

RUY BARBOSA

AMNISTIA INVERSA

CASO

DE

TERATOLOGIA JURIDICA

Segunda Edição

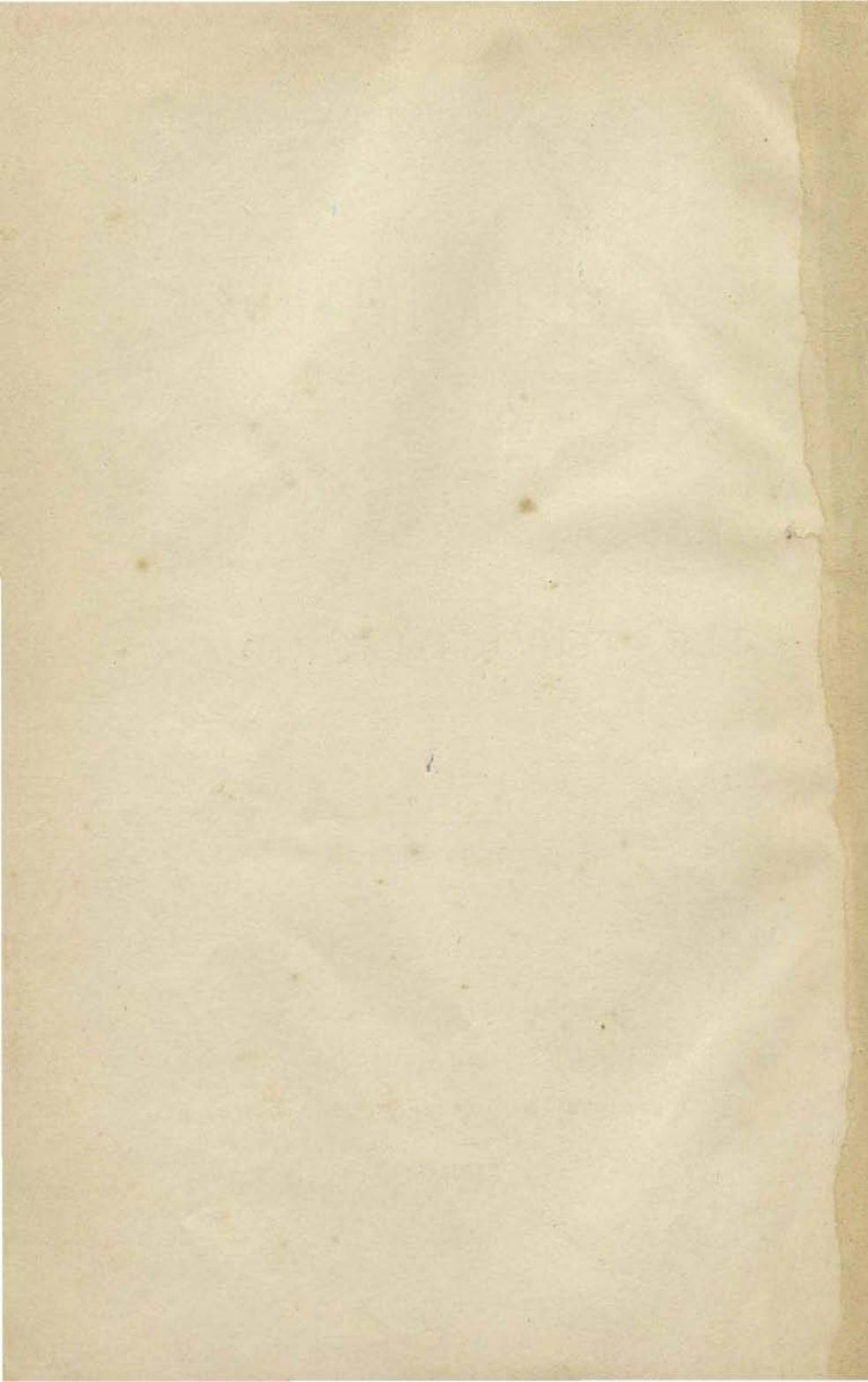
RIO DE JANEIRO

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

—
1896

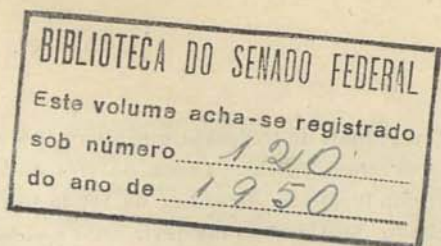


341.5293
B238
2.00



PREFACIO

PREFACIO



De todos os sacrificios que a defesa de uma causa nobre pôde impôr ao homem politico, o maior, talvez, para as almas altivas, é a emergencia de certos contactos, a necessidade de reacção contra o desprezo de certas affrontas. Os attritos da lucta pelo poder desenvolvem miserias rasteiras e venenosas, cujos serviços se cotam como utilidades valiosas no jogo dos partidos violentos. A victima, que não sentir reverencia bastante pela missão providencial dos ophidios uteis, para discutir com a primeira calunnia, que lhe farpe a reputação, os prós e os contras da dentada, corre o formidavel risco de ser havida por confessa no santo tribunal da infamação patriótica.

As minhas razões em favor dos sentenciados pela amnistia de 1895 formam um trabalho rigorosamente juridico, nos seus elementos, nas suas fontes, na sua dialectica, no seu estylo. Não se inflamma, não invectiva, não personaliza : discute, raciocina, conclue, estribando todas as suas deducções em leis, arestos e factos officiaes. Infelizmente dessa analyse, em que só entra a razão calma do direito, embebida no vigor dos sentimentos benignos que ella inspira, o parto da maioria legislativa sahio anatomicamente caracterizado como um embryão invertido e aborticio. Feridos nas entranhas da piedade paterna, os malignos interesses que o geraram, sentindo perdido o feitio, quizeram, ao menos, fazer pagar á mão, que lhe revelára a disformidade, o crime de ter projectado sobre o aleijão um raio de sciencia e bom senso. E, em falta de outra perversidade mais habil, deliberáram accusal-a de *falsificar* citações.

D'entre mais de trezentas, que abrangê o meu arazoado, uma, duas, tres eram *falsas*. Cerca de tres mezes de longo afuroar tinham conduzido os *detectives* da erudição pseudo-republicana a esse achado. Mui gasta aliás devia estar a vista dos lyncees, a quem se confiára a tarefa de paciencia inventiva, para consumirem obra de um quartel em aventar a preciosa ignominia, com que qualquer focinho de toupeira esbarraria logo á flôr da terra. Com effeito, o excentrico falsificador tivera o capricho de affixar a cada uma das suas fraudes o mais vistoso cartaz, particularizando a obra, a edição, o volume, o capitulo, a pagina, onde os Argos da devassa vingadora pudessem colher em flagrante o attentado, por elle mesmo entregue assim á justiça.

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

Atribuiu eu a algum escriptor idéa, ou phrase, não encontrada nos seus escriptos ?

Não.

Acaso teria eu, nas traducções, modificado o pensamento original, ageitando-o ao meu interesse ?

Não, ainda. A denuncia, com a auctoridade que se lhe sabe, faz-me o favor de attestar que verti correctamente.

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

Tambem não.

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

Nem isso.

Em que viria, emfim, a consistir o meu crime, se, das transcripções feitas, não augmentei, subtrahi, ou modifiquei um ápice ao original ?

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

Eu traduzira de COOLEY, por exemplo, este lanço :

« A's vezes se verificará que um acto da legislatura, opposto em algumas das suas disposições á constituição, noutras, subsis-

tentes por si mesmas, não apresente mácula. Sendo assim, a parte, que implicar com a constituição, será considerada nulla. »

Escreveu, ou não, COOLEY essas linhas? Sim, attesta o papel diffamatorio: « E' perfeitamente exacto que COOLEY diz isso. »

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

Vejamos, pois, o trecho condemnador. Transcrevel-o-ei na propria versão do libello:

« Seria incompativel com todos os principios justos de direito constitucional julgar essas disposições nullas, porque ellas estão associadas no mesmo acto, mas não dependentes ou relacionadas com outras, que são inconstitucionaes. *Quando, portanto, parte de uma lei é inconstitucional, esse facto não auctoriza os tribunae^s a declararem o resto tambem nullo*, a menos que todas as disposições não estejam relacionadas com o assumpto, dependentes umas das outras, operando reunidas para o mesmo fim, ou de outro qualquer modo tão relacionadas conjunctamente, que não se possa presumir que a legislatura não votaria uma sem a outra. »

Esta passagem firma duas regras.

Na primeira se estabelece que, *quando parte de uma lei é inconstitucional, este facto não auctoriza os tribunaes a declararem o resto tambem nullo.* »

Até aqui as palavras de COOLEY, adduzidas contra mim, vêm apenas repetir, em termos mais incisivos, a idéa contida no trecho, que eu citára.

Em seguida, porém, o auctor abre uma excepção a essa regra, ensinando que a nullidade da parte inconstitucional envolverá a da parte constitucional, quando as duas fôrem inseparaveis uma da outra.

Mas acaso, abstendo-me de transcrever esse topico, era meu intuito occultar a idéa, que elle exara?

E' de evidencia que não; porquanto essa mesma idéa, eu positivamente a exprimira, naquelle mesmo trabalho, por estas palavras minhas:

« Ora porque a mesma lei abrange objectos diversos, ora porque, tratando um só assumpto, o resolve por accumulção de me-

VIII

didas inspiradas em motivos distinctos, acontece que um acto legislativo, irreprehensivel, em certas clausulas, ante a constituição, noutras a desconhece e quebranta. Nesse caso, *se a parte constitucional é desagregavel da inconstitucional*, cabe aos tribunaes joeirar uma da outra, e, acceitando a legitima, repellir a viciosa. » (*)

Explicitamente dissera eu, pois, que aos tribunaes só é licito separar, na lei contestada, uma parte da outra, e, acceitando a legitima, nullificar a viciosa, « *se a parte constitucional é desagregavel da inconstitucional.* »

Eu tivera d'est'arte a franqueza de registrar formalmente a derrogação ao principio, em que se apoia o interesse dos meus constituintes. A calumnia não pôde fechar os olhos a esta evidencia : ella vê, rumina, transcreve essas minhas palavras, sublinhando-as uma a uma, e interserindo-as de repetidos parenthesis. Chega, até, por fim, a escrever : « *Tudo isto, se estivesse escripto de boa fé, seria indiscutivel.* »

Mas porque me accusa de má fé o oraculo da boa ? Porque eu, depois de ter ministrado, em um trecho categorico, aos meus adversarios a doutrina, á cuja sombra deviam armar o sophisma defensivo dos seus interesses, não lh'a reforcei, ainda em cima, com o peso de auctoridades valiosas, forrando-os ao trabalho de as buscarem.

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

A minha má fé estaria na sonegação de uma idéa, que eu mesmo avultei em conspicuo relevo num topico especial do meu arrazoado. Pois bem : o libello copia o topico, onde em frisante formula consignara eu essa idéa. E não é de boa fé que dei arrhas ! Ao contrario : incorri em má fé qualificada !

Ahí têm a consciencia, a lisura, a veracidade, em cujas aras passou pela honra de ser immolada a minha improbidade insigne, cadima, notoria aos céos e á terra. Ainda bem que me não vejo laureado pelas mãos de tão altas virtudes. Louvado seja Deus.

(*) Vêr a pag. 20 destas rasões:

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

Todos elles são contestes no pensamento, que me cingireiⁱ a traduzir nas palavras do primeiro, com que o inventor da minha fraude suppôz esmagar-me :

« Se uma lei tem em vista dois ou mais fins, e é nulla quanto a um, pôde ainda ser, a todos os respeitos, completa e valida quanto ao outro. Mas, se a sua intenção é preencher um só fim, e algumas das suas disposições são nullas, o conjuncto deve ser annullado, a menos que o restante seja bastante para o preenchimento do fim, sem o auxilio da parte invalidada. E, se ellas estão de tal modo mutuamente ligadas e dependentes umas das outras, como condições, considerações, ou compensações, de modo a fazer crêr que a legislatura as considerava um conjuncto, e, se todas não fossem effectuadas, não votaria o resto independentemente, então, se algumas partes são inconstitucionaes, todas as disposições assim dependentes, condicionaes, ou relacionadas, devem cahir com ellas.»

Como este largo trecho, assignalado em toda a sua extensão com as honras do italico e do versalete, se affigure aos panegyristas da amnistia invertida irresponsavelmente decisivo em prol da sua constituinte, querem, pela mais extranha transposição da evidencia, que eu, advogado preposto aos interesses da parte opposta, me achasse na obrigação de estendel-o aos olhos da justiça.

Se ao menos se tratasse da opinião exclusiva de um escriptor individualmente invocado como arbitro na questão, e eu lhe citasse o periodo que me convinha, occultando o que me desservisse, poderia ter apparencia de cabimento o reparo. . . Mas o ponto é daquelles, em que a generalidade dos pareceres se offerece accôrde assim na proposição geral, como na restrictiva, que a limita. Transcrevendo, pois, o trecho conveniente aos interesses da minha these, tudo se poderia presumir de mim, excepto que, absten-do-me de reproduzir o outro, eu tivesse por occulto aos meus antagonistas umprudimento, que os dilettantes menos entendidos nestas coisas se gabam de possuir. Fossem os meus adversarios pessoas de boa fé, e, em vez de m'a negarem, haviam de agradecer-me

a justiça, que lhes fiz, não os suppondo capazes de uma ignorancia inverosimil.

Os homens conscientes da propria sinceridade só a custo a desconhecem nos demais. Se os que me aggridem com a furia de allucinados, tivessem o respeito daquella qualidade em si mesmos, não mareariam, com ultrages que passam por baixo da cadeira do escriptor bem educado, a facil victoria de uma resposta, que alardêam de irreplicavel. Quando se sente a realidade de um triumpho, não se vão sujar no lodo as armas do combate. Bastaria oppôrem-me com a urbanidade vulgar, de que não está dispensada a gente da imprensa, á regra, para que eu appellára, a excepção, aliás por mim mesmo enunciada, com que traçavam anniquillar-me.

Porque se haviam de atirar, em vez disso, ao estylo apasquinado e brutal? Não creio que fosse tanto por habito de impolidez, ou confiança no prestigio da grosseiria, quanto pelo sentimento instinctivo de que não me seria, talvez, de todo impossivel a refutação, e convinha, portanto, enlamear a arena, para obrigar o desafiado, pela repugnancia, a evital-a.

