vapor; resolve o Supremo Tribunal Federal proceder ao julgamento da mencionada petição, conquanto o Secretário de Estado dos Negócios da Marinha não tenha prestado as informações que lhe foram exigidas nem expedido as ordens necessárias para ser o paciente apresentado perante o Tribunal no dia e horas marcadas e que lhe foram requisitadas por ofício de 14 do corrente, de acôrdo com as imperativas disposições do art. 343 e seguintes do Código do Processo:

E considerando:

Que incumbe aos Tribunais de Justiça verificar a validade das normas que têm de aplicar aos casos ocorrentes e negar efeitos jurídicos àquelas que forem incompatíveis com a Constituição, por ser esta a lei suprema e fundamental do país;

Que este dever não só decorre da índole e natureza do Poder Judiciário, cuja missão cifra-se em declarar o direito vigente, aplicável aos casos ocorrentes regularmente sujeitos à sua decisão, se não também é reconhecido no art. 60, letra — a — da Constituição que inclui na competência da Justiça Federal o processo e julgamento das causas em que alguma das partes fundar a ação ou a defesa em disposição Constitucional;

Que a não aplicação de um Decreto regulamentar ou ato legislativo a casos ocorrentes, sob o fundamento de incons-

titucionalidade não importa a revogação do mesmo ato, a qual formalmente só pode competir ao Poder de quem êle emana.

Que, para firmar-se a competência do fôro da Marinha, não podem ser invocadas as regras estabelecidas no Código Penal da Armada de 7 de março de 1891; porquanto o dito Código se funda no Decreto de fevereiro do mesmo ano que autorizou o Ministério da Marinha a reformar o primeiro Código da Armada de 5 de novembro de 1890, e uma tal autorização não tendo sido utilizada, durante o período do Governo Provisório e ditatorial, não podia mais sê-lo, como aliás o foi, no período constitucional;

Que, com efeito, o artigo 83 da Constituição manda sômente vigorar as leis anteriores que forem compatíveis com o novo regímen e, sendo um dos princípios fundamentais da ordem constitucional a separação dos poderes e a privativa competência do Congresso para legislar, a autorização legislativa contida naquele Decreto caducou, *ex-vi* da promulgação da Constituição, faltando assim ao Código de 7 de março tôda a base legal;

Que não vigorando também o primeiro Código Penal da Armada de 5 de novembro de 1890, indefinidamente suspenso pelo Decreto de 4 de fevereiro do ano seguinte, a competência do fôro comum e a do fôro especial militar se discriminam em face das disposições do Código Penal comum e das leis militares em vigor;

Que a lei nº 631 de 18 de setembro de 1851 é a única que, alargando o conceito do crime militar estritamente fixado pela provisão de 20 de outubro de 1834, declarou militar certos crimes cometidos por paisanos e sujeitou os delinqüentes, ainda quando não seja militar, ao julgamento dos Conselhos de Guerra;

Que, segundo o art. 1º da mesma lei os paisanos sujeitos à justiça militar são sômente os que no caso de guerra externa e no território, onde tiverem lugar as operações do

exército, cometerem os seguintes crimes: — 1º espionagem; 2º sedução de praças que façam parte das forças do governo, para que desertem para o inimigo; 3º sedução de praças para que se levantem contra o Governo ou os seus superiores; 4º ataque dirigido contra as sentinelas; 5º penetrar nas fortalezas por lugares defesos; que o paciente não pode ser compreendido em nenhum dos casos excepcionais mencionados no art. 1º da lei citada; por quanto, falta na hipótese a circunstância elementar do estado de guerra externa;

Que, além disto, dos cinco delitos ali declarados, dois — os dos números 2 e 3 — cessarão de ser militares quando cometidos por paisanos, ainda mesmo em estado de guerra externa,

Com efeito, o Código Penal comum prevê e define nos arts. 91, 92 e 93 os crimes de sedução de praças para deserção ou para se levantarem contra o Governo, em tempo de paz ou de guerra, e como o mesmo Código só compreende os crimes civis, segundo decorre do seu art. 6º, 1. *b*, segue-se que os paisanos acusados daqueles delitos não podem ser processados e julgados no fôro militar.

Que, assim, nenhum princípio ou regra de direito há, sobre que assente, no caso vertente, a competência do fôro militar para tomar conhecimento do delito ou delitos imputados ao paciente; que, por outro lado, contra o paciente não prevalece a exceção estabelecida do art. 47 do Decreto 848 de 11 de outubro de 1890, que inibe o *habeas-corpus*, quando a prisão é decretada por autoridade militar, nos casos de jurisdição restrita e contra indivíduos da mesma classe ou de classe diferente, mais sujeitos a regimento militar; por quanto, não se dando caso de jurisdição restrita militar e não sendo o paciente militar nem pertencendo a classe sujeita a regimen militar; é manifesto, que não se verificam as condições do citado artigo 47;

Que, finalmente, a prisão militar e a incompetência de fôro onde o paciente responde constitui constrangimento ilegal, nos termos do artigo 353 §§ 3º e 4º e do art. 18 da lei

de 20 de setembro de 1871; e têm, portanto cabimento o *habeas-corpus* conforme o preceito do art. 72 § 23 da Constituição, que manda dar sempre que alguém sofrer ou estiver em iminente perigo de sofrer coação ilegal;

Assim, deferem a petição de fl. 2 e mandam que se passe ordem de soltura a favor do paciente.

Custas ex-causa.

Supremo Tribunal Federal, aos 16 de agosto de 1893.

— *Freitas Henriques, P.*

José Higino.

Ovídio de Loureiro: — vencido; não impugnando só a conclusão.

Pereira Franco

Pisa e Almeida

Faria Lemos, vencido

Ferreira de Resende: neguei a soltura do paciente: 1º porque tendo o detentor desobedecido à ordem do Tribunal a este o que cumpria, era dar as providências para que o comparecimento do mesmo paciente se efetuasse e só então é que eu o poderia soltá-lo ou não, art. 350 do Cód. do Proc. Crim. combinado com os arts. 347 e segs. e segundo porque, não existindo informações de qualidade alguma, não me considerei habilitado para julgar, quando nem sequer tinha certeza se era o paciente militar ou não, arts. 351 e 352 do mesmo Cód.

Bento Lisboa

Aquino e Castro, de acôrdo na conclusão.

Macedo Soares

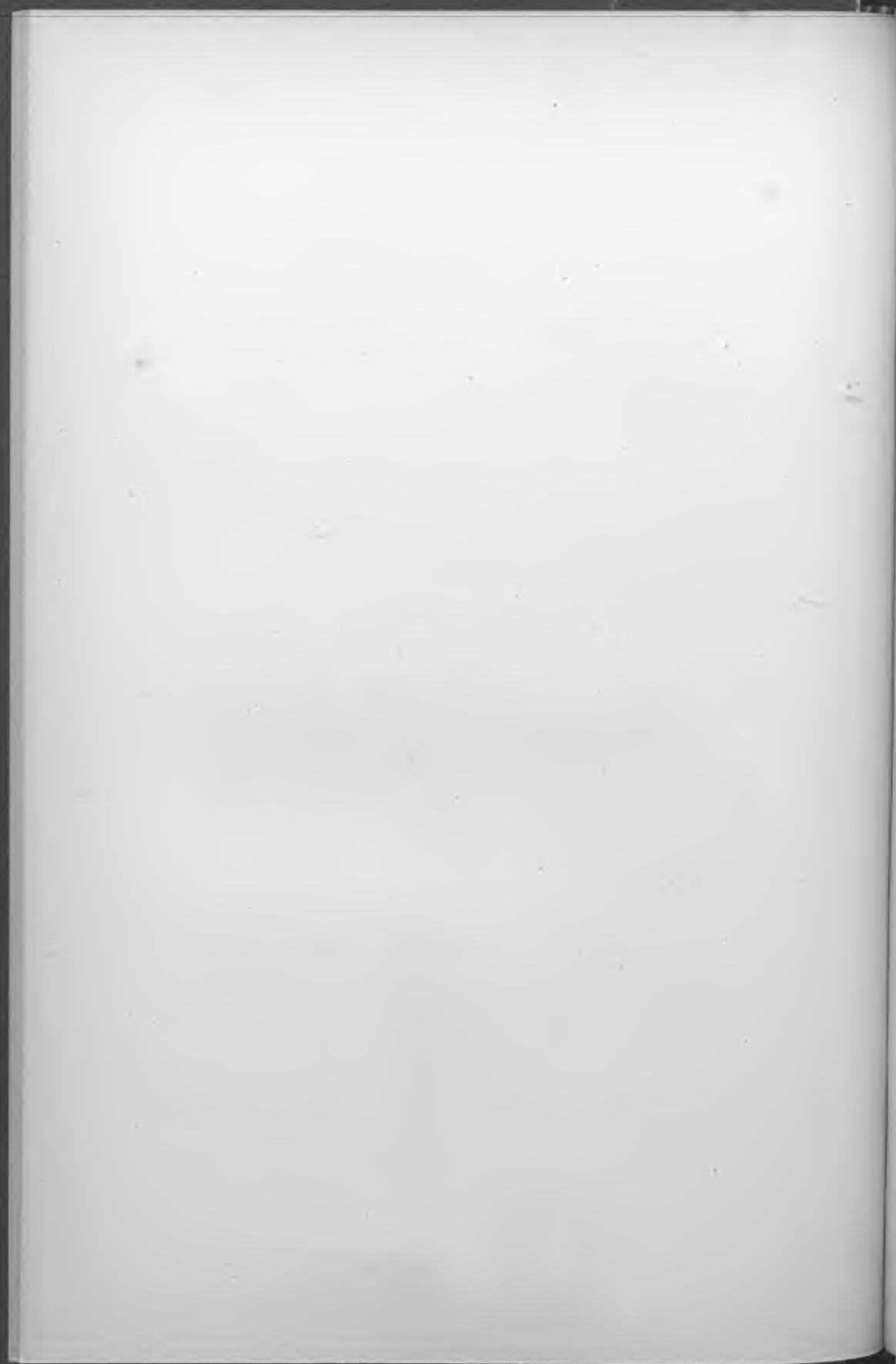
Barros Pimentel. Não fui presente à aprovação do enunciado ou redação da sentença; sou, porém, de acôrdo com a conclusão, como se venceu no julgamento do *habeas-corpus*. Quanto aos motivos do meu voto, — expendi-os com o necessário desenvolvimento na discussão da causa, à qual me reporto.



IV

Habeas - Corpus

EM FAVOR DO ALMIRANTE EDUARDO
WANDENKOLK E OUTROS



Agosto 12
Habeas Corpus. } N.º 412
L.º 1.º

Supremo Federal

Ex. mo Ex. mo Sr. Ministro
João José de Andrade Brito

1893

Supremo Tribunal Federal

Processo de Petição de Habeas Corpus
em que é pretendente
Ruy Barbosa.

Pacientes Eduardo Wandenkolk,
Duarte Vences Barcellari Pinheiro Guimarães
e Jhosé Conceição da Silva

Supremo Federal
ao 12 de Agosto de 1893
Tribuna
João de Albuquerque



Rosto dos autos de *habeas-corpus* n° 412 — *Arquivo da Casa de Rui
Barbosa.*

Pres. Juizes do Supremo Tribunal Federal

Aut. de, este para in dictu semel
Supremo Tribunal Federal 12 de agosto de
1894 *Praty Honor D.*

Praty Barbosa vem impetrar-vos habeas
corpus a favor dos cidadãos brasileiros Edeuando
Wunderkolk, Duarte Huet Bacellar Pinto
Guedes e Antas Correia de Silva, al-
mirante o principe, os outros officiaes, todos
reformados, que se acham presos nas fortalezas
de ^{Ilha dos} Villegagnon,
del Iago como envolvidos no caso do Jupia.

Os debates, de que emanou, neste tribunal,
o accordo favoravel aos presos paizanos da-
quelle caso, firmaram, por um acto involun-
ta, unanime, e sollemnissimo, estas duas conclus-
soes capitales:

1º que os codigos penaes da armada, promul-
gados o primeiro a 5 de novembro de 1890, o ac-
to a 7 de março de 1891 nao tem vigor ou exis-
tencia legal entre nós, nem em razão de ter sido
suspensos; antes de posto em execução, pelo directo
legislativo de 14 de fevereiro de 1891, o segundo por
um acto do poder executivo expedido de sob o
dominio da constituição, em duas prerogativas
nas de confusão;

Primeira página da petição de *habeas-corpus* de 12 de agosto de 1893
autógrafo de Rui Barbosa, com o despacho do Presidente do Tribunal,
Ministro Freitas Henriques. (*Arquivo da Casa de Rui Barbosa*).

1 — Petição - (*)

(*Habeas-corpus* nº 412)

Srs. Juizes do Supremo Tribunal Federal

Rui Barbosa vem impetrar-vos *habeas-corpus* a favor dos cidadãos brasileiros Eduardo Wandenkolk, Duarte Huet Bacelar Pinto Guedes e Antão Correia da Silva, almirante o primeiro, os outros oficiais, todos reformados, que se acham presos nas fortalezas de Santa Cruz, Laje e Villegaignon como envolvidos no caso do *Júpiter*.

Os debates, de que emanou, neste Tribunal, o acórdão favorável aos presos paisanos daquele vaso, firmaram, por um aresto inolvidável, unânime, soleníssimo, estas duas conclusões capitais:

1º que os códigos penais da armada, promulgados o primeiro a 5 de novembro de 1890, o outro a 7 de março de 1891, não têm vigor ou existência legal entre nós, um em razão de ter sido suspenso, antes de pôsto em execução, pelo Decreto Legislativo de 4 de fevereiro de 1891, o segundo por ser um ato do Poder

(*) A 12 de agosto de 1893 impetrou Rui Barbosa uma ordem de *habeas-corpus* em favor do almirante Wandenkolk e outros, que tomou o número 412, sendo devidamente despachada pelo presidente do Tribunal, o ministro Freitas Henriques.

A 28 do mesmo mês o Senado, em memorável decisão, exigiu para o Senador Wandenkolk, ao conceder a licença para processá-lo o Executivo, o fôro civil.

Rui Barbosa, aproveitando a circunstância altamente favorável ao seu cliente, apresenta novo pedido, que tomou o número 415, que teve ampla divulgação.

A petição de 12 de agosto, já devidamente processada, mas não distribuída, foi devolvida ao impetrante e acha-se hoje no arquivo da Casa de Rui Barbosa.

Executivo expedido já sob o domínio da Constituição, que tais prerrogativas não lhe confere;

2º que o fôro militar não é competente senão nas hipóteses criminais de delitos militares cometidos *por* de 1834, ou *por* civis unicamente nos casos excepcionais da lei de 18 de setembro de 1851, art. 7, que pressupõe sempre a eventualidade de "guerra externa."

Diante destes princípios, que ficam de ora em diante constituindo jurisprudência irrefragável, para justificar a prisão militar dos três cidadãos por quem se vos requer o *habeas-corpus*, seria mister a qualidade militar de sua posição.

Mas fácil é demonstrar que os oficiais reformados não são militares.

No direito francês nunca se questionou a tal respeito. Ali nunca se contestou que "um oficial reformado *não pode considerar-se militar*." São palavras textuais de DALLOZ. (*Organisat. milit., Repert., vol. XXXIV, IIª parte, p. 2 050, § 646*), reproduzindo a linguagem comum nos tribunais daquele país. Noutro lugar, referindo-se a Conselhos de Guerra, diz êle fixando a sua jurisdição: "Não é aplicável aos oficiais reformados (*reformés ou retraités*); porque *estes já não fazem parte do exército*." (*Répert., vol. XXXIV, part. II, § 846*).

FAUSTIN HÉLIE expõe como corrente e inconcussa a mesma doutrina:

«O indivíduo chamado a serviço e o voluntário contratado permanecem adstritos à jurisdição militar, durante o tempo da incorporação. É o *fato da presença no corpo, da sujeição ao serviço, da participação nos diversos exercícios militares, que o submete à disciplina*.» (*Traité de l'instr. crimin., vol. V, p. 615, § 2 414.*)

E quatro linhas adiante:

Do que procede, resulta pertencer a qualidade militar a todos os indivíduos inscritos nos quadros do exército e *submetidos a serviço ativo.*»

E tal é expressamente a disposição do *Código da Justiça Militar do Exército de Terra*, cujo art. 56 sujeita aos Conselhos de Guerra os oficiais, soldados etc., "*pendant qu'ils sont en activité de service, ou portés présents sur les contrôles de l'armée, ou détachés pour un service spécial.*"

No Brasil as disposições legislativas nos conduzem com a mesma evidência a essa verdade.

O *Cód. do Processo*, art. 171, § 1 1º, excetua da acusação perante o júri

«os militares por crime do emprêgo militar, que serão acusados no juízo do seu fóro».

A provisão de 20 de outubro de 1894 é ainda mais explícita. Ela considera crimes militares

«todos os declarados nas leis militares, e que só podem ser cometidos por cidadãos alistados nos corpos militares do exército.»

Enfim, para não restar mais dúvida alguma, a lei da compulsória, o decr. de 30 de dezembro de 1889 (nº 108-A), art. 3º, enuncia-se assim:

«Os oficiais da armada ocuparão uma das seguintes situações: ... 5º *Reforma*, situação a que chega o oficial dispensado de todo o serviço.»

Pois bem: no próprio código Foster, apesar do seu caráter draconiano, mais truculento do que o conde de Lippe, entra invariavelmente na definição de todos os delitos militares, do primeiro ao último, como elemento substancial, como o elemento característico a condição de serem praticados por "indivíduos ao serviço da marinha de guerra."

O reformado
não está *em serviço*,
não se acha nos *corpos militares*,
não exerce *emprêgo militar*.

Logo, nos termos do Código do Processo, da Provisão de 1834, do Decreto de 1889 e até do odioso código de 1891 (que aliás não invocamos senão como argumento subsidiário), o reformado não está sujeito ao fôro militar.

Nem vale, para estabelecer uma equiparação repelida pelas leis militares dos países mais militarizados, alegar o sôlido, que recebe o reformado, e a possibilidade eventual, em que se acha, de ser chamado a serviço. O sôlido, para o reformado, corresponde, na ordem civil à pensão para o aposentado: é um prêmio por serviços anteriores; não a retribuição de serviços atuais. E a possibilidade do chamado ao serviço não representa um laço de dependência militar, um vínculo disciplinar, uma vez que é facultativo ao oficial, a quem o convite se dirige, acudir, ou escusar-se.

Mas, ainda quando militar fôsse o reformado, não se prova que sejam militares os delitos em questão, senão com disposições do Código da Armada cuja inconstitucionalidade fulminastes.

Admitindo, porém, hipoteticamente, a natureza militar do crime e a condição militar das pessoas, desde que estas se acham, por cumplicidade, envolvidas nesses fatos com cidadãos civis, cabe ao imputante o direito de invocar a regra da jurisprudência penal admiravelmente elucidada por um dos ilustres membros desta augusta corporação, o Sr. Ministro José Higino:

«Concederá também que a reforma não isenta o oficial reformado das leis e do fôro militar. Neste caso, porém, prevalece o princípio consagrado no

art. 109 da lei de 3 de dezembro, que autoriza o *juiz civil* a formar a culpa a paisanos e *militares*, *separando, depois da pronúncia, os processos*, para continuar cada qual no seu respectivo fôro.»

Quer numa quer noutra hipótese, portanto, a situação anômala, em que se acham os pacientes é indefensável. Ainda quando militares fôssem, a discriminação das competências só principiaria com a sentença terminal do sumário. Mas militares não são, pelos motivos expendidos, em apoio dos quais invoca o impetrante o parecer do Conselho de Investigação, cujos membros, sendo juizes de espada, não podem incorrer em suspeitas de pretender exagerar as atribuições à autoridade civil.

Entretanto, há quase um mês que os pacientes se acham presos, sem nota de culpa, sem instauração de processo, havendo apenas, em relação ao primeiro, o Conselho de Investigação já aludido, com que o Governo não se conforma, continuando, todavia, a sonegá-lo à Justiça, ainda que militar, pois, até hoje, ainda o não mandou submeter a Conselho de Guerra.

Nos têrmos, pois, dos arts. 343 e 352 do Código do Processo, o peticionário, afirmando a verdade do que alega e é notório, requer a favor dos presos a expedição da ordem de *habeas-corpus*, a que lhes dá direito o constrangimento ilegal, que em sua liberdade sofrem.

Rio de Janeiro, 12 de agosto de 1893.

RUI BARBOSA.



HABEAS-CORPUS

A FAVOR DOS SRS

Almirante Wandenkolk, Capitão Tenente Huet Bacellar
e Tenente Antão Correia da Silva

PETIÇÃO DIRIGIDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PELO

Dr. Rui Barbosa

RIO DE JANEIRO
Typographia do JORNAL DO BRASIL — Rua de Gonçalves Dias n. 54

1893

Fôlha de rosto da 1ª edição da petição de *Habeas-Corpus* em favor
do Almirante Wandenkolk e outros (Tamanho original).

Exemplar do dr. José Câmara.

2 — Petição

(*Habeas--corpus* n.º 415)

Srs. Juizes do Supremo Tribunal Federal.

RUI BARBOSA vem impetrar-vos *habeas-corpus* a favor dos cidadãos brasileiros Eduardo Wandenkolk, Duarte Huet Bacelar Pinto Guedes e Antão Correia da Silva, senador e almirante o primeiro, os outros oficiais, todos reformados, que se acham, há quarenta dias, presos nas fortalezas de Santa Cruz, Laje e Villegaignon, como envolvidos no incidente do *Júpiter*.

Quanto ao senador Wandenkolk, o caso está resolvido pela deliberação do Senado na sessão de 28 do corrente.

O presidente da República, em mensagem endereçada àquela câmara, aos 19 dêste mês, e estampada no *Diário Oficial* de 20 (docum. n. 1), solicitou do Senado "a necessária autorização" para que o senador Eduardo Wandenkolk fôsse submetido a *conselho de guerra*". (*Diário Oficial*, pág. 1.336).

Destarte, reconhecendo àquela das duas casas do Congresso, a que pertence o paciente, a competência, para deliberar sobre a jurisdição, onde se deve instaurar o processo crime, o chefe do Estado emitia, ao mesmo tempo o seu conceito, pressupondo indubitável a competência do *fôro militar*.

A autoridade do Senado, com efeito, neste ponto, não pode sofrer questão, em presença da Constituição republicana, art. 20, que reza, como sabeis:

Os deputados e os senadores, desde que tiverem recebido diploma, até à nova eleição, não poderão ser presos, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Neste caso, levado o processo até à pronúncia exclusiva, a autoridade processante remeterá os autos à câmara respectiva, para resolver sobre a procedência da acusação, se o acusado não optar pelo julgamento imediato.

Na faculdade de resolver quanto à flagrância e à inafiançabilidade, evidentemente se encerra, implícita, a de indicar a jurisdição competente.

Em verdade, não há conhecer da afiançabilidade, ou inafiançabilidade, de um crime, sem previamente capitulá-lo na disposição especial cujo grau de penalidade o tem de incluir numa dessas duas classificações.

Mas precisar a disposição, em que se há de averbar um delito é declarar o código, comum, ou militar, por onde se julgará .

E declarar o código é determinar o fôro; porquanto nem lei militar se executa na jurisdição ordinária, nem a lei ordinária na jurisdição militar.

Nem o intérprete podia restringir, onde o legislador não restringiu, tratando-se, como se entende em todos os países constitucionais, "não tanto de um privilégio pessoal em proveito dos membros da câmara, como de uma garantia política a bem da independência e dignidade dos representantes da Nação." (1)

(1) MANCINI E GALEOTTI: *Normi ed usi del parlamento italiano*. (Roma, 1887). Pág. 521. — EUG. PIERRE: *Traité de dr. polit. électoral et parlement*. (Paris, 1893). Pág. 1.054-5. — CHAUFFOUR: *Chambres legislatives* (Paris, 1887). Pág. 376, n. 668.

Assim, na Itália, onde aliás a disposição constitucional (art. 4º do Estatuto) não se mede em amplitude com a nossa, é corrente que "a câmara tem o direito, ou melhor o dever, de sujeitar a escrupuloso exame a *índole da ação*, que se promove, em matéria criminal, contra qualquer de seus membros." (2)

Não se trata, porém, de justificar a opinião, manifestada na mensagem presidencial, da competência do Senado para se pronunciar sobre a competência do fôro. O certo é que aquela câmara, no exercício dos direitos de apreciação, que incontestavelmente lhe assistem, quanto aos meios de interpretar a extensão das suas imunidades, e defendê-las, usou da atribuição, que o próprio govêrno lhe reconheceu; mas fê-lo negando a autoridade da jurisdição militar, e proclamando a do fôro comum.

Eis os têrmos, em que se traduz o ato do Senado, resolvido na sessão de 28 do corrente, e publicado no *Diário Oficial* de 29, pág. 1.518-19 doc. n. 2):

O Senado reconhecendo, de acôrdo com os fundamentos do parecer, competência do fôro civil, em presença do art. 20 da Constituição da República, perante o qual deve responder o membro do Congresso, delibera que, mediante requisição ao Poder Executivo, sejam remetidos os papéis concernentes ao caso do senador almirante reformado Eduardo Wandenkolk às justiças comuns, onde se lhe deve formar a culpa, e proceder ao respectivo julgamento.

Não esquecereis que, antes do Senado, as próprios autoridades militares, congregadas em conselho de investigação, por ordem do govêrno, para sindicar do assunto, se tinham manifestado unânime-

(2) MANCINI E GALEOTTI: *Op. cit.*, n. 644, pág. 546.

mente, no parecer que vos foi remetido pelo chefe do Poder Executivo, e lido, perante vós, na sessão de 9 do corrente, pela incompetência dos tribunais de guerra.

Moralmente nada lograria estabelecer em favor desta tese presunção mais cabal. Agora, porém, a decisão do Senado, pela fatalidade dos seus efeitos constitucionais, não pode deixar de pôr termo à questão, assegurando ao senador Wandenkolk a instauração do processo ante as justiças comuns.