O artificio era odioso. Mas devia ser efficaz. Eu tinha o direito se não o dever, de não acceitar o debate no terreno dos doestos, por onde facilmente se resvala ao escandalo e ao crime, ao pugilato e ao revólver. Não se liquidam problemas juridicos, dialogando insultos. Outros estarão avezados a esse meio de trocar idéas. Eu de mim preferiria renunciar a estima publica, num paiz onde a honra se medisse pela excellencia na lucta desbocada. A insolencia, em alguns espiritos, é uma especie de embriaguez habitual. Quando ella nos vomita á frente de casa, aconselha a decencia fechar-lhe as portas, e deixar passar o accesso. O estomago indigesto não é uma tribuna: será um esgoto. A offensa tresandante ao vinho mau do odio só nodoa os labios, que a revessam. A eloquencia e a verdade não passam pela bocca odiosa do vituperador. Quando a maldade empenhada em nos enxovalhar assume as órmas da ira temulentá, o homem, que não perdeu o imperio sobre si mesmo, levanta as mãos para a origem suprema, de onde lhe veio a razão e a dignidade, agradecendo-lhe o bene-

ficio de o não expôr sob esse aspecto miseravel á piedade ou á aversão dos seus semelhantes.

Eu não me constrangeria ao enjôo de alludir sequer a taes circumstancias, se o zelo devido á importancia excepcional desta causa não me affervorasse em não deixar toldar-lhe pela mais leve sombra de duvida a immaculada pureza, agora, quando ella vae erguer-se no auditorio do Supremo Tribunal.

Na hypothese de leis parcialmente attentatorias da constituição a jurisprudencia americana resolve a difficuldade, invalidando-as na parte inconstitucional. Este o principio.

A's vezes succederá, porém, formarem as duas partes um todo inteiriço, ou pela sua inseparabilidade na mente do legislador, ou pela indivisibilidade organica entre uma e outra. Em tal eventualidade opinam escriptores americanos que o vicio da parte inconstitucional annulla totalmente a lei assim na outra parte, como nessa. Eis a excepção.

Mas, ainda quando tal excepção se applicasse á especie (*o que não se dá*), não me tocava a mim articular-a; porque não cabe á defesa apparelhar e exhibir os elementos da accusação. O debate contradictorio, que caracteriza a apuração judiciaria da verdade, tem justamente por fim dar um órgão especial a cada uma das maneiras oppostas de vêr, que interessam ás diversas partes na lide. Se eu me houvesse proposto a escrever um trabalho didactico sobre a amnistia, a theoria completa do assumpto, comprometendo-me a desempenhar uma tarefa scientifica, o meu dever então seria ventilar imparcialmente a doutrina por todos os lados. No meu papel de advogado, porém, a parcialidade era a attitude natural. Valer-me de um principio, de uma regra, de uma sentença, onde elles pudessem aproveitar aos meus constituintes, era o meu direito e a obrigação do meu cargo. Agora, se por ventura á applicação da sentença, da regra, do principio á especie vertente se oppunha uma limitação, ou uma ressalva, formulada pelas mesmas auctoridades, ao ministerio publico é que caberia enuncial-a.

Essa necessidade profissional pôde auctorizar o patrono de uma causa a não expender a verdade toda: o que se lhe não per

mitte, é afirmar o contrario da verdade. A sentença e o arrazoado têm pontos de vista diversos: o primeiro domina o caso do alto, para o considerar por todas as faces; o segundo olha sómente para uma.

«São coisas totalmente distinctas o dever do advogado e a função do juiz», reflecte a proposito um severo expositor da ethica forense. «Esses dois encargos, não n'os esqueçamos, nunca se juntam, no pleitear em juizo. Differentes são os individuos, que os exercem, tocando a cada qual a sua região, onde tem de obrar. Não ha analogia entre outras situações e a do advogado. Em quasi toda a parte, salvo nos tribunaes de justiça, o orador assume a incumbencia de pôr termo a questões de opinião, ou de facto. Membro de uma corporação, em que a vontade da maioria constitue lei, elle, tem de ser prolator no julgado, que com os seus argumentos propugnou. Se não foram elles não se teria chegado, talvez, a essa deliberação. Não appella para essa maioria, como para uma entidade alheia ao individuo, que lhe falla. Concorde ella, ou não, com elle, o seu discurso é a expressão formal da convicção, que individualmente o determinou a concorrer com o voto para certo resultado. Se acredita que o seu parecer é correcto, e deve adoptar-se, razão é que forceje por influir nos que o ouvem. Se não, será um hypocrita. Muito dissemelhante, porém, é a situação do advogado. Sua missão é subministrar elementos, de que outros hão de extrahir a decisão do caso, *mas não todos os elementos, se não só os que tocam a um aspecto da questão e a um modo particular de encaral-a*; pois o encargo, que lhe cabe no tribunal, não é o de formar em revista as probabilidades oppostas, e pesar distineções delicadas, como se fosse elle quem tem de sentenciar entre as pretensões contendentes. O que lhe cumpre, é accentuar com o vigor mais persuasivo quantos argumentos se lhe suggerirem, e submettel-os ao criterio daquelles a cuja função incumbe ponderar tudo o que se allegue de parte a parte, e verificar com escrupulo o acerto dos fundamentos, a que cada um dos litigantes se arrime. A nada mais se propõe o advogado, quando por este lado o consideramos, senão ao que elle poderia substanciar, dizendo: «Trago á noticia do juiz tudo o que se pôde adduzir em proveito da ques-

tão, vista por um lado. O mesmo fará, pelo outro o meu opugnador. E o tribunal que sentencieie entre nós.» (*)

Do ponto de vista dos meus deveres de advogado eis o que me cumpriria revidar ao labéu, com que me quiz molestar a misera politica de nossa terra, nos seus habitos de velha regateira, a cuja lingua não escapam as acções mais bemfazejas, nem os propositos mais desinteressados.

Na defesa desta causa, porém, não quero considerar-me simples advogado, e acolher-me ás immunidades da profissão. O patrocínio, que aqui exerço, não se accomoda ás evasivas e reticencias dos litigios duvidosos.

Neste não sou o causidico, mas o cidadão, o patriota, o homem, o interessado na honra deste regimen, que se manchou com a maior das deturpações nesta mentira de amnistia, nesta falsificação da amnistia, na hypocrisia deste acto de perseguição legislativa, rotulado com um distico de magnanimidade. Disse Cícero que ao advogado basta a verosimilhança; porque ao juiz é que toca a apuração real da verdade. « *Judicis est semper in causis verum sequi; patroni nonnunquam verisimile, etiam si minus sit verum, defendere.* » Mas eu, neste pleito, desci como juiz ao fundo da minha consciencia, e não o levantei nos tribunaes, senão depois de ter firmado, para o advogar, certeza tão perfeita da verdade, quanta me seria mister, se houvesse de julgal-o.

Mui de espaço, antes de propôr a questão, meditara eu a objecção, com que agora se me vêm ao encontro; e, se me não apressei em discutil-a, antecipando á outra parte no feito o gosto de articular-a, é porque suppunha aos seus patronos mais criterio. Longe estava de sonhar que elles, deixando-se illaquear pela apparencia especiosa do invento fariscado entre os refugos de textos onde eu lavrara, escorregassem numa armadilha, cuidando prover-se de uma arma. Eu não podia figurar a hypothese incrível de que, vendo annullada pela justiça a sentença penal do decreto de

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

25 de outubro, viessem requerer, perante ella, como consequencia inevitavel, *a revogação da amnistia*.

Juridicamente não se lograria chegar na inepcia mais longe. Portentos deste tope não se adivinham. Mas, se fosse dado prevel-o, não seria peccado mortal a malicia de aguardar que a má causa se entalasse no alçapé do seu triumpho, para lhe dar ahí a ultima esmechada.

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

Com muita plausibilidade, realmente, se tem sustentado na America do Norte que, se as disposições inconstitucionaes de uma lei se acham por tal modo engrazadas nas suas disposições constitucionaes, *que não se possam apartar*, a quèda judiciaria de umas implica a das outras.

Esta proposição, porém, suppõe, na lei de que se trata, *a inseparabilidade entre a parte sã e a parte viciosa*. Ora, a inseparabilidade exprime, não a simples juxtaposição de duas idéas nos varios membros do mesmo texto, mas a interdependencia organica entre ellas, a sua união profunda, a fusão dos elementos que em cada uma se traduzem. Não pôde ser inseparavel o que racionalmente não poderia constituir liga.

E' precisamente o que na hypothese se verifica. Uma originalidade das paixões das maiorias legislativas casara na mesma lei o acto de amnistia, que, na phrase do codigo, extingue todos os effeitos da pena, a um acto multiplo, contradictorio com esse, de accusação, julgamento e sentença, processados legislativamente, para fulminar os amnistiados com uma pena *ad hoc*.

Essas duas intenções da lei *não são inseparaveis*, porque *não podiam unir-se*. Negando-se, repellindo-se, eliminando-se uma á outra, longe de se auxiliarem, e completarem, reciprocamente se excluiam. A presenca da amnistia importava a abolição do acto condemnatorio; a subsistencia deste significava a elisão daquella. Materialmente lograriam estar lado a lado na apparencia exterior do texto. Juridicamente, um não podia estar alli, senão á custa do outro. Incompossiveis, não eram inseparaveis, porque de sua natureza estavam necessariamente separados, e a si-

multaneidade da sua existencia constituia, racionalmente, um absurdo irresoluvel.

Nenhuma applicação cabia, pois, na especie, á norma de acção judiciaria, que, nos casos de inseparabilidade entre as varias medidas conjunctas numa lei, manda estender a todas a nullidade em que uma dellas incorrer.

O canon formulado por COOLEY, BLACK e THAYER contempla a associação, na mesma lei, de providencias entre si compativels, ainda que nem todas válidas. Figura-as « *mutuamente ligadas e dependentes umas das outras.* » Ora a ligação, a que alludem, não ha de ser meramente a visinhança material entre as linhas do mesmo texto. Ella não se concebe sem a consentaneidade logica entre os dois pensamentos, que a contiguidade literal approximou. Nunca se cogitou, portanto, como no caso, da mera confinidade material, nos diversos paragraphos de uma lei, entre idéas logicamente, juridicamente, categoricamente hostis, collisivas e inconciliaveis.

Verificada essa opposição intrinseca entre os varios elementos, não combinados, mas amalgamados alli, a separação é fatal; pre-existe á sentença; não se opera por arbitrio do juiz, que a encontrou consummada no acto legislativo, onde era congenita a incompatibilidade, a divorciação, a lucta intestina entre os dois contradictorios, encerrados á força no mesmo texto.

A justiça não podia estar inhibida, portanto, pelo preceito de COOLEY, não de separar (não era isso o que ella faria), mas de declarar a separação entre as duas disposições, radicalmente desagregadas, na lei que as continha, pela natureza das coisas. A separação achava-se accentuada, na lei controversa, desde que esta entrára a existir. Pronunciando-a, o julgador não desligou entidades inseparaveis: reconheceu apenas a separação immanente, original, irreductivel de entidades necessariamente adversas, ainda que transitoria e artificialmente enfeixadas no mesmo corpo, onde uma era a negação da outra. Logo, não violou o juiz o aphorismo da jurisprudencia americana, cujos interpretes associam mutuamente na mesma sorte as varias partes da lei, uma das quaes fôr nulla, quando a sua indissolubilidade organica as coaggrega, ou funde.

Mas a regra de COOLEY (para a designar pelo nome de um dos constitucionalistas americanos que a abraçam) tem outra face, mais exploravel contra mim. Em sendo de presumir, estatue ella, pela relação entre as varias partes da lei, que a legislatura as reputava um conjuncto inalteravel, e rejeitaria a parte combatida, se não lhe fosse dado adoptal-a com a outra, a sentença não pôde invalidar a primeira, sem nullificar, ao mesmo tempo, a segunda.

Eis o escolho em toda a sua ingreme aspereza. Mas o erro está em crêr que elle se ache na direcção do meu rumo.

A especialidade singular da hypothese põe-n'a fóra do raio de acção dessa regra. Se ambas as partes do decreto de 25 de outubro fossem annullaveis, admitto que a annullação de uma acarretasse a da outra; a supprimos (coisa, em abono do congresso, contestavel) que a legislatura estivesse resolvida a não conceder amnistia alguma, em não lhe sendo licito decretar uma amnistia falsa.

A mim antes se me representa, honrando a humanidade do legislador, que o seu intuito predominante era a amnistia, e que a teria outorgado plena, se o espirito caviloso de máus guias o não houvesse illudido, dissimulando-lhe a inanidade da restricção fraudatoria, a que a submetteram.

Dou, porém, o contrario. Quero figurar que o congresso teria negado redondamente a amnistia, se se convencesse de não ser possivel legislar-a falseada e transvertida. Nessa hypothese acertaria aqui a regra, que manda, annullada uma das partes da lei, annullar simultaneamente a outra?

Não; porque, se era annullavel uma das partes da lei, *a outra não o era*. Era annullavel, direi melhor, era nulla a provisão do decreto de 25 de outubro, onde o congresso accusa, julga, condemna, e pune. A outra parte não era nulla, por ser da competencia expressa e privativa do congresso o annistiar. E, sendo válida, não era annullavel, porque a amnistia, uma vez deliberada, uma vez promulgada, uma vez obtida, *é irrevogavel*.

Esta proposição offerece a evidencia quasi indemonstravel e intuitiva dos axiomas. Ella resulta ineluctavelmente da propria natureza da amnistia. A amnistia, que é o olvido, a extincção, o can-

cellamento do passado criminal, não se retracta. Concedida. é irretiravel, como é irrenunciavel. Quem a recebeu, não a pode enjeitar, como quem a liberalizou, não a pode subtrahir. E' definitiva, perpetua, irreformavel. Passou da esphera dos factos alteraveis pelo arbitrio humano para a dos resultados soberanos e immutaveis, que ultimam uma serie de relações liquidadas, e abrem uma cadeia de relações novas. De todos os direitos adquiridos este seria, por assim dizer, o typo supremo, a expressão perfeita, a fórmula ideal : seria, por excellencia, o direito adquirido. Ninguem concebe que se *desamnistie* amanhã o individuo amnistiado hontem. Não ha poder, que possa reconsiderar a amnistia, desde que o poder competente uma vez a fez lei.

Logo, nessa parte, o decreto de 25 de outubro é inviolavel. A mesma immuidade, que o eleva acima do congresso, levanta-o acima dos tribunaes. Sendo irrevogavel, é innullificavel.

Par a par com a clausula ininvalidavel, porém, avulta, nesse decreto, a prescripção condemnatoria. Esta é substancialmente nulla, não ha negal-o ; visto como a legislatura, ahi, creou uma expiação penal para factos passados, fez-se juiz delles, e applicou-lh'a.

Dir-se-á que essas clausulas da lei, essencialmente vãs, se validaram, por ser inexpugnavel na sua validade a outra parte ? Não poderia haver mais rematado contrasenso. A regra de COOLEY estatue precisamente o inverso, determinando que a nullidade de uma annullará a outra. Isto justifica-se. Bem se alcança que o vicio de um membro possa interessar o organismo todo. Mas disparate seria colligir, inversamente, d'ahi que a integridade de orgãos perfectos sanée partes do corpo mortas de nascença.

As disposições fulminatorias do decreto de 25 de outubro são de nascença mortas; porquanto o vicio dellas é o da incompetencia de poder, que não se remedeia. Por outro lado, a clausula amnistiante é de seu principio immorredoira ; pois o direito, que creou, com o só entrar a existir, se fez indestructivel.

D'ahi tres soluções, entre as quaes temos de escolher : ou subsistirem ambas as partes do decreto, o que é impossivel, sendo uma originariamente nulla ; ou invalidarem-se ambas, o que

tambem não pode ser, desde que uma é imperecível; ou declarar-se a nullidade da nulla e a validade da válida, justamente o que a sentença fez.

E fel-o precisamente de accôrdo com o principio e a excepção de COOLEY : com o principio, que applicou, por ser elle, e não a excepção, applicavel á especie ; com a excepção, que deixou de applicar, porque, se fosse applicada, seria contra os proprios termos do seu conteúdo. Quando, com effeito, em acatamento da intenção legislativa, os juristas americanos, em certas hypotheses de nullidade parcial, estendem á lei inteira a insanabilidade de uma das suas partes, é, evidentemente, suppondo annullaveis as duas.

Nunca (até por ser esta amnistia facto sem simile possivel na historia universal do direito) se cogitara na coexistencia, em uma só lei, de duas disposições, uma das quaes, apenas decretada, se tornasse forçosamente irrevogavel, por constituir para logo, pela sua natureza definitiva, direito adquirido, ao passo que a outra, em virtude da contradicção radical do seu pensamento com os principios rudimentares do regimem constitucional, fosse essencialmente incapaz de adquirir força legislativa.

A amnistia, pois, é materia vencida, e para sempre. O Supremo Tribunal Federal não poderia tocar-lhe, como não n'ô podia o juiz prolator da sentença appellada.

Na appellação, como na primeira instancia, o que está em lide, é unicamente a parte fulminatoria do decreto, na qual o congresso julgou, e puniu, sem competencia, nem processo, nem defesa, nem previa qualificação legal do delicto.

13 de setembro, 96.

RUY BARBOSA.

DEFESA

DOS

CONDEMNADOS PELA AMNISTIA DE 1895

» Nam legem quidem istam uullam esse. »

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

Graças a Deus, já não invoco um principio contestavel neste paiz, affirmando a prerogativa bemdicta da justiça na verificação da constitucionalidade dos actos dos outros poderes, como me succedia, quando, ha tres annos, assumi a iniciativa de sustental-a ante este mesmo tribunal. As decisões judiarias na questão, que levantei, da nullidade da reforma dos militares espoliados pelos decretos dictatorios de abril de 1892, decisões a que dignamente se inclinou o chefe do Estado, põem termo á controversia, hoje morta.

Verdade seja que então a resistencia se oppunha a actos inconstitucionaes do poder executivo. Mas as razões, que cortaram a duvida no tocante aos decretos da administração, de todo em todo a dissipam no que respeita aos do congresso. Era em nome da independencia dos poderes, do direito, inherente a cada um delles, de interpretar, no exercicio das suas funções, as clausulas da lei fundamental a ellas correspondentes, que se me qualificava de anarchizadora e tumultuaria

a doutrina aliás bebida por mim nas aguas tranquillas da jurisprudência americana. Em resposta ficou demonstrado pela minha argumentação que a justiça federal é a interprete suprema da constituição republicana. (1)

Certamente, desde o chefe da nação até o ultimo dos habitantes do paiz, todos os que têm de sujeitar-se a um dictame imperativo de auctoridade superior, hão de começar por entendel-o. E, como entender a lei equivale a reconstituir o pensamento do legislador, a interpretação é o acto inicial de toda obediencia. Neste sentido todos os que exercem uma parcella de poder, são interpretes da constituição, a que todas as leis organicas e todas as funcções do Estado se acham circumscrip-tas. Sendo a constituição o regulador commum de todos os ramos do poder publico, nenhum delles pode praticar acto algum, que não envolva um juizo sobre a extensão das suas attribuições perante o direito constitucional, que as limita. «Em certo sentido, toda a gente é juiz dos intuitos e alcance da constituição ; sem o que ninguem poderia reger o seu procedimento e as suas relações com os seus semelhantes. Ao poder executivo e ao legislativo se impõe inevitavelmente a necessidade de exercerem essa apreciação, ao menos emquanto os tribunaes se não pronunciarem no assumpto.» (2)

Mas, continúa o publicista americano, «como a constituição é uma lei, e as questões concernentes ao seu objecto, á sua intelligencia, á conformidade entre os seus preceitos e os actos publicos, ou particulares, são questões de legalidade, a ultima solução dessas questões ha-de competir ao poder inves-

(1) RUY BARBOSA: *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. 1893. Pags 233 e segs.

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

tido na função de averiguar e applicar a lei. Como os tribunaes têm a attribuição de impôr submissão aos seus julgados, a solução dessas questões por elles é *definitiva*. E, sendo, afinal, de preceito que essas decisões sejam respeitadas como precedentes, a doutrina firmada por ellas acerca da constituição estabelece direito.» (1)

Ha sessenta e seis annos, um dos homens cuja palavra illumina até hoje a politica constitucional dos Estados Unidos, expondo os principios fundamentaes da união federal, dizia, com uma solemnidade, que ainda agora se sente: «Para quem se dirigirá o ultimo appello? A propria constituição o fixou, declarando que «o poder judiciario se estenderá a todos os pleitos, que se suscitarem com referencia á constituição e ás leis dos Estados Unidos.» Essas duas provisões (2) cobrem toda a área do problema. Ellas são realmente a pedra angular da arca santa. Em cumprimento dessas disposições claras e expressas, o congresso, logo na sua primeira sessão, proveu, na *lei judiciaria*, a que todas as questões de constitucionalidade no exercicio do poder tenham a sua ultima solução na suprema cõrte federal.» (3)

Ainda mais explicitamente do que a constituição dos Estados Unidos, a nossa (art. 59, § 1º, *a*, e 60, *a*), aliás nella inspirada, firmou essa competencia capital da justiça. (4)

Está reconhecido, portanto, expressamente na lei fundamental da republica esse direito de interpretação irre-

(1) *Ib.*, pag. 51.

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

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

(4) RUY BARBOSA: *Op. cit.*, p. 57 — 8.

corrível, que, segundo os mais antigos commentadores americanos, assiste ao poder judiciario na applicação da lei. E suas sentenças, a esse respeito, só por elle mesmo poderão ser revogadas. (1)

Um dos expositores mais recentes explana a importancia dessa funcção em palavras, que não me parecem ociosas, ainda após o vasto concurso de auctoridades, qual a qual mais egregia, evocadas no meu primeiro trabalho forense. «Ha um poder», diz elle, «ante o qual se põe á prova a legalidade dos actos dos outros. Esse poder, retrahido, silencioso e invisivel, emquanto se lhe não solicita regularmente a intervenção, é o judiciario. Elle empunha a balança da justiça, não só entre cidadão e cidadão nas suas pendencias particulares, mas tambem entre cada cidadão e cada auctoridade, de onde possa emanar para elle um acto imperativo. *Todas as leis* estão sujeitas a passar, quanto á sua validade, pela interpretação desse poder. Todos os actos officiaes podem ser impugnados no seu fôro. E, ao passo que a condemnação, por elle proferida contra qualquer lei, decreto, regulamento, ou acto administrativo, lhe imprime o sello de nullidade, as suas decisões não soffrem revisão, a não ser por elle mesmo, no seu mais elevado tribunal de recurso. Considera-se justamente o poder judicial como o baluarte das nossas liberdades civis, o guarda da constituição, o arbitrador dos limites da acção administrativa, o defensor da moralidade publica e o protector supremo da nossa vida, propriedade, honra, dignidade civica e egualdade perante a lei. Em todas as questões suscitadas por confictos de

(1) TIFFANY : *Op. cit.*, p. 61—2.

jurisdição, em todas as que se referem a invasões de direitos civis, em todas as de ameaça á nossa vida, saude, propriedade, ou reputação, compete ao judiciario, não só fixar qual seja a lei, quando controversa, mas accommodal-a ás alterações successivas do estado social, e sustar a acção della, quando offensiva da lei fundamental.» (1)

Não me demoraria em retrilhar idéas tão rudimentares, se as não tivesse ouvido contestar, com violencia e ultrages á magistratura, do alto de uma tribuna, de onde só deviam fallar a justiça e o saber. Em eminencia tamanha só neste paiz, tão mal aparelhado ainda para as delicadas instituições que adoptou, haveria bastante ignorancia e arrojo, para advogar com esse aprumo erroneas de tal jaez. Nos Estados Unidos qualquer leigo se pejaria de não saber que «a função mais importante do supremo tribunal consiste em interpretar imperativa e terminantemente (*authoritatively and finally*) a constituição.» (2)

Já sob as antigas constituições das colonias americanas, antes do pacto federal, o principio era vigorosamente applicado (3), posto que nellas essa faculdade não fosse expressa. (4) Sob a constituição dos Estados Unidos só a

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

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

(3) *Commonwealth v Caton* (1782). *Kolmes v Walton* (1880). *Trevett v Weeden* (1786). THAYER: *Cases on Constitutional Law*, Part. I (Cambrid., 1894), p. 53, 55--62, 73--8.--COXE: *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation* (Philad., 1693), p. 234--48.--CARSON: *Judicial Power and Unconstitution. Legisl.* Na *American Law Register and Review*, dec. 1895, p. 799—800.

(4) THAYER: *The origin and scope of the American Doctrine of Constitution. Law.* Na *Harvard Law Review*, nov. 1793, p. 129.

suprema côrte federal tem recusado obediencia a leis, por inconstitucionalidade, não menos de vinte e duas vezes (1); ao que se poderiam adicionar cento e oitenta e tres sentenças do mesmo genero acerca de leis estaduaes. (2) Apenas um magistrado, *um só*, em toda a historia da justiça americana, desconheceu esse direito, e isso tão sómente aos tribunaes dos estados: nunca aos tribunaes federaes. (3) Mas esse mesmo se retractou, em 1845, da opinião, que sustentára em 1825. (4) Por vezes o congresso se tem formalmente curvado a essa auctoridade indiscutivel, aqui revogando leis desattendidas em sentenças (5), alli abrogando-as sob a imminencia de julgados previstos pela opinião. (6) E de tal modo se vulgarizou, na praxe forense, esse meio de resistencia aos excessos do legislador, ou da administração, que as questões de inconstitucionalidade articuladas pelas partes absorvem aos tribunaes americanos tempo consideravel. (7)

Mercê dessa auctoridade, são as decisões judiarias que, em ultima analyse, fixam praticamente os limites á efficiencia

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

(2) *United States Reports*, vol. 131, p. c c x x x v i i—c c l v i i.

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

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

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

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

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

constitucional dos poderes da União: «*The powers of the Central Governement are, in the end, practically settled by the judiciary.*» (1) Ellas limitam a acção do governo e do congresso, que não podem insistir utilmente em actos averbados de injuridicidade pela magistratura. E' ponto de doutrina firmado, por exemplo, que a legislatura não poderia ordenar a arrecadação de um imposto já declarado illegal pelos tribunaes (2); assim como tem sido reiteradamente estabelecido que não exercem força obrigatoria interpretações legislativas em sentido contrario ás já firmadas pela justiça. (3) Ante a sentença nullificativa o acto legislativo immediatamente perde a sua sancção moral, e expira em virtude da lei anterior, com que collidia.» (4) E, se o julgamento foi pronunciado pelo mais alto tribunal de recurso, «a todos os cidadãos se estende, imperativo e sem appello, no tocante aos principios constitucionaes, sobre que versa.» Nem a legislação «tentará contrarial-o; porquanto a regra *stare decisis* exige que todos os tribunaes, dali em deante, o respeitem como *res judicata*; e, emquanto a constituição não soffrer reforma, que lhe altere os fundamentos, nenhuma auctoridade judiciaria o infringiria.» (5)

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

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

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

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

(5) ORDONNAUX, *ib.*, p. 424—5.

O papel dessa auctoridade é de suprema vantagem para a ordem constitucional, impossivel, neste regimen, desde que um poder extranho aos interesses politicos e ás suas influencias dissolventes não constitua o laço de mediação e harmonia juridica entre as forças que se defrontam no systema, amparando, ao mesmo tempo, com a sua soberania moral o direito, no individuo, na União e nos estados, em seus frequentes conflictos.

« Que ruinosas e destruidoras consequencias não resultariam para logo, se ficasse praticamente entendido que os varios poderes julgam e decidem, cada qual independentemente, a extensão da competencia, que a constituição lhes attribue ! Tão amiudadas seriam as collisões entre a administração e a legislatura, quanto entre ambas e a justiça. Exemplifiquemos. O congresso adopta um projecto de lei, que o presidente veta, por consideral-a inconstitucional. Não obstante as suas objecções, porém, as camaras persistem, e o projecto vem a ser lei. Ao presidente incumbe executal-a ; mas, se, continuando a tel-a por infringente da constituição, elle se recusasse a observal-a, apezar dos tribunaes a declararem valida, e reconhecerem direitos nella estribados, a lei degeneraria em letra morta. Quantas vezes seria mister que se reproduzissem circumstancias dessas, para que o governo se convertesse em objecto de despreso ? Outro caso. Chega o congresso a uma deliberação, que o executivo sanciona. Certos individuos, porém, por ella prejudicados, submettem a materia ao exame da suprema côrte, e esta dá por irrito o acto legislativo. Reconhecem todos os expositores que a decisão impera entre os contendores na lide, exonerando-os de obedecerem á lei inquinada. Mas, se a sentença não obrigar

igualmente ao governo, teremos a pasmosa anomalia de insistirem o congresso e o presidente na subsistencia de uma lei, *que só terá vigor para as pessoas a ella acquiescentes*; pois os que lhe negarem assentimento, e levarem o assumpto ao mesmo tribunal, serão por elle isentos de respeito-a. Por outra: essa lei perderá de todo a sancção; tornar-se-á mera sollicitação, e nada mais; não imporá obediencia; ninguem lhe reconhecerá auctoridade, senão voluntariamente; e dest'arte desaparecerá de todo o ponto o elemento distinctivo e essencial, que caracteriza as leis. Tal não podia ser o animo da constituição. Nossos paes não nos apparelharam esta zombaria de governo. Só um theorista visionario, ou um doutrinario obstinado entenderia assim a nossa lei organica. O calmo bom senso do povo inspirou-lhe a verdadeira doutrina, em que elle descança, e em que devem persistir os que o governam. Força é, portanto, que exista um julgador, um arbitro exclusivo, a cujas declarações estejam sujeitos governos e cidadãos. Ora, a propria natureza da constituição, outorga escripta de poderes limitados, juncta a certas provisões claras desse instrumento, nos mostram que tal arbitro só pode ser o poder judicial.» (1)

Essa função da justiça, ha sessenta e tres annos, que STORY (2) a declarava fóra do litigio. Definida por MARSHALL no feito *Marbury v. Madison* e depois na causa *Cohens v. Virginia*, o raciocinio do grande magistrado «terminou a questão para sempre». (3) «Só um terramoto politico lograria

(1) POMEROY: *An Introd. to the Const. Law*, p. 93—4, §§ 138—41.