Mas, uma vez instituída a competência dos tribunais ordinários, a situação do senador Wandenkolk coincide rigorosamente, em todos os seus pontos, com a dos quarenta e nove presos, a quem, sob requerimento do impetrante, restituistes a liberdade nas sessões de 9 e 16 do corrente.

O *habeas-corpus*, por consequência, impõe-se aqui duplamente: já como observância das regras usuais (Cód. do Proc. arts. 340 a 353, e lei n. 2.033, de 20 de novembro de 1871, art. 18), que limitaram a durabilidade da prisão antes de culpa formada (Cód. do Proc., art. 148; Decr. de 20 de novembro de 1871; art. 22, § 1º, e 42, § 7º), não permitindo que passe, no máximo, de dezoito dias (quando os pacientes estão presos, *há quarenta*); já em sustentação das imunidades parlamentares, uma de cujas armas, quer na Inglaterra, quer nos Estados Unidos, tem sido sempre o *writ* de *habeas-corpus*, a favor dos membros do parlamento indevidamente presos, ou mandados pôr em liberdade pela câmara a que pertencem. (3)

* * *

(3) ERSKINE MAY: *A Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliam.* (ed. de 1893), pág. 135. — CUSHING: *Lex Parliamentaria Americana* (ed. de 1874), pág. 236, n. 587. — JEFFER-

Os dois outros pacientes, oficiais reformados como o almirante Wandenkolk e presos como seus cúmplices, estão precisamente na mesma hipótese que êle. Seria um escândalo de indecência e iniquidade, portanto, se ficassem privados do fôro comum, em que o primeiro vai responder.

E em que fundamento jurídico se poderia estribar o julgamento dêles nos tribunais militares?

Para determinar essa competência de exceção, indispensável é a concorrência de dois elementos:

- 1º O caráter militar do acusado;
- 2º A natureza militar do crime.

Ê o que estabelece o Código Penal (Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890), art. 6º, prescrevendo:

“Êste Código não compreende:

“b) Os crimes *puramente militares*, como tais declarados nas leis respectivas”.

Ora, o ato que firmou entre nós a definição de *delito militar*, é a provisão de 20 de outubro de 1834, segundo a qual são crimes *meramente militares* todos os declarados nas leis militares, e que só PODEM SER COMETIDOS PELOS CIDADÃOS ALISTADOS NOS CORPOS MILITARES DO EXÉRCITO E DA ARMADA, como são: 1º os que violam a santidade e religiosa observância do juramento prestado pelos que assentam praça; 2º, os que ofendem a subordinação e boa disciplina do exército e da armada; 3º, os que alteram a ordem, polícia e economia do serviço militar em tempo de

SON: *Manual of Parliamentary Practice* sec. II: «The member arrested may be discharged on motion I *Bl.*, 166, *Stra.*, 990: or by *habeas-corpus* under the Federal or State atuhority, as the case may be.» (*Senate Manual*, Wash., 1890, pág. 193).

guerra ou paz; 4º, o excesso ou abuso de autoridade, em ocasião do serviço, ou influência do emprêgo não excetuado por lei, que positivamente prive o delinquente do fôro militar”.

São militares os oficiais reformados?

No direito francês nunca se questionou a tal respeito. Ali não se contestou jamais que “um oficial reformado *não pode considerar-se militar*”. São palavras textuais de DALLOZ(4), reproduzindo a linguagem comum nos tribunais daquele país. Noutro lugar, onde se refere a conselhos de guerra, diz êle, fixando-lhes a jurisdição: “Não é aplicável aos oficiais reformados (*reformés* ou *retraités*); porque *êstes já não fazem parte do exército*”.(5)

FAUSTIN HÉLIE(6) expõe como trivial e inconcussa a mesma doutrina:

“O indivíduo chamado a serviço e o voluntário contratado permanecem adstritos à jurisdição militar, durante o tempo da incorporação. É o fato da presença no corpo, da sujeição ao serviço, da participação nos diversos exercícios militares, que o submete à disciplina”.

E, quatro linhas adiante:

“Do que precede, resulta pertencer a qualidade militar a todos os indivíduos inscritos nos quadros do exército e submetidos a serviço ativo”.

E tal é expressamente a disposição do Código da Justiça Militar do Exército de Terra, cujo art. 56 sujeita aos conselhos de guerra os oficiais, soldados, etc., “pendant qu’ils sont en activité de service, ou

(4) DALLOZ: *Organisation militaire, Répert.*, vol. XXXIV, II parte. pág. 2.050, § 646.

(5) DALLOZ: *Répert.*, vol. XXXIV, part. I, § 846.

(6) *Traité de l’instruction criminelle*, vol. V. p. 615, § 2.414.

portés présents sur les contrôles de l'armée, ou détachés pour un service spécial".(7)

No Brasil as disposições legislativas nos conduzem com a mesma evidência a essa conclusão.

O Código do Processo art. 171, § 1º, excetua da acusação perante o júri.

"os militares, *por crime de emprêgo militar*, que serão acusados no juízo de seu fôro".

Enfim, para não restar mais dúvida alguma, a lei da compulsória, o decreto de 30 de dezembro de 1889 (n. 108-A), art. 3º, enuncia-se assim:

"Os oficiais da armada ocuparão uma das seguintes situações: "5º Reforma, situação a que chega o oficial *dispensado de todo o serviço*".

Pois bem; no próprio código FOSTER, apesar do seu caráter draconiano, mais truculento do que o do conde de Lippe, entra invariavelmente na definição de todos os delitos militares, do primeiro ao último, como elemento substancial, como o elemento característico, a condição de serem praticados por "indivíduos ao serviço da marinha de guerra".

Ora, o reformado

não está em serviço (Decr. de 30 de dezembro de 1889);

não se acha *nos corpos* militares (Prov. de 20 de outubro de 1834);

não exerce emprêgo militar (Cód. do Proc.)

Logo, nos termos do Código do Processo, da provisão de 1834, do decreto de 1889, e até do

(7) TRIPIER: *Code de justice militaire pour l'armée de terre*, pág. CCCLI.

odioso código de 1891 (que aliás não invocamos senão como argumento subsidiário), o reformado não está sujeito ao fôro militar.

Nem vale, para estabelecer uma equiparação repelida pelas leis militares dos países mais militarizados, alegar o sôlido, que recebe o reformado, e a possibilidade eventual, em que se acha, de ser chamado a serviço. O sôlido, para o reformado, corresponde, na ordem civil, à pensão para o aposentado; é um prêmio, por serviços anteriores; não a retribuição de serviços atuais. É a possibilidade do chamado ao serviço não representa laço de dependência militar, vínculo disciplinar, uma vez que é facultado ao oficial, a quem o convite se dirige, acudir ou recusar-se.

Mas, ainda quando o militar fôsse reformado, não se provou que sejam militares os delitos em questão, senão com disposições do Código da Armada, cuja inconstitucionalidade fulminastes.

Fostes vós mesmos que, no acórdão de 16 do corrente, solenemente declarastes:

Que, para firmar-se a competência do fôro da marinha, não podem ser invocadas as regras estabelecidas no Código Penal da Armada de 7 de março de 1891; porquanto o dito código se funda no decreto de 14 de fevereiro de 1891, que autorizou o Ministério da Marinha a reformar o primeiro Código da Armada, de 5 de novembro de 1890, e uma tal autorização não tendo sido utilizada durante o período do governo provisório e ditatorial, não podia mais sê-lo, como aliás o foi, no período constitucional;

Que, com efeito, o art. 83 da Constituição manda somente vigorar as leis anteriores que forem compatíveis com o novo regímen, e sendo um dos principais fundamentos da ordem constitucional a separação dos poderes e a privativa competência do Congresso para legislar, a autorização legis-

lativa, contida naquele decreto, caducou, *ex-vi* da promulgação da Constituição, faltando assim ao Código de 7 de março toda a base legal;

Que, não vigorando também o primeiro Código Penal da Armada, de 5 de novembro de 1890, indefinidamente suspenso por decreto de 4 de fevereiro do ano seguinte, a competência do fôro comum e a do fôro especial militar se discriminam em face das disposições do Código Penal comum e das leis militares em vigor.

Basta regeremo-nos pelo critério estabelecido na provisão de 20 de outubro de 1834 (e o nosso direito não conhece outro), para que se dissipem completamente as nuvens, com que as paixões e os interesses políticos se esforçaram por toldar a evidência a esta verdade. Os delitos em questão são daqueles que "*só podem ser cometidos por cidadãos alistados nas fileiras do exército e da armada*"?

Não. *Todos eles, estão capitulados no Código Penal comum.* As comissões reunidas de constituição, poderes e diplomacia, justiça e legislação, no Senado, enumeraram todas as capitulações, em que se têm averbado esses delitos, dizendo, no seu parecer de 23 do corrente, dado a lume no *Diário Oficial* de 25, pág. 1.429 (doc. n. 3):

Qualquer que seja o artigo do *Código Penal*, aplicável à espécie do crime imputado ao senador almirante reformado Eduardo Wandenkolk, seja o 93, ou 111, ou 115 § 4º, nos quais incidem os atos praticados pelo referido senador, estarei o máximo da penalidade exigida para a denegação da fiança.

São, portanto, delitos perpetráveis por civis. Logo, nos termos da provisão de 1834, assim como

nos do Código de 1889, são julgados em face dêste, processando-se nos tribunais comuns.

Mas, ainda considerando militares e sujeitos à jurisdição militar não podia ser, na espécie, o fôro, por não ser militar o delito.

A coexistência dos dois elementos (condição de indivíduo e caráter do ato) só se dispensa no caso único ressalvado pela lei de 18 de setembro de 1851, art. 1º, cujos têrmos se circunscrevem à hipótese de GUERRA EXTERNA:

No caso de *guerra externa* serão punidos com a pena de morte, na província em que tiverem lugar as operações do exército imperial, e bem assim em território aliado, ou inimigo, ocupado pelo mesmo exército: 1º, os espíões; 2º, os que, nas guardas, quartéis, arsenais, fortalezas, acampamentos, postos militares e hospitais, tentarem seduzir as praças de 1ª linha, polícia, guarda nacional, ou quaisquer outras que façam parte das forças do governo, tanto de mar, como de terra, a fim de que desertem para o inimigo; 3º, os que nos mesmos lugares acima mencionados tentarem seduzir as mesmas praças, a fim de que se levantem contra o governo, ou os seus superiores; 4º, os que ataquem sentinelas; 5º, os que entrarem nas fortalezas sem ser pelas portas e lugares ordinários.

Admitindo, porém, hipoteticamente, a natureza militar do crime e a condição militar das pessoas, desde que estas se acham, por cumplicidade, envolvidas nesses fatos com cidadãos civis, caberia ao impetrante o direito de invocar a regra de jurisprudência penal admiravelmente elucidada por um dos ilustres membros desta augusta corporação, o Sr. Ministro José Higino:

Concederá também que a reforma não isenta o oficial reformado das leis e do fôro militar. Neste

caso, porém, prevalece o princípio, consagrado no art. 109 da lei de 3 de dezembro, que autoriza o juiz civil a formar a culpa a paisanos e militares, separando, depois da pronúncia, os processos, para continuar cada qual no seu respectivo fôro. (8)

Quer numa, quer noutra hipótese, portanto, a situação anômala, em que se acham os dois últimos pacientes, é indefensável. Ainda quando militares fôssem, a discriminação das competências só principiaria com a sentença terminal do sumário. Mas militares não são, pelos motivos expendidos, em apoio dos quais invoca até o impetrante o parecer do Conselho de Investigação, cujos membros, sendo juizes de espada, não podem incorrer em suspeita de pretender exagerar atribuições à autoridade civil.

Por mais concessões, pois, que o impetrante faça contra os pacientes, a situação jurídica dêstes, em última análise, vem a se identificar à dos outros quarenta e nove detidos, a favor de quem já vos dignastes de conceder *habeas-corpus*, e que em virtude dêle desfrutam hoje a liberdade.

Nos têrmos, pois, dos arts. 343 e 352 do Código do Processo, o peticionário, afirmando a verdade do que alega, e é notório, requer, a favor dos presos, a expedição da ordem de *habeas-corpus*, a que lhes dá direito o constrangimento ilegal, que em seus direitos estão sofrendo.

Rio de Janeiro, 30 de agosto de 1893.

RUI BARBOSA.

(8) *Jornal do Comércio*, 10 de agosto de 1893.



3 — Discurso na Sessão do Supremo Tribunal Federal

O SR. RUI BARBOSA (*movimento geral de atenção, profundo silêncio*) — Srs. juizes do Supremo Tribunal Federal — Deixai que principie, felicitando-vos por ver dessa vez respeitada a plenitude soberana de vossa prerrogativa. Não tendes hoje que resolver na ausência dos pacientes, negada a sua apresentação, apesar das ordens positivas do tribunal; conquistastes assim, um grande exemplo da força do direito; mostrastes como é liso e leal o caminho da justiça; conquistastes palmo a palmo a consagração de vossa autoridade. Já não se pode hesitar sobre o alcance da vossa força; estão transpostos os últimos embarços ao exercício de vossa dignidade.

Os efeitos dessa campanha hão de prolongar-se pelo futuro além em suas conseqüências benéficas. Em sua primeira fase receava-se que um grupo de paisanos compromettesse a ordem pública e pudesse alterar o respeito e a serenidade que envolvem o tribunal no exercício de suas funções; hoje, em circunstâncias mais sérias, já as exigências da justiça não são suspeitas de perturbar a tranquilidade de que carecemos.

No momento em que comparece perante vós o primeiro na lista dos pacientes devo acentuar que o seu nome não é novo e comum neste país. Ele traz sobre seus ombros insígnias que representam um longo passado de serviços à nação. A modéstia de seu traje mal encobre as honras a que ele tem direito; permiti-me, pois, procurar as origens dêsse passado,

donde emana a sua reputação como uma corrente sempre pura, deslizando através de um leito sempre grande.

O seu nome assinala-se entre os daqueles que elevaram o nome da pátria nessa luta desesperada com o estrangeiro; sua coragem foi posta à prova nos transe mais graves dessa guerra de cinco anos.

Mais tarde, quando a grande revolução, coroada de esperanças, tão cedo mergulhadas em desenganos tão cruéis, dotou o país de um régimen político, fadado a elevá-lo na escala das nações livres, o espírito do meu constituinte esteve entre os primeiros arrojados, cuja coragem promoveu os primeiros passos do novo governo.

Sobre seus ombros descansou também a responsabilidade da ditadura, e da sua passagem pela alta administração pública, sua classe só tem a lembrar serviços inestimáveis.

Quando a República sofreu a primeira provação, que ameaçou, que feriu com um golpe de morte a integridade de suas instituições constitucionais, foram bater à porta do velho almirante, e a dedicação do revolucionário de 15 de novembro não faltou aos reivindicadores da grande obra regeneradora.

Bem amarga foi a recompensa a todos êstes serviços. Bastou a sombra de uma suspeita, a imagem de uma dessas concepções dos governos, que não esperam a justiça dos pósteros e são condenadas pela incredulidade dos contemporâneos, para que êle se visse despir de todos os títulos gloriosos de seus serviços, e as maiores ofensas, que se podem infligir a um homem de armas, caíssem sobre a sua cabeça.

Não vos levarei a estudar as feridas incuráveis geradas por êsses desgostos. Como advogado, venho falar apenas sobre as circunstâncias que aqui trouxeram o meu constituinte. Pudésseis vós celebrar

uma sessão dessa luta fratricida; sondar o coração daqueles lutadores, o fogo de seus desgostos, e estou certo de que neste tribunal não haveria ninguém capaz de fulminar aquêles homens com o estigma de sentimentos bárbaros, com que procuram diminuir essa luta grande, nobre, desinteressada, luta de um povo privado de todos os direitos, pelos quais qualquer de vós jogaria a vida; luta em que se batalha pelo exercício da vida civil, pela tranqüilidade do lar, pelo legado de um futuro melhor aos filhos. Ponde agora em contacto com êsses heróis uma alma de guerreiro e de patriota, sangrada pelas humilhações políticas infligidas aos seus concidadãos e tereis a explicação dêsse arrôjo, a santidade dessa inspiração, a respeitabilidade dêsse êrro, se quizerdes, êrro dos que têm vivificado regimens, êrro dos que têm elevado nacionalidades, amedrontadas numa passividade condenável.

Condenemos a desordem, façamos votos pela paz, mas sejamos justos para com os infelizes, vítimas de uma reação, que não poupa os direitos do cidadão, a honra da família, a santidade do lar.

A majestade dêste tribunal nunca teve maior solenidade do que êste espetáculo. De um lado o pensamento do Govêrno, empenhado em submeter as últimas vítimas dêsse incidente à jurisdição pesada, ilegal no teatro de um estado revoltado; do outro lado, a presença de um senador, um almirante, apoiado na constituição e nas leis militares, reivindicando perante vós a santidade dos direitos que lhe asseguram o julgamento em fôro comum.

Não posso esquecer que o primeiro dos importantes tem já por si duas decisões, que, qualquer que seja a sua força legal diante de vós, são de importância considerável. O Conselho de Investigação, chamado pelo Govêrno para pronunciar-se sôbre o caso, proferiu a decisão que conheceis. Nenhum tribunal

pode ser menos insuspeito: representante do espírito militar em sua esfera mais alta, seu interêsse era elevar as prerrogativas de sua classe; vós sabeis, porém, que êle se pronunciou pela incompetência do fôro militar.

Depois veio a decisão do Senado. Não vos pode ser indiferente a decisão daquela casa do Congresso; nenhum de vós deve ignorar a pressão das influências interessadas em evitar a restituição do senador Wandenkolk ao fôro civil. Com que armas arrancamós nós aos amigos do Govêrno êsse ato de justiça? Com que armas, senão com a limpidez de nosso direito, a verdade de nossas opiniões?

Srs. juizes do Supremo Tribunal Federal, ninguém mais incapaz do que eu de pretender reduzir a vossa competência, de alargar competências alheias, em prejuízo da reservada à justiça, que no regímen federativo é a base, a chave, a segurança das instituições. Nesta discussão, na imprensa, no Senado, perante vós, nunca me saiu da bôca uma palavra de restrição aos limites de vossa autoridade; nunca pretendi que a decisão de qualquer das casas do Congresso, embora discordes da opinião da justiça, pudesse influir na decisão última dos processos que tendes de julgar; sustentei sempre que os pontos de direito, apoiados nos votos das câmaras, estariam sujeitos ao exame definitivo da justiça, mas, para manter a autoridade da magistratura federal, não careço desconhecer a autoridade do Congresso na defesa das imunidades parlamentares.

A base de tôda a questão que suscitamos reside no artigo 20 da Constituição, cujo texto reza: "Os deputados e os senadores, desde que tiverem recebido diploma até à nova eleição, não poderão ser presos; nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua câmara, salvo caso de flagrância em cri-

me inafiançável. Neste caso, levado o processo até à pronúncia exclusiva, a autoridade processante remeterá os autos à câmara respectiva, para resolver sobre a procedência da acusação, se o acusado não optar pelo julgamento imediato."

Esta disposição cria para as imunidades parlamentares uma situação diversa da estabelecida em outros países dos mais notáveis, como organização política. Não conheço outra constituição com a amplitude da nossa nessa matéria; em tôdas as demais a autoridade das câmaras consiste em autorizar a prisão e o processo. A constituição brasileira é a única em que existe a cláusula, conferindo às câmaras pronunciarem-se sobre a procedência da acusação.

A conclusão que salta dessa cláusula é evidente; antes, porém, de chegar lá, vejamos se no texto do artigo 20 não está contida a série de idéias, que tornam impossível o fôro militar para os membros do Congresso.

A disposição do art. 20 pressupõe fases do processo, impossíveis perante os tribunais de guerra: a primeira dessas fases, inconciliáveis com o direito militar, é a formação da culpa. Bem sei que, para assimilações injustas, confunde-se o Conselho de Investigação com aquêlê elemento do processo; êles são, porém, duas entidades diversas: a formação da culpa assinala-se pelo seu caráter judiciário, não é apenas um inquérito para reunir provas, que têm de ser oferecidas aos juizes no plenário; ela termina por um ato obrigatório da justiça, a que hão de submeter-se as outras fases do processo.

O que é o conselho de investigação? Um simples inquérito, que não termina por sentença; é um parecer consultivo, que o Governo aceita ou recusa, conforme lhe apraz. Onde aqui algum dos elementos jurídicos

disso que se chama a formação da culpa? Com que direito vamos fazer equiparações arbitrárias, interpretando o pensamento do legislador no sentido menos favorável à liberdade?

Em segundo lugar, o art. 20 da constituição refere-se à afiançabilidade do delito: eis outro elemento inexistente no processo militar. A afiançabilidade é uma concessão, que a lei faculta a certa espécie de acusados, para se defenderem livres, mediante garantias que tranquilizem a justiça. O direito militar, porém, não permite, em caso algum, esta exceção benfazeja; logo, o legislador constituinte pressupõe sempre no art. 20 uma condição impossível de existir nas formas militares do processo, e claro é que só admitiu para os membros do Congresso uma espécie de fôro, onde não houvesse desigualdade para as imunidades parlamentares. E para dar à Câmara ou ao Senado meios de garantir essas imunidades, deu-lhes a faculdade de resolver sobre a procedência da acusação.

Permiti-me ler o que o Código do Processo dispõe sobre a pronúncia, determinando a função da autoridade judiciária:

Art. 144. Se, pela inquirição das testemunhas, interrogatório ao indiciado delinqüente, ou informações, a que tiver procedido, o juiz se convencer da existência do delito, e de quem seja o delinqüente, declarará, por seu despacho nos autos, que *julga procedente a queixa ou denúncia* e obrigado o delinqüente à prisão, nos casos em que esta tem lugar, e sempre a livramento.

Art. 145. Quando o juiz não obtenha pleno conhecimento do delito, ou indícios veementes de quem seja o delinqüente (não se tratando de crimes políticos), declarará, por seu despacho nos autos, que *não julga procedente a queixa ou denúncia*.

O Reg. n. 120, de 31 de janeiro de 1842, estabelece:

Art. 235. Se, pela inquirição das testemunhas, interrogatório ao indiciado delinqüente, ou informações, a que tiverem procedido, as autoridades criminais se convencerem da existência do delito e de quem seja o delinqüente, declararão, por seu despacho nos autos, *que julgam procedente a queixa, denúncia, ou procedimento ex-officio*, e obrigando o mesmo delinqüente à prisão, nos casos em que esta tem lugar, e sempre a livramento, especificando o artigo da lei, em que o julgam incurso.

Senhores juizes do Supremo Tribunal Federal, a função dada à autoridade judiciária em relação à pronúncia é a mesma que o art. 20 da Constituição dá às câmaras, para resolver sobre a procedência da acusação; o juiz pronunciante procede exatamente como as duas casas do Congresso diante dos autos remetidos pela autoridade processante.

Não só o direito como a necessidade de conhecer a competência do fôro resultam da natureza das funções confiadas ao Congresso na defesa de suas imunidades. Como conhecer da afiançabilidade, ou inafiançabilidade do delito, sem implicitamente escolher o fôro? A legislação militar não se aplica no fôro comum, nem a legislação comum se aplica no fôro militar.

A escolha do fôro não é indiferente à garantia das imunidades parlamentares, que seriam completamente aniquiladas sob as justiças de guerra. Basta considerar que o fôro militar não conhece os prazos dentro dos quais se têm de mover tôdas as fases do processo; no domínio de suas regras, o Poder Executivo poderia afastar indefinidamente o representante da nação do corpo legislativo a que pertencesse; ar-

redá-lo dali durante tôda a duração de seu mandato; anulando, em relação aos senadores, as disposições constitucionais, garantidoras da igualdade de representação no Senado, princípio sôbre todos essencial, que escapa à própria ação reformadora das constituintes. Logo, a escolha do fôro não é indiferente, e as câmaras, no dever de defender as prerrogativas de seus membros, têm o direito de pronunciar-se sôbre êle.

Agora, Srs. Juizes do Supremo Tribunal Federal, no pé a que chegou a questão, qual seria a possibilidade de uma decisão, oposta ao voto do senado? Refleti sôbre esta situação.

Em que têrmos se exprime o voto do Senado? Concede o direito de ser o almirante Wandenkolk processado em qualquer fôro? Não! Pronuncia-se res- tritamente pelo fôro comum. Suponde agora que o tribunal se pronuncia pelo fôro militar. Qual a solu- ção para a dificuldade? O fôro comum? Não; porque os juizes se opõem. O fôro militar? também não, pelo pronunciamento do Senado. Ficáramos diante de uma situação sem exemplo, de uma prisão perpétua e de um acusado que não se poderia defender, e que de novo voltaria à vossa presença, pedindo-vos *habeas- corpus* como um prêso sem processo.

A questão tem ainda uma outra face. O que é o *habeas-corpus*? É um plenário franco, onde a justiça se pronuncia em todos os sentidos? Não. É uma es- fera limitada, onde o paciente não pode ser colocado em situação pior. Seria uma iniquidade inqualificável que o almirante Wandenkolk daqui saísse em condi- ções inferiores, sujeito ao fôro militar, depois do pro- nunciamento do Senado. Tão longe não pode ir nem a vossa competência. O *habeas-corpus* pode ser ne- gado; mas o paciente não pode ser transferido para o

fôro militar, sem que piore a sua situação; e não há dúvida que a transição para o fôro militar seria uma agravação da sorte de meu constituinte.

Li, esta manhã, contra o recurso interposto para a vossa autoridade, um argumento singular. Invoca-se a ilegalidade argüida por mim contra a reforma de dois de meus constituintes, como objeção contra o *habeas-corpus* que para eles impetro.

Srs. juízes do Supremo Tribunal Federal, a puerilidade dêsse argumento é óbvia. Não vos cabe hoje julgar a constitucionalidade do golpe que feriu os meus constituintes a 12 de abril; nessa questão julgareis em processo diferente, onde a amplitude do plenário permita a elucidação de todos os pontos aventados. Para vós, agora só há o fato oficial da reforma, e seria singular que êsse ato iníquo pudesse ter os dois efeitos de privar os meus constituintes das vantagens que a constituição lhes assegurou, e ao mesmo tempo dos benefícios do *habeas-corpus*.

Passando à situação especial dos Srs. Bacelar e Antão Correia, permitireis que dissipe as dúvidas levantadas em alguns espíritos pela novidade do caso.

A primeira é a do fôro dos reformados, a do caráter civil ou militar dos mesmos. Desde que, penetrando nesses assuntos, vi consagrada, na legislação dos países militarizados a regra que equipara os reformados aos civis, estabeleceu-se em meu espírito a presunção de que, num país como o nosso, não seria diversa a doutrina consagrada. E logo confirmei essa idéia no exame do texto e tradições.

Várias considerações têm sido aventadas para definir a condição militar dos reformados, procurando-se atingir dêsse modo os meus constituintes. Em primeiro lugar, alegaram o sôlido. Mas o sôlido equivale aos vencimentos do funcionário aposentado, é

uma remuneração pelos serviços anteriores, em nada se equipara aos salários pelos serviços atuais.

Nos oficiais, quando entram em processo, ou cumprem sentença, o sôlido é reduzido à metade, conforme o disposto no aviso de 23 de abril de 1890.

Por quê?

Porque o sôlido representa o que a palavra traduz: o salário por serviços atual e efetivamente prestados.

O vencimento dos reformados, porém, é inalterável, acompanha inteiro o oficial processado, ou condenado. Por quê? Porque não constitui sôlido propriamente dito, mas um subsídio para alimentos, em recompensa de serviços antigos.

Aqui tendes a prova legal:

Diz a resolução de 13 de dezembro de 1843, sobre consulta da secção de Marinha e Guerra do Conselho de Estado (*Vêde: Consultas do Conselho de Estado* (Ministério da Guerra), volume de 1842 — 66, págs. 40-42):

A imperial resolução de 9 de agosto do corrente ano, explicando a de 25 de novembro de 1854, que teve lugar em harmonia com a legislação anterior, diz «que os oficiais reformados não podem ser privados de *seus soldos* ou *metades*, em virtude de prisão, ou penas por crimes que mereçam processar-se; visto que, competindo-lhes essas reformas com vencimento de sôlido, e gozando das correspondentes graduações, na conformidade do alvará de 16 de dezembro de 1790, pela impossibilidade de continuarem a servir, *dever-se-á entender* que tais soldos lhes são conferidos para seus alimentos, *como uma tença, ou pensão, obtida em remuneração de serviços.*»

Eis, portanto, delimitada categoricamente a diferença entre os dois vencimentos: num caso, retri-

buição por serviços atuais; no outro, subsídio para alimentos, por serviços anteriores. Mas, dizem, o reformado está ligado ao exército, ou à armada, pela obrigação de prestar-lhes serviços profissionais, quando isto fôr reclamado. Respondamos com textos de lei. Eis o que diz o regulamento de 1º de junho de 1768, § 49:

— faz mercê do privilégio do fóro militar aos mestres de campo, sargentos-mores e mais oficiais, estendendo êsse favor aos cabos reformados, *entretidos* enquanto servirem, vencendo seus soldos, e não passarem à outra ocupação, que não seja militar.

A resolução de 13 de dezembro de 1881 dispõe:

O oficial reformado não pode ser constrangido a fazer serviço, quer civil, quer militar, e nenhuma pena lhe pode ser imposta, se a êle (serviço) se recusar.

Parecer do Conselho Supremo Militar, 28 de maio de 1888. (*Coleção das Decisões de 1888*, página 69.) Opinião da 2ª seção da repartição do Adjuncto General, ali transcrita:

A seção é de parecer que, *quanto ao serviço militar*, a questão é clara, e fica resolvida pelos próprios termos da reforma. *Não constitui a classe dos reformados reserva do exército permanente.*

Quanto aos serviços civis, a questão não será fácil de ser regulada em tese; porque essa regalia pode-se tornar abusiva, não querendo o privilegiado, como é fácil de prever, acarretar com o ônus da perda dos direitos civis e políticos e regulada de um modo geral pelo poder competente.

Para não ir mais longe, basta citar o caso, aliás muito fácil de acontecer, de um oficial reformado empregado no pleno gozo dos seus direitos, prevalecer-se de sua reforma, para se eximir do serviço do júri.

No último caso, parece à seção que, além de não ser matéria, que possa ser regulada pelo Ministério da Guerra, *pode ser resolvida como para o comum dos cidadãos brasileiros.*

Depois de transcrever êsse juízo, firmado por autoridades da administração militar, passa o Conselho Supremo Militar a expender o seu nestes termos:

A lei n. 648, de 18 de agosto de 1852, e as imperiais resoluções de 6 e 13 de outubro de 1869 regulam a concessão da reforma aos oficiais do nosso exército *como recompensa de valiosos serviços, prestados na paz, ou na guerra.*

Devendo o govêrno, pelas regras do direito militar, amparo e proteção a êles e a suas famílias, não os atira desumanamente, depois de mutilados, ou inutilizados, no seio da sociedade, de onde vieram robustos e cheios de vida. *Dá-lhes o necessário, para que não morram à fome e prefere-os para empregos públicos, compatíveis com as hierarquias de que gozavam no exército, cujos privilégios, garantias e isenções lhes são totalmente conservadas.*

Notai bem: o que se lhes conserva são meramente as isenções, as garantias e os privilégios; não os encargos, não os vínculos gravativos. É o caráter do galardão; assegurar as vantagens, escoimando-as dos ônus, que, nos casos ordinários, costumam acompanhá-las.

Prossigamos com o parecer do Conselho Supremo Militar.

Os oficiais reformados, bons e leais servidores da pátria, só poderão ser chamados às armas, quando a pátria estiver em perigo, QUANDO TODOS OS CIDADÃOS CAPAZES DE PEGAR EM ARMAS FOREM CHAMADOS ÀS FILEIRAS; e certamente êles não serão os últimos a acudir ao apêlo.

Meditai aqui nesta consideração, do maior alcance: os reformados não são chamados a serviço militar, senão *quando o forem todos os cidadãos capazes de empunhar armas.* É, portanto, não em virtude do dever militar, mas do dever cívico, do dever comum a todos os cidadãos válidos quando a pátria pe-

riclita; é, *não como militares, mas como cidadãos* que se lhes dirige o chamamento.

Acompanhemos o Conselho Supremo Militar no seguimento do parecer:

Para ajuizar se os serviços exigidos são, ou não, compatíveis com as suas forças, O ÚNICO COMPETENTE É AQUÊLE, A QUEM A LEI JÁ JULGOU INCAPAZ DO SERVIÇO ATIVO, e a quem deu os meios de descansar das árduas e penosas fadigas, por que passou.

Adverti neste ponto decisivo: só ao próprio reformado compete julgar-se capaz, ou incapaz, do serviço, que se lhe requer. Não há, portanto, a *mínima obrigação de servir*. Serve, ou não serve, o reformado, como bem lhe parece. É essa a condição militar?

Sob êste aspecto, o reformado tem, até, mais ampla liberdade de escusar-se do que o paisano. Êste, nos casos extremos de necessidade marcial, não pode fugir às bandeiras, senão mediante invalidez provada em inspeção de saúde. O reformado, porém, tem na sua condição mesma de reformado o arbítrio de acudir, ou esquivar-se.

Enfim, eis as últimas palavras do Conselho Supremo Militar:

Assim pensa o Conselho:

1º *Que os oficiais reformados não podem ser constrangidos a fazer serviço, quer civil, quer militar.*

2º *Nenhuma pena pode ser imposta ao oficial reformado, que declarar não poder fazer o serviço, para o qual fôr chamado.*

Sabeis que nomes subscrevem êste parecer? Marquês de Tamandaré, Soares de Andréia, barão de Ivinheima, E. Barbosa, M. Reis, Pereira de Carvalho, Abreu e S. M. da Fonseca.

O Governo Imperial, mediante resolução de 6 de outubro de 1888, conformou-se com êsse parecer. E, em 8 de outubro dêsse anno, expediu o aviso n. 91, cuja conclusão é esta:

S. M. O Imperador houve por bem mandar declarar:

1º *Que os officiaes reformados não podem ser constrangidos a serviço, quer civil, quer militar.*

2º *Que nenhuma pena pode ser imposta ao official reformado, que declarar não poder fazer o serviço, para o qual fôr chamado.*

Foi invocada em contrário uma lei de 1860. Confesso que não tive tempo de vê-la; mas, seguramente, o Supremo Conselho a conhecia, e ela não devia ser matéria nova para o Governo Imperial, que firmou a resolução. Quaisquer que sejam, porém, os termos dessa lei, devem ceder diante das disposições do decreto de 1890, firmado pelo almirante Wandenkolk, que regulou a reforma pela compulsória. Definindo-a, diz o citado decreto: "Reforma é a situação a que chega o official dispensado de todo o serviço."

Admitamos, porém, a pior hipótese, concedamos caráter militar aos reformados. Bastaria isto para sujeitá-los aos tribunais militares? Melhor do que eu, vós sabeis que outros elementos são necessários para firmar a competência do fôro militar. O Código Penal do Império, em seu art. 308, § 2º, dispõe:

Este código não compreende:

Os crimes puramente militares, os quaes serão punidos na forma das leis respectivas.

É o que estabelece ainda o Código Penal da República (decr. n. 847, de 11 de outubro de 1890), art. 6º, prescrevendo:

Este código não compreende:

b) Os crimes *puramente militares*, como tais declarados nas leis respectivas.

Ora, o ato, que firmou entre nós a definição de *delito militar*, é a provisão de 20 de outubro de 1834, segundo a qual são crimes *meramente militares* todos os declarados nas leis militares, e que só *PODEM SER COMETIDOS PELOS CIDADÃOS ALISTADOS NOS CORPOS MILITARES DO EXÉRCITO E DA ARMADA*, como são: 1º, os que violam a santidade e religiosa observância do juramento prestado pelos que assentam praça; 2º, os que ofendem a subordinação e boa disciplina do exército e da armada; 3º, os que alteram a ordem, polícia e economia do serviço militar em tempo de guerra ou paz; 4º, o excesso ou abuso de autoridade, em ocasião do serviço, ou influência de emprêgo não excetuado por lei, que positivamente prive o delinqüente de fôro militar.

NABUCO DE ARAÚJO, em um dos seus luminosos pareceres do Conselho de Estado, escreveu (Consulta do Conselho de Estado, de 22 de janeiro de 1876, publicada na *Gazeta Jurídica*, vol. XV, pág. 139 e seg.):

Desde que o art. 8º do Código do Processo Criminal reduziu à jurisdição militar os crimes *puramente militares*, não é mais possível caracterizar tais crimes só e só pela qualidade da pessoa, que os cometa — *ratione personae*.

É preciso, para que o crime seja puramente militar:

1º Ou que seja militar por sua natureza, isto é, contra a subordinação, boa ordem e disciplina militar;

2º Ou que, pôsto seja comum, tenha alguma razão especial, que diretamente afete a subordinação, boa ordem, ou disciplina militar.

Ora, para que assim seja, é preciso que o indivíduo o cometa *ut miles* (Lei romana 2º, D. 49,16), *que esteja sob as bandeiras, ou em atividade, ou no exercício do pôsto, ou nos quartéis, praças, fortalezas, etc.*

Ora, os delitos de que são argüidos os meus constituintes são dessa natureza? Não. Todos êles estão definidos no Código Penal comum, em que o Senado os declarou incursos.

Diz o artigo 91:

Seduzir, em caso de guerra externa, no território em que tiverem lugar as operações do exército federal, nas guardas, nos quartéis, nos arsenais, nas fortalezas, nos acampamentos, nos postos militares, nos hospitais, ou em outros lugares, as praças que fizerem parte das forças do governo, tanto em terra, como de mar, para que desertem para o inimigo.

Art. 111. Opor-se alguém, diretamente e por fatos, ao livre exercício dos poderes executivos e judiciários federal ou dos Estados, no tocante às suas atribuições constitucionais, obstar ou impedir, por qualquer modo, o efeito das determinações dêsses poderes, que forem conforme à constituição e às leis.

Art. 115. É crime de conspiração concertarem-se vinte ou mais pessoas, para :

§ 1º Tentar, diretamente e por fatos, destruir a integridade nacional.

§ 2º Tentar, diretamente e por fatos, mudar violentamente a Constituição da República federal, ou dos Estados, ou a forma de governo por êles estabelecida.

§ 3º Tentar, diretamente, ou por fatos, a separação de algum Estado da União federal.

§ 4º Opor-se, diretamente e por fatos, ao livre exercício das atribuições constitucionais dos poderes legislativo, executivo e judiciário federal, ou dos Estados.

§ 5º Opor-se, diretamente e por fatos, à reunião do congresso e à das assembléias legislativas dos Estados.

Evidentemente, todos êstes delitos são de natureza, que podem ser cometidos tanto por paisanos como por militares.

Vou socorrer-me a uma autoridade clássica em matéria de direito militar. É caso citado por TITARA,

no *Auditor Brasileiro*, segundo complemento (1859), pág. 232. A relação de Pernambuco, em 1857, ocupava-se do caso do anseçada Manuel Francisco dos Santos, que assassinara um soldado, — crime previsto no art. 8º dos de guerra.

O Presidente da Província determinou que o delinqüente fôsse processado no fôro comum, por não ter sido cometido o crime em serviço.

Como se pronunciou a autoridade judiciária?

Eis as palavras do Presidente da Relação do Recife, em sua informação:

Na hipótese, que deu causa ao conflito, que nos ocupa, não é possível ser o crime puramente militar. Quer o matador, quer o assassinado, não estavam em serviço; ambos achavam-se fora do seu aquartelamento; o crime foi cometido no meio da rua (e até em distância do quartel) e com instrumento não militar. O próprio Marechal Comandante das armas estabeleceu no seu ofício que são *puramente* militares os que só podem ser cometidos por cidadãos alistados nos corpos do exército. E o assassinato do infeliz Cândido Pereira de Matos está em semelhantes circunstâncias? Ninguém o dirá. O argumento deduzido do juramento, que presta o soldado, prova de mais, porque, a seguir-se tal doutrina, deviam os militares sempre ir para o fôro privilegiado. O *soldado Santos não matou a seu camarada* no rigor do termo; pois nem êste se achava no aquartelamento, nem em serviço; foi *um cidadão que matou outro*.

Enfim diz TITARA, *Auditor*, 2º complemento p. 232:

Ficou definitivamente resolvido, por Imperial Resolução da consulta da seção de Marinha e Guerra do Conselho de Estado, em data de 13 de outubro de 1858, que ao fôro militar pertence conhecer de todos os crimes declarados nas leis militares, e *que só podem ser perpetrados por cidadãos alistados nos corpos do exército*, segundo a letra da resolução da consulta do Conselho Supremo Militar de 20 de outubro de 1834.

Mas, de concessão em concessão, concedamos que seja militar a natureza do delito: haveria no caso vertente competência da justiça militar? Não. A lei de 3 de dezembro de 1841, no art. 109, dispõe:

Quando nas rebeliões e sedições entrarem militares, serão estes *julgados* pelas leis e tribunais militares.

O reg. de 31 de janeiro de 1842, art. 245, diz:

Se nas rebeliões ou sedições entrarem militares, serão *julgados* pelas leis e tribunais militares; e assim, se as justiças civis os acharem envolvidos nos processos que organizarem, remeterão às competentes autoridades militares as cópias autênticas das peças, documentos e depoimentos, que lhes fizerem culpa.

Nisto fundou-se a provisão de 5 de dezembro de 1843 sobre o caso do major João Bloem (*Vide: TITARA, Auditor Brasileiro*, tit. II, págs. 86 e 87, 3ª edição, 1855):

Conformando-me inteiramente com o parecer do Conselho: hei por bem, por minha imediata e imperial resolução de 29 de julho do corrente ano, declarar que é improcedente a dúvida, que se oferece ao Conselho de Guerra, e que este deve progredir no processo de julgamento, porquanto entendendo-se as palavras — serão julgados — do artigo 109 da lei de 3 de dezembro de 1841 no sentido estrito delas, isto é, pela parte do processo, que tende à aplicação da pena aos réus, ou a absolvição dêles, com exclusão da outra parte do mesmo processo, que tende a indiciá-los do crime ou formar-lhes a culpa; é concludente que somente aquela parte do processo fica competindo ao conhecimento dos juizes militares; e que esta, isto é, a formação da culpa dos réus, continua a pertencer ao fôro comum, segundo as leis gerais, que nessa parte ficaram em vigor; não se opondo a esta intelligência o citado art. 245 do regulamento de 31 de janeiro

de 1842, quando manda às justiças civis que remetam às autoridades militares cópias autênticas daquelas peças e documentos e depoimentos que fizerem culpa aos militares, que se envolverem em *rebeliões e sedições*, porque as palavras do citado artigo não excluem a sentença de pronúncia; — nem também podem fazer dúvida os arts. 115, § 4º, e 157 do Código do Processo Criminal, que, por se referirem aos crimes de responsabilidade militar, não têm aplicação ao caso de rebelião de que se trata.

Em presença da disposição do art. 245 do reg. de 31 de janeiro de 1842, dizia o conselheiro NABUCCO DE ARAÚJO, na consulta a que nos refrimos:

A questão está nesta disposição excepcional.

A disposição, porém, não atribui à jurisdição militar senão o *julgamento* do crime.

A investigação do crime compete à autoridade civil.

E não poderia ser de outro modo, visto como o crime é conexo; porque compreende militares e não militares.

E dar-se-ia aliás o absurdo de ser punido um militar por uma sedição que não houve, por sedição feita por *êle* só, quando a sedição só pode ser feita por vinte pessoas; dar-se-ia a ilegalidade de ser punido um crime militar sem a essencial investigação *dêle*, que as leis militares exigem.

A competência, pois, da jurisdição militar *sòmente começa, sòmente se firma* pela remessa da formação da culpa, procedida pela autoridade comum ou criminal.

Não podia, portanto, o comandante das armas prender um alferes reformado por um crime comum *sem a prévia investigação ou formação da culpa da autoridade civil*.

Recorrerei ainda a TITARA, como autoridade mais insuspeita na matéria. Diz *êle* no *Auditor*, 2ª ed., págs. 38-9:

As quatro espécies de crimes, que constam do § 2º da provisão citada (a de 20 de outubro de

1834) adiciona-se uma quinta, que, para os militares, tem deixado de ser crime civil, e respondem, quando nêle envolvidos, nos tribunais militares, sendo *julgados* pelas leis de guerra.

É nesse caso (rebelião, ou sedição) que as justiças civis, se acharem envolvidos alguns militares nos processos, que organizarem, remeterão cópias autênticas às respectivas autoridades militares dos depoimentos, documentos e mais peças, que lhes fizerem culpa (art. 245 do reg. de 31 de janeiro de 1842) ATÉ A PRONÚNCIA INCLUSIVE, conforme a provisão de 5 de setembro de 1843, na qual se declarou que, em tais casos, se as justiças civis encetarem competentemente o processo, e pronunciarem, dispensa-se o Conselho de Investigação, equivalendo-o a pronúncia civil, com a qual cumpre passar-se ao Conselho de Guerra.

Haveis de perdoar-me, acompanhando-me através da aridez desta matéria, a que estais habituados. Lerei outra autoridade respeitável. Diz o conselheiro AMARAL no *Indicador*, da legislação militar — 2ª ed. — vol. I, parte 1ª, pág. 280:

A provisão de 5 de setembro de 1843, expedida em virtude da imperial resolução de 29 de julho do mesmo ano, declara que, *nos crimes acima, de rebelião e sedição, continua a competir aos juizes civis organizar o processo até à pronúncia inclusive, contra os militares envolvidos em três crimes.*

Mais tarde, encarregado pelo Governo Provisório de consolidar a legislação militar, o conselheiro AMARAL deu conta dêsse trabalho, reunindo-o em 1890 em preciosa obra, de cujo 3º vol., pág. 10, destaco o art. 2.807, onde se lê:

Nos crimes de rebelião e sedição compete AOS JUÍZES CIVIS *organizar o processo até à pronúncia inclusive* CONTRA OS MILITARES *envolvidos em tais crimes.* (Imp. resol. de 29 de julho, e prov. de 5 de setembro de 1843.)

É tudo o que há de mais recente em jurisprudência militar sobre o assunto. Minha argumentação está terminada. Procurei demonstrar:

1º Que os reformados não se assemelham aos militares; equiparam-se aos civis e estão sujeitos à justiça comum.

2º Ainda considerados como militares, os delitos de que acusam os meus constituintes não são militares.

3º Fazendo uma última concessão: — Admitido que sejam militares os delitos, militares os delinquentes, tôdas as disposições sobre formação da culpa pertencem ao fôro comum.

Assim tenho desenvolvido o assunto. O meu estado de saúde não me permite continuar.

A mesma idéia, a idéia da igualdade e de responsabilidade universal, a mesma idéia que me pairava sobre o espírito, ao começar desta defesa, levanta-se outra vez diante de mim, ao terminá-la. Sòmente, a princípio, ela crescia em tôrno de nós, sob as proporções de um grande espetáculo humano, e agora sinto penetrar-me sob a influência de um prestígio divino. Há hoje, à mesa, em que vos sentais, uma cadeira vazia; e dessa cadeira ergue-se uma sombra, que se estende sobre todo o tribunal. Será um vivo? Será um morto? Tão rápida é a transição, e tão recente a ausência, que, muitas vêzes, no curso dêste debate, não resistireis à ilusão da sua presença, da sua fisionomia, da sua toga, da sua voz, do seu olhar, como que fito agora mesmo em mim, no momento em que vos falo. Ao encetar desta campanha pelos oprimidos, pelos aflitos, êle estava entre vós, no meio dela, à véspera da conjuntura decisiva,

uma intervenção imprevista arrebatá-o ao areópago da justiça.

Ela continua a ser a justiça, como o oceano a ser oceano, enquanto as ondas passam sobre as ondas perpétuamente, como as existências sobre as existências. Mas essa desapareição subitânea de um julgador dentre os julgadores, na hora do julgamento, nos embebe no sentimento da igualdade pelo sentimento da morte, mostrando-nos a rapidez, com que, por obra de um minuto no infinito do tempo, os juizes, da majestade do pretório, onde julgavam, são transportados ao seio da obscura multidão inumerável, que aguarda a sua sentença no último plenário à barra do supremo tribunal, o verdadeiro, aquêle que não erra. Vosso nome é um nome de empréstimo, um reflexo dessa magistratura invisível, cujo primeiro elo os crentes puseram no céu, os estóicos na consciência, o instinto humano na opinião dos sobreviventes sobre os mortos, dos governados sobre os governantes, dos sentenciados sobre os sentenciadores. Instância passageira na hierarquia dessa função soberana, que em vós tem o seu órgão por excelência na terra, julgais hoje sem recurso, para amanhã serdes julgados sem indulgência. E agora, que exerceis essa autoridade envolvida em luto, estais mais perto que nunca da sua expressão mais sublime.

Eu não conheço duas grandezas tão vizinhas pela sua altitude, tão semelhantes pelas suas lições, tão paralelas na sua eternidade, como estas: a justiça e a morte. Ambas tristes e necessárias, ambas amargas e salvadoras, ambas suaves e terríveis, são como dois cimos de névoa e de luz, que se contemplam nas alturas imaculadas do horizonte. Em vão se agitará derredor dessas duas fatalidades inevi-

táveis tudo o que é mesquinho e efêmero no homem e na aglomeração social: as misérias da baixeza, da ambição e da crueldade, os apetites dos partidos, os cálculos, as irresponsabilidades e os triunfos dos déspotas, as fraquezas, os interesses e as traições dos intérpretes da lei, sacerdotes infiéis do seu culto, que a renegaram nas crises de provação. Quando muito, lucrarão adiar a hora da conta, para a hora do desaparecimento, entrar para a expiação pela porta da posteridade. Mas uma incerteza indefinível envolve a região dessas probabilidades formidáveis; e o tirano, que oprime, não sabe a quantos passos está da terra, que sepulta, o demagogo que pede a iniquidade não mede quantas inalações do ar, que êle empesta, o separam da corrupção, que há de decompô-lo, o juiz, que deixa cair na urna inapelável uma esfera ímpia, não pressente quantas palpitações do coração o distanciam da reparação infalível. Muitos duvidarão de que essa justiça se consume numa vida futura; mas, ao menos, ela há de vir necessariamente nesta, e as testemunhas das suas decisões irreformáveis têm de ser os restos mais sensíveis de nossa alma, as partes mais vivas de nossa vida: nossos filhos, nossas viúvas, nossas famílias, os que usarem o nosso nome, e perpetuarem o nosso sangue.

Neste momento, podeis crer, estamos todos numa cumeada eminente da história, e trabalhando para o porvir. Vossa palavra será recolhida no regaço do tempo como um oráculo de liberdade, ou como um agoiro de ruína. A política, com as suas transações, os seus sofismas, os seus espantelhos dissipar-se-á como a cerração dos maus dias. Mas o vosso aresto perdurará, fonte de energia, ou de cativoiro para muitas gerações, e as suas queixas, ou as suas bênçãos coroarão a vossa descendência. (*Palmas. Bravos! bravos! Aplausos prolongados*).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

HABEAS-CORPUS Nº 415

ACÓRDÃO

Vista, exposta e discutida na forma da lei a petição de *habeas-corpus*, que a êste tribunal dirigiu o Dr. Rui Barbosa, em favor dos pacientes, senador Eduardo Wandenkolk, capitão-tenente Huet Bacelar Pinto Guedes e 1º tenente Antão Correia da Silva, presos a bordo do vapor *Júpiter*, nas águas do Estado de Santa Catarina e atualmente detidos nas fortalezas de Santa Cruz, Laje e Villegaignon, as informações ministradas pelo Govêrno e os documentos que acompanharam as ditas informações:

Alega o impetrante como fundamento do *habeas-corpus*:

Em relação ao primeiro paciente:

1º, que a formação da culpa, a que foi submetido, tem-se demorado depois da prisão do indiciado por mais tempo do que o prescrito na lei (*Código do Processo Criminal*, artigo 148, decreto de 20 de novembro de 1871, arts. 22 § 1º e 42 § 7º);

2º, que a qualidade de senador lhe dá o direito de defender suas imunidades parlamentares por todos os meios legítimos, inclusive o de *habeas-corpus*.