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

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

abalal-a». (1) «Só um espirito privado de sizo poderia contestal-a». (2) Tal espectáculo seria semelhante ao «de um alumno de primeiras letras, impugnando uma proposição de Euclides, ou os *Principios* de Newton». (3)

(1) *Ibidem.*

(2) «No sane man can doubt the correctness of chief Justice Marshall's reasoning therein.» Mc. MURRIE: *Plea for the Supreme Court.* (Phil. 1886). Ap. COXE, p. 52.

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

Inconstitucionalidade importa nullidade

Se o arbitrio do congresso fosse soberano, como pretendem os nossos demagogos, imbuidos no ranço das franquezias revolucionarias de 1793, os actos d'elle não teriam aquilatador: estariam acima da constituição. Esta continuaria apenas a gozar de uma primazia theorica, desmentida praticamente pela omnipotencia das maiorias parlamentares. Felizmente os organizadores da republica, no Brasil, como nos Estados Unidos, enxergando que «os governos constituídos por eleição, quando não refreidos, não são menos susceptiveis de exorbitar do que os designados por accidentes do berço» (1), collocaram acima da vontade politica das facções a imparcialidade juridica dos tribunaes. Deste modo instituiu-se nelles um filtro á pureza constitucional das nossas leis.

Esse filtro opera a eliminação das leis viciosas mediante a averbação de nullidade. A nullidade é, pois, nos actos da

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

legislatura, como nos da administração, o correctivo da inconstitucionalidade.

O principio é que leis inconstitucionaes *não são leis*. «O acto legislativo é o querer expresso da legislatura, ao passo que a constituição é o querer expresso do povo. A este cabe a supremacia. Se o acto legislativo o contradiz, irrito será: *não é lei*.» (1) «Um acto inconstitucional do congresso, ou de qualquer legislatura de estado, *não é lei (is not law)*: não confere direitos; não estabelece deveres; não crêa protecção; não institue cargos. E', juridicamente considerado, *como se nunca tivesse existido*.» (2)

Já a antiga jurisprudencia ingleza entrevira essa doutrina, atrophíada alli no seu primeiro desenvolvimento e afinal destruida ainda em germinação pela sua incompatibilidade com o principio da omnipotencia parlamentar. Num pleito suscitado ao começar do seculo dezeseis (1505—6) os juristas da Grã-Bretanha sustentaram, nos tribunaes, ser invalido (*non valeret*) certo decreto legislativo. (3) No celebre littigio *Benham, Coke*, o famoso jurisconsulto, se abalançou a aventar a nullidade dos actos parlamentares infensos ao *Common Law*. (4) Mais tarde (1653) a constituição republicana, promulgada por CROMWELL, declarou nullas as leis offensivas da liberdade de consciencia. (5)

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

(2) *Ib.*, p. 64, n. 37.

(3) COXE: *Judicial Power*, p. 147-51.

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

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

Nos Estados Unidos, já durante o período colonial, a magistratura não hesitava em infligir o stygma de nullidade aos decretos das assembléas locais, quando contrários ás disposições constitucionaes das cartas organicas outorgadas pela corôa, decidindo no mesmo sentido esses conflicts, no caracter de suprema instancia colonial, o Conselho Privado. (1) Apoz a emancipação, logo em 1780, um tribunal de New Jersey se recusava a cumprir um acto legislativo, por exorbitante da constituição do estado. (2) D'ahi a dois annos, na côrte de appellação da Virginia se tornava a affirmar com extraordinaria energia a maxima da caducidade das leis inconstitucionaes. (3) «Se», dizia um dos juizes, GEORGE WYTHE, depois collaborador na constituição federal, «se a legislatura tentar transpor os limites, que o povo lhe traçou, eu, administrando a justiça publica de minha terra, afrontarei, da minha cadeira neste tribunal, todo o seu poder, e, apontando-lhe a constituição, lhe direi: Aqui estão as fronteiras da vossa autoridade; até aqui podeis ir; além, não.» (4) A decisão foi unanime em reconhecer á justiça a alta prerogativa reivindicada nessas nobres palavras. Em 1786 se agitou a famosa questão *Trevett v. Weeden* (5), em que a defesa se firmou nesta doutrina, logicamente exposta. «A assembléa geral», argumen-

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

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

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

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

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

tava o advogado, «opera em virtude de uma constituição, de cujos preceitos, se tentar sahir, infringe o mandato, que se lhe confiou; pelo que os seus actos, d'ahi em diante, já não poderão ter-se como leis.» Nesta idéa assentou a sentença; e os juizes, chamados á presença do corpo legislativo, obrigaram-n'o a recuar, declarando-lhe que, independentes no circulo das suas funcções», não podiam reconhecer força de lei a um acto inconstitucional da legislatura. No mesmo sentido se pronunciou a justiça da Carolina do Sul em 1792. (1) E nesse mesmo anno a suprema côrte americana principiou, na questão *Hayburn*, a firmar a jurisprudencia da nullidade das leis inconstitucionaes, que o juiz PATTERSON, em 1795, enunciava desassombradamente nestes termos: «Dê-se o que se der noutros paizes, quanto a este não pode haver duvida que *todo acto da legislatura, repugnante á constituição, é absolutamente nullo.*»(2)

Hoje *ninguém* ousaria alli contestar esse axioma, sobre o qual assenta a harmonia dos poderes politicos na constituição americana.

Appellarei, ao acaso, para alguns mestres.

BOUVIER (3) :

Toda lei inconstitucional é.... *ipso facto nulla.*»

COOLEY :

«A expressão *lei inconstitucional*, na jurisprudencia americana, é uma antinomia, e envolve contradição nos pro-

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

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

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



prios termos; por isso que de facto o acto contrario á constituição *nada tem de lei.* » (1)

« Quando quer que os representantes do paiz excederem os limites postos á sua acção pela lei fundamental... a sua deliberação será, *como lei, nulla.* » (2)

« ...taes actos, posto que revestidos de todas as formas de lei, *não seriam lei.* » (3)

BAKER:

« Quando os actos do congresso transgridem a constituição, é da competencia dos tribunaes declarar-os *nullos.* » (4)

ORDRONNAUX:

« *Não é lei*, manifestamente, o acto legislativo, que contravier á constituição; e, como aos tribunaes cumpre executar *só o que for lei*, não lhes resta outra faculdade, senão declarar insubsistente esse acto da legislatura. » (5)

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

E' texto formal delle que

« Das sentenças das justiças dos estados em ultima instancia haverá recurso para o supremo tribunal federal:

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

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

(3) *Ib.*, p. 89. No mesmo sentido, á p. 124, n.

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

(5) *ORDRONNAUX: Op. cit.*, p. 426. — *RUY BARBOSA: Actos inconstitucionaes*, p. 41 — 7.

a) quando se questionar sobre a *validade de tractados e leis federaes*, e a decisão do tribunal do estado for contra ella ;

« b) quando se contestar a *validade de leis* ou de actos dos governos dos estados em face da constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas. » (Art. 59, § 1^o)»

Essas disposições, como se está vendo, constituem expressamente o supremo tribunal federal juiz, *em ultimo recurso*, da *validade das leis* (locaes, ou federaes), e confere-lhe, portanto, a attribuição de pronunciar, *em ultimo recurso*, a nullidade dellas ante a constituição do paiz.

Mas dizer que o supremo tribunal julga da validade e pronuncia a nullidade das leis *em ultimo recurso*, é implicitamente dizer que, abaixo desse tribunal, outros, em gráo inferior, exercem o mesmo poder.

Quaes são essas justiças, investidas pela nossa constituição na competencia de sentencear, em instancia inferior, sobre a insubsistencia dos actos legislativos?

Todas as que a republica reconhece.

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

« Ao supremo tribunal federal compete :

« Julgar, em gráo de recurso, as questões resolvidas pelos juizes e tribunaes federaes. »

E deriva, ainda mais claramente, dest'outra :

« Compete aos juizes e tribunaes federaes processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da constituição federal. » (Art. 60, a.)

Para os literalistas, em face destas duas clausulas, a questão estaria em saber se a phrase « acção, ou defesa », que se « fundar em disposição da constituição federal », autoriza o debate, perante os tribunaes federaes de primeira instancia, acerca da validade das leis federaes submittidas á pedra de toque da lei fundamental.

Mas ainda aos olhos da hermeneutica mais estricta essa duvida cessará, em se notando que o artigo 59, § 1º, a, da constituição positivamente habilita os proprios tribunaes estaduaes, sem reserva de instancia, a fundarem os seus julgados na insubsistencia das leis federaes. Os termos são estes: « ... quando se questionar sobre a validade de... leis federaes, e a decisão do tribunal do estado for contra ella. »

Ora, seria insensato que, quando o texto constitucional se refere a recursos para o supremo tribunal federal em materia de nullidade de leis, negasse aos tribunaes da União, no que toca á interpretação do pacto federal, uma faculdade, que reconhece aos dos estados.

Mas, hoje, a interpretação, no assumpto, está dada pelo proprio congresso. Antes de receberem a consagração judiciaria nos arestos de 1895, as minhas heresias anarchicas de 1892 já tinham sido solememente esposadas pelo corpo legislativo na lei de 20 de novembro de 1894, cujo art. 13, § 10, reconhece á justiça federal o poder de pronunciar a in-

constitucionalidade *das leis*, e negar-lhes, nesse caso, observância :

« Os juizes e tribunaes apreciarão a validade *das leis* e regulamentos, e deixarão de applicar aos casos occurrentes *as leis* manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis, ou com a constituição. »

Nullidade parcial

De que uma lei encerre inconstitucionalidade não se segue que esse defeito se estenda a toda ella ; assim como do provar-se que ella é constitucional em certas disposições não se conclue que o seja no todo. Ora porque a mesma lei abrange objectos diversos, ora porque, tratando um só assumpto, o resolve por accumulção de medidas inspiradas em motivos distinctos, acontece que um acto legislativo, irreprehensivel em certas clausulas, ante a constituição, n'outras a desconhece e quebranta. Nesse caso, se a parte constitucional é desaggregavel da inconstitucional, cabe aos tribunaes joeirar uma da outra, e, acceitando a legitima, repellir a viciosa.

BANCROFT, estudando os trabalhos constitucionaes da convenção americana, observa: « A justiça pode rejeitar, em um acto do congresso federal, ou de um estado, só o que estiver em divergencia com a constituição. Se de tal defeito se resentir unicamente uma clausula, ou, até, uma palavra, cumpre que se desprese essa clausula, ou essa palavra: nada mais.» (1) « Só se declarará vã,» diz KENT, substanciando

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

as conclusões de um aresto, « a parte do acto legislativo contraria á constituição. » (1) O juiz COOLEY (2) adverte na mesma possibilidade: « A's vezes se verificará que um acto da legislatura, opposto, em algumas das suas disposições, á constituição, n'outras, subsistentes por si mesmas, não apresente mácula. Sendo assim, *a parte*, que implicar com a constituição, será considerada nulla.» BLACK, no seu luminoso livro (3), estabelece a regra de que, « quando parte de um estatuto for inconstitucional, e válida outra parte, se discriminarão as duas, mantendo-se a que se conformar á constituição.» « Uma lei pode ser parte válida, parte nulla», ensina um dos mais modernos juristas americanos. (4) Só se declarará nullo.» diz um eminente professor da universidade de Harvard, « o que na lei for inconciliavel com a constituição.» (5)

Poderia continuar a invocar autoridades, a qual mais graduada, em apoio dessa these. Mas basta ao meu intento apontar a lei de 20 de novembro de 1894, n. 221, cujo art. 13, § 90, resa:

« Verificando a autoridade judiciaria que o acto ou resolução em questão é illegal, o annullará no todo, *ou em parte*, para o fim de assegurar o direito do auctor.»

(1) *Fisher-v. Mc Girr*. KENT: *Commentaries* (ed. de 1867), vol. I, pag. 487.

(2) *Constit. Limitat.*, p. 211.

(3) *American Constitution. Law*. p. 62 n. 61.

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

(5) THAYER: *Cases on Constitutionl Law*, I, p. 54, 174.

O dec. de 21 de outubro de 1895

No caso de actos legislativos parte constitucionaes parte inconstitucionaes está o dec. n. 310, dessa data, a cujo respeito se move a presente acção.

Declara elle, no art. 1º, amnistiadas «todas as pessoas, que directa ou indirectamente se tenham envolvido nos movimentos revolucionarios occorridos no territorio da republica até 23 de agosto» do anno passado.

A essa disposição não ha que oppor. Adoptando-a, o congresso exerceu uma das attribuições da sua prerogativa: a que se estabelece no art. 34, n. 27 da constituição. Ella forma de per si uma medida completa, que poderia ser promulgada como todo independente, e como todo independente deve prevalecer, uma vez demonstrada a insubsistencia das restricções, que, nesse decreto, a adulteram.

Em contradicção, de feito, com o pensamento benigno e reparador, que anima esse texto, com o pacto de esquecimento, *lex oblivionis*, que elle consigna, essa estipulação de clemencia e harmonia, a promessa liberal e franca de amnistia,

acaba monstruosamente, *desinit in piscem*, n'este appendice caudal:

« § 1º Os officiaes do exercito e da armada, amnistiados por esta lei, *não poderão voltar ao serviço activo antes de dois annos*, contados da data em que se apresentarem á autoridade competente, *e ainda depois desse prazo, se o poder executivo julgar conveniente*.

« § 2º Esses officiaes, emquanto não reverterem á actividade, *apenas vencerão o soldo de suas patentes, e só contarão o tempo para a reforma.* »

Por este meio, pois, a amnistia, com cuja esperança abençoada se acena ao paiz no começo do art. 1º, degenera, para os officiaes amnistiados, numa triplíce pena, em que são *promiscuamente* envolvidos, e que o poder legislativo lhes impõe *directamente*.

Esses officiaes

primeiro, ficarão, pelo praso, nunca inferior a dois annos, *que o poder executivo deliberar*, excluidos da actividade militar ;

segundo, só vencerão, durante esse periodo, o soldo das suas patentes ; isto é, serão privados, pelo tempo que ao governo aprouver, das outras vantagens pecuniarias asseguradas pelas leis do exercito de mar e terra aos officiaes ainda quando não se achem no exercicio de commissões ;

terceiro, não contarão esse termo de inactividade senão para a reforma ; o que quer dizer que deixarão de contal-o para as promoções.