Em relação aos outros pacientes:

1º, que são oficiais reformados do exército, e a reforma, restituindo-os à vida civil, isenta-os do fôro militar, restrito e improrrogável, a que estão submetidos;

2º, que, devendo todos os co-réus do mesmo crime ser julgados em um só processo e no mesmo juízo pelo risco de sentenças dissonantes, deverão os pacientes ser remetidos para o fôro civil, no qual tem de ser julgados o primeiro paciente por virtude de deliberação do Senado e os paisanos, a quem êste tribunal concedeu soltura em *habeas-corpus* pela incompetência do fôro militar.

Bem considerada, porém, a matéria alegada à vista das provas produzidas e das disposições de direito, é manifesta a sua improcedência.

Quanto ao primeiro paciente, porque:

1º, a demora havida na formação de sua culpa provém da observância do art. 20 da Constituição Federal, que comete à Câmara, de que o acusado é membro, a atribuição política de julgar previamente a procedência ou improcedência da acusação, sem cuja decisão não pode prosseguir o sumário.

Em vez de demora há uma verdadeira suspensão da ação pública até à deliberação do corpo político, ao qual é para êsse fim enviado o próprio processo da culpa, e desta deliberação é que começa o prazo, que a lei prefixa para a conclusão do mesmo processo.

2º, a tutela da garantia política, de que goza o paciente como representante da Nação, já lhe foi atendida quanto possível pelo Senado, ao qual cabe de direito e de preferência ampará-la.

Quanto aos outros pacientes, porque:

1º, quaisquer que sejam as aspirações por uma reforma mais progressiva do direito militar pátrio, o certo é que uma jurisprudência uniforme, constante, quase secular, atestada por sem número de sentenças dos tribunais militares, resoluções de consultas do extinto Conselho de Estado, e decisões do governo, que em grande parte constituem o corpo da legislação militar, considera os oficiais reformados, pôsto que exonerados do serviço ativo, ainda como praças alistadas no exército, formando uma de suas classes, gozando de tôdas as suas isenções e privilégios, e sujeitos à jurisdição militar nos crimes militares.

Êste é ainda o direito pátrio vigente.

Derivado do regimento dos governadores das armas do 1º de junho de 1678, art. 49; mantido nos alvarás de 21

de outubro de 1763, do 1º de dezembro de 1800, de 20 de dezembro de 1808, títs. 4 e 5 e de 21 de fevereiro de 1816, art. 30; recomendado na circular de 16 de junho de 1813; aceito no Cód. Crim. de 1830 e no do Proc. Crim. de 1832; foi sempre assim entendido e executado, sem a menor contestação, pelo Conselho Supremo Militar.

O citado Reg. de 1678, concedendo como mercê aos marechais, sargentos-mores, em geral a todos os oficiais até ao posto de sargento, quer ativos, quer não, sem limitação alguma, o fôro militar, ampliou-o aos cabos, reformados ou entretidos, e às praças de pré, mas somente enquanto servissem e não passassem à outra ocupação, que não seja militar. (Av. de 27 de março de 1813).

A diferença, que o citado Reg. de 1678 estabelece, no regular a competência do fôro militar, entre oficiais e praças, procede da diversidade da situação, em que se acham colocados no corpo do exército; porquanto os primeiros são oficiais de patente, vitalícios; o privilégio e o caráter militar subsistem enquanto subsiste a patente e só com ela se extinguem; ao passo que as praças servem por tempo certo e determinado, e por conseguinte somente durante este tempo podem aspirar ao privilégio do fôro.

Assim, a condição do serviço foi uma exceção aberta ao princípio geral estabelecido no Reg. e só para os cabos e praças reformados ou entretidos; e na censura de direito a exceção não pode estender-se a casos que não foram nela previstos.

A jurisdição militar, que pelos alvarás citados, era um privilégio de classe ou uma régia mercê, perdeu este caráter depois da Constituição de 1824, que aboliu todos os privilégios não essencial e inteiramente ligados aos cargos por utilidade pública, bem como aboliu todos os foros privilegiados, com exceção apenas das causas, que, por sua natureza, devem pertencer a juizes particulares.

Mas, convertido em especial o fôro até então privilegiado dos militares, não se alteraram as regras da competência

senão quanto ao quadro dos crimes, que pertencem à Jurisdição militar, isto é, os crimes puramente militares nos termos do art. 308 do Cód. Crim. de 1830 e da Prov. de 20 de outubro de 1834.

A lei de 18 de setembro de 1851 ampliou o número dêstes crimes e estabeleceu a competência da justiça militar, fixando a regra hoje vigente de que, fora do caso de guerra externa, a jurisdição militar limita-se aos militares, isto é, aos indivíduos alistados nos corpos do exército ou da armada, abrangendo nesta disposição nem só os militares ativos, mas quaisquer outros, que façam parte das classes do exército, como são os oficiais reformados *ex-vi* do decreto n. 260 de 1º de dezembro de 1841, e melhor se vê das resoluções de 4 de agosto de 1866 e de 8 de março de 1876 e dos avisos ns. 175 e 285 de 28 de abril e 6 de agosto de 1866.

E, embora o decreto n. 108-A de 30 de dezembro de 1890 exonerasse os reformados do ônus de todo serviço militar, não os eliminou do quadro do exército, notando-se que o dito decreto não fez senão dar fôrça obrigatória à jurisprudência já estabelecida, de que é último vestígio o aviso de 8 de outubro de 1888, sem embargo da qual continuou a jurisdição militar a conhecer como dantes dos crimes militares dos reformados.

O Código Comercial, abrindo no art 2º n. 2 em favor dos reformados uma exceção ao preceito proibitivo da proffissão de comércio aos militares, prova que os considera militares, não obstante a reforma, porque, se esta rompe de uma vez todos os laços da vida militar e reintegra os respectivos titulares na plenitude da vida civil, aquela exceção fôra pelo menos inútil, como inútil julgou o mesmo código fazê-la em relação a outros funcionários igualmente inibidos, no caso de aposentadoria.

2º, a indivisibilidade da ação pública e do juízo, conquanto seja um principio acolhido em algumas legislações e recomendado pela sã doutrina, não foi aceito no direito pátrio.

O citado Reg. n. 120 de 31 de janeiro de 1842 determina no art. 245 que os militares envolvidos em rebelião ou sedição sejam remetidos para o fôro militar sem embargo de continuar no civil o processo dos co-réus paisanos.

Ainda mais. A lei de 18 de setembro de 1851, última que regula a competência da justiça militar, prescreve expressamente que na concorrência de delinquentes civis e militares no mesmo crime militar em tempo de paz devem os militares ser julgados no fôro militar e os civis no fôro civil pelo processo da lei de 2 de julho de 1850.

Por esta forma é a própria lei que, na hipótese de que se trata, repele o princípio da indivisibilidade da ação e da unidade do juízo.

Ora, figurando entre os fatos atribuídos a êstes dois pacientes alguns que os artigos de guerra do regimento de infantaria de 1763 e a lei de 18 de setembro de 1851 consideram meramente militares, e acêrca dos quais existe em sentido afirmativo contra um dêles o parecer do Conselho de Investigação, que corresponde à formação da culpa no fôro civil (aviso de 9 de outubro de 1835 e resolução de consulta do Conselho de Estado de 17 de novembro de 1888), é óbvio que acham-se reunidos dois dos elementos da competência militar, a saber — natureza militar do crime e o caráter militar do agente, e portanto o processo e julgamento dêles compete exclusivamente à jurisdição militar.

Nem vale invocar em contrário o art. 245 do citado regulamento n. 120, porque, regulando êste art. o caso especial de ser iniciada a culpa no fôro civil e verificar-se depois que nela estão militarmente envolvidos, não pode reger a hipótese de ter sido o processo inicialmente instaurado no próprio fôro militar, como ocorre, e em cujos termos nenhuma intervenção cabe à justiça civil, exceto o recurso de revisão.

Nestas condições, sendo o crime pela sua índole e pela qualidade dos agentes, da alçada militar, prevalece o preceito do art. 47 do decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890, que veda a concessão do *habeas-corpus*.

Por êste motivo, pois, negam a soltura dos pacientes; custas *ex-causa*.

Supremo Tribunal Federal, 2 de setembro de 1893. —

Freitas Henriques, presidente.

Barradas.

Ovídio de Loureiro.

Faria Lemos, votei pelo fundamento de minha anterior decisão.

José Higino, vencido, concedi a ordem de soltura pelos seguintes fundamentos:

1º, quer em face dos princípios gerais do direito, quer em face do nosso *jus scriptum*, os oficiais reformados devem responder no fôro comum pelos delitos que cometerem fora do exercício de um emprêgo ou função militar.

A justiça privativa do exército e da armada tem a sua razão de ser na especialidade dos deveres e do serviço que incumbem aos cidadãos alistados nos seus corpos, e é conseqüente que, cessando a obrigação de servir, cesse também esta restrição ao direito comum imposta pela necessidade da disciplina militar.

Ora, o serviço militar termina pela reforma, como pela baixa e pela demissão.

Em todos êstes casos o militar se acha completamente desligado do exército ou da armada e torna à vida civil, como um simples cidadão.

Cumpre acentuar esta diferença essencial entre o oficial em disponibilidade e o reformado: ao passo que o oficial inativo é obrigado a servir e pode ser coagido a acudir ao apêlo, o reformado não faz parte das reservas do exército permanente e não lhe corre a obrigação de prestar o serviço militar, a não ser nos casos em que êste dever incumbe a todos os cidadãos em geral.

O vínculo jurídico que prendia o militar ao exército fica, pois, dissolvido pela reforma, e por isso da livre vontade do reformado depende a aceitação de qualquer comissão, em-

prêgo ou função militar, não incorrendo êle em pena disciplinar ou criminal pela recusa.

Que tal é o nosso direito o reconhece nos termos os mais explicitos o aviso de 8 de outubro de 1888, expedido de acôrdo com o parecer do Conselho Supremo Militar exarado em consulta de 28 de maio de 1887.

Essa independência do reformado em face do govêrno e da administração militar é a circunstância capital e decisiva para a solução da questão.

Se o reformado está isento do serviço, se não pode ser coagido a prestá-lo, em virtude de que princípio de direito responderá no fôro militar por delitos que tenha cometido fora de emprêgo militar?

Embalde se pretende tirar argumento do sôlido que o reformado percebe, da patente que êle conserva, embora sem o seu exercício, e das honras militares de que goza.

Tôdas estas circunstâncias são juridicamente irrelevantes para determinar a competência do fôro militar.

As imperiais resoluções de 25 de novembro de 1834 e de 9 de agôsto de 1843 publicadas em provisão dêste último mês e ano, bem como a consulta da secção de justiça do Conselho de Estado de 22 de janeiro de 1850 declaram que os soldos dos reformados são conferidos para seus alimentos, como uma ^{tença} ou pensão em remuneração de serviços.

Êsses soldos, pois, remuneram serviços passados; não têm a natureza do ordenado de empregado público, não são a remuneração do trabalho atual ou eventual de um serventuário do Estado.

As patentes sem o respectivo exercício e as honras militares constituem um privilégio puramente honorífico, de que não pode resultar, como efeito prático, uma tão notável restrição ao direito comum, qual a de ficarem os reformados sujeitos ao fôro militar.

De tais honras gozam os oficiais reformados das extintas milícias, os reformados da Guarda Nacional, os oficiais

honorários do exército; elas foram conferidas a simples cidadãos por decreto do Governo Provisório; no antigo regímen eram conferidas a todos os que pertenciam às ordens militares, sem que, entretanto, se pretendesse subordinar tôdas estas classes de cidadãos ao império das leis militares.

Não é sôbre distinções honoríficas, que se baseia a justiça militar, mas na necessidade da disciplina das fôrças de terra e mar, e esta por sua vez supõe o serviço e o dever dos que militam sob as bandeiras.

Destas considerações se deduz que, sob o ponto de vista jurídico, a situação dos oficiais reformados é em tudo análoga a dos empregados civis aposentados. Estes percebem como aquêles uma tença ou pensão dos cofres públicos, podem conservar o seu título e gozar das honras correspondentes; mas perdem o fôro privativo ou privilegiado que o cargo lhes assegurava.

Segundo as leis da antiga organização judiciária, os desembargadores respondiam, ainda nos crimes comuns, perante o Supremo Tribunal de Justiça. O desembargador aposentado, porém, embora conservasse o seu título e as honras respectivas, devia responder no fôro ordinário; porquanto o privilégio do fôro é inerente aos cargos, funda-se em razões de ordem pública e não em considerações pessoais, e por consequência não pode ser graduado a quem já não está investido de autoridade nem exerce função ou emprego público.

Com maioria de razão, êste princípio prevalece em relação aos reformados, tendo-se em atenção que o fôro militar não é privilegiado no sentido de aumentar as garantias que o direito comum assegura aos acusados. Além de serem as penas militares mais severas de que as civis, essas garantias são notavelmente cerceadas quanto ao processo e à organização dos tribunais.

As condições modernas, admitindo juízos especiais, proíbem a justiça de exceção. Entre nós o juízo militar não é sômente *especial*, conserva ainda o caráter de *justiça de*

exceção, pois assim se chama aquela que é administrada por juizes comissários nomeados *ad hoc* para conhecerem de casos concretos.

Os nossos conselhos de investigação e de guerra não são tribunais permanentes, mas verdadeiras juntas militares de nomeação do govêrno.

E, se o privilégio do fôro não pode ser guardado aos empregados civis aposentados, muito menos pode subsistir uma justiça especial e de exceção em relação a oficiais que, pela reforma, se desligaram do exército e voltaram à vida civil.

É esta a conclusão a que nos levam os princípios gerais do direito. Os textos do nosso direito positivo a confirmam, como é fácil mostrar, passando em revista as principais disposições legislativas referentes a esta matéria.

O regimento de 1º de junho de 1687, § 49, tratando das tropas auxiliares, confere o privilégio do fôro militar «aos cabos reformados entretenidos, enquanto servirem, vencendo seus soldos e não passarem a outra ocupação que não seja a militar».

A palavra *cabo* na antiga linguagem significa *oficial militar*, como mostram os dicionários de MORAIS e FARIA; e que neste sentido foi empregada no trecho acima transcrito já o reconheceu a citada consulta de 22 de janeiro de 1850, que assim se expressa: «a palavra *cabo* não só designa neste caso o oficial inferior acima do anspeçada, mas compreende também o alferes a quem o § 58 do mesmo regimento chama *cabo*».

Nem é de supor que o legislador tenha estabelecido um *jus singulare*, uma disposição excepcional, quanto à jurisdição militar, sômente a respeito dos *cabos de esquadra*.

O regimento de 1678 firmou, pois, um princípio ou regra geral, isto é, que os reformados respondem no fôro militar «enquanto bem servirem, vencendo seus soldos e não passarem a outra ocupação que não seja a de militar».

A circular de 16 de junho de 1813, explicando o mesmo

regimento, declara com relação aos soldados militares, que «sòmente gozarão do fôro militar aquêles que ao tempo de cometerem os delitos, se acharem em efetivo exercício, e não nos mais que, pôsto que tenham praça nos corpos de milícias que fazem serviço, não se achem contudo em exercício na ocasião do dlito». Assim, apesar de pertencerem os militares à reserva do exército, o legislador não os privou do fôro comum, quando cometessem crimes fora do *exercício efetivo*.

Não fazendo os reformados parte do exército, com maioria de razão não devem ser processados no mesmo fôro.

O mesmo pensamento da circular de 1813 foi ampliado pelas leis orgânicas da Guarda Nacional de 18 de agosto de 1831 e 19 de setembro de 1850.

Dos arts. 66 e 134 desta última lei se vê que os oficiais da Guarda Nacional são julgados pela autoridade civil nos crimes contra a independência, integridade e dignidade da nação, contra a constituição e a forma de govêrno, nos de conspiração, rebelião, sedição e outros crimes comuns, e que só estão sujeitos às leis do exército de 1ª linha, quando servem nos corpos destacados.

O direito objetivo forma um sistema; é dominado por principios gerais que devem harmonizar-se.

A lei não pode ser mais severa para com os oficiais do exército reformados do que para com os oficiais da Guarda Nacional, que é a reserva do mesmo exército.

Se êstes só estão sujeitos à jurisdição militar, quando em serviços nos corpos destacados, como admitir-se que os reformados, dispensados de todo o serviço e até da obrigação de servir, continuem sujeitos à mesma jurisdição?

O Código do Comércio, art. 2º § 2º, proíbe que sejam comerciantes os militares de primeira linha de mar e terra, salvo se forem *reformados*.

O militar não pode, pois, exercer o comércio, posição incompatível com a das normas; e se, entretanto, o legislador permite que o reformado seja mercador, é que o consi-

dera como um simples particular sujeito às leis civis e consequentemente à jurisdição comum.

Segundo o art. 8º do Código do Processo e art. 6º letra b do Código Penal, o juízo militar é instituído para conhecer dos crimes puramente militares. A provisão de 20 de outubro de 1834 explica que os crimes meramente militares são os que constituem infração do dever militar, e que só por militares podem ser cometidos.

Ora, os reformados, enquanto não exercem cargo ou função militar, não podem cometer crimes *ut miles*.

O art. 171 do Cód. do Proc., segundo o qual «os militares por crime de *emprego militar* serão acusados no juízo de seu fôro», e o art. 155, § 3º, do mesmo código, que firma a competência dos conselhos de investigação para processar os crimes de *responsabilidade dos empregados militares*, suscitam a mesma reflexão.

A consulta das secções de Marinha e Guerra do Conselho de Estado, de 5 de abril de 1870, aprovada pela imperial resolução de 4 de maio do mesmo ano, interpretando este último artigo, diz:

As secções entendem que não é lícito distinguir aonde a lei não distinguiu e, portanto, as expressões genéricas — crimes de responsabilidade — compreendem todos os crimes militares ou que não são comuns; que outrossim, as expressões genéricas — empregados militares — compreendem todos os indivíduos de classe militar; porquanto, tais expressões têm um sentido excepcional, não em relação à jurisdição militar, senão em relação à jurisdição comum.

Ora, se o juízo militar só conhece dos crimes de *emprego militar*, se estes são crimes de *responsabilidade* por infração do dever militar, os reformados não podem cometer crimes desta natureza, senão quando aceitarem cargo ou função militar.

Também a doutrina que impugno não encontra amparo nas legislações estrangeiras. Sirvam de exemplo os belos

códigos franceses do exército e da armada, os quais não contemplam entre as classes sujeitas, em tempo de paz ou de guerra, à justiça militar a dos reformados. É que como explica o relatório oficial da comissão incumbida de organizar êsses códigos, *la justice militaire, par la nature de son institution, n'enlève au droit commun que ce que réclament la discipline et la nécessité politique.*

E se a disciplina e a necessidade política não pedem essa restrição ao direito comum em um Estado militarizado, como a França, com o seu formidável exército e a sua paz armada, muito menos o pedem em uma sociedade democrática e incompatível com o militarismo, como a nossa, cuja Constituição, além de proibir a guerra de conquista, é a primeira que impõe a arbitragem como meio de salvar pacificamente os conflitos internacionais.

Sendo todos os pacientes oficiais reformados e não tendo cometido os crimes que lhe são imputados no exercício de função ou emprêgo militar, concluo que o fôro militar é incompetente para processá-los e julgá-los.

E a incompetência do fôro criminal é causa legal para a concessão do *habeas-corpus*, como repetidas vêzes tem sido julgado por êste tribunal.

2º Os pacientes foram presos em flagrante?

A prisão em flagrante só pode ser legalmente constatada pelo respectivo auto lavrado de acôrdo com os preceitos dos arts. 131, 132 e 133 do Código do Processo. Sobre êste ponto a jurisprudência se acha desde muito firmada.

Tendo sido os pacientes apreendidos a bordo do paquete *Júpiter* nas águas do Estado de Santa Catarina e conduzidos para o pôrto desta capital, cumpria que aquela formalidade substancial fôsse aqui observada, nos têrmos do artigo 12 §§ 1º e 2º da lei de 20 de setembro de 1871.

O auto de prisão em flagrante muito menos podia ser dispensado em relação ao primeiro paciente que, como sena-

dor da República, goza de imunidade de não ser prêso senão com prévia licença de sua câmara ou no caso de flagrante em crime inafiançável, segundo prescreve o art. 20 da Constituição.

Esta imunidade não constitui sômente um direito individual, é também um preceito do direito objetivo, uma regra do processo criminal.

O Poder Judiciário não pode pois considerar legal a prisão de um membro do Congresso Federal, desde que falem as condições estabelecidas no art. 20 da lei constitucional.

Ora, na hipótese, faltam ambas, pois não houve prévia licença do Senado para a prisão do primeiro paciente, nem a flagrância pode ser admitida, sem o auto legalmente lavrado que a devera constatar.

Pisa e Almeida. Vencido, de acôrdo como voto do Sr. Ministro José Higino.

Aquino e Castro. Nego a impetrada ordem, porque entendo que o caso se acha compreendido na exceção do art. 47 do Decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890.

Macedo Soares. Por outros fundamentos. A conclusão do acórdão importa reconhecer em vigor o art 47 do Decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890, que considero revogado pelo art. 72, § 22 da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, *ex-vi* do seu art. 83.

Com efeito, enquanto o decreto não admite o *habeas corpus* impetrado por militares presos por crimes militares, a Constituição, sem distinguir entre militares e paisanos, admite-o para todo e qualquer *indivíduo* que sofreu ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder. Na palavra *indivíduo* compreende-se o sexo, a idade, a profissão, a nacionalidade, todos os estados do *homem* na sociedade; e seria absurdo que, liberalizada a todos os moradores do Brasil, nacionais

ou estranhos, a garantia constitucional do *habeas-corpus*, dela só fôsem privados exatamente aquêles a quem a Constituição confia, de mais perto ou com mais eficácia, a defesa do solo, da integridade, liberdade e dignidade da pátria, da honra e seguridade das pessoas, da propriedade, da segurança de todos os direitos.

O *habeas-corpus* compreende, pois, os militares presos por crimes militares. O contrário seria excluí-los da comunidade social, onde só teriam obrigações sem os direitos máximos e comuns consagrados na Constituição sob a denominação expressa, clara e terminante de direitos *individuais*, da pessoa física, não em razão do cargo ou da profissão. E visto que o art. 83 da Constituição só deixou em vigor as leis anteriores que a não contrariassem na letra ou no espírito, no sistema e nos princípios, segue-se que o art. 47 do Decreto n. 848 de 1890 está revogado.

Aceito as premissas do acórdão. Assim:

1º Os oficiais reformados de terra ou de mar são militares; e é a êsse título que:

- a) acham-se inscritos no *Almanaque Militar* do exército e da armada;
- b) são os seus vencimentos consignados nos orçamentos dos ministérios da Guerra e da Marinha;
- c) podem ser ministros do Supremo Tribunal Militar, como já o foram do Conselho Supremo Militar de Justiça;
- d) conservam suas patentes, mantendo-as em serviço;
- e) vestem as fardas e trazem as armas dos seus postos;
- f) não podem mudar da residência habitual sem licença do seu ministro;
- g) podem, nos casos de guerra externa ou interna, ser obrigados a comparecer no quartel-general, em prazos certos ou quando ao govêrno convier;
- h) embora não sejam obrigados a serviço, podem, entretanto, aceitá-lo; mas, êsse serviço é essencialmente militar;

i) quando presos são recolhidos a postos militares com ou sem menagem;

2º São militares os crimes imputados aos pacientes, como concludentemente demonstrou o Sr. Ministro relator.

3º A prisão foi efetuada em flagrante delito, como se demonstra nos documentos de fls. 12 e 14v., e nos processos que acompanharam as informações do govêrno — fl. 18.

4º A formação da culpa não foi ainda iniciada, porque só agora decidiu o Senado dar licença para ser processado o primeiro dos pacientes, seu membro e em cujo processo se acham incluídos os dois outros (Constituição, art. 20). Dessas premissas concluo que a prisão dos pacientes é legal.

Logo, não tem lugar a concessão de alvará de soltura.

Nem obsta a opinião do Senado, manifestada pela discussão e votação na sessão de 29 de agosto último (documento fls. 9 a 11), que é civil o fôro onde devem responder os pacientes. Porquanto, é regra do direito formal que cada juiz ou tribunal é o único competente para conhecer da sua jurisdição, firmando-a ou dela declinando, e, em ambas as hipóteses, abrindo lugar a recursos, já ordinários, já extraordinários, como os conflitos, positivos ou negativos de jurisdição, com devolução para o superior legítimo. Indicar competência alheia foi exorbitância do Senado; e bastava que o juiz civil por êle indicado, em contraposição ao político ou ao militar, se desse por incompetente, para que frustradas ficassem as consequências da sua deliberação.

E foi essa a ressalva que fiz no acórdão fl. 17 em sessão de 30 de agosto, na qual provoqueei decisão do tribunal, sobre o fôro dos pacientes.

Respondeu-se-me que só depois da apresentação dêles e das informações do govêrno sobre a natureza dos crimes, poder-se-ia deliberar sobre a competência do fôro, mas, ficou logo determinada ela pelo tribunal, conhecendo do *habeas corpus* e, assim, afirmando-a, como caso inconcusso de juris-

dição civil, de acôrdo com a deliberação do Senado. Pelo que, deixei de renovar a questão preliminar na sessão de hoje.

Em suma:

Sendo os pacientes oficiais militares, tendo sido presos em flagrantes crimes militares e estando justificada a demora do processo, não havia razão jurídica para se lhes conceder a impetrada soltura.

Pereira Franco. Vencido pelos motivos expostos pelo Sr. ministro José Higino.