Distinctas da amnistia, repugnantes á natureza della, essas disposições appendiculares attentam flagrantemente contra a constituição nacional.

E' o que passo a mostrar.

Amnistia penal

São bem conhecidas as características da amnistia. (1) O « véu de eterno esquecimento » (2), em que os publicistas e criminalistas dizem por ella envolvidas as desordens sociaes, objecto desse acto de alta sabedoria politica, não é uma vulgar metaphora, mas a formula de uma instituição soberana. Por ella, não só se destroem todos os effeitos da sentença, e até a sentença desaparece (3), senão que, remontando-se ao delicto, « se lhe elimina o character criminoso (4), supprimindo-se a propria infracção. (5) Por ella, ainda mais, além de se extinguir o proprio delicto (6), se repõem as coisas no mesmo estado, em que estariam, se a infracção nunca se

(1) RUY BARBOSA *Actos inconstitucionaes*, p. 207—12.

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

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

(4) GIACCHETTI, III, p. 430.

(5) GARBAUD: *Dr. Pén*, II, p. 142.

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

tivesse commettido. (1) Esta é a amnistia verdadeira, a que cicatriza as feridas abertas pelas revoluções, aquella cujas virtudes o historiador grego celebrava nestas palavras de eloquente concisão: «Elles perdoaram, e d'ahi avante conviveram em democracia.» (2)

Mas, como nem sempre as fraquezas do poder permitem, ou a necessidade das circumstancias aconselha o uso desasombrado dessa attribuição, succede que muitas vezes o Estado a exercite sob certos temperamentos, auctorizados segundo o axioma de que pode o menos quem pode o mais. Em casos taes, ora a amnistia exceptua da sua clemencia parte dos corréos nos factos criminosos; ora só os admite á participação no beneficio mediante condições de tempo, ou de modo; ora, se se tracta de *condemnados*, em vez de os absolver completamente do castigo, em que incidiram, pode simplesmente mitigar-lhes a pena.

Por nenhum desses alvitres se pautou a amnistia de 21 de outubro.

Ella não estabeleceu exclusões.

Condições tambem não prescreveu.

Nem estipulou para sentenciados redução de pena.

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

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

(1) *Cassag. de Florença*, 16 de março 1864. MEL, p. 203.—*Cass. fran.* 19 jul. 1839.—FAUSTIN HÉLIE, II, p. 720. n. 1090.—DALLOZ, *loc. cit.*—CARRARA. *Program. del corso di dir. crim. Parte gen.* II, p. 199.—LE SELLIER: *Dr. Crim.*, V, § 2.157.—COGLIOLO: *Completo Trattato di Dir. Penale*. vol. I, part. III, p. 968.

(2) THUCYDIDES, VIII, 73 (JOWETT, I, p. 598.)

O decr. de 21 de outubro creou penas para os amnistiados? Evidentemente.

Que vem a ser pena?

«O mal, que se padece, por causa do mal que se fez; *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*», responderia GROCIO. (1) «O mal, que se inflige em razão do delicto; *malum quod propter delictum infligitur*», diria CARMIGNANI. (2) «No seu significado geral», expõe um criminalista dos mais modernos: «a pena exprime uma dôr, um padecimento, e não pôde ser outra coisa; no seu significado juridico, indica o soffrimento, que a lei impõe a um culpado, em consequencia do seu delicto.» (3) N'um livro ainda mais recente, diz outro escriptor: «Pena é o mal infligido pela sociedade ao auctor, ou aos auctores, de um delicto, em rasão deste.» (4)

Ora, o decr. de 21 de outubro impoz aos amnistiados: estarem inhibidos, por dois annos pelo menos, do exercicio de sua profissão;
curtirem, por esse espaço de tempo, uma diminuição nos seus vencimentos;

soffrerem na contagem da sua antiguidade um córte, no minimo, de dois annos; o que, posta de lado a importancia moral e profissional do accesso na carreira militar, exprime outro desfalque nos proventos legaes da situação do official, porquanto, sendo os vencimentos graduados pelos postos, o atrazo de dois annos na escala destes importa um prejuizo correspondente na remuneração dos serviços prestados.

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

(2) *Elementa juris crim.*, § 293.

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

(4) THIRY: *Cours de dr. crim.*, p. 195, n° 271.

«A penalidade», ensinam os mestres, «fere o homem na sua liberdade, no seu patrimonio, ou nos seus direitos». (1)

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

Nos direitos os fere, outrosim, interdizendo-lhes, no decurso desse biennio, prorogavel pelo governo, a actividade nos postos.

Considerarei successivamente as tres comminações, principiando pela ultima, que é a primeira na ordem natural e na do texto legislativo, para lhes demonstrar o character strictamente penal.

I

INACTIVIDADE

A condição, a que o art. 1º, § 1º, da lei de 21 de outubro sujeita os meus constituintes, tolhendo-os de «voltarem ao serviço activo antes de dois annos», constitue uma suspensão temporaria das funcções militares, na plenitude das quaes os devia reintegrar a amnistia, cujo objecto natural é remover todas as incapacidades, em que pelo delicto incorrer o amnistiado. (2)

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

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

Mas, «a destituição e a *suspensão* de certas funcções, certos direitos e certas faculdades se acham prescriptas quasi universalmente *como pena* accessoria pelas legislações modernas dos povos civilizados.» (1)

Assim, na Suecia, «as penas peculiares aos funcionarios são a destituição e a *suspensão*.» (2) Entre as penas enumeradas pelo cod. penal hespanhol (art. 24) se nota a *suspensão* de cargo publico, profissão, ou emprego. Segundo o cod. penal portuguez (art. 59), as penas especiaes aos funcionarios vêm a ser a censura, a exoneração e a *suspensão*. As leis do cantão de Zurich pronunciam a *suspensão* de funcção ou emprego por um anno no maximo; as de Berne, a *suspensão* de funcções; as de Zug, a *suspensão* até dois annos; as de Friburg, a *suspensão* de emprego ou officio publico até um anno; as de Thurgovia, a *suspensão* até tres annos; as de Vaud, a *suspensão* de officio, ou cargo, por tempo determinado; as de Valais, a *suspensão* temporaria; as de Neuchatel, a *suspensão* de funcção ou officio publico. (3)

Cingindo-me agora propriamente ao direito militar, encontro, na lei helvetica «acerca da justiça penal para as tropas federaes» (27 de agosto, 1851), entre outras penalidades, a de *suspensão*; nos codigos penaes italianos do exercito de mar (1869) e do exercito de terra (1870), entre as penas que não privam o réo da dignidade militar, a *suspensão*; em Hespanha, no *Codigo de Justiça militar*, promulgado em 27 de setembro de 1890, ao lado da degradação militar, « a

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

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

(3) *Ib.*, p. 273, 275, 276-7, 278-82.

destituição temporaria de serviço » (tit. II, art. 176-215); no código penal militar da Finlândia (16 de julho de 1886), entre as comminações estabelecidas, ainda a *suspensão*. (1)

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

O decr. n. 108 A, de 30 de dezembro de 1889, art. 3º, estatue que os officiaes da armada occuparão uma das seguintes posições: actividade, disponibilidade, *inactividade*, reserva, reforma.

Reformados não são os meus constituintes. Não se acham em actividade. Na reserva não estão; porque essa comprehende somente os officiaes em observação de saude e os licenciados por mais de dois annos. Também não é de disponibilidade a sua situação; porque essa presuppõe no governo a faculdade de dispor do official disponivel, isto é, de empregal-o; justamente o que o decr. de 1895 lhe prohibe. Não podem, outrosim, caber nessa categoria; porquanto o official em disponibilidade percebe (art. 4º, n. 2), além do soldo, a gratificação mandada abonar aos officiaes desembarcados pela lei n. 3.367, de 21 de agosto de 1888. Não ha, portanto, outra classificação legal, em que os possamos contemplar, senão a de *inactividade*.

Esta, porém, se verifica (art. 3º, n. 3), quando os officiaes estão «prisioneiros de guerra, cumprindo sentença, inactivos por medida disciplinar decretada em conselho, ou licenciados, para tratar de sua saude, se a licença não exceder o prazo de um anno.»

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

Não se achando os meus constituintes licenceados, não estando inactivos por acto disciplinar de conselho, não sendo, ainda, prisioneiros de guerra, força é, por exclusão de partes, reconhecer que estão « *cumprindo sentença.* »

Como quer que seja, occupam uma situação identica a essa; porque, fóra daquelles tres outros casos de inactividade, só nesse deixam de estar na activa os officiaes de marinha não reformados, que não estiverem na reserva, ou em disponibilidade.

No decr. n. 18, de 7 de março de 1891, hoje em vigor, aliás injuridicamente, como codigo penal da armada, se estabelece, entre os demais instrumentos de repressão dos crimes, a « privação do commando ». (Art. 39). Essa pena « inibirá o condemnado de exercer qualquer commando em terra, ou no mar, pelo tempo que a sentença declarar. » (Art. 51.) O commando é apenas *uma* das funcções da actividade. Entretanto, a simples privação desse elemento della já tem, aos olhos de legislador, foros de pena. Mas pelo decr. de 21 de outubro se vedam aos officiaes, não essa unicamente, *mas todas as outras* funcções da actividade militar.

Logo, não é absolutamente possível desconhecer á prescripção do art. 1º, § 1º, desse decreto a natureza de penalidade.

E, como ella não existe em lei militar alguma, para o exercito de mar, ou de terra, hão de confessar os mais pyrrhonicos que essa penalidade é *creada pelo acto de amnistia.*

REDUCÇÃO NA ANTIGUIDADE

Expressão de um direito inviolavel do official, a antiguidade é um dos elementos necessarios da promoção. Esta, para o exercito de terra, tem o seu assento na lei n. 585, de 6 setembro de 1850, e no reg. de 31 de março de 1851, firmando-se na antiguidade, regida pelo dec. n. 572, de 9 de janeiro de 1849. Para a marinha, a materia estriba na lei n. 2.296, de 18 de junho de 1873.

O principio, declarado, em relação ao primeiro, pela resolução de 9 de dezembro de 1823 e varias outras (1), firma, para todos os officiaes de patente, jus á contagem de todo o tempo, em que serviram antes de demittidos.

Não será, portanto, uma pena, rigorosamente caracterizada, a suspensão desse direito por acto soberano do poder publico, em relação a individuos, que elle, no mesmo acto, indigita como réos de movimentos criminosos?

Parece-me intuitivo.

A lei de 18 de junho de 1873 (n. 2.296) determina que «a antiguidade, para os accessos, será contada da data do decreto do ultimo posto» (art. 4º), e particulariza os casos, em que esse calculo se ha de sujeitar a abatimento.

« Não será contado para a antiguidade do official de marinha, nem para os effeitos da presente lei », diz ella (art. 5º), « o tempo :

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



- «1º De licença registrada ;
- «2º De cumprimento de sentença condemnatoria ;
- «3º De serviço estranho á repartição de marinha ;
- «4º O excedente a um anno, que o official passar na 2ª classe por motivo de enfermidade, salvo o caso de lesões em combate.»

Tirante essas hypotheses, a legislação de marinha não conhece subtracção de tempo á antiguidade do official. Até o anno transacto, pois, tinha estabelecido o legislador brasileiro que o official não licenciado, não empregado em serviço estranho á marinha, não transferido para a 2ª classe por licença excedente de um anno, só perderia tempo, *se estivesse cumprindo sentença condemnatoria.*

A lei de 21 de outubro, pois, igualou a posição dos seus *amnistiados* á dos condemnados, sujeitos ao cumprimento de sentença.

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

A disposição do art. 12 da lei n. 2.296 corrobora esta conclusão irrecusavel.

« Não entrarão em promoção », diz ella :

« 1º Os guarda-marinhas, pilotos e officiaes, *que estiverem processados* em conselhos de guerra, no fôro commum, ou em conselho de inquirição por máo procedimento habitual, e *os irregularmente ausentes*, bem como *os que estiverem na 2ª classe* ; mas, *se forem absolvidos*, ou regressarem para a 1ª classe, e tiverem sido preteridos na promoção publicada du-

rante o tempo do processo, *serão logo promovidos com a antiguidade daquela promoção*, ficando como aggregados, emquanto não houver vagas;

« 2º Os que estiverem cumprindo sentença ;

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

De modo que, exceptuados os prisioneiros deshonrados por actos de indignidade, os irregularmente ausentes e os inscriptos na 2ª classe, o nosso direito naval só retarda a promoção aos officiaes, quando *em processo, ou em cumprimento de sentença* ; e em tanto extremo zela esse direito, que, se o processado for absolvido, a promoção retrograda, para lhe compensar o atrazo.

O que a clemencia politica de 1895 fez, por conseguinte, foi tractar os *amnistiados* como réos de crimes passados em julgado, submettendo-os, no tocante á antiguidade e ao accesso, á condição de criminosos convictos.

Os que ainda refugirem á evidencia destes argumentos, abram agora o dec. n. 18, de 7 de março de 1891, e submettam as suas duvidas ao toque do art. 48, § 3º, onde se diz:

« *Durante o cumprimento das penas civis ou militares não será contada antiguidade ao condemnado para nenhum effeito de direito.* »

D'aqui materialmente se vê que a interrupção no fio da antiguidade é um castigo concumitante *ao cumprimento de penas*. E', pois, o que, em materia penal, se chama uma pena accessoria.

Deste modo, ainda por esta face avulta o character penal da celebre amnistia.

III

DEDUÇÃO NOS VENCIMENTOS

Terceira punição resulta, outrosim, do acto *bemfazejo* de 21 de outubro, para os seus beneficiados. Estes, prescreve o art. 1.º, § 2.º, durante dois annos pelo menos, «apenas perceberão o soldo das suas patentes.»

Consideremos o pio effeito desta clausula sobre os *amnistados*.

Regem presentemente os vencimentos dos officiaes do exercito as instrucções, que baixaram com o dec. legislativo n. 946 A, promulgado pelo governo provisório no 1.º de novembro de 1890.

Dispõem ellas que «o vencimento dos officiaes se compõe de soldo, etapa e gratificação de exercicio.» (Art. 2.º) Desta não ha que dizer, pois *ex vi termini* só aos officiaes em exercicio pode competir. Mas, além della, perdem tambem os meus constituintes a etapa.

Ora, segundo o art. 15 dessas instrucções :

« Além dos officiaes empregados no serviço effectivo do exercito, ou em commissões militares, *perceberão tambem etapa.*

“.....