Barros Pimentel.

Bento Lisboa.

Andrade Pinto. Vencido na parte relativa aos pacientes capitão-tenente Pinto Guedes e 1º tenente Correia da Silva, que continuam presos militarmente; tendo-lhes concedido a soltura. Meu voto divergente na decisão do *habeas-corpus*, impetrado a favor dêles e do almirante Wandenkolk, fundou-se no seguinte:

§ 1º Havia identidade de condições entre os três pacientes na qualidade de oficiais reformados da marinha de guerra, indiciamento criminal e prisão militar por ocasião da captura do vapor *Júpiter*. Diversificavam, porém, as respectivas situações judiciárias, para a conseqüente dependência de autoridade na prisão, estando mantidos os dois primeiros sob a justiça militar, e já transferido o último, que é senador da República, para a justiça comum, a fim de formar-se-lhe a culpa, em virtude de requisição do Senado e por aviso do governo com data de 30, publicado no *Diário Oficial* de 31 de agosto. E, compreendidos na mesma providência dêste aviso para a ação do ministério público federal, vão ser igualmente processados no fôro comum os paisanos, que êste tribunal já mandou soltar da prisão militar por plena concessão de *habeas-corpus*, e que estão vinculados em conexão de crime e de aprisionamento com aquêles pacientes.

Não se trata de crimes *puramente militares*, isto é, que só por militares podem ser cometidos, e aos quais se referem

o art. 8º do Código do Processo Criminal e o art. 6º letra *b* do Código Penal Comum, em reprodução do art. 308 § 2º do Código Criminal de 1830. Não é também caso do art. 1º § 5º da lei de 18 de setembro de 1851, para, sem distinção de militares, e de não militares, tornar-se exclusiva a jurisdição militar.

§ 2º Sob a face jurisdicional da justiça civil ou da militar tinha de ser ponderado este *habeas-corpus*, como fôro no dos paisanos.

Não considere resolvido preliminarmente, quer por implícito na Constituição Federal, quer por fôrça da deliberação do Senado, segundo os argumentos aduzidos, o fôro civil para o senador Wandenkolk; pois que, em minha opinião, o invocado art. 20 daquela lei suprema não contém, nas imunidades dos deputados e senadores, a de tal fôro; nem, nas funções, meramente políticas, das respectivas câmaras, a discricionária de determinar a jurisdição, sendo matéria de lei a competência dos juizes.

Assim que repugnaria ao preceito do art. 77, excluir do fôro militar, em crimes militares os deputados e senadores, que sejam militares.

Mas a preliminar nada importa para meu voto concorde no fim requisitado pelo Senado e na face forense da respectiva decisão do acórdão.

Todavia, convém notar que o citado art. 20 dispensa a licença da respectiva câmara para a prisão e processo criminal no caso de flagrância em crime inafiançável; que a deliberação do Senado a respeito do mencionado senador, interpretada nos devidos termos para conciliar-se com aquêle outro preceito constitucional, exprime seu respeitável juízo de não concorrerem no caso dêle os imprescindíveis elementos do fôro militar; e que o Senado apenas deu licença para a formação da culpa na justiça comum, e não resolveu a procedência da acusação, o que só tem oportunidade no sumário já instaurado até a pronúncia exclusive.

A questão de jurisdição ficou circunscrita aos dois pacientes de prisão militar, Pinto Guedes e Correia da Silva. E minha divergência da decisão do acórdão proveio da de sua doutrina sobre a indistinta alçada do fôro militar para oficiais efetivos e reformados da marinha.

§ 3º Entendo que, na espécie criminal dêste *habeas corpus*, descabe êsse fôro especial aos reformados, como são aquêles presos.

A justiça militar delimita-se por seus fins de realçar a honra e coragem, e fortalecer a boa disciplina dos que compõem a organização do exército de terra e mar no peculiar destino; sendo um privilégio e também uma judicatura mais severa do que a civil.

As leis criminais militares baseiam-se no dever militar, impôsto pela disciplina, e só excepcionalmente, por necessidade da segurança e eficiência disciplinar da força nacional de guerra, ampliam-se aos desobrigados de tal dever. Assim, afora o caso geral da citada lei de 1851, a obrigatoriedade do *munus* militar constitui o característico dos crimes justificáveis militarmente.

Êste princípio jurídico está consagrado no art. 77 da Constituição, assim como no art. 171 § 1º do Código do Processo Criminal e no art. 109 da lei de 3 de dezembro de 1841, pela reunião subjetiva, e objetiva do mesmo caráter militar nos crimes para o fôro militar, acentuada por êste modo a delinqüência na violação dos preceitos militares, sòmente imputável à responsabilidade congênere dos militares.

Ora a reforma militar dos oficiais elimina-os do serviço militar (como é expresso, para os da marinha, o decreto de 30 de dezembro de 1889 no art. 3º), e, na desagregação de praça do exército ou armada, faz-lhes cessar o ofício de guerra, e emancipa-os da respectiva disciplina. Portanto são inaplicáveis aos oficiais reformados os intuitos da justiça militar, e o correlato privilégio constitucional dêsse fôro especial para os militares.

Os reformados não são *militares*, no sentido jurídico e da linguagem universal dêste puro vocábulo, cabível sòmente aos que têm a profissão do serviço de guerra, e aos quais, neste sentido estrito de devida interpretação, se referem o art. 77 da Constituição; o art. 109 da Lei de 1841 e o artigo 1º §§ 5º e 7º da marcial de 1851; e diferenciam-se dos próprios militares, na analogia de alguns conservados predicamentos, pela denominação específica de *militares reformados*, para assinalar a mudança no anterior estado daqueles.

Os reformados, em razão de suas especiais habilitações, exercem empregos militares, como os paisanos em alguns, e estão sujeitos extraordinariamente, por obrigação contraída na reforma, a prestar o serviço de reserva auxiliar do exército ou armada, como a milícia cívica; mas, em tais casos, com a responsabilidade de empregados públicos militares e com o vínculo accidental — do serviço militar, durante a ocupação dêsses encargos e nessas únicas relações, ficam êles equiparados aos militares para o fôro especial dêstes, conservada a distinta qualidade de militares reformados, a qual os isenta em tudo mais da legislação militar própria daqueles. Nestas especiais condições não estavam os três pacientes do *habeas-corpus*.

A Constituição de 1824 aboliu o caráter pessoal, que, em razão das patentes e com excrescência do pensamento instituidor da justiça militar, imprimira no privilégio do fôro militar a ordenança militar de 1º de junho de 1678, desde os sargentos até aos oficiais do último pôsto, para gozarem-no sempre; e deixou subsistente sòmente o ligado ao cargo militar por utilidade pública. *Patente* ou pôsto e *cargo* militares são coisas distintas; aquela é uma graduação no desempenho dêste, e êste consiste na incumbência de serviço militar, em que está a utilidade pública, seja prestado por simples praças, seja por graduadas, sendo tôdas igualmente militares, para seu fôro especial. Êstes têm de perder o privilégio, como resulta aos demais forenses, quando retiram-se do encargo privilegiado.

A vitaliciedade das patentes perpetua-se nos oficiais reformados para a conservação das respectivas honras, distintivos e direitos adquiridos, que são inerentes a essas patentes e não privativo do serviço militar, e para os correspondentes soldos de reminiscência dos prestados, continuando êles, por isso, sòmente dependentes administrativamente do governo militar; e é por causa dessas relações comuns com os efetivos, que figuram em classe especial e anexa do quadro do exército ou armada.

A respeito dos pacientes Pinto Guedes e Correia da Silva ainda havia a ponderar:

1º, a identidade de caso com o do senador Wandenkolk, e para as mesmas razões do juízo do Senado na requisição a favor dêste, a fim de ser submetido à justiça civil;

2º, o princípio jurídico de indivisibilidade para o julgamento dêles e dêste outro paciente, por não ser caso da separadora exceção do art. 109 da Lei de 1841 e art. 1º §§ 5º e 7º, da de 1851, estatuida entre militares e não militares, visto que, como oficiais reformados teriam todos de ser classificados em uma dessas duas categorias; e

3º, a resultante anomalia de, nas mesmas condições de criminalidade e aprisionamento no vapor *Júpiter*, ficaram êles sós na justiça militar, e os demais co-réus na civil, mais favorável para a defesa.

Assim, considerando ilegal a prisão dêles debaixo de incompetente jurisdição, conforme o art. 353, § 4º do Código do Processo Criminal, votei para a soltura dessa prisão militar, *ad instar* da anterior concessão do *habeas-corpus* a favor dos paisanos.

§ 4º E quanto ao senador Wandenkolk, estou de acôrdo na respectiva conclusão do acórdão: sua prisão já estava convertida em civil e, a meu ver, não havia razão para deixar de reconhecê-la como legal.

Julguei improcedente o motivo de ilegalidade, alegado por seu advogado, de estar êle prêso sem culpa formada,

desde a captura do vapor *Júpiter*, com grande excesso do tempo marcado no art. 148 do citado código; 1º, porque êste artigo refere-se à prisão civil para base do prazo da formação da culpa, do processo também civil de sua única regência, e não se aplica a prisões militares, qual a sofrida pela paciente até ser submetido à justiça comum por aviso do Governo com data de 30 de agosto último; e, contado desta data, de prisão feita civil o decurso do tempo para formar-se a culpa, ainda não estava terminado o prazo legal de oito dias; e 2º porque, quando mesmo se computasse neste prazo o tempo da prisão militar, estaria justificada a demora da formação da culpa, em virtude da exceção estatuída no próprio art. 148, por não ter sido possível formá-la senão depois do citado aviso, que, em cumprimento da requisição do Senado, declinou o paciente da justiça militar para a civil.

Também julguei improcedente o diverso motivo de ilegalidade, que, aplicada aos três pacientes, foi suscitada na discussão do tribunal, relativamente à falta do termo ou auto da prisão em flagrante, como determinam o art. 132 do citado código e o art. 12 da lei de 20 de setembro de 1871.

São igualmente inaplicáveis às prisões militares, estas disposições legais de natureza cível.

Acresce que a prisão em flagrante é um fato anterior ao referido auto, apenas solenidade para fazer constar o prevailecimento autoritário de tal espécie de prisão com o exame e sustentação da autoridade competente, conforme o art. 133 daquele código e §§ 2º e 3º do art. 12 daquela lei; — que, para a justiça civil, a prisão de flagrância dos pacientes já veio autenticada e constante, ao serem-lhe submetidos, por um termo militar junto às informações do *habeas-corpus*, sendo êsse o único meio comprobatório da prisão, que ficou feita militarmente; e que a ilegalidade da prisão em flagrante,

segundo o art. 353 § 4º do citado código, consiste sòmente na falta do direito de fazer essa prisão.

Ferreira de Resende. Neguei a soltura; porque tendo os pacientes cometido alguns dos crimes previstos na lei de 18 de setembro de 1851, tais crimes, segundo o § 5º do art. 1º da mesma lei, são sempre militarmente julgados, quando cometidos por militares, quer em tempo de guerra, quer em tempo de paz.

E que os reformados, que, segundo os avisos de 10 e de 30 de junho de 1869, não desfrutam o seu sòlido como pensão e que nem sequer podem mudar de residência sem permissão superior, são militares como os outros, não só bem o mostrou a sentença, porém, é isso o que ainda se deduz da Lei n. 260, de 1º de dezembro de 1841, arts. 1º e 2º, do Decreto n. 293 de 8 de maio de 1843, art. 2º, § 1º; e até, por último do Decreto n. 108-A de 30 de dezembro de 1889; lei e decretos êsses, que consideram a classe dos reformados como constituindo uma das partes do exército e da armada.

Ora, se os reformados são parte da fôrça armada, êles dos efetivos só se distinguem no modo de prestar o serviço. E o que é certo, é que tendo êles tôdas as regalias dos efetivos, tais como o sòlido, as honras, a prisão especial, etc., êles não poderiam ser excluídos do fôro militar, que é também regalia.

Cumpra ponderar, no entretanto, que, se com efeito, o fôro militar foi instituído como regalia, isso não impede que também o houvesse sido com um fim político ou de ordem pública, qual o de punir muito mais severa e prontamente as infrações da disciplina, quer tenham elas de partir de officiais efetivos, quer de officiais reformados, os quais, como muitas vêzes acontece, podem ter sôbre os seus antigos comandados muito maior prestígio do que os próprios efetivos; e que, portanto, se pudessem os reformados renunciar o privilégio, também o poderiam fazer os efetivos, o que nunca se deu.

V
CONSTITUIÇÃO DE
PERNAMBUCO

Parecer



CONSULTA

Interpretando a Constituição estadual de Pernambuco, que os adversários e detratores da administração do honrado Governador Dr. Barbosa Lima, procuram a todo transe torcer, amoldando-a a seus interesses políticos, publicamos o douto e magistral parecer do eminente jurisconsulto brasileiro Senador Dr. RUI BARBOSA.

Eis os quesitos apresentados ao ilustre jurisconsulto:

1º Pode o legislador determinar na lei de responsabilidade que o Governador do Estado ficará suspenso do exercício de seu cargo, logo que fôr decretada pelo Senado a acusação daquela autoridade?

2º O decreto de acusação expedido pelo Senado importa a pronúncia do Governador para produzir os devidos efeitos jurídicos, quando a mesma pronúncia, só cabendo no processo de formação de culpa, é da exclusiva competência do tribunal organizado pela forma determinada no art. 69 da Constituição, que não deu ao Congresso atribuição alguma judiciária, no caso de que se trata?

3º Sendo a suspensão do Governador, em virtude do art. 70 da Constituição, uma *pena* imposta pela sentença condenatória, pode, não obstante isso, sofrê-la o Governador, só pela decretação de sua acusação e mesmo pela pronúncia?

4º Podem os atos praticados pelo Governador, antes de promulgada a lei de responsabilidade, ser considerados crimes de responsabilidade, e por êsses crimes ser êle processado e julgado de acôrdo com essa lei, em face do art. 72 § 15 da Constituição Federal?

5º Se a mesma lei fôr, não obstante sua inconstitucionalidade votada por dois terços de membros do Congresso e pela mesa respectiva fôr promulgada, deve o Governador submeter-se a suas disposições e considerar-se suspenso logo que fôr decretada sua acusação pelo Senado,

ou deve manter-se no exercício de seu cargo, aguardando o julgamento que no processo tem de proferir o tribunal competente?

6º No caso de conservar-se o Governador no exercício de suas funções e o Congresso dar, entretanto, como empossado no Governo, o Vice-Governador, a quem deverá, em face da Constituição Federal, prestar auxilio a força militar da União, no caso de ser requisitada e fazer-se necessária?

Parecer

No sistema *sui generis* adotado, para os casos de responsabilidade do Governador, pela constituição de Pernambuco, se destacam estas regras.

a) A Câmara dos Deputados *decreta* a acusação (art. 37);

b) O Senado "resolve se a acusação é, ou não, *procedente*" (art. 68);

c) O Supremo Tribunal de Justiça "*prosegue nos termos ulteriores da formação da culpa e julgamento*" (art. 60). Isto é:

A Câmara denuncia; o Senado admite ou rejeita a denúncia; o Tribunal Judiciário processa, desde a formação da culpa, *inclusive*, até o julgamento.

d) A formação da culpa, no caso de pronúncia, não se resolve pela suspensão do responsabilizado. Esta, é uma *pena* (art. 70), não uma medida provisória, e, conseqüentemente, não pode ser fulminada senão na sentença de condenação.

Postas estas bases, respondo à consulta, que hoje me foi entregue:

Quanto ao 1º quesito. O ato legislativo, que ligasse a suspensão do Governador à decretação da sua responsabilidade, transgrediria materialmente a Constituição do Estado e, portanto, não teria ação obrigatória.

Quanto ao 2º. O decreto de acusação pelo Senado exprime apenas o deferimento à denúncia formulada pela outra Câmara. Pronúncia, não; porquanto a pronúncia é a decisão com que a autoridade sumariamente encerra o sumário da culpa, e, nesta espécie de processo, a autoridade sumariante, aquela a quem compete a formação da culpa, é, segundo a Constituição de Pernambuco (art. 69), o Supremo Tribunal de Justiça.

Quanto ao 3º. Só da sentença condenatória definitiva pode resultar a aplicação de uma *pena*, categoria em que, nos termos do art. 70, se abrange a suspensão do Governador. Da pronúncia, nunca; esta apenas *capitula o delicto*, para abrir o plenário, cujo termo é a imposição da penalidade.

Quanto ao 4º. Não. A lei de responsabilidade, que o Congresso pernambucano votar, não pode *qualificar* e, muito menos, *punir*, delitos anteriores a ela. Esta noção rudimentar de justiça está em tôdas as legislações e a Constituição Republicana de 1891 (art. 72, § 15) já a encontrou *ipsis verbis* na Constituição Imperial de 1823 (art. 179, § 11).

Semelhante lei, se a promulgarem, é, por consequência, atentatória da Constituição Federal, e, como tal, impugnável perante a justiça competente, isto é, o Supremo Tribunal Federal (Constituição, art. 59, e § 1º b).

Quanto ao 5º. De conformidade com a disposição que acabo de citar, o Governador, indevidamente ferido na sua autoridade, terá recurso do ato inconstitucional do Congresso do Estado para o Supremo Tribunal Federal, e antes da sentença dêste não pode ser constrangido a abrir mão de suas funções.

Quanto ao 6º. Ao Governador, cuja autoridade não se pode considerar prejudicada, senão após a solução do recurso de inconstitucionalidade interposto para a justiça federal.

Este é o meu parecer.

RUI BARBOSA.

Rio, 4 de março de 1893. (*)

(*) *Jornal do Comércio*, de 5 de março de 1893.



VI

FUSÃO DO BANCO DO BRASIL
COM O BANCO DA REPUBLICA
DOS ESTADOS UNIDOS
DO BRASIL

Faculdades hipotecárias



Parecer

O decreto de 17 de dezembro de 1892 autorizou a fusão do Banco da República dos Estados Unidos do Brasil com o Banco do Brasil em um novo instituto denominado Banco da República do Brasil.

Ora, a fusão de duas sociedades anônimas é uma operação jurídica, na qual cada uma das associações concorrentes entra com os seus respectivos direitos e compromissos, que por esse fato se transferem, na sua integridade primitiva, à instituição resultante. As duas entidades anteriores transformam-se nesta com todos os elementos, ativos e passivos, que compunham a cada um dos dois fatores desse resultado a sua existência separada, a sua individualidade especial, não desaparecendo pelo fato de fusão senão os elementos, que elle expressamente excluir.

São idéias elementares no assunto.

Mandando, portanto, conglobar num só estabelecimento, pelo processo comercial da fusão, o Banco do Brasil com o Banco da República, o ato do Poder Executivo respeitou e implicitamente manteve a ambos elles os seus privilégios, salvo os que explicitamente excetuou, abolindo-os em termos indubitáveis.

Os privilégios do Banco da República, assim como os do outro, vigoram em virtude das leis, que

lhós conferiram. Só por alienação formal do interessado, ou ato formal legislativo, que lhós suprima poderiam cessar. Não quero com isto discutir aqui a autoridade do decreto de 17 de dezembro. Figuro e concedo mesmo que ela seja plenamente legislativa, caráter aliás que o próprio decreto (art. 19) confessa faltar-lhe. Mas, ainda como ato legislativo, os seus efeitos não podem ir além da sua intenção, nem é lícito dar à sua intenção limites mais amplos do que a expressão dela. No teor do decreto de 17 de dezembro não se compreende a abolição das faculdades hipotecárias, em que os dois estabelecimentos em via de fusão se achavam investidos. Logo, essas faculdades vão transmitir-se intactas ao futuro banco.

Para furtar ao novo banco a propriedade emissora, que necessariamente se encorporava nêlo com a absorção do Banco da República na sua massa, foi mister que o decreto de 17 de dezembro a declarasse extinta (artigo 3º) *prêviamente à fusão*. De outro modo ela se operaria com o privilégio emissor, transmitido, *ipso facto* da fusão, ao novo banco. *Exclusio unius, inclusio alterius*, dizem as leis da hermenêutica. Excluindo, pois, a faculdade emissora, a reforma de 17 de dezembro incluiu indubitavelmente a faculdade hipotecária. Esta é uma das mercês, que o patrimônio do futuro banco recebe, com o acêrvo dos dois institutos extintos.

O silêncio do decreto de 17 de dezembro sobre a faculdade hipotecária dos estabelecimentos fundidos não traduz a cassação dela: traduz, pelo contrário, a sua entrada para o novo instituto, a sua conservação entre os haveres dêle.

Rio de Janeiro, 14 de janeiro de 1893.

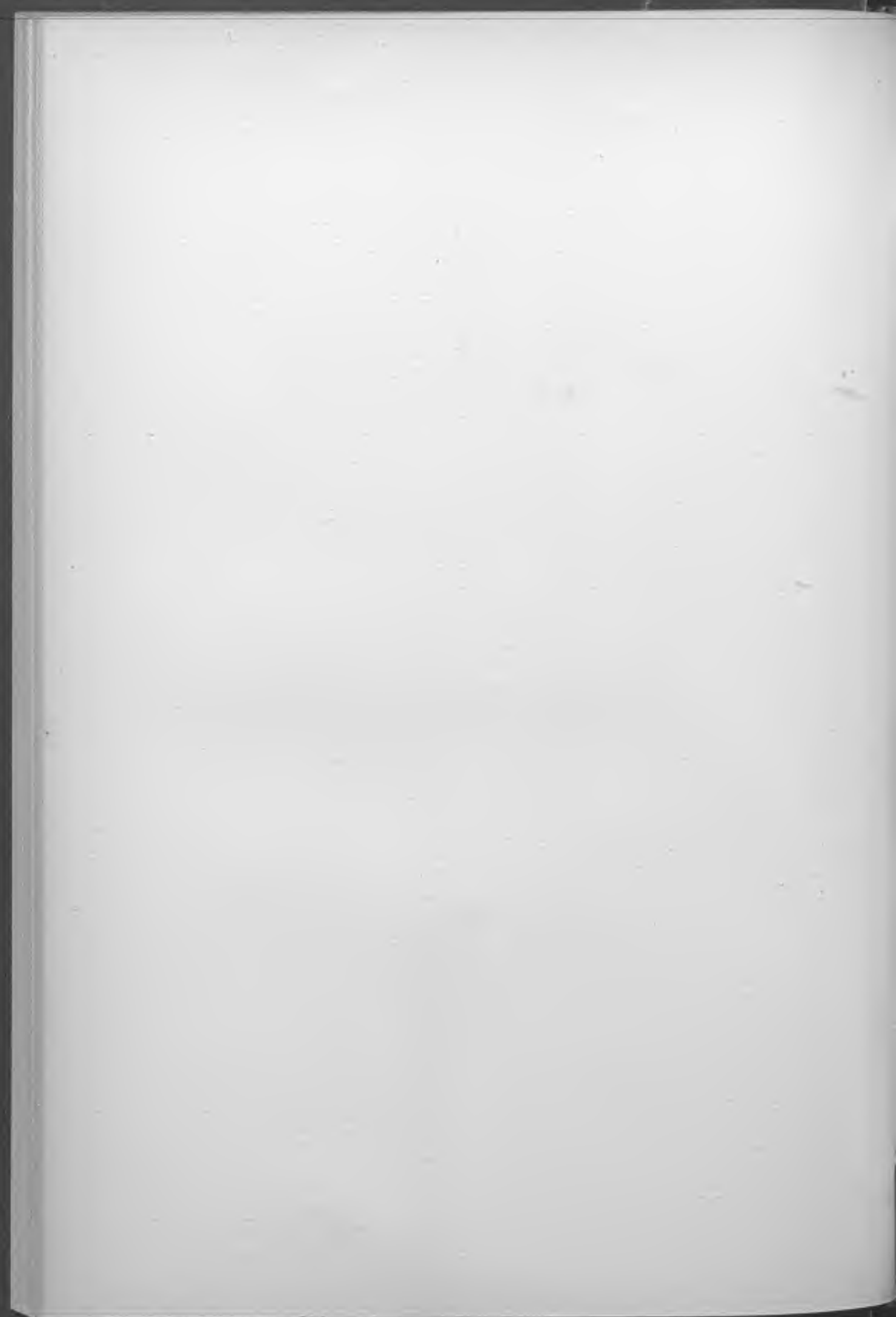
RUI BARBOSA.

(*) Cópia manuscrita no arquivo da Casa de Rui Barbosa.

VII

CARNES VERDES

Livre comércio por via marítima



CONSULTA

- I — Em face dos arts. 7, n. 2, 9 § 3, 11 n. 1, 72 § 24 da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, do art. 60 § 10 da lei de 1 de outubro de 1828, mantido em vigor pelo art. 83 da mesma Constituição, *pode a municipalidade da Capital Federal vedar o livre comércio por via marítima de carnes verdes e animais abatidos no município de Niterói, resguardadas as prescrições higiênicas?*
- II — *Pode servir de pretexto para ser vedado esse livre comércio o contrato firmado pelo presidente da Intendência Municipal com Antônio Mendes Barreto e Antônio Rodrigues de Barros a 22 de setembro de 1892, atualmente em vigor?*



Parecer

A lei de 1º de outubro de 1828, no art. 66, dispõe:

§ 9º. Só nos matadouros públicos, ou particulares, com licença das Câmaras, se poderão matar e esartejar as reses; e, calculado o arroamento de cada uma rês, estando presentes os exatores dos direitos impostos sobre a carne, permitir-se-á aos donos dos gados conduzi-los, depois de esartejados, e vendê-los pelos preços que quiserem, e *onde bem lhes convier*, contanto que o façam em lugares patentes, em que a Câmara possa fiscalizar a limpeza e salubridade dos talhos e da carne, assim como a fidelidade do pêso.