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

« 4.º *O official suspenso do exercicio por ordem do governo.*»

A etapa não é, portanto, inherente ao exercicio. Antes subsiste independentemente d'elle em varios casos, dois dos quaes se acham individuados nos paragraphos transcriptos. Continúa a perceber etapa, diz positivamente o § 4º, «o official *suspenso de exercicio* por ordem do governo.» Quer isto dizer que a etapa, como o soldo, faz parte do patrimonio do official, dos direitos vinculados por titulo de propriedade á sua patente. Esta a razão (não ha outra), por que a lei recusou ao governo o arbitrio de dar, ou tirar ao official a etapa, dando-lhe, ou tirando-lhe o exercicio. E' no campo desse direito, de tamanho alcance para a situação pessoal do militar, que o congresso entrou afoitamente, negando aos suspensos do exercicio *por sua ordem* vencimentos assegurados aos suspensos do exercicio por acto do executivo.

Será, ou não, pena, e accentuadamente caracteristica, essa privação ?

Mas não é tudo.

Pelo § 3º das instrucções de 1890 se affiança a etapa ao official *indultado*, ainda quando sobre elle persista a nota de outro delicto. Ao indulto, acto do poder executivo, se attribue, pois, o effeito de restituir *ao criminoso condemnado* a etapa. E agora á amnistia, acto de uma auctoridade mais alta, mais poderosa, mais ampla, de uma auctoridade omnipotente no bemfazer, se cancella, a respeito de simples *accusados*, esse effeito vulgar. O que é resultado trivial da clemencia administrativa, recusou-o categoricamente a clemencia do congresso.

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

As instrucções mandadas observar pelo dec. n. 946 prescrevem, ainda, no art. 22 :

« Os officiaes *condemnados a mais de dois annos de prisão em ultima instancia* perdem o direito á etapa desde a data da intimação da sentença, *visto terem perdido a patente.*»

A etapa é, dest'arte, um elemento da patente, que só com ella desaparece. Por esses textos se averigúa que, exceptuados os officiaes empregados em serviço estranho ao ministerio da guerra (art. 20, § 1º), os que exercerem empregos de ordenado, ou gratificação (art. 20, § 2º), e os doentes, recolhidos aos hospitaes (art. 21), só não têm direito á etapa os que, por sentença passada em julgado, soffrerem condemnação a mais de dois annos de carcere. Nem durante o processo se lhes suspende o direito a esta parte do vencimento militar. A não serem, pois, os casos, em que o official troca por outro o serviço da guerra, ou recebe noutras vantagens (gratificação, ordenado, ou tratamento hospitalar) uma equivalencia da etapa, a privação desta, no direito militar brasileiro, constitue pena subsidiaria á de prisão.

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

E', ou não, pois, uma pena?

Quanto á marinha, impera no assumpto o dec. n. 389, de 13 de junho de 1891. Resa elle, no art. 17:

« Os officiaes da armada, quando desembarcados e *sem commissão por motivo independente de*

sua vontade, perceberão, além do respectivo soldo, um terço das gratificações do commando de força os generaes, e os demais dois terços das de embarque, devendo os officiaes superiores e subalternos servir como addidos ao quartel-general, segundo as tabellas em vigor.»

Estabeleceram-se essas disposições por força de um principio constitucional: o do art. 85 do pacto da União, segundo o qual os officiaes da armada e das classes annexas terão as mesmas patentes e vantagens que os do exercito nos cargos de categoria correspondente.

Assim que, juridicamente, a situação dos officiaes, que o dec. de 21 de outubro privou do exercicio, seria a de «desembarcados, sem commissão por motivo independente de sua vontade.» Nesse character, porém, lhes toca, *além do soldo*, um terço das gratificações de commando de força, se são generaes, e, se são officiaes, dois terços das de embarque. O acto, portanto que os desapossa desse direito legal e dessa porção pecuniaria do seu patrimonio, é, ainda por este lado, uma medida punitiva.

IV

SUPPRESSÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

A triplice privação de direitos, que acabo de tornar palpavel — direito de exercicio, direito a vencimentos, direito á antiguidade—, está mostrando que a amnistia de 1895 se resolve em uma conjuncção de tres penas.

E' uma amnistia tres vezes penal.

Poderíamos chamar-lhe uma amnistia invertida.

Se as pessoas indiciadas na revolução de 1893 tivessem passado pelos tribunaes, e incorrido na sua condemnação, indubitavelmente o poder amnistiante, em vez de exercer-se, apagando por inteiro a pena, podia limitar-se a commutal-a em soffrimento menor. Nesse caso, de feito, a parte não extincta da penalidade não seria creação da amnistia, *mas da decisão judicial, que a precedera*, e por ella teria sido attenuada.

Se, estabelecendo para os delictos, de que as increpam, direito novo, menos severo do que o antigo, o dec. de 21 de outubro lhe deixasse a applicação á magistratura, taes disposições, pelo principio da *retroactividade benigna*, aproveitariam constitucionalmente aos accusados, para os quaes o acto do congresso seria então beneficio digno de reconhecimento.

Mas, estando os meus constituintes por julgar, e adscrevendo-os a legislatura, sem julgamento, ao castigo, que lhes institue *ad hoc*, a anarchia dessa façanha politica incorpora na mesma entidade o legislador e o juiz, confunde no mesmo acto o codigo e a sentença. Foi para o caso desses desvarios que o juiz PATTERSON dizia, ha noventa e seis annos, na suprema côrte federal: «Teria a legislatura a faculdade de punir cidadãos, pelo facto de haverem servido ao inimigo, e não encontrarem punição no curso ordinario da justiça? Não; porque desse modo exerceria auctoridade judicial.» (1)

Dessa absorpção de uma auctoridade na outra, porém, direi n'outro capitulo. Por emquanto, o que faz ao meu propo-

(1) «Had, then, the legislature power to punish its citizens, who had joined the enemy, and could not be punished by the ordinary course of law? It is denied, because it would be an exercise of judicial authority.» *Cooper v. Tal-fair. THAYER: Cases, 1, pag. 107.*

sito, é firmar a conclusão de que, sob a rubrica de amnistia, o que resalta no decreto de 21 de outubro, é um regimen de direito penal novo, inaugurado expressamente para a especie.

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

Mas, como esta, em virtude de outras regras constitucionaes, que depois considerarei, só se *exerce para casos futuros*, a pretensão de applical-a a factos anteriores serve apenas de aggravar o abuso commettido sob a invocação da amnistia.

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

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

Defendendo, ha tres annos, perante a justiça federal, a causa dos generaes e officiaes despoticamente reformados em 1892; eu formulei estas proposições, hoje consagradas pela solução victoriosa desse pleito:

«A constituição, no art. 74, declara que as patentes e os postos são garantidos «em toda a sua plenitude.» Ora, a patente e o posto se decompõem em dois elementos: o titulo, que sobrevive á reforma, e a *effectividade*, que com ella cessa. Assegurar, portanto, as patentes e os postos «em toda a sua plenitude» é assegurar-os nos seus dois elementos: *contra a privação da effectividade*, como contra a privação do titulo. » (1)

(1) Ruy BARBOSA : *Actos inconstituc.*, pag. 153.

Não se quer dizer com isso, está claro, que a effectividade seja um direito, e que o official não possa perder a patente. Todos os direitos são susceptíveis de limitação e extincção. Quando a constituição os assegura em toda a sua plenitude, seu pensamento é asseguar-os contra o arbitrio, venha de onde vier, escudando-o na lei, interpretada pela justiça. Os mais preciosos direitos, a propriedade, a liberdade, a vida, a honra, perdem-se *por sentença judicial*, de conformidade com a legislação preexistente. Mas, fóra dessas condições, esses direitos são invioláveis. As limitações e *a fortiori* a extincção de um titulo pessoal, cuja perpetuidade é affiançada plenamente na constituição, não podem verificar-se, a não ser por effeito de uma pena, isto é, da applicação de um julgado criminal, unico meio pelo qual se rompe o vinculo das funcções inamovíveis.

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

Prescreve, com effeito, elle (art. 1°, § 1°) que os *amnistados* não voltarão á activa durante os dois annos de expiação alli taxados, «nem ainda depois desse praso, se o poder executivo assim julgar conveniente.»

Toda a vez que o poder humano extrapassa as raias da lei, expõe-se a delirar. Sobre os proscriptos do estado de sitio em 1892 reivindicou expressamente o poder executivo o arbitrio de pronunciar penas, e penas sem limite de tempo. Agora o poder legislativo, assumindo o de julgar os revolucionarios de 1893, crêa para elles um castigo, cujo termo deixa á escolha do chefe do Estado.

Está nas mãos deste prorogar *indefinidamente* o prazo de inactividade, imposto pelo decreto do anno passado aos officiaes. Quanto mais durar essa privação, mais frouxa será a insistencia dos interessados em abrevial-a. As victimas irão desanimando. Os triumphos successivos da prepotencia ir-se-ão consolidando em facto definitivo. Um após outro, os esbulhados irão abrindo mão de um direito inutil. E, quando chegue o termo da penitencia, talvez bem poucos aproveitem a seródia concessão da força. Não digo que assim venha a succeder. Pode bem ser que talvez não se realize, na ordem dos factos. Mas, na ordem logica, na ordem juridica, o meu raciocinio é irrefragavel: se o congresso dá ao presidente da republica o direito de alongar a seu talante a inhabilitação de servir, que impoz aos officiaes, o congresso dá-lhe a faculdade evidente de perpetual-a.

Este é, pois, virtualmente o *arbitrio*, em que alli se investe o poder executivo: é o arbitrio de *privar para sempre* da effectividade os officiaes amnistiados. E, como, em toda a duração desse periodo illimitado, elles só vencerão soldo, e não contarão antiguidade, senão para a reforma, de verdadeiros reformados é que será, se o governo quizer, a condição, a que implicitamente os reduz esse capricho do legislador revoltado contra a lei fundamental. Privados do exercicio, reduzidos ao soldo e inhibidos de subir na escala das promoções *por tempo indeterminado*, ao sabor do governo, esses militares estarão expostos, « *se o poder executivo julgar conveniente* », a não volver nunca mais ao exercicio, nem á fruição dos seus vencimentos legaes, nem á contagem plena de sua antiguidade. Isso não é porventura o que terá de acontecer. Mas é o que o decreto formalmente auctoriza. E, como o que se dis-

cute, não é o horóscopo do seu destino, mas a extensão logica dos seus corollarios, isso é o que nos importa.

A patente, como o posto, ambos consagrados « em toda a a sua plenitude » pela carta federal, não é uma expressão abstracta, mas um composto real de interesses e direitos. Esses direitos e interesses, no que lhes é mais substancial, consistem no *exercício*, no *vencimento* e na *antiguidade*. O exercício supprime-se; o vencimento desfalca-se; a antiguidade reduz-se a um só, dos seus dois efeitos capitaes; e isso não por dois annos sómente, mas *por quantos deliberar o governo*. Logo, patente e posto, quaes a constituição os quiz, e os declara, como realidades juridicas independentes, amparadas contra o arbitrio pelo regimen constitucional da lei, desapparecem de todo.

O que resta, já não é o *direito* da patente e do posto, casado, temporaria, ou perpetuamente, ao bel prazer da admiuistração: são apenas os restos, que a condescendencia della houver por vantajoso permittir a esses desclassificados do elemento militar.

Não se poderia violar por uma sophisteria menos decente o art. 74 da constituição. Se elle não consente as reformas arbitrarías, como ficou judicialmente liquidado na questão dos reformados de abril, tão pouco admittirá esta situação anomala, innominavel, para a qual, á mingua de classificação, que os seus inventores não ousaram dar-lhe, engenham as secretarias a de *reserva especial*. Ainda quando fosse transitoria, esta situação, representando a imposição de uma pena pelo congresso, não seria menos inconciliavel com o art. 74 da constituição. Mas, se o governo houver por bem, basta adoptar para com esses officiaes a attitude passiva de não n'os chamar outra vez ao exercicio, para que essa privação de direitos,

inculcadamente passageira, se invetere, convertendo-se de facto numa equivalencia de reforma, com a desvantagem de não se confessar tal, e subtrahir assim ás victimas da aberração as condições de independencia, que nessa classe desfructariam.

Por este artificio se supprimiu, pois, a esses militares, de um modo escuso, mas não menos illegitimo, o seu direito constitucional : a integridade das patentes.

Decreto-sentença

Que o decr. de 21 de outubro accumulou tres penas sobre os amnistiados já não se poderá negar.

Penas, porém, não são essas do genero daquellas, a que os paizes livres se abrigam contra o crime, sim das que as edades barbaras, ou barbarizadas, vão buscar na idéa da força. «Pena», diz um dos classicos do direito penal, «é o mal, que, em conformidade com a lei do estado, os magistrados infligem aos que, com observancia das formas, se reconhecem culpados de um delicto. Se o mal se impõe a quem não se verificou ser culpado, ou por quem não tinha a auctoridade de impol-o, será vingança, violencia; em sentido juridico, porém, não será pena.» (1)

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

34

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

Disso temos o mais frisante specimen no decreto de 21 de outubro, que, innovando para o caso o castigo, elimina o processo, e pronuncia a condemnação.

No Brasil essas noções, que para os auctores do antigo código criminal (2) já eram dogma, circulavam outr'ora até nas escolas militares, onde os lentes officiaes ensinavam que « os indícios, por mais vehementes, não fazem prova, e devem absolver », quando os meios de defesa contrabalançam os da accusação. (1) E até o *codigo Foster*, que não pecca por sentimental, estatua, não faz muito tempo, que « nenhuma presumpção, por mais vehemente que seja, dará logar a imposição de pena. » (2)

Stabitur praesumptioni, donec probetur in contrarium, diz a dogmatica do direito. (3) Mas, se até a presumpção de innocencia cede á prova da culpa, os legisladores da amnistia de 1895, podiam, ao menos, permittir ás victimas da sua generosidade que a presumpção da culpa cedesse á prova da innocencia.

Nem isso, porém, quizeram. Dispensaram de prova a accusação, e, ao mesmo tempo, vedaram aos accusados a defesa ; para o que o meio radical era trancar as portas ao processo, e fulminar *ex-informatá* a sentença. Mas difficilimo seria fazel-o, statuindo sem rodeios que as pessoas colhidas nas malhas de certa e determinada imputação entrassem indefesas no cumprimento da pena arbitrada pelo congresso. Descomposta assim, a pretensão extrapassaria as proprias

(2) Art. 36.

(1) THOMAZ ALVES : *Direito Militar*, II, p. 168.

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

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

raias do escandalo. Então conceberam que se poderia dissimular o odioso disparate sob uma apparencia de senso commum, ou, pelo menos, dar-lhe o vigor de imperativo absoluto, embrulhando-o n'um rotulo de amnistia. Digo rotulo, como diria mascara, porque tal papel mente á natureza dessa instituição. «L'indulgenza del principe», escreve um eminente criminalista, definindo a amnistia, «é fata per rilevare, non per abattere, per migliorare lo stato degli individui, non per cambiare in presunzione legale di reità la presunzione legale di innocenza, che accompagna ciascuno fino alla condanna irremovibile.» (1)

Mas a subtileza do artificio não podia illudir a magestade eterna dessa garantia, cujo amparo não abandona o accusado, senão quando a irremovibilidade da sentença o converteu, aos olhos da lei, em criminoso.

I

ABOLIÇÃO DO PROCESSO

Nos dias de gestação desse aborto legislativo, tive occasião de perguntar, em um recinto augusto, se não me concediam a hypothese da existencia de um innocente entre os presumidos rebeldes. Responderam-me com emphase, de um lado, que certamente concessão tal não se me podia fazer. De outro, com a sobrançeria das verdades superiores, me

35

(1) NICOLINI: *Procedura penale*, part. I, n. 925.

trovejaram que podia havel-os, mas que a soberania das camaras, nos grandes momentos do seu poder, não conhecia esse limite. Do congresso desses dois horrores juridicos, cuja nudez inconsciente define o estado moral de uma época, se gerou a amnistia de 1895.

A suspeita é a justiça das paixões.

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

Nas sociedades regidas segundo a lei a presumpção universal, é, ao revez, *a de innocencia*.

Accentua MITTERMAIER, estudando o processo criminal em Inglaterra, na Escocia e nos Estados-Unidos, que «uma regra essencial, resultante das leis e da praxe judiciaria», nesses paizes, é que os tribunaes «não devem ter por sufficiente a prova da culpa, e adoptar um veredictum de culpabilidade, senão quando já se não possa entreter duvida razoavel sobre ella.» (1) Um dos mestres da sciencia juridica na Europa latina, por outra parte, adverte incisivamente que, «em todo e qualquel systema de processo», nunca se poderá considerar averiguada a criminalidade do accusado, senão em virtude de um confronto entre a querela e a defesa, depois de adduzidas as provas de ambas.» (2) E, na America do Norte, a juiz COOLEY escreve, com o orgulho do americano livre: «A humanidade, do nosso direito presume sempre innocente o accusado, até que se lhe prove o crime.

(1) MITTERMAIER: *Traité de la procéd. crim. en Angl., en E'cosse et dans l'Amér. du Nord*. Trad. CHAUFFARD., p. 381.

(2) GABBA: *Retroattività delle leggi*, II, p. 418.—*Retroattiv. in materia penale*, p. 189.

Essa presumpção acompanha todo o processo contra elle, desde o principio da acção até ao veredictum. . . Constitue a presumpção de innocencia uma protecção absoluta contra a condemnação e o castigo, salvo confissão do réo em juizo, ou prova que ponha o crime fóra de qualquer duvida sensata. » (1)

Sobre essa regra assenta est'outra de que ninguem póde ser condemnado senão mediante processo regular, isto é, mediante os tramites preestabelecidos no direito nacional. Dizem inglezes e americanos que ninguem póde ser sentenciado senão «*by the law of the land*», ou «*by due process of law*», expressões synonymas na phraseologia juridica das duas grandes nações. (2) Esse principio, que, para a raça anglo-saxonia, data da Magna Carta, o que quer dizer que conta quasi sete seculos, tem hoje a sua consagração inconcussa em todas as constituições americanas. (3) A *law of the land*, dizia WEBSTER (4), «é a lei, que ouve, antes de condemnar, que obra mediante investigação dos factos, e não sentencêa senão no termo do processo. Ella assegura aos cidadãos a vida, a liberdade, a propriedade, todos os seus direitos e immunidades, pondo-os sob a protecção das disposições geraes, que regem a communhão. Tudo o que contra esses direitos se insinuar sob a forma de acto legislativo, não se poderá considerar lei do paiz.» O contrario, continúa o grande advogado, «tenderia directamente a estabelecer a confusão de todos os poderes na legis-

(1) *Constitutional Limitation*, p. 376 e 379.

(2) COOLEY : *Blucks'one's Commentaries*, ed. de 1884, vol. I, p. 134 n.

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

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

latura. Não haveria lei estavel, para ser applicada pelos tribunaes, ou obedecida pelos individuos. A administração da justiça seria uma forma vã, uma cerimonia escusada. Os magistrados funcionariam, para executar *sentenças legislativas*, não para declarar o direito, ou exercer a justiça nacional. » (1)

Definindo o « *due process of law* », um dos commentadores mais modernos da constituição americana repete o que invariavelmente se encontra em todos, notando que essa exigencia constitucional se destina a manter a todos os cidadãos « o jus a serem processados e julgados, em conformidade com as formas legais, por um tribunal imparcial, cuja sentença se pronuncie acerca da sua responsabilidade, ouvida a sua defesa. » (2) Esses termos, acrescenta, « alludem a certos direitos fundamentaes, sempre reconhecidos pela jurisprudencia de que a nossa decorre. » As expressões, que revestem a formula dessa garantia, têm por fim, dizia o juiz JOHNSTON, na suprema côrte federal, « escudar o individuo contra o exercicio arbitrario dos poderes do governo. » (3)

COOLEY accentúa que, de todas as limitações estipuladas pelo povo soberano á autoridade delegada, na constituição, á legislatura, « essa é a mais importante, the most important. » (4) Elle não deixou a discrição de retirar-se a ninguem o bene-

(1) *Ibidem*.

(2) LAWSON: *Rights, remedies and practice*, vol. VII, § 3,788, p. 5955.—BLACK: *Amer. Const. Law*. p. 424-5.—BAKER: *Annotated Const.*, p. 215 n. 33 e 37.

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

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

ficio tutellar dessa garantia suprema. (1) E tal é, de sua essencia, a inviolabilidade desse principio protector, que um antigo juriconsulto americano, SWIFT, no seu *System of the Laws of Conneticut* (2), escripto em 1795, rompendo com a opinião geral, que já então attribuia á justiça o poder de negar observancia ás leis inconstitucionaes, abre, todavia, excepção para os casos « *monstruosos, monstrous* », e entre esses o primeiro, que figura, é o de « um acto legislativo, que autorizasse condemnações sem verificação judicial do crime, *an Act authorizing conviction for crime without evidence.* »

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

«ninguem será sentenciado senão... em virtude de lei anterior e *na forma por ella prescripta.*»

E, dos elementos contemplados nas formas em vigor, tão substanciaes á essencia do direito considerou alguns, que nega ao legislador a faculdade de abolil-os, prescrevendo, no parographo seguinte :

« Aos accusados se assegurará na lei *a mais plena defesa com todos os recursos e meios essenciaes a ella.* »

Data, porém, de muito mais longe, entre nós, o patrimonio inestimavel dessa garantia. Não a adquiriu o Brasil por

(1) COOLEY: *Const. Limit.* p. 330, 376.

(2) Vol. 1, p. 50 e segs. — Apud THAYER: *American Doctrine of Constitutional Law. Harvard Law Review*, nov. 1893, p. 133 — 4. 32

dotação da republica. Os constituintes de 1891 não a trouxeram dos Estados Unidos: copiaram-n'a da constituição imperial (art. 179, ns. 8 - 11), para onde os mais antigos estadistas brasileiros a haviam transplantado, em 1824, da Europa livre, especialmente da Inglaterra. São principios cimentados aos alicerces da nossa organização politica pelos fundadores da independencia nacional.

Não é evidente que a bastarda amnistia do anno passado os calca aos pés? Negal-o seria ter perdido o senso da visão mais vulgar. Se não fôra esse decreto, os individuos arguidos de cumplicidade na revolução teriam atravessado a prova constitucional do processo, com accusação e defesa. Uns seriam condemnados. Outros *poderiam ser absolvidos. E tanto assim é que diversos o foram, em conselho de guerra, por sentença já passada em julgado.*

Como quer que seja, porém, nenhum soffreria alteração no seu estado juridico, *senão mediante julgamento.* Mercê do celebre decreto, porém, vieram a ficar, sem a mais leve apparencia de processo, por mandamento immediato do congresso, feridos, esbulhados em tres dos seus direitos legaes: o exercicio, o vencimento e a antiguidade. A imposição de taes males resulta, para elles, do presupposto, firmado neste decreto, da perpetração de um acto criminoso, a revolta, pelos individuos que elle indigita. Ora, a nota de revolucionario, como toda e qualquer outra de auctoria ou connivencia em delicto, não pôde existir legalmente, senão por força *de sentença.* Logo, na especie, a presumpção legislativa prescinde da sentença, substituindo-se a ella. Por outra, *o decreto é a sentença. O julgamento é o acto do legislador.*

Quando se estudava, na commissão régia, o projecto do

codigo penal italiano, discutiu-se uma vez se, dada a amnistia, pódem, ou não, subsistir certos effeitos *da sentença condemnatoria*. Sustentava o jurisconsulto LUCCHINI que seria contradictorio á natureza da amnistia o perdurarem quaesquer effeitos penaes *da condemnação*. «*Sarebbe contraddittorio alla sua natura che sussistessero alcuni degli effetti penali della condanna.*» Vingou, porém, no debate, o conceito opposto, pela razão expressa de que, «quando a amnistia se refere a *condemnação*, pode haver excepções ao principio de que ella traduz o esquecimento total, cuja acção tudo cancella.» (1)

Mas, quando não houver sentença, quando a amnistia se promulga antes do processo, não sonharam os collaboradores do codigo italiano, não sonharia ninguem que o decreto, que a pronuncia, lhe possa associar *effeitos penaes*. Isso por um motivo elementar: porque, sendo a pena funcção da sentença, o acto, do rei, ou das camaras, que vinculasse effeitos penaes a factos não julgados, seria um acto de julgamento pelas camaras, ou pelo rei.

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

II

SUPPRESSÃO DO TRIBUNAL

Se os meus constituintes foram sentenceados *por decreto*, obvio é que quem os sentenceou, foi o *congresso*.

(1) «Quando l'amnistia si riferisce alle condanne, vi possono essere delle eccezioni al principio che essa è obli o totale che cancella ogni cosa.» *Codice Penale del Regno d'Italia. Verbali della commissione*. Roma 1889. P. 224.

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

Senão, digam-me : esses homens, que, por um espaço de tempo entregue á discreção do governo, estão privados das suas funcções, de parte das suas rendas profissionaes e dos beneficios da sua antiguidade, como desertores e rebeldes, perante que justiça compareceram ? Que magistrado recebeu a denuncia do seu crime ? Que juiz lhes ouviu a defeza ? Em que audiencia se deduziram as provas ? Quem lhes instaurou o summario ? Onde o plenario, que os julgou ? Que nota de culpa se lhes expediu ? Que interrogatorio, sequer, se lhes fez ? Qual a sentença, que os declarou réos ? Quaes os recursos, que contra ella se lhes permittiram, e as condições, sob que ella passou em julgado ?

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

Seria esse acto uma commutação de pena ? Não ; porque as commutações de pena suppõem a preexistencia desta, a anterioridade da sentença condemnatoria. Mas, quando se admittisse commutação de penas futuras e eventuaes, ainda nessa classificação não caberia o decr. de 21 de outubro ; porque esse, ao mesmo tempo que fulmina o castigo, veda o julgamento. O que se quereria relevar, pois, aos accusados, é uma penalidade, em que não incorreram, nem já agora poderiam incorrer, por decisão judicial. E, como a ninguem é dado antecipadamente affirmar que dessa penalidade os meus constituintes não poderiam ser absolvidos, se fossem devidamente julgados, a privação do direito de sel-o converte a mercê em rigor, partindo da presumpção de um crime inverificado, para assentar sobre ella uma condemnação, proferida

por auctoridade incapaz de julgar. Isso é um caso de teratologia legislativa. Si a amnistia se antecipa á sentença, não é para condemnar, mas para absolver. Se véda a funcção do juiz, não é para sentenciar, mas para esquecer. Se suspende a acção da justiça, não é para a usurpar, mas para a mitigar.

Não ha, pois, (e d'aqui a pouco o documentarei com os factos) não ha exemplo de amnistia semelhante. Conhecem-se amnistias com exclusão de certos individuos, ou certas classes de pessoas. Mas os excluidos dos beneficios da amnistia ficam, por isso mesmo, submettidos á acção dos tribunaes, em cuja presença deduzirão a defeza, e de cuja imparcialidade receberão o desagravo, se fôrem innocentes. Esta é a primeira amnistia conhecida na historia, em que a lei, usurpando funcções judicarias, e trocando a balança da justiça pela rasoira do arbitrio, pretende fulminar contra innocentes e réos, amalgamados numa promiscuidade impia, a mesma pena, geral, absoluta, irremovivel.

Logo, se, para os culpados, é uma reducção da penalidade, em que incorreriam, para os innocentes envolve a imposição de castigo, que lhes não toca. De modo que, sendo para os delinquentes mercê, para os injustamente accusados será caprichosa condemnação.

Nos momentos mais sinistros da historia do despotismo na Inglaterra, o parlamento firmou em sangue, pelos *bills of attainder*, a sua pretensão de julgar e condemnar. Os proscriptos da opinião dominante, os suspeitos de crimes contra o estado cahiram aos golpes inexoraveis da omnipotencia parlamentar, posta ao serviço da intolerancia facciosa, ou da subserviencia ao throno. Eram leis de retroactividade penal, verdadeiras sentenças legislativas, diferentes da actual

apenas no grau de severidade. Mas não diligenciavam encobrir a sua dureza cruel e arbitraria sob as funcções magnanimas da amnistia. «Podia haver nada mais obnoxio, em um governo livre» (1), pergunta um jurisconsulto americano, «do que o exercicio de potestade tal por uma corporação popular, á mercê de simples maiorias, agitadas pelas luctas de eleições excitantes, inclinadissimas, ainda nas circumstancias mais favoraveis, a desconfiar das intenções dos seus adversarios, recorrendo a medidas de duvidosa legitimidade, para assegurar interesses de partido? Nem todas as condemnações legislativas, que a historia parlamentar registra, apresentam esse character. Outras houve não tão cruas, mas apenas menos detestaveis no serem menos terriveis os seus effeitos. Essas sentenças legislativas, que impunham penas inferiores á morte, appellidavam-se *bills of pains and penalties*; mas as provisões constitucionaes, de que nos temos occupado, se dirigem inquestionavelmente *contra toda especie de punição legislativa por delictos, ou suppostos delictos.*»

POMEROY firma a mesma these. (2) E STORY, profligando em nome do direito americano essas monstruosidades, occorridas outr'ora nas Ilhas Britannicas, «em tempos de grosseira servilidade á corôa, ou violentas excitações politicas» (3), mas que alli mesmo não se defendiam como exercicio legitimo da autoridade (4), falla assim: «Em taes casos o corpo legislativo *se arroga a magistratura judiciaria*, pronunciando-se

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

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

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

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

acerca da culpabilidade do accusado sem nenhuma das formas e salvaguardas do processo, e satisfazendo-se com as provas, que se lhe deparam, sejam, ou não, admissiveis ante as regras da verificação juridica dos factos. Nelles, em summa, a legislatura exercita a mais alta faculdade da soberania, uma faculdade irresponsavel de arbitrio despotico, « *an irresponsible despotie discretion* », regendo-se exclusivamente pelo que se lhe figura imposição da necessidade, ou conveniencia politica, mas obedecendo apenas, muitissimas vezes, á influencia de temores desarrazoados, ou gratuitas suspeitas. (1)

Solemnes arestos contém a historia americana em apoio do principio que desconhece á legislatura o poder de limitar as garantias constitucionaes da defesa do direito perante a justiça.