§ 10º. Proverão igualmente sobre a comodidade das feiras e mercados, abastança e salubridade de todos os mantimentos e outros objetos expostos à venda pública, tendo balança de ver o pêso e padrões de todos os pesos e medidas, para se regularem as aferições; e sobre quanto possa favorecer a agricultura, comércio e indústria dos seus distritos, *absten-do-se absolutamente* de taxar os preços dos gêneros, ou *de lhes pôr outras restrições à ampla liberdade, que compete aos seus donos.*

Por êstes trechos legislativos, que transcrevo de propósito, a fim de relembrar noções elementares de importância fundamental nos países livres, cada vez mais esquecidas, se assegurava "ampla liberdade" no comércio de carnes verdes, prescrevendo-se às câmaras municipais que *se abstivessem absolutamente* "de pôr-lhes outras restrições", que não as essenciais

à fiscalização da hygiene, à verificação do pêso e à arrecadação do impôsto.

Nessas cláusulas a lei de 1º de outubro se conformava ao princípio consagrado na Constituição do Império, art. 179, § 24:

Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos.

Ora, tanto o disposto no art. 66, §§ 9 e 10, da lei de 1º de outubro, como o estatuído no art. 179, § 24 da Constituição de 1824, são mantidos em vigor por três declarações da Constituição republicana:

a do art. 83, que manda vigorarem, enquanto não revogadas, as leis do antigo regímen, no que explícita ou implicitamente não fôr contrário aos princípios do novo;

a do art. 78, que diz:

A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de Governo que ela estabelece, e dos princípios, que consigna.

enfim, a do art. 72, § 24, que garante o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e comercial.

As municipalidades, portanto, não têm o direito de criar embaraços à liberdade comercial. Falta-lhes, pois, de todo a competência para entregar nas mãos de indivíduos, grupos, ou associações favorecidas, o comércio de víveres, como outro qualquer comércio. E não há motivo legítimo, para excluir dessa proibição geral, dessa garantia absoluta, o comércio de carnes verdes. Antes, sendo êsse um dos artigos de suprema necessidade para a subsistência da popula-

ção, como o pão e a farinha, nos privilégios a tal respeito concedidos se acentuaram mais do que noutros quaisquer os inconvenientes comuns a todos os monopólios: exageração do preço; inferioridade da mercadoria, diminuição da prosperidade geral pela anulação da concorrência e pelo empobrecimento do consumidor.

Tais favores são palpavelmente inconstitucionais em um regímen, que não admite privilégios senão a respeito de funções que, por sua natureza, não possam constituir objeto de posse e gozo comum (COOLEY, *Constitutional Limitations*, c. XI, p. 488.)

"*Monopolies are odious to the law*", dizem os expositores da forma de governo ora adotada no país. As faculdades e deveres das câmaras municipais em relação à matança de animais destinados ao consumo, assim como ao tráfego da sua carne, não se habilitam a fundar ou permitir sindicatos organizados para açambarcarem êste ramo da atividade mercantil. "O poder de licenciar e regular um comércio legal e necessário não dá ao município o arbítrio de celebrar contratos, *que criem, ou tendam a criar monopólio.*" Estas palavras são da maior autoridade americana em matéria de direito municipal. "*The power to license and regulate a lawful and necessary business will not give the corporation the power to make contracts which create or tend to create a monopoly*" (DILLON: *Commentaries on the law of Municipal Corporations*, 14 ed., 1890, vol. I, § 362, p. 429).

Em consequência, mais de uma vez, nos Estados Unidos, os tribunais têm nulificado atos das municipalidades, que revestem êsse caráter.

Por êsses arestos se consolidou a regra de que os monopólios são írritos, "*monopolies are invalid*" (DILLON: *loc. cit.*, p. 429), e de que as municipali-

dades regulam, mas não podem restringir o comércio, "may regulate, but not restrain trade" (ib., § 323, p. 401).

Tôdas essas autoridades e decisões têm a aplicação mais completa sob o direito constitucional brasileiro, onde os textos contra êsse abuso têm uma expressão direta e positiva, que não se encontra na constituição americana.

Não é lícito, portanto, às autoridades municipais desta cidade vedarem o comércio franco das carnes verdes.

Tão pouco lhes será dado, pois, obstar ao tráfego da carne abatida em Niterói e daí transportada por mar para esta Capital.

A êsse arbítrio se opõem, além dos princípios já expostos, em que estriba a liberdade geral de comércio, o art. 7º, § 2º, que declara livre o comércio de cabotagem às mercadorias nacionais, assim como o art. 11, § 1º, que veda aos Estados, como à União, criar impostos, na passagem de um Estado para outro, sobre produtos nacionais ou estrangeiros.

Bem que esta cláusula constitucional só aluda expressamente ao tráfego entre Estados, claro é que ela *a fortiori* se aplica ao tráfico entre municípios. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus*. Não se pode admitir às municipalidades o arbítrio que se recusa aos Estados e à própria União. Não se poderiam tolerar entre município e município barreiras que se não sofrem entre Estado e Estado. Se êstes não podem tributar a introdução no seu território de produtos uns dos outros, muito menos se poderia reconhecer a cada localidade o poder de onerar na entrada a concorrência que das outras venha beneficiá-lo. O fisco municipal não tem privilégios maiores do que o fisco estadual e o federal. A guerra fiscal, que a Constituição quis impe-

dir entre os Estados, não se há de consentir entre as cidades e os povoados. No pensamento do legislador constituinte, afiançando a circulação sem gravames de comércio entre Estado e Estado, se acha evidentemente pressuposta, por maioria de razão, a livre circulação comercial entre as municipalidades.

II

Não.

Se o contrato aludido nessa parte da consulta constituísse um monopólio, seria, pelas razões dadas, insubsistente.

Mas privilégios não se subentendem; ainda quando expressos, hão de interpretar-se nos estritos limites do texto que os confere. "No rule is better settled than the charters are to be construed strictly against the incorporators. The just presumption in every such case is that the state has granted in express terms all that is designed to grant at all. . . This rule is not confined to the grant of a corporate franchise, *but is extends, to all grants of franchises or privileges by the state to individuals, in the benefits of which the people at large can not participate.*" (COOLEY: *Constit. Limitations*, p. 488-90.)

Ora, no contrato firmado pela Intendência Municipal desta cidade, em 22 de setembro de 1892, para fornecimento de carne verde, Mendes Barreto e Rodrigues de Barros "se obrigam, durante dois anos ao suprimento dela à Capital Federal, *na razão do pedido diário do chefe da estação de S. Diogo*", e a Intendência, por sua parte, lhes reconhece direito "à matança necessária de gado vacum para o provimento diário de carne, durante o prazo de dois anos, *conforme o pedido diário do chefe da repartição de S. Diogo.*" A empresa compromete-se a fornecer toda a

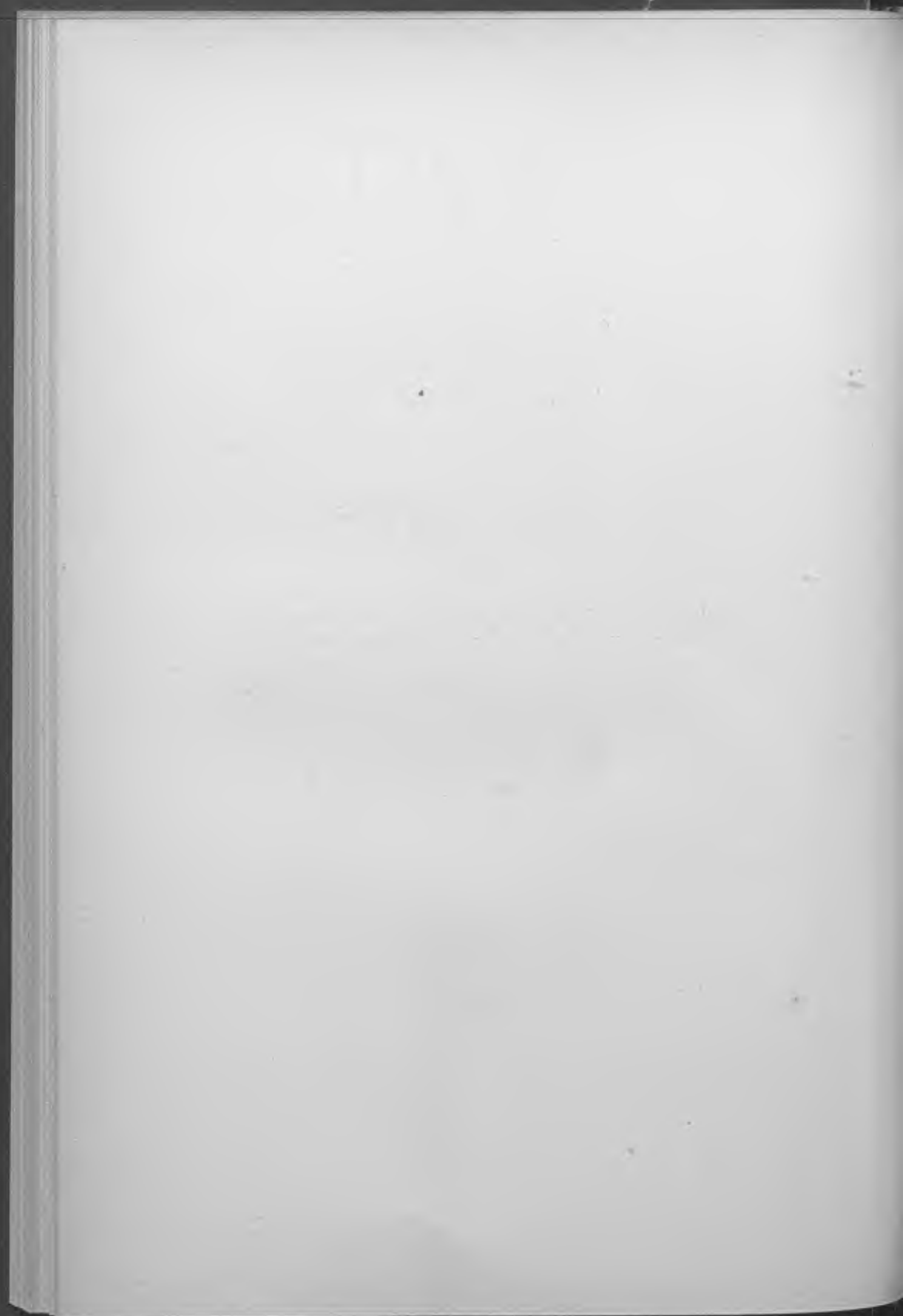
carne diàriamente, requisitada pela autoridade municipal, e a autoridade municipal a não pedir carne senão à empresa. É, portanto, uma obrigação mútua que não obriga a terceiros. Ela priva a administração local de pedir carne, para o consumo do município, a outros fornecedores. Mas não veda que os haja, e que entrem livremente no mercado, por força do princípio da liberdade comercial, que os atos municipais não podem tolher. A conclusão, pois, é que o contrato de 22 de setembro e as requisições diárias, que ele estipula, se destinam simplesmente a preencher a diferença entre a oferta livre e a procura quotidiana, entre o abastecimento espontâneo do mercado pela concorrência dos fornecedores independentes e as necessidades variáveis do consumo.

Ao menos o texto do contrato não diz outra coisa. E, na dúvida, as concessões desta natureza se interpretam sempre estritamente, isto é, contra os concessionários, isto é, considerando sempre recusado o favor que não houver sido explicitamente conferido.

Além de que, fora desta inteligência, o contrato, como já se viu, é inconstitucional.

VIII
QUESTÃO DO PACAEMBU

Pareceres



QUESTÃO DO PACAEMBU'



PARECERES
DE ADVOGADOS



SÃO PAULO
Typ. e Lit. da Comp. Predial de S. Paulo
1893

Frontispício da 1ª publicação do memorial sôbre Questão do Pacaembu.
Tamanho Original (Exemplar do desembargador *Julião*
R. de Macedo Soares.)

CONSULTA

Francisco José Monteiro, sabendo que a Câmara Municipal mudara o destino de uma chácara desapropriada expressamente para Matadouro Público, comprou aos herdeiros dos proprietários o direito de reaver da mesma Câmara Municipal a propriedade d'aquela chácara.

Já então, proclamada a República em 1889, os municípios do Estado de S. Paulo eram administrados por intendenções nomeadas pelo govêrno.

Portanto, *Francisco José Monteiro* requereu à Intendência da cidade de S. Paulo a restituição da chácara por não ter sido aplicada à utilidade pública, para a qual fôra desapropriada.

Como era de esperar, a Intendência Municipal indeferiu aquêle requerimento. E, pois, forçoso foi recorrer ao Poder Judiciário, mediante a ação competente; visto que, tendo sido dissolvidas e extintas as assembleias legislativas provinciais, pelo Decreto n. 7 de 20 de novembro de 1889, já não podia ser usado o recurso do art. 5º da Lei Provincial n. 57 de 18 de março de 1836, cujo teor vai transcrito.

Art. 5º Todo êste processo (de indenização dos bens desapropriados) será expedido administrativamente, sem as formalidades judiciárias; e sômente haverá recurso ordinário sôbre o quantitativo da indenização arbitrada, e recurso à Assembleia legislativa provincial para a restituição da propriedade, um e outro sem suspensão.

Segundo os arts. 3º e 4º da citada lei, feita a declaração de utilidade pública, era afeto tudo ao juiz municipal para a avaliação da indenização por louvados do proprietário e da

fazenda provincial ou municipal, conforme o caso. E assim se fez quando a chácara foi desapropriada.

Correu seus termos a ação proposta por *Francisco José Monteiro*; e o juiz da primeira instância, reconhecendo embora o direito à reversão da chácara, julgou prescrita a ação pelo lapso de mais de dez anos.

Apelou *Francisco José Monteiro*; e o Tribunal da Relação reformou a sentença da primeira instância, para julgar improcedente a pedida reversão, desprezando a alegada prescrição.

Embargou êle êsse Acórdão; e o Tribunal reformou-o, para julgar procedente o pedido da reversão.

Por sua vez a Intendência Municipal embargou o segundo Acórdão, alegando a incompetência do Poder Judiciário para ordenar a restituição da chácara; e, para isso citou o art. 5º da Lei Provincial n. 57 de 18 de março de 1836, pretendendo que, tendo desaparecido a Assembléia Legislativa Provincial, o recurso deveria ser interposto para o Congresso do Estado. Mas, *Francisco José Monteiro*, impugnando êsses embargos, mostrou que aquêlê recurso já não tinha razão de ser; tanto assim que o Governador provisório do Estado de São Paulo, expedindo o Decreto n. 13 de 15 de janeiro de 1890 sôbre a administração municipal, estatuiu no parágrafo único do artigo 8º o seguinte:

Parágrafo único. Quando, porém, os atos ofensivos de direitos dos particulares tiverem por objeto imediato os direitos patrimoniais do município agindo as Intendências como pessoas jurídicas, ao Poder Judiciário caberá conhecer dos recursos que fôrem interpostos.

Não tendo sido dada a forma dêsses recursos para o Poder Judiciário, é óbvio que *Francisco José Monteiro*, usando da ação ordinária, não prejudicou o município, e aliás deu mais largueza para que a Intendência Municipal defendesse aquêlê seu direito patrimonial.

Na sustentação dos embargos, a Intendência Municipal continuou a propugnar pela falta de competência do Poder Judiciário para o caso que era objeto da ação proposta.

O Tribunal da Relação, porém rejeitou os embargos da Intendência Municipal, e confirmou o segundo Acórdão.

Este Acórdão passou em julgado; e foi extraída a sentença para a execução.

Iniciada esta, a Intendência Municipal logrou ser admitida a oferecer embargos depois dos dez dias; e, discutidos êsses embargos, foram remetidos ao Tribunal de Justiça para julgá-los. Ainda nesses embargos foi articulada a incompetência do Poder Judiciário, a fim de ser anulada a sentença exequenda com o processo respectivo: equivalendo a segundos embargos ao Acórdão.

1º Tendo sido extintas as assembleias legislativas provinciais, é lícito considerar subsistente o recurso criado pelo art. 5º da Lei Provincial n. 57 de 18 de março de 1836, para ser interposto para o Congresso do Estado, apesar do parágrafo único do art. 8º do Decreto n. 13 de 15 de janeiro de 1890, muito claro e expresso?

2º Não existindo no régimen republicano o contencioso administrativo, e tratando-se de uma questão de propriedade, não era o Poder Judiciário o único competente para conhecer da ação?

3º Podia o Tribunal de Justiça, conhecendo de novo a incompetência do Poder Judiciário, matéria velha e já decidida na apelação anular a sentença em execução?

4º O Tribunal de Justiça cometeu, assim decidindo e julgando, atentado e fôrça?



Parecer

Não concebo absurdo mais extraordinário que o de considerar as assembléias legislativas dos Estados, sob o regímen federativo, herdeiras do espólio das prerrogativas das antigas assembléias provinciais, sob o Império.

Pela natureza do novo regímen, que elevou as províncias centralizadas a Estados autônomos e conferiu a êstes o direito de organizarem-se a si mesmos, as atribuições do corpo legislativo, em cada Estado, são unicamente as que a respectiva Constituição lhe definir.

A Constituição Federal dispõe no artigo 63: "Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar, respeitados os princípios constitucionais da União".

A existência das assembléias legislativas nos Estados, portanto, deriva respectivamente das Constituições, que as tiverem criado; e a essas Constituições exclusivamente pertence fixar a essas assembléias a competência legislativa, administrativa ou judicial.

As assembléias provinciais expiraram, com tôdas as leis orgânicas e regulamentares de seu poder.

As assembléias dos Estados surgem agora, com as faculdades que a transformação republicana lhes deu. É, portanto, consumada monstruosidade juri-

dica atribuir a essa instituição, nova pelas suas origens, pela sua natureza, pela esfera de sua autoridade, funções que residiam nas assembleias provinciais, não pelo seu caráter de corporações legislativas, mas por simples conveniência e arbítrio da legislação imperial.

Tendo o Ato Adicional, artigo 10, n. 3, cometido às assembleias provinciais "legislar sobre os casos e a forma, por que podia ter lugar a desapropriação por utilidade municipal, ou provincial", a Lei Provincial n. 57, de 18 de março de 1836, em São Paulo, determinou que o processo de desapropriação "seria expedido administrativamente, sem as formalidades judiciárias", havendo somente "recurso ordinário sobre o quantitativo da indenização arbitrada e recurso a assembleia legislativa provincial para a restituição da propriedade." (art. 5º)

A matéria de tais recursos, porém, cujo objeto é o direito de propriedade, é, de sua natureza, judicial; e, conseqüentemente, só por disposição especial de lei expressa podia ser inserida na esfera de uma instituição legislativa, como eram as assembleias provinciais.

Nem era essa a única atribuição de ordem judiciária que as leis imperiais agregaram à esfera dessas corporações. No mesmo caso estava ainda em virtude do Ato Adicional, art. II, § 7, a de "decretar a suspensão e demissão do magistrado, contra quem houvesse queixa de responsabilidade, sendo ele ouvido e dando-se-lhe lugar a defesa". Ninguém dirá que esta competência, porque, no antigo regímen, incumbia às assembleias provinciais, incumba hoje às assembleias dos Estados.

Antes, sendo ela naturalmente uma expressão do poder de julgar, e achando-se outrora encorporada

às das assembléias provinciais por um caso de exceção, verdadeira anomalia, devida unicamente à vontade explícita da lei, há de considerar-se, extintas as assembléias provinciais, como absorvida na autoridade geral dos tribunais de justiça.

Salvo se a Constituição do Estado, ou as suas leis, positivamente investir a sua assembléia nesse poder.

Em relação à espécie vertente, homogênea a esta, por se tratar, numa ou noutra, de faculdades judiciais, a questão que se suscita, além de resolvida pelos princípios elementares de direito, encontra solução categórica no Dec. do Governo Provisório de S. Paulo, n. 13, de 15 de janeiro de 1890, art. 8º, que, regulando a administração municipal, estabeleceu que "quando os atos ofensivos de direitos de particulares tiverem por objetivo imediato os direitos patrimoniais do município, agindo as intendências como pessoas jurídicas, ao poder judiciário caberá conhecer dos recursos interpostos".

Na hipótese é precisamente o que ocorre: um direito particular, agravado por uma declaração coletiva da intendência municipal, em assunto que lhe interessa materialmente o patrimônio.

Que outra coisa é, senão isto, a ação de um proprietário de prédios desapropriados, pelo município, demandando o expropriante pela restituição dêles?

Respondo, pois, à consulta:

Quanto ao 1º quesito:

Não; exceto se, por disposição constitucional, ou legislativa, do Estado, a sua assembléia houver sido formalmente investida nessa atribuição.

Quanto ao 2º:

A meu ver, indubitavelmente sim, pelos motivos expostos.

Quanto ao 3º:

Não sendo de restituição, nem se referindo ao modo da execução, os embargos propostos só seriam admissíveis, cabendo na classe dos de nulidade, ou dos modificativos da sentença.

De nulidade, porém, não poderiam ser, visto que não se fundam em sentença contrária à lei expressa, baseada em falsa causa, em falsa prova, em falta de primeira citação, em jurisdição incompetente, ou inspirada por peita.

E como modificativos da sentença, era mister, para serem recebidos, que a sua matéria não tivesse sido oposta e desprezada na ação (*Ord. L.*, 3º, tit. 87, §§ 1º, 4º, 7º e 10.)

Mas, pelo contrário, os de que se trata já tinham sido articulados e rejeitados no feito.

São portanto, inadmissíveis.

Ao 4º:

Afirmativamente, pelas razões expendidas.

Rio de Janeiro, 5 de maio de 1893.

RUI BARBOSA.

BIBLIOGRAFIA

I — OS ATOS INCONSTITUCIONAIS

- ACTON, Lord. — In *The English Historical Review*. April, 1889.
- ADAMS, Henry. — *The First Administration of Thomas Jefferson*. New York, 1889.
- ALBERDI, Juan Bautista. — *Organización de la Confederación Argentina*. Nueva edición. Bezançon, 1858.
- ALCORTA, Amancio. — *Las Garantías Constitucionales*. Buenos Aires, 1881.
- AMOS, Sheldon. — *The Science of Politics*, London, 1883.
- AMOS, Sheldon. — *Fifty Years of the English Constitution — 1830-1880*. London, 1880.
- Anais da Câmara dos Deputados*. — 1892. Rio de Janeiro, 1892-1893, Imprensa Nacional.
- Annuaire de Législation Étrangère*. 1885.
- AROSEMENA, Justo. — *Estudios Constitucionales sobre los Gobiernos de la América Latina*. Nueva edición. Paris, 1888.
- AUSTIN, John — *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. Fifth edition. London, 1885.
- BANCROFT, George. — *History of the Formation of the Constitution of the United States of America*. 2nd. edition. London, 1882.
- BERTOLINI, Pietro. — *Delle Garanzie della Legalità in Ordine alla Funzione Amministrativa*. Roma, 1890.
- BERTOLINI, Pietro. — *Lo Stato per Gli Individui*. Roma, 1889.
- BLOCK, Maurice. — *Dictionnaire Général de la Politique*. 2me. édition. Paris, 1884.
- BOURINOT, John George. — *Canadian Studies in Comparative Politics*. Montréal, 1890.
- BOUTMY, Emile. — *Études de Droit Constitutionnel*. France — Angleterre — États-Unis. Paris, 1885.

- BROUGHAM, Henry. — *The British Constitution* [Works — Vol. XI]. Edimburg, 1873.
- BROUGHAM, Lord. — *De la Démocratie et des Gouvernements Mixtes*. Trad. de l'Anglais par LOUIS RÉGIS. Paris, 1872.
- BRUNIALTI, Attilio. — *Guida allo Studio del Diritto Costituzionale*. Parte Generale. Torino, 1882.
- BRUNIALTI, Attilio. — *Sul Sistema Parlamentare in Inghilterra*. Torino, 1886.
- BRUNIALTI, Attilio. — *Unioni e Combinazioni fra gli Stati Compositi e lo Stato Federale*. Torino, 1891.
- BRYCE, James. — *The American Commonwealth* 2nd. edition. London, 1891.
- BRYCE, James. — *The Prediction of Hamilton and De Tocqueville*. Baltimore, 1887.
- BURGESS, John W. — *Political Science and Comparative Constitutional Law*. Boston and London, 1891.
- BURKE, Edmund. — *Reflections on the Revolution in France*. 1790.
- BUTLER, Allen. — *The Origin of the Supreme Court and its Place in the Constitution*.
- CALAMANDREI, Rodolfo. — *Monarchia e Repubblica Rappresentativa*. Torino, 1885.
- CARLIER, Auguste. — *La République Américaine. États-Unis*. Paris 1890.
- CARNEGIE, Andrew. — *Triumphant Democracy or Fifth Years march of the Republic*. New York, 1888.
- CARRARA, Francesco. — *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella Reale Università di Pisa*. Parte Generale. Lucca, 1877.
- CARSON, Hampton L. — *The Supreme Court of the United States. Its History, and its Centennial Celebration*. Philadelphia, 1892.
- CAVAGNARI, V. Wautrain. — *Le Leggi dell'Organizzazione Sociale*. Elementi di Filosofia del Diritto. Genova, 1890.
- CHAMBRUN, Adolphe de. — *Droit et Libertés aux États Unis*. — Leurs Origines et leurs Progrès. Paris, 1891.
- CHAMBRUN, Adolphe de. — *Le Pouvoir Exécutif aux États-Unis*. Étude de Droit Constitutionnel. Paris, 1876.
- Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. — Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Rio de Janeiro, 1891. Imprensa Nacional.

- CONSTANT, Benjamin. — *Principes de Politique applicables à tous les Gouvernements Représentatifs et Particulièrement à la Constitution de la France*. Paris, 1815.
- COOLEY, Thomas Mc Intyre. — *Constitutional History of the United States as seen in the Development of American Law*. A Course of Lectures, New York and London, 1889.
- COOLEY, Thomas Mc Intyre. — *The General Principles of Constitution Law in the United States of America*. Boston, 1880.
- COOLEY, Thomas Mc-Intyre. — *A Treatise on the Constitution Limitations which rest upon the Legislative Power of the States of America Union*. Boston, 1883.
- CRANE, William. — *Politics, an Introduction to the Study of Comparative Constitutional Law*. New York, 1884.
- CUJACIUS, Jacobus. — *Opera ad Parisiensem Fabrotianam Editionem Diligentissime exactam*. Prati, 1836-1844.
- CUNNINGHAM, C. D. & F. O. Adams — *The Swiss Confederation*. London, 1889.
- CURTIS, George Tickner. — *Constitutional History of the United States from their Declaration of Independence to the Close of their Civil War*. New York, 1889.
- CURTIS, G. Tickner. — *Commentaries on the Jurisdiction of the United States*. Philadelphia, 1854.
- DAVIS, Horace. — *American Constitution*. Baltimore, 1885.
- DE LOLME, J. L. — *Constitution of England or an Account of the English Government*. Bohn, 1853.
- DICEY, A. V. — *The Nation*. Out., 8, 1885. Apud MOSES, *The Federal Government in Switzerland*. Oakland, 1889.
- DICEY, A. V. — *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*. London, 1885.
- DICEY, A. V. — *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8th. edition. London, 1888.
- DONNAT, Léon — *Critique de la Constitution Brésilienne*. Paris, 1890.
- DOUTRE, Joseph. — *Constitution of Canada*. The British North America Act, 1867; its Interpretation. Montréal, 1880.
- DUBS, J. — *Le Droit Public de la Confédération Suisse*. Genève, 1878-1879.
- DUPRIEZ, L. — *Les Ministres dans les Principaux Pays d'Europe et d'Amérique*. Paris, 1892.
- Enciclopédia Giuridica Italiana* — Milano, 1884-1900, 46 vols.

- FISCHEL. — *Constitution d'Angleterre*. Trad. V. Vogel, Paris, 1864.
- FISKE, John. — *American Politican Ideas viewed from the Standpoint of Universal History*. New York, s/d.
- FITZGERALD, Percy P. — *The Life and Times of John Wilkes*. London, 1888.
- FRANQUEVILLE, Comte de. — *Le Gouvernement et le Parlement Britanniques*. Paris, 1887.
- GAGLIARDI, Elia. — *Amnistia*. IN *Enciclopedia Giuridica Italiana*. Vol. I, parte II.
- GARRAUD, E. — *Traité Théorique et Pratique de Droit Pénal Français*. Paris, 1888-1894.
- GIACHETTI, Carlo. — *Dei Reati e delle Pena in Generale secondo il Codice Penale Italiano del 30 Giugno 1889*. Firenze, 1889-1890.
- GIRON, A. — *Le Droit Publique de la Belgique*. Bruxelles, 1884.
- GLADSTONE, W. E. — *Gleanings of past years*. London, 1879 — 7 vols.
- GLASSON, Ernest. — *Histoire du Droit et des Institutions Politiques, Civiles et Judiciaires de l'Angleterre comparés aux Droit et aux Institutions de la France*. Paris, 1882-1886.
- La Grande Encyclopédie*. Inventaire raisonné des Sciences, des Lettres des Arts par une Société de Savants et de Gens de Lettres. Paris, s/d.
- HALLAM, Henry. — *The Constitutional History of England from the Accession of Henry VII to the death of George II*. New edition. London, 1876.
- HAMILTON, Alexander, JAY, John, and MADISON, James. — *The Federalist*. A Commentary on the Constitution at the United States. Edited by HENRY CABOT LODGE. London, 1888.
- HARE, J. J. Clark. — *American Constitutional Law*. Boston, 1889.
- HAUS, E. — *Principes Généraux du Droit Pénal Belge*. Bruxelles, 1869.
- HEARN, William Edward. — *The Government of England*. London, 1867.
- HITCHCOCK, Henri. — *Constitutional Development*. Vide: COOLEY, *Constitutional History of the United States*, ed. cit.
- HITCHCOCK, Henri. — *The Supreme Court and the Constitution*. V. COOLEY, in op. cit. sup.

- HOLST, H. von. — *The Constitutional and Political History of the United States*. Translated by JOHN J. LALOR and ALFRED B. MASON. Chicago, 1877-1892.
- HOLST, H. von — *Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika*. Freiburg, 1885.
- HOSTOS, Eugenio Maria. — *Lecciones de Derecho Constitucional*. S. Domenico, 1887.
- JAMESON, Alexandre. — *A Treatise on Constitutional Conventions*. Chicago, 1887.
- JAY, John. — Vide: HAMILTON, Alexander.
- JEFFERSON, Thomas. — *Notes on the State of Virginia*. Apud MADISON, *op. cit.*
- JHERING, Rudolf von. — *Esprit du Droit Romain* [Der Geist des römischen Rechts]. Trad. par O. DE MEULENAERE. Paris, 1880.
- JOHNSTON, Alexander. — Judiciary. IN *Cyclopaedia of Political Science*, vol. II.
- KENT, James. — *Commentaries on American Law*. Boston, 1867.
- KENT, Charles A. — *The Supreme Court Since 1864*.
- LABOULAYE, Edouard de — *Questions Constitutionnelles*. Paris, 1872.
- LABOULAYE, Edouard de — *Le Gouvernement dans la Démocratie*. Paris, 1891.
- LIEBER, Francis. — *On Civil Liberty and Self Government*. Philadelphia, 1883.
- LITTRÉ, E. — *Dictionnaire de la Langue Française*. Paris, 1883-1885.
- LOWELL, Lawrence. — *Essays on Government*. New York, 1889.
- MADISON, James. — Vide: HAMILTON, Alexander, *op. cit.*
- MARSHALL, John. — *The Writings upon the Federal Constitution*. Boston, 1839.
- MAY, Thomas Erskine. — *A Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*. London, 1883.
- MC MURTRIE. — *A New Canon of Judicial Interpretation*. IN *American Law Register and Review*. Jan. 1893.
- MOSES, Bernard. — *The Federal Government in Switzerland*. An Essay on the Constitution, Oakland, 1889.

- MOSES, Bernard. — *Vede: CRANE, William, op. cit.*
- MULFORD, Elischa. — *The ation. The Foundation of Civil Order and Political Life in the United States.* Boston, 1889.
- MUNHO. — *The Constitution of Canada.* Cambridge, 1889.
- NOAILLES, Duc de. — *Cent Ans de République aux Etats Unis.* Paris, 1886-1889.
- ORLANDO, V. E. — *Studio Giuridici sul Governo Parlamentare.* Bologna, 1886.
- PALMA, Luigi. — *Corso di Diritto Costituzionale.* Terza edizione. Firenze, 1883-1885.
- PASCHAL, G. W. — *Anotaciones a la Constitución de Estados Unidos y Concordancias con la Constitución Argentina.* Trad. del Inglés y Comentadas por N. A. CALVO. Buenos Aires, 1888-1890.
- PIERANTONI, Augusto. — *Trattato di Diritto Costituzionale.* Volume primo. Napoli, 1873.
- POMEROY, John Norton. — *An Introduction to the Constitutional Law of the United States, especially designed for Students.* Boston, 1888.
- RAE. — *Wilkes, Sheridan, Fox, the Opposition under George III.* New York, 1882.
- RIVIER, A'phonse de. — *IN Juridical Review, Jan. 1893.*
- RUIZ, Arangio. — *Assedio Politico.* *IN Enciclopedia Giuridica Italiana.* Vol. I, Parte IV.
- RUIZ, G. Arangio. — *Delle Guarentigie Costituzionali.* Napoli, 1886.
- SAINT-GIRONS, A. — *Manuel de Droit Constitutionel.* Paris, 1885.
- SAINT-GIRONS, A. — *Essai sur la Séparation des Pouvoirs dans l'Ordre Politique, Administratif et Judiciaire [Droit Public Français].* Paris, 1881.
- SAREDO, Giuseppe. — *Trattato delle Leggi, del loro Conflitti di Luogo e di Tempo e delle loro Applicazione.* Firenze, 1886.
- SCHERER, Edmond. — *La Démocratie en la France.* Paris, 1883.
- SEAMAN, Ezra. — *Le Système du Gouvernement Américain [The American System of Government].* Trad. de TH. HIPPERT. Paris, 1872.
- SIDGWICK, Henry. — *The Elements of Politics.* London, 1891.
- SPENCER, Herbert. — *The Man versus the States.* London, 1885.

- STORY, Joseph. — *Commentaries on the Constitution of the United States*. 5th. edition. Boston, 1891.
- STUART MILL, John. — *Dissertations and Discussions*. London, 1875.
- STUART MILL, John. — *Considerations on Representative Government*. London, 1861.
- STUART MILL, John. — *The Subjection of Women [On Liberty]*. New York, 1885.
- SUMNER MAINE, Henry. — *Popular Gouvernement. Four Essays*. Second edition. London, 1886.
- TAYLOR, Hannis. — *The Origin and Growth of the English Constitution. An Historical Treatise*. Boston and New York, 1889.
- THONISSEN, J. J. — *La Constitution Belge Annotée*. Troisième édition. Bruxelles, 1879.
- TIEDMAN, Christopher G. — *The Unwritten Constitution of the United States*. New York and London, 1890.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. — *Démocratie en Amérique*. 14me. édition. Paris, 1864.
- TODD, Alpheus. — *Parliamentary Government in the British Colonies*. London, 1880.
- UGO, Gio Battista. — *Sulle Leggi Incostituzionale*. Macerata, 1887.
- UGO, Gio Battista. — *La Responsabilità dei Pubblici Ufficiali*. Torino, 1885.
- VERHAEGEN, Eugène. — *Des Lois Inconstitutionnelles*. Bruxelles, 1850.
- WAKEMAN and A. HASOALD — *Essays Introductory to the Study of English Constitutional History by Resident Members of the University of Oxford*. London, 1887.
- WALKER, Timothy. — *Introduction to American Law designed as a First Book for Students*. Ninth edition revised by CLEMENT BATES. Boston, 1887.
- WASHINGTON, George. — *The Writings*. By JARED SPARKS. Boston, 1836.
- WHEATON, Henry. — *Elements of International Law*. Third english edition. London, 1889.
- WILLOUGHBY, Westel Woodbury. — *The Supreme Court of the United States. Its History and Influence in our Constitutional System*. Baltimore, 1890.

- WILSON, W. — *Bryce's American Commonwealth*. IN *Political Science Quarterly*. Vol. IV, 1889.
- WILSON, Woodrow. — *Congressional Government*. A Study in American Politics. Boston, 1885.
- WOOLSEY, Theodore D. — *Political Science, or the State Theoretically and Practically considered*. New York, 1886.
- ZANICHELLI, Domenico. — *Del Governo di Gabinetto*. Bologna, 1889.

II — HABEAS-CORPUS

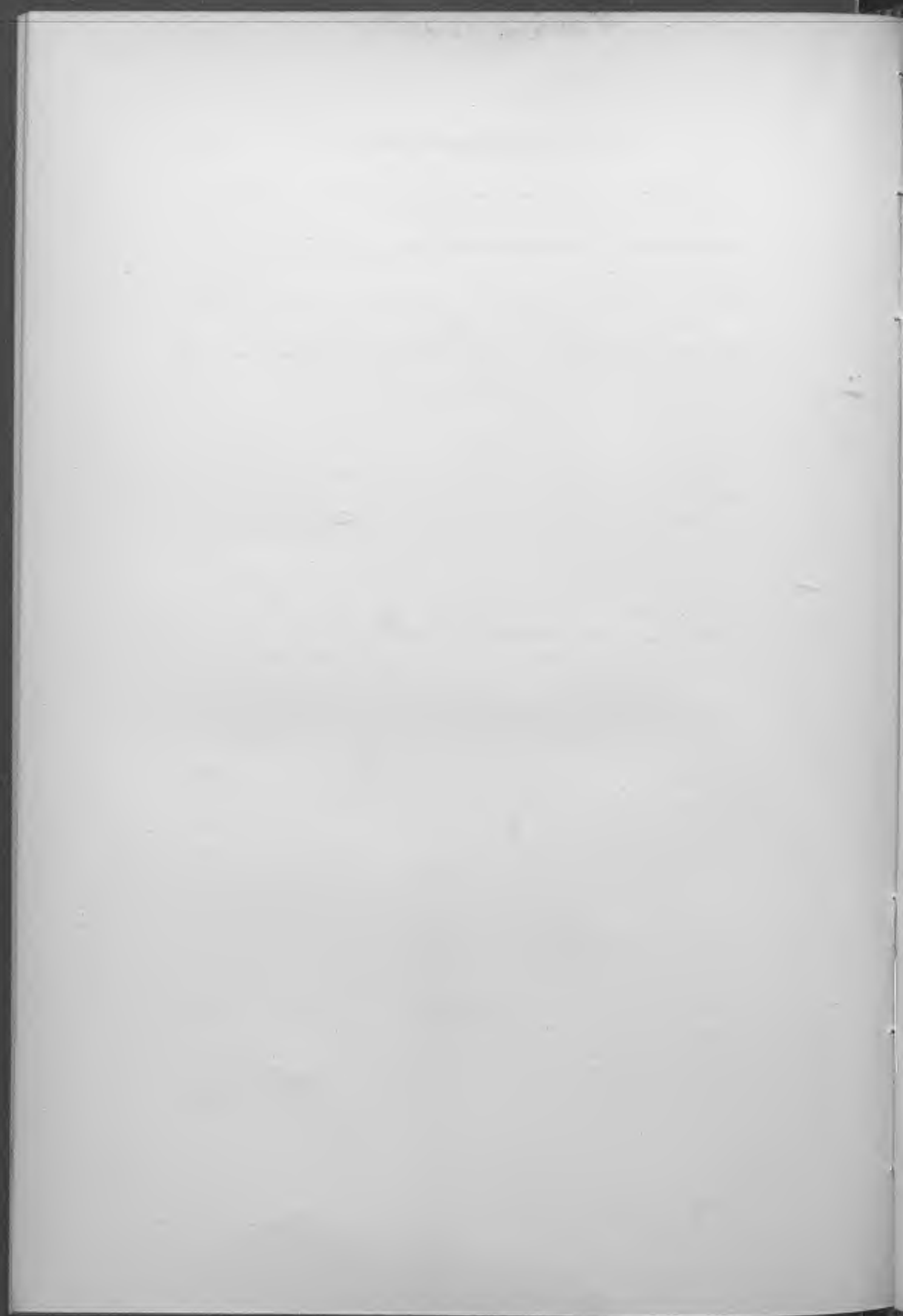
- AMARAL, Antônio José do — *Indicador da legislação militar em vigor no exército do Império do Brasil, organizado e dedicado a Sua Majestade Imperial*, Rio, 1863, 3 vols. [2ª ed., 4 vols. 1880] — *Complemento do indicador da legislação militar em vigor no exército do Império do Brasil*, etc. — Rio, 1878.
- CHAUFFOUR, Victor. — *Chambres Législatifs*. Paris, 1887.
- Código de Processo Criminal*. — Lei de 29 de novembro de 1832.
- Consultas do Conselho de Estado sobre Negócios Relativos ao Ministério da Guerra*. Coligidos e anotados por MANUEL JOAQUIM DO NASCIMENTO. 1842-1866. Rio de Janeiro, 1884.
- Corpus Juris Civilis*. Editio Stereotypa Septima. Recognovit PAULUS KRUEGER [et] THEODOR MOMMSEN. Berolimo, 1895.
- CUSHING, Luther Stearns. — *Elements of the Law and Practice of Legislative Assemblies in the United States of America*. Ninth edition. Boston, 1874.
- DALLOZ, D. — *Répertoire Méthodique et Alphabétique de Législation, de Jurisprudence*. Vol. XXXIV. Vº *Organisation Militaire*.
- Gazeta Jurídica*. Vol. XV.
- HÉLIE, Faustin. — *Traité d'Instruction Criminelle*. Deuxième édition revue. Paris, 1866-1867.
- JEFFERSON. — *Manual of Parliamentary Practice*. [SENATE MANUAL embracing the Standing Rules and orders of the Senate... Jefferson's Manual, etc. Washington, Government Printing Office, 1890].
- MANCINI e GALEOTTI. — *Normi ed Usi del Parlamento Italiano*. Roma, 1887.

MAY, Erskine. — *A Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usages of Parliament*, London, 1883.

PIERRE, Eugène. — *Traité de Droit Politique Electoral et Parlementaire*. Paris, 1893.

TITARA, Ladislau dos Santos. — *Segundo Complemento do Auditor Brasileiro*. Rio de Janeiro, 1859.

TRAPIER, Louis. — *Codes de Justice Militaire pour l'Armée de Terre*. [Les Codes Français Collationnés sur les Textes Officiels.] Paris,



ÍNDICE ONOMÁSTICO

- ABAETÉ, Antônio Paulino Limpo de Abreu, visconde de — ps. 225, 250.
ABERDEEN, George Gordon, lorde — p. 246.
ABREU, Antônio Paulino Limpo de, V.: — ABAETÉ, visconde de
ABREU, Joaquim Francisco de — p. 341.
ACTON, John Americh Edward, lorde — ps. 78, 409.
ADAMS, Francis Ottiwell — ps. 85 e 411.
ADAMS, Henry — ps. 189, 409.
ADAMS, John — p. 189.
AGUESSEAU, Henri François d' — p. 218.
ALAGOAS, Severiano Martins da Fonseca, barão de — p. 341.
ALBERDI, Juan Bautista — ps. 175, 409.
ALBUQUERQUE, Domingos Jesuino de — ps. XXIV, 141.
ALBUQUERQUE, José Joaquim de Campos da Costa de Medeiros e —
ps. X, XI.
ALCORTA, Amâncio — ps. 164, 173, 175, 179, 180, 409.
ALMEIDA, Francisco Antônio de — p. XXVI.
ALMEIDA, Joaquim de Toledo Pisa e — ps. 228, 291, 292, 297, 301, 365.
ALVAREZ, Marcellino — p. 240.
ALVES, José Pio — p. 241.
ALVES JUNIOR, Tomás — p. 250.
ALVIM, José Cesário de Faria — p. XI.
AMAMBAÍ, Antônio Maria Coelho, barão de — ps. XXVI, 140.
AMARAL, Antônio José do — ps. 250, 274, 348, 416.
AMARAL, Ubaldino do — V. FONTOURA, Ubaldino do Amaral.
AMOS, Sheldon — ps. 43, 210, 409.
ANDRADE, Felisberto Piá de — ps. XXVI, 141.
ANDRÉIA, José da Vitória Soares de — p. 241.
ANTELO, André — p. 240.
ARAGÃO, Egas Moniz Barreto de, barão de Moniz de — p. XXVI.
ARANHA, José Pereira da Graça — p. 232.
ARAÚJO, Joaquim Aurélio Barreto Nabuco de — p. 250.
ARAÚJO, José Tomás Nabuco de — ps. 249, 255, 266, 343, 347.
ARGENTRÉ, Bertrand — p. 80.

- ARISTOTELES — p. 103.
AROSEMENA, Justo — ps. 86, 88, 409.
AUSTIN, John — ps. 43, 409.
AZEVEDO, Gregório Taumaturgo de — ps. XXVI, 7, 141, 229, 232, 233, 419.
BALAIS, José — p. 241.
BANCROFT, George — ps. 64, 106, 409.
BANDEIRA, Sebastião — ps. XXVI, 141.
BANDEIRA JÚNIOR, Antônio Joaquim — p. XXVI.
BARAÚNA, Joaquim Ferreira — p. 241.
BARBOSA, Climaco — v. OLIVEIRA, Climaco Ananias Barbosa de
BARBOSA, Elisário José — p. 341.
BARBOSA, Rui — ps. IX, X, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXV, XXVI, XXVIII, XXIX, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXIV, XXXV, XXXVI, XXXVII, XXXVIII, XXXIX, XL, 16, 18, 28, 218, 239, 262, 263, 269, 277, 295, 298, 309, 313, 317, 327, 329, 353, 377, 381, 386, 408.
BARNES, Victor Henry — p. 240.
BARRADAS, Joaquim da Costa — ps. 291, 358.
BARRETO, Antônio Adolfo da Fontoura Mena — ps. XXV, XXVI, 141
BARRETO, Antônio Mendes — ps. 389, 395.
BARRETO, Dionísio Manhães — ps. XXVI, 140.
BARRETO, José de Almeida — ps. X, XII, XXII, XXIV, XXVI, 19, 140, 219, 225, 227, 419.
BARROS, Antônio Rodrigues de — ps. 389, 395.
BARROS, Prudente José de Moraes — ps. X, XI, XII, XXXVII.
BATISTA, João Nepomuceno — p. 140.
BENNETT, p. 115.
BERNARDO, Manuel Antônio — p. 241.
BERRYER, Antoine Pierre — ps. 274, 284, 285.
BERTOLINI, Pietro — ps. 131, 157, 409.
BICELOW — p. 212.
BILAC, Olavo Brás Martins dos Guimarães, ps. XXV, XXVI.
BISPO, João Fausto — p. 241.
BLACKSTONE, William — ps. 41, 255.
BLAIR, Francis Preston — p. 64.
BLANC, Louis — p. 65.
BLACK, Maurice — ps. 171, 409.
BLOEM, João — p. 346.
BONALD, Louis Gabriel Ambroise, visconde de — p. 65.
BONAPARTE, Napoleão — p. 283.
BONHOURE, Adrien — p. 186.
BONNSFIELD, Ralph W. — p. 240.

- BORBA, José Leocádio Maria — p. 240.
BORDEN — p. 55.
BOURINOT, John George — ps. 87, 409.
BOUTMY, Emile — ps. 46, 409.
BRAGA, João de Sousa — p. 241.
BREARLEY, p. 62.
BROUGHAM, Henry Peter, lorde — ps. 45, 153, 410.
BRUNIALTI, Attilio — ps. 53, 54, 91, 165, 410.
BRYCE, James, lorde — ps. 41, 67, 69, 73, 74, 75, 76, 78, 88, 95, 103, 113, 117, 122, 211, 215, 410.
BUENO, José Antônio Pimenta — V.: SÃO VICENTE, Marquês de
BUGEAUD DE LA PICCONNERIE, Thomas Robert, duque d'Isly — p. 284.
BURGESS, John W. — ps. 93, 116, 130, 197, 410.
BURKE, Edmund — ps. 52, 217, 410.
BUTLER, Allen — ps. 90, 103, 195, 410.
CABEDA, Rafael — p. 268.
CALAMANDREI, Rodolfo — ps. 41, 52, 410.
CALDAS, Militação Coelho — p. 241.
CALVO, Nicolas Antônio — p. 75.
CAMARGO, Miguel Nunes de — ps. 241.
CARLIER, Auguste — ps. 109, 127, 212, 410.
CARNEGIE, Andrew — ps. 215, 410.
CARNEIRO, Inácio Alves Correia — ps XXVI.
CARRARA, Francesco — ps. 185, 410.
CARSON, Hampton L. — ps. 54, 73, 82, 90, 103, 107, 116, 126, 195, 209, 410.
CARVALHO, Antônio Raimundo Miranda — p. XXVI.
CARVALHO, Carlos Antônio França — p. 160.
CARVALHO, Luís José Pereira de — V.: SÃO SEPÉ, barão de
CARVALHO, José Carlos de — p. XXVI.
CASTILHOS, Júlio de — p. XXXIX.
CASTRO, Olegário Herculano Aquino e — ps. 227, 291, 297, 301, 365.
CAVAGNARI, V. Wautrain — ps. 175, 410.
CAVOUR, Camilo — conde — p. 83.
CHAIX d'EST-ANGE, Gustavo Louis Adolphe Victor Charles — p. 284, 285.
CHAMBRUN, Adolphe de — ps. 112, 131, 410.
CHATHAM, William, conde de — p. 65.
CHAUFFOUR, Victor — ps. 318, 416.
COELHO, Antônio Maria — V.: AMAMBAÍ, barão de
COELHO, Henrique Vaz Pinto — ps. XXXV, 224, 232.
COELHO, José Teles — p. 241.
COHEN — p. 89.
COKE, Edward, Sir — ps. 41, 42.

- CONSTANT, Benjamim — V. : MAGALHÃES, Benjamim Constant Botelho de
CONSTANT, Benjamin — ps. 216, 411.
COOLEY, Thomas Mc Intyre — ps. 77, 82, 89, 91, 105, 114, 115, 128, 194,
195, 197, 212, 393, 395, 411.
CORREIA, Antão — p. 337.
CORREIA, Inocência Serzedelo — p. XIII.
COSTA, Cândido — p. 140.
CRANE, William — p. 209, 411.
CRISPANI, Soria di — p. 71.
CUJACIUS, Jacobus — ps. 184, 411.
CUNHA, Pereira da — p. 241.
CUNNINGHAM, C. D. — ps. 85, 411.
CURTIS, George Ticknor, — 88, 93, 108, 114, 411.
CUSHING, Luther Stearns — p. 320.
CUTTING, p. 64.
CUYPER, De — p. 132.
DALLOZ, Victor Alexis Desiré — ps. 310, 322, 416.
DANA, Richard Henry — ps. 70, 112.
DANTAS, Manuel Pinto de Sousa — p. 254.
DAVIS, Horace — ps. 77, 92, 116, 210, 214, 411.
DELOLME, Gean Louis — ps. 41, 53, 411.
DICEY, Albert Venn — 57, 64, 72, 73, 75, 82, 83, 85, 104, 111, 411.
DILLON, John F. — p. 393.
DONNAT, Léon — ps. 81, 112, 215, 411.
DOUTRE, Joseph — ps. 87, 88.
DUBS, Jacques — ps. 85, 86, 411.
DUPIN, Charles André — ps. 274, 284.
DUPRIEZ, Louis — ps. 50, 411.
EMERSON, Ralph Waldo — p. XX.
ESPÍRITO-SANTO, Adolfo — p. 268.
ESPÍRITO-SANTO, Herminio do — ps. 228, 233.
ESPÍNDOLA, João — p. 241.
ESTEVES, João Bugares — p. 241.
EUGÊNIO, Tcmé — p. 240.
FARIA, p. 361.
FERNANDO II (de Nápoles) — ps. 246, 278.
FERREIRA JÚNIOR, José Joaquim — p. XXVI.
FIGUEIREDO JÚNIOR, Joaquim Antunes de — p. 233.
FIGUEIREDO, Gentil Elói de — p. 141.
FILGUEIRAS, Leovigildo — p. 166.
FISCHEL, — ps. 131, 412.
FISKE, John — ps. 217, 412.
FITZGERALD, Percy P. — ps. 97, 412.

- FLOYD — p. 256.
FOLENGO, Teófilo — p. 246.
FONSECA, Manuel Deodoro da — ps. X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XXV, XXXIX, 22.
FONSECA, Dermeval da — p. XXVI.
FONSECA, João Severiano da — p. 140.
FONSECA, Severiano Martins da, V.: ALAGOAS, barão de
FONTOURA, Ubaldino do Amaral — ps. 228, 233.
FOSTER — V. VIDAL, Fortunato Foster
FOX, Charles James — p. 97.
FOZO, Hermenegildo — p. 240.
FRANCO, Luís Antônio Pereira, barão de Pereira — ps. 227, 233, 301, 368.
FRANQUEVILLE, Amable Charles Franquet de, conde de — ps. 41, 43, 259, 412.
FREIRE, Felisbelo Firmo de Oliveira — ps. 160, 178.
FREITAS, José Augusto de — p. 160.
GAGLIARDI, Elia — ps. 185, 186, 412.
GALEOTTI, Ugo — ps. 318, 319, 416.
GAMA, Luís Filipe de Saldanha da — p. XII.
GAMA, Sabino Inácio Nogueira da — p. XXVI.
GARCIA, Rafael — p. 173.
GARRAUD, E. — ps. 184, 185, 186, 412.
GEORGE III — ps. 96, 97.
GIACHETTI, Carlo — ps. 185, 412.
GIRON, A. — ps. 95, 412.
GLADSTONE, W. E. — ps. 151, 246, 278, 412.
GLASSON, Ernest — ps. 42, 412.
GLICÉRIO, Francisco — ps. 160, 178.
GOMES, Nicolau Tolentino — p. 241.
GONZALEZ, Florentino — ps. 221, 231.
GONÇALVES, Francisco — p. 240.
GUANABARA, Alcindo — ps. 160, 178.
GUEDES, — Antônio Pinheiro — p. 141.
GUEDES, Duarte Huet Bacelar Pinto — ps. XXVI, 140, 309, 317, 377, 353, 368, 370, 372.
GUIMARÃES, José Marques — p. 140.
GUIZOT, Francês Pierre Guillaume — ps. 40, 78.
HALLAM, Henry — ps. 41, 412.
HAMILTON, Alexarder — ps. XXXII, 49, 52, 68, 78, 89, 90, 97.
HAPADIN, 232.
HARE, J. J. Clark — ps. 51, 54, 55, 61, 88, 91, 95, 104, 115, 128, 412.
HASOALD, A. — p. 415.
HASSLOCHER, Ernesto — p. 241.

- HAUS, E. — ps. 184, 412.
HEARN, William Edward — ps. 42, 412.
HELLO — p. 46.
HÉLIE, Faustin — ps. 310, 322, 416.
HENRIQUE, João Antônio de Araújo Freitas — ps. 291, 297, 301, 309, 353.
HENRY, Patrick — p. 152.
HOBART, lorde — p. 42.
HOLT, lorde — p. 42.
HOLST, H. von — ps. 151, 204, 212, 413.
HORTÊNCIA, rainha — p. 283.
HOSTOS, Eugenio Maria — ps. 91, 413.
HITCHCOCK, Henry — ps. 60, 64, 65, 73, 77, 82, 90, 93, 104, 107, 116, 123, 126, 206, 413.
HUGO, Batista Gio. — ps. 42, 44.
HUMBERTO, rei de Itália — p. 95.
INGERSOLL, C. J. — p. 46.
INVINHEIMA, Francisco Pereira Pinto, barão de — p. 341.
JACOBINA, Antônio de Araújo Ferreira — p. XXXVI.
JANSEN JÚNIOR, Carlos — ps. XXVI, 141.
JAMESON, Alexander — ps. 153, 208, 413.
JAY, John — ps. 217, 413.
JEFFERSON, Thomas — ps. 64, 151, 154, 189, 320, 413, 416.
JUNIUS, p. 97.
JHERING, Rudolf von — ps. 150, 413.
JORGE III (de Inglaterra) — ps. 96, 97.
JOHNSTON, Alexander — ps. 204, 413.
KENT, Charles A. — ps. 58, 60, 107, 216, 413.
KENT, James — ps. 42, 47, 77, 82, 89, 93, 106, 413.
KERGOLAY, p. 282.
KRUEGER, Paulus — p. 416.
LABOULAYE, Edouard — ps. 47, 49, 78, 162, 413.
LACERDA, Romão Côrtes de — ps. XLI.
LACOMBE, Américo Jacobina — p. XXXVI.
LAFAYETTE, conselheiro, V.: PEREIRA, Lafayette Rodrigues.
LAJE, Ricardo — p. 240.
LALOR — ps. 151, 204.
LAMARTINE, Alphonse de — ps. 273, 284.
LASTARRIA, J. V. — ps. 220, 222, 230.
LAURENTINO FILHO — p. 268.
LAVELEYE, Emile Louis Victor — p. 165.
LAVRADOR, Manuel — ps. XXV, XXVI.
LEAL, André Zanig — p. 240.
LETTE, José Gonçalves — p. 140.

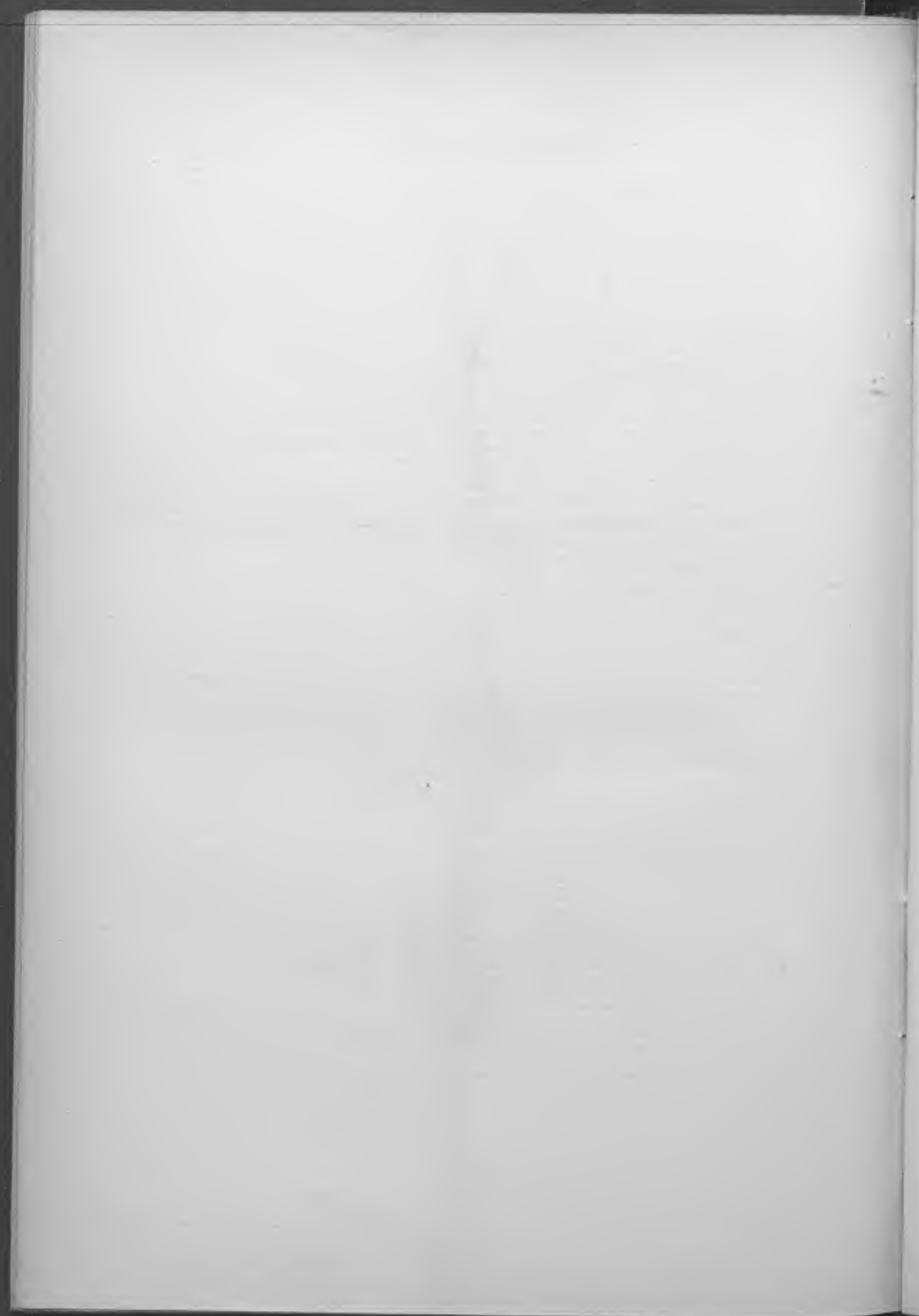
- LEMONS, Francisco Faria — ps. XXXVIII, 291, 297, 301, 358.
LEOPOLDINA, Henry Lowndes, conde de — p. XXVI.
LESSEPS, Ferdinand — p. 282.
LIEBER, Francis — ps. 83, 90, 106, 413.
LIMA, Alexandre José Barbosa — p. 397.
LIMA, José de Cerqueira Aguiar — p. 140.
LINCOLN, Abraham — p. 278.
LIPPE, conde de — p. 311, 323.
LISBOA, Bento da Silva — ps. 291, 297, 301, 368.
LITTRÉ, Emile — ps. 166, 413.
LLEN, Thomas Raymond — p. 240.
LOBATO, João das Chagas — ps. 160, 178.
LOBATO, Francisco de Paula de Negreiros de Saião, V.: NITERÓI, vis-
conde de
LODGE, Henry Cabot — p. 412.
LOUREIRO, Ovídio Fernandes Trigo de — ps. 291, 297, 301, 358.
LOWELL, Lawrence — ps. 42, 67, 88, 90, 93, 109, 117, 120, 151, 214, 313.
LUCENA, Henrique Pereira de, barão de — p.s XI.
LUIS XIV (de França) — p. 208.
LUÍS-FILIPPE (de França) — p. 283.
MABLY, G. Bonnot de — p. 49.
MACHADO, Francisco Gomes — p. XXVI.
MACHADO, João da Mata — ps. XXVI, XXIX.
MACHIABEL, Niccolo — p. XXI.
Mc MURGIE, Douglas C. — ps. 65, 413.
MADISON, James — ps. 46, 49, 65, 103, 124, 126, 150, 151, 189, 413.
MAGALHÃES, Benjamim Constant Botelho de — p. X.
MAINE, Henry Sumner — ps. 65, 73, 74, 83, 88, 108, 122, 123, 153, 415.
MALLET, José — p. XXVI.
MALLET, João Nepomuceno de Medeiros — p. 140.
MALLET, João Carlos de Medeiros Pardal — p. XIV, XXV.
MANCINI, Mario — ps. 318, 319, 416.
MANISTY, p. 257.
MANSFIELD, ps. 65, 103.
MARBURY, ps. 65, 124, 126, 189.
MARSHALL, John — ps. XXXII, 53, 58, 59, 60, 65, 67, 75, 76, 82,
89, 91, 92, 93, 119, 124, 126, 130, 189, 190, 216, 416.
MARTINS, Antônio de Sousa — ps. 228, 233.
MATHEW — ps. 257, 258, 259.
MATOS, Cândido Pereira de — p. 345.
MATOS, Fausto Luís — p. 241.
MATOS, Eduardo Pindaíba de — p. 233.
MAY, Thomas Erskine — ps. 41, 320, 413, 417.

- MELO, Custódio José de — ps. X, XII, XIII, XXXVII, XXXIX.
MELO, Luís Pessoa de — p. 240.
MENDONÇA, Lúcio de — ps. XXXVI, 228.
MILL, John Stuart — ps. 43, 52, 108, 206, 415.
MIRANDA REIS, barão de — V.: REIS, José Miranda da Silva
MOLÉ, Louis Mathieu, conde — p. 283.
MOMMSEN, Theodor — p. 416.
MONIZ DE ARAGÃO, Egas Moniz Barreto de Aragão, barão de —
p. XXVI.
MONTALEMBERT, Charles Forbes, conde de — p. 282.
MONTEIRO, Francisco José — p. 401.
MORAIS, Prudente de — V.: BARROS, Prudente José de Morais.
MOSES, Bernard — ps. 85, 87, 209, 413.
MULFORD, Elischa — ps. 107, 414.
MUNHO, — ps. 87, 414.
NABUCO, Joaquim — V.: ARAÚJO, Joaquim Aurélio Barreto Nabuco de
NAPOLEÃO I — ps. 274, 283.
NAPOLEÃO III — ps. 273, 283.
NASCIMENTO, José Francisco do — p. 241.
NEIVA, João Soares — ps. XXVI, 141.
NICÁCIO, Antônio Dutra — p. 160.
NITERÓI, Francisco de Paula de Negreiros Saião Lobato, visconde de
— p. 243.
NOAILLES, Jules Charles Victurnien, duque de — ps. 52, 71, 74, 102,
109, 198, 414.
NORTH, Frederick, conde de Guilford, lorde — p. 97.
O' BILL, David — ps. XXXVIII, 240, 291.
OLIVEIRA, Clímaco Ananias Barbosa de — p. XXVI.
OLIVEIRA, Pedro Martins de — p. 241.
OLLAND, Robert Eufrásio Edi — p. 240.
ORLANDO, Vittorio Emmanuele — ps. 41, 414.
OSÓRIO, Fernando Luís — p. 228.
OURIQUES, Alfredo Ernesto Jacques — p. XXVI.
PALMA, Luigi — ps. 72, 94, 177, 414.
PASCHAL, G. W. — ps. 75, 414.
PATTERSON, p. 46.
PAUL, Rocas — p. XVIII.
PAULIN, William Heron — p. 240.
PAZ, Artur Fernandes Campos da — ps. XXVI, 135, 138.
PEDRO II — ps. XIX, XX.
PEIXOTO, Adelino — p. 241.
PEIXOTO, Floriano Vieira — ps. IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI,

- XVII, XVIII, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVIII, XXIX, XXXVII, XXXIX, XL.
- PEIXOTO, Silvio — ps. XI, XXIII, XXVIII.
- PEREIRA, Alfredo Martins — p. 141.
- PEREIRA, Faustino João Cuchira Alves — p. 241.
- PEREIRA, José Higino Duarte — ps. 227, 233, 226, 291, 297, 301, 312, 358, 365, 368.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues — p. 255.
- PERSIGNY, Jean Gilbert Victor Fialin, duque de — ps. 273, 283.
- PESSOA, Eptácio da Silva — p. 160.
- PHELPS, Edward John — ps. 209, 210, 215.
- PIERANTONI, Augusto — ps. 91, 414.
- PIERRE, Eugène — ps. 318, 417.
- PIMENTEL, Espiridião Elói de Barros — ps. 268, 291, 297, 301, 368.
- PINHEIRO, Luís Dinis — p. 241.
- PINTO, Francisco Pereira — V.: IVINHEIMA, barão de
- PINTO, João José de Andrade — ps. 291, 368.
- PIRAGIBE, Antônio Carlos da Silva — ps. X, XXVI, 141.
- PLATÃO — p. 103.
- POMEROY, John Norton — ps. 115, 120, 130, 414.
- PORTELA, Francisco — p. XXVI.
- PULEY, William — p. 41.
- QUEIRÓS, José Clarindo de — ps. XXVI, 140.
- RAE, John — ps. 97, 414.
- RANDOLPH, Edmundo — p. 63.
- RÉGIS, Louis — p. 410.
- REIS, José Eliseo dos — p. XXVI.
- REIS, José Miranda da Silva Reis, barão de Miranda — p. 341.
- RESENDE, Francisco de Paula Ferreira de — ps. 291, 297, 301, 374.
- RETUMBA, João da Silva — ps. XXVI, 140.
- RIVIER, Alphonse de — ps. 150, 414.
- ROQUETE, Modestino — p. 141.
- ROUSSEAU, Jean Jacques — p. 49.
- ROUSSEL, p. 84.
- RUIZ, Arangio — ps. 177, 180, 207, 414.
- RUSH — p. 78.
- SAIÃO, Bento José Manso — ps. XXVI, 140.
- SAINT-GIRONS, A. — ps. 65, 81, 104, 414.
- SAINT-PRIX, Bernat — p. 84.
- SALES, Manuel Ferraz de Campos — ps. XII, XIII, XXII.
- SALISBURY, Robert Arthur Talbot Gascoyne Cecil, Marquês de — ps. 214.
- SALVANDY, Narcisse Achille, conde de — p. 284.
- SAMPAIO, ten. — p. 268.

- SANTIAGO, Manuel de Assunção — p. 249.
SANTOS, Firmino José dos — p. 241.
SANTOS, Francisco Quirino dos — p. 241.
SANTNS, Hermenegildo Gostalo — p. 240.
SANTOS, João Batista dos Santos — p. 241.
SANTOS, Manuel Francisco dos — p. 345.
SÃO SEPÊ, Luís José Pereira de Carvalho, barão de — p. 341.
SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno, marquês de — ps. 243, 244, 245, 252, 253.
SAREDO, Giuseppe — ps. 84, 95, 414.
SCHERER, Edmond — ps. 53, 414.
SCHMIDT, Charles — p. 240.
SEABRA, José Joaquim — ps. XXV, XXVI, XXXVII, 135, 139.
SEAMAN, Ezra — ps. 76, 414.
SEDGWICK, Adam — p. 81.
SEMMES — ps. 54, 88.
SHERIDAN, Richard Brinsley Butter — p. 97.
SIDGWICK, Henry — ps. 209, 414.
SIEYÈS, Emmanuel Joseph — p. 65.
SILVA, Américo Amaro da — p. 240.
SILVA, Antão Correia da — ps. 309, 317, 353, 368, 370, 372.
SILVA, Antônio de Moraes e — p. 361.
SILVA, Francisco da — p. 240.
SILVA, Lauro Nina Sodré e — ps. XII.
SILVA, Manuel da Fonseca Lima e, V.: SURUI, barão de
SILVEIRA, Mário Aurélio da — ps. XXXVIII, 293, 295, 297, 298, 420.
SILVINO, sargento — p. XII.
SISMONDI, Jean Charles Léonard Simonde de — p. 48.
SOARES, Julião Rangel de Macedo — p. 400.
SOARES, Antônio Joaquim de Macedo — ps. XXXVI, 227, 233, 391, 297, 301, 365.
SOBRAL, José Júlio de Albuquerque Barros, barão de — ps. XXXVIII, 277, 291.
SODRÉ, Lauro, V.: SILVA, Lauro Nina Sodré e
SOUSA, Francisco Artur de — p. 240.
SOUSA, José Libânio Lamenha Lins de — p. 140.
SOUSA, Manuel Raimundo de — p. 141.
SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e — p. 244.
SPARKS, Jared — p. 217.
SPENCER, Herbert — ps. XXI, XXX, 53, 414.
STAWS, Frederick — p. 240.
STORY, Joseph — ps. 50, 70, 71, 72, 75, 82, 83, 89, 91, 92, 103, 105, 123, 196, 211, 212, 213, 220, 415.

- SUMMINGO, Marcolino Miguez — p. 241.
SURUI, Manuel da Fonseca Lima e Silva, barão de — p. 248.
TAINÉ, Hippolyte Adolphe — ps. XX, XXI.
TAMANDARÉ, Joaquim Marques Lisboa, marquês de — p. 341.
TAYLOR, Hannis — ps. 83, 88, 415.
TAVARES, Jerônimo Vilela de Castro — p. 188.
THIERS, Louis Adolphe — p. 40.
THOMPSON — p. 256, 257.
THONISSEN, Jean Joseph — ps. 95, 100, 132, 133, 134, 157, 415.
TIEDEMAN, Christopher G. — ps. 211, 415.
TITARA, Ladislau dos Santos — ps. 250, 344, 345, 346, 347, 417.
TOCQUEVILLE, Alexis Charles Henri Maurice Clérel de — conde — ps. 81, 89, 104, 107, 111, 112, 122, 152, 154, 415.
TODD, Alpheus — ps. 87, 415.
TRACY, Antôine Louis Dlaude Destutt, conde de — p. 65.
TRINDADE, Paulino Paulino da — p. 241.
TRIPPIER, Louis — ps. 323, 417.
UGO Gio Batista — ps. 42, 55, 70, 81, 82, 84, 95, 415.
VASCONCELOS, João Luís de Andrade — p. 140.
VAUCHEY — p. 283.
VERHAEGEN, Eugène — p. 415.
VIDAL, Fortunato Foster — ps. 276, 311, 323.
VIDAL, Luis — p. 240.
VOLTAIRE, François Marie Arouet, — p. 53.
WAKEMAN, H. O. — p. 45.
WALKER, Timothy — ps. 106, 415.
WANDENKOLK, Eduardo — ps. X, XXII, XXVI, XXXVII, XXXVIII, 140, 268, 271, 272, 303, 309, 317, 319, 320, 321, 325, 336, 342, 353, 368, 369, 372, 420.
WASHINGTON, George — ps. 53, 103, 217, 415.
WEBSTER, Noah — p. 55.
WELLINGTON, Arthur Wellesley, duque de — p. 258.
WHEATON, Henry — ps. 70, 112, 415.
WILKES, John — ps. 96, 97.
WILLOUGHBY, Westel Woodbury — ps. 64, 75, 77, 83, 106, 415.
WILSON, Woodrow — ps. 104, 113, 154, 415.
WOODWARD, Arthur Smith, Sir — ps. 256, 257, 258.
WOOLSEY, Theodore D. — p. 211, 415.
ZACHARIAE, Henri Albert — p. 180.
ZANICHELLI, Domenico — p. 90, 416.



ÍNDICE

<i>Prefácio</i>	IX
 I — OS ATOS INCONSTITUCIONAIS DO CONGRESSO E DO EXECUTI- VO PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL	1
Ações civis dos reformados e demitidos pelos decretos de 7 e 12-IV 1892	5
1 — <i>Petição inicial</i> (Taumaturgo de Azevedo)	7
2 — <i>Petição inicial</i> (Almeida Barreto)	19
3 — <i>Razões finais</i>	19
Limitação constitucional dos poderes	39
Inconstitucionalidade importa nulidade	57
As nulidades e a Justiça Federal	63
I — Atos do Poder Legislativo	63
II — Atos do Poder Executivo	91
III — Condições da anulação judicial	98
IV — A exceção dos casos políticos	119
As demissões e as reformas	135
I — Demissões de empregados vitalícios ..	135
II — Reformas de militares	140
§ 1º Reformas de 7 de abril	142
§ 2º Reformas de 12 de abril	144
§ 3º Conclusões comuns aos dois casos ..	147
As excusas da inconstitucionalidade	149
I — A moção e o decreto de 7 de abril ...	149
II — O estado de sítio	163
A anistia	183
A reparação civil	189
Concluindo	201
<i>Solemnia verba</i>	205
<i>Sentença</i> — (Caso Almeida Barreto)	219
<i>Supremo Tribunal Federal</i> — Acórdão de 19-IX-1895	225
<i>Sentença</i> (Caso Taumaturgo de Azevedo)	229
<i>Supremo Tribunal Federal</i> — Acórdão de 11-III-1896	233

II — HABEAS-CORPUS EM FAVOR DOS PRESOS DO JÚPITER....	235
1 — <i>Petição</i>	239
2 — <i>Discurso</i> proferido na sessão do S.T.F. de 9-VIII-1893	263
3 — <i>Fragmentos escritos inéditos</i>	281
<i>Supremo Tribunal Federal</i> — Acórdão de 9-VIII-1893	291
III — HABEAS-CORPUS EM FAVOR DE MARIO AURÉLIO DA SILVEIRA	293
<i>Petição</i>	295
<i>Supremo Tribunal Federal</i> — Acórdão de 12-VIII-1893	297
<i>Supremo Tribunal Federal</i> — Acórdão de 16-VIII-1893	298
IV — HABEAS-CORPUS EM FAVOR DO ALMIRANTE EDUARDO WANDENKOLK E OUTROS	303
1 — <i>Petição</i> — Habeas-corporis nº 412	309
2 — <i>Petição</i> — Habeas-corporis nº 415	329
3 — <i>Discurso na sessão do S. T. F.</i> de 2-IX-1893 ..	329
<i>Supremo Tribunal Federal</i> — Acórdão de 2-IX-1893 ..	353
V — CONSTITUIÇÃO DE PERNAMBUCO	375
<i>Consulta</i>	377
<i>Parecer</i> — 4-III-1893	379
VI — FUSÃO DO BANCO DO BRASIL COM O BANCO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL — Faculdades hipotecárias	383
<i>Parecer</i>	385
VII — CARNES VERDES — Livre comércio por via marítima	387
<i>Consulta</i>	389
<i>Parecer</i>	391
VIII — QUESTÃO DO PACAEMBU	397
<i>Consulta</i>	401
<i>Parecer</i>	405
Bibliografia	409
I — Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo perante a Justiça Federal	409
II — <i>Habeas-corporis</i>	416
Índice onomástico	419

AOS 26 DIAS DO MÊS DE DEZEMBRO DO ANO
DE 1958, ACABOU-SE DE IMPRIMIR NAS OFICINAS
GRÁFICAS DO DEPARTAMENTO DE IMPRENSA
NACIONAL, NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO,
PARA A CASA DE RUI BARBOSA,
ESTE TOMO, O V

DO VOLUME XX

DAS

OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA

MANDADAS PUBLICAR PELO GOVÊRNO DA
REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY
ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATIONS
455 FIFTH AVENUE
NEW YORK

LIBRARY OF THE
NEW YORK PUBLIC LIBRARY
ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATIONS
455 FIFTH AVENUE
NEW YORK