Já em 1786 o tribunal superior de Rhode Island recusava execução, por inconstitucionalidade, a uma lei da assembléa do estado, que auctorizara, em certos casos, julgamentos summarios, com preterição do jury, a que pelas leis fundamentaes tinham direito os accusados. (2) Em 1795, num pleito ventilado na Pennsylvania, perante magistrados federaes, o juiz PATTERSON, voto vencedor, justificando a sua opinião, formulava uma hypothese congenere a essa, a da supressão do jury por acto legislativo, e perguntava se esse acto obrigaria os tribunaes. « Não : esse acto seria nullo, por falta de jurisdicção, por insufficiencia de poder na legislatura. » (3) Advirta-se, entretanto, que, em ambas as

(1) STORY : *Comment.*, § 1344, v. II p. 216.

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

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

especies, o que se figurava, era apenas *a substituição de um tribunal por outro*, não a suppressão absoluta do julgamento e do tribunal, absorvidos no congresso.

No seculo actual duas causas assignaladas na chronica forense accentuáram a impossibilidade, em que a constituição collocára, alli, o poder legislativo, de infligir penas, directa, ou indirectamente. A constituição adoptada, em junho de 1865, pelo estado do Missouri estabelecia, para o exercicio de todas as funcções publicas, inclusive as do sacerdocio nas varias confissões religiosas, um juramento, cuja fórmula tinha em mira excluir dessas funcções fosse quem fosse, que, por quaesquer relações, immediatas, ou mediatas, se houvesse implicado na revolta do sul contra o norte, e impunha certas penas aos individuos, que não observassem o preceito. Sob essa comminação, o padre Cumming, da igreja catholico-romana, foi accusado, julgado e condemnado. Interposto o recurso para a suprema côrte federal, sentenceou esta que as disposições da *Constituição* do Missouri (não se tractava, cumpre notar, de uma lei, mas de uma provisão constitucional) eram nullas, por importarem um *bill of attainder* (1) e um acto retroactivo. Essas disposições, raciocinava o juiz FIELD, fundamentando o julgado, « essas disposições *presumem o crime* nos membros do clero, e impõem-lhes a privação do direito de pregar, ou ensinar, se elles não illidirem a presumpção mediante o juramento expurgatorio; noutras palavras: supõem o crime, e comminam condicionalmente a pena. » E o intento da lei constitucional está em « resguardar os cidadãos

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

contra o esbulho dos seus direitos, sob o pretexto de actos anteriores, por deliberações legislativas, seja qual fôr a apparencia e dissimulação destas. » (1)

O caso de invasão da competencia judicial pelo corpo legislativo era, contudo, menos grave então do que na especie vertente. Alli a presumpção de criminalidade se remia pelo juramento de innocencia. Aqui a presumpção de culpabilidade é definitiva e irresgatavel. E a justiça, que aqui é absolutamente excluida, alli intervinha sempre, se não para se pronunciar sobre a imputação de rebeldia, ao menos para applicar a pena associada á ommissão do juramento.

Dois actos do congresso nacional (de 2 de julho de 1862 e 24 de janeiro de 1865) instituiram tambem nos Estados Unidos um juramento desse genero, destinado a joeirar d'entre os americanos fieis á União na guerra civil a herva má da revolta. Sentindo-se opprimido por essas resoluções legislativas, o advogado Garland, pessoa conspicua na revolução, em que exercera o cargo de membro do congresso confederado, sendo amnistiado, em 1865, pelo presidente, requereu á suprema côrte que o reintegrasse no seu direito de reassumir o exercicio de sua profissão independentemente do juramento exigido nas duas leis. Discutido o feito, o tribunal pronunciou a nullidade de ambas, declarando que a ellas se adaptavam rigorosamente as conclusões votadas no litigio anterior. Por esse aresto, proferido no mesmo anno que o antecedente, se declararam usurpatorios da auctoridade judiciaria e retroactivos os actos legislativos de 1862 e 1865. (2)

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

(2) *Ex parte Garland*. COOLEY: *Constit. Limit.*, p. 319-20.—POMEROY: *Op. cit.*, §§ 505 e 508.

Aliás, evidentemente, nos dois casos americanos a oppressão era menor do que no da lei brasileira de 1895 ; porque alli, pela prestação do juramento, os innocentes se podiam eximir á incapacidade, que d'est'arte recahiria exclusivamente sobre os culpados. Mas, ainda assim, o senso constitucional dos americanos não admittiu que os proprios delinquentes, aquelles da parte de quem a resistencia ao juramento de fidelidade á nação poderia considerar-se confissão implicita de responsabilidade na revolta, soffressem uma pena (o esbulho do direito de exercer as suas profissões) não pronunciada por auctoridade judicial.

Esses oraculos da sciencia e do fôro definem e solemnizam verdades ineluctaveis, em que assenta fundamentalmente o regimem da liberdade : ninguem pode ser julgado senão pela auctoridade constitucional (1) ; a auctoridade constitucional é necessariamente um tribunal, singular, ou collectivo (2) ; não ha pena legitima sem decisão dessa auctoridade (3) ; as penas não são exequiveis senão por força de sentença irretractavel. (4)

Como a constituição, do imperio, no art. 179, n. 11, de que, nesta parte, é transcripção, a constituição da republica, art. 72, § 15, condensa vigorosamente nas seguintes palavras

(1) THAYER : *Cases*, I. p. 80.

(2) BLACKSTONE : *Comment.* III, p. 350.—MATTIROLO : *Tratt. di Diritto Giuridizario Civile Ital.*, v. I. p. 105.—BLUNTSCHLI : *Dr. Publ. Génèr.*, p. 205.—PALMA : *Diritto Contituzionale*, vol. p. 598.

(3) BERNER : *Tratt. di Dir. Pen.* Trad. BEETOLA. P. 235.

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

essas garantias, conculcadas pelo dec. de 21 de outubro de 1895 :

« *Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente.* »

III

ESPOLIAÇÃO E INVASÃO

No decreto de 1895 se encerram, pois, conjunctamente uma expropriação de inalienaveis direitos individuaes e uma invasão das attribuições privativas da justiça. Elle constitue assim não só um attentado ás pessoas, como um assalto á ordem politica da distribuição dos poderes.

A constituição deu ao povo o poder judiciario, diz o annotador de MILLER, « para o proteger contra os abusos de qualquer dos outros ramos parallellos do governo. » (1) O poder judiciario, escreve outro jurista americano, « representa de facto o unico baluarte seguro da liberdade. » (2)

A' sua guarda constitucional estão confiados esses direitos supremos, inherentes á personalidade livre, um dos quaes consiste em que não ha pena sem processo, nem processo senão pela justiça. Em todas as nações livres « esses direitos estão extraalcance do poder do estado » (3), acima da propria

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

(2) ORDONNAUX : *Constitutional Legisl.*, p. 424.

(3) THAYER : *Cases*, I, p. 169.

soberania popular (1), que não pode tocar-lhes senão pelos meios estabelecidos na lei fundamental. (2) Um governo, que deixasse taes direitos á mercê dos depositarios do poder, « por mais democratica que fosse a organização deste », observa um emerito professor da universidade de Harvard, « não seria afinal mais que um verdadeiro despotismo. Admittamos que seja, se vos apraz, um despotismo exercido por muitos, pela maioria ; mas, ainda assim, não seria senão despotismo. A termos de entregar á discreção de outrem as condições essenciaes á nossa segurança e felicidade, ha motivo para duvidar se não fôra mais judicioso commetter essa auctoridade a um só homem do que a muitos. » (3) Os melhores publicistas americanos reconhecem que, se prevalecessem, quanto á auctoridade do congresso, as idéas de soberania democratica associadas aos nomes de Jefferson e Jackson, o governo dos Estados Unidos « transformar-se-ia rapidamente em uma tyrannia irresponsavel » ; porquanto alli não existem, « para enfrear a legislatura, os sentimentos e tradições sociaes, profundamente enraizados pela antiguidade, que na Grã-Bretanha constituem a sua grande força conservadora. » (4)

Em vão tentam os ultras desse radicalismo, que confunde a maioria com o direito e a justiça com o poder, preconizar a infallibilidade das assembléas populares. As democracias, por causas naturaes, não são menos occasionadas a esses excessos do que os regimens temperados. (5) Um dos anciãos

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

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

(3) THAYER : *Cases*, I, p. 170.

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

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

do constitucionalismo americano faz demoradas ponderações acerca da tendencia aberrante do corpo legislativo nas democracias e do papel providencial, que nellas representa, contra esse perigo formidavel, a auctoridade dos tribunaes. «E' constante na legislatura o risco de ser arrastada pelos preconceitos e paixões populares, sob cujo influxo difficil será precatal-a de pesar com detrimento sobre os direitos e prerogativas dos outros poderes. Para o alto encargo de expôr a constituição, e verificar por esse criterio a subsistencia dos actos legislativos, não ha instituição comparavel em valor á de uma justiça veneranda pela sua madureza, dignidade e saber, deliberando moderada e serenamente. Só o exercicio livre dessa attribuição habituará os tribunaes a repellirem as invasões, protegendo todos os órgãos do governo e todos os membros da communitade contra alterações arbitrarías e destruidoras dos seus direitos constitucionaes.» (1) Nada pode competir, neste regimen, com a necessidade suprema dessa missão; porque os abusos das assembléas, abrigados sob a anonymia dos votos collectivos, são, de sua natureza, irresponsaveis, e, quando praticados sob a pressão dos interesses de partido, ou das excitações da opinião, asseguram aos seus auctores a impunidade e o triumpho. O de que a liberdade e a ordem constitucional, portanto, necessitam, para correctivo a taes desmandos, não é a punição, irrealizavel, dos culpados, mas a sua redução á impotencia pela nullidade dos seus actos, quando repugnantes á lei fundamental. «As outras sancções punem o delinquente; esta liberta o cidadão; as outras não interessam á medida oppressiva; esta priva-a

(1) KENT: *Comment. on Amer. Law.*, 1 (ed. de 1867), p. 487.

da acção malfazeja ; as outras occupam-se especialmente com o crime dos agentes officiaes ; esta, com os direitos do povo.» (1)

E' ordinariamente por clausulas distributivas, e não por disposições negativas, que as constituições repartem a auctoridade entre os poderes, e asseguram os direitos aos individuos. Quando se delega a um dos poderes constitucionaes a funcção legislativa, a outro a judiciaria, não se ha mister que ao primeiro fique expressamente vedado sentencear causas, ao segundo fazer leis. (2) A adjudicação de prerogativas diferentes a entidades distinctas imprime *ipso facto* o character de usurpação ao ingresso de uma no dominio de outra. Toda disposição imperativa envolve a prohibição de tudo o que a contrarie, fustre, ou illuda. A estrutura do governo, a propria outorga do poder legislativo, a organização do executivo, a instituição dos tribunaes mais importantes crêam limitações á auctoridade da legislatura, tão positivas como se a prohibição estivesse expressa caso por caso.» (3)

D'ahi o correctivo da nullidade, impendente sempre a essas incursões de um poder na área constitucional do outro. «Sendo necessariamente inconstitucionaes as invasões de um ramo da auctoridade por outro, os actos desse genero são *de seu principio* nullos. Qualquer arrogação, portanto, das faculdades judiciaes pelo corpo legislativo, com particularidade no tocante a assumptos estrictamente comprehendidos na alçada dos tribunaes, e a cujo respeito já exista legislação

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

(2) COOLEY : *Const. Limit.*, p. 203. 313.

(3) THAYER : *Cases*, I, p. 166.

estabelecida, é exorbitancia do mandato legislativo e, pois, na sua essencia, uma inconstitucionalidade.» (1) Por consequencia, «todo e qualquer acto da legislatura, que se proponha a resolver questões de facto, ou materia juridica, relativas a direitos do individuo, ou ao seu patrimonio, seria, de sua natureza, judiciario e, como tal, nullo.» (2)

Notava eu, ha pouco, que na generalidade dos casos, a constituição affirma um direito, e d'ahi se infere a prohibição de violal-o, consigna aos differentes poderes as suas funcções, e d'ahi se collige, para cada um, a inhibição de entrar pelas dos outros. Relativamente ao poder judiciario, porém, a enunciação da competencia e a interdicção de invadil-a são ambas expressas. Depois de ter reservado privativamente aos tribunaes a auctoridade de «*processar, e julgar*» (arts. 59 a 61), e estabelecido que das sentenças de tribunaes só se admittirá recurso para tribunaes (*ibidem*), de onde se evidencia como os juizes não são responsaveis pelas suas decisões, ou susceptiveis de censura por ellas, ante o poder legislativo (3); depois de firmar, por outro lado, os direitos fundamentaes, cuja preservação confiou á tutella da justiça (art. 72), o texto constitucional prohibe expressamente, no § 15 desse artigo, toda e qualquer ingerencia de outra auctoridade, que não essa, na funcção de sentencear, em que se abrange a de julgar, e processar.

As sentenças legislativas, portanto, de que, neste paiz, temos o primeiro exemplo no decr. de 21 de outubro, ao

(1) ORDRONNAUX : *Constit. Legislation*, p. 377.

(2) BLACK : *Am. Const. Law*, p. 78.—«il me semble qu'il n'appartient qu'aux tribunaux de faire respecter les lois, de flétrir, de censurer, de punir un citoyen.» HYDE DE NEUVILLE : *Mémoires et souvenirs*, II, p. 389. 44

(3) THAYER : *Cases*, I, p. 76—8.

mesmo passo que fraudam a delegação da auctoridade judiciaria, privativa aos tribunaes, quebram tambem a clausula prohibitiva, com que o legislador constituinte, por uma especie de pleonasmio solemne, quiz duplicar a guarda aos direitos fundamentaes.

Sola et una

De balde percorreríamos (vou mostrar-o) toda a historia da amnistia, desde os seus primordios, se quizessemos encontrar parelha ao acto, que sob essa generosa inscripção se votou, o anno passado, nas camaras brasileiras. E' novo o estudo. Mas esta consideração não me seduziria. O que m'o impõe, é o interesse, o valor decisivo, que elle tem para a definição do poder, contra cujo abuso reclamo. Se as tradições da amnistia, em todos os tempos e paizes, revelarem divergencia manifesta entre a noção universal dessa entidade juridica e o sentido, que lhe deu, entre nós, o decr. de 21 de outubro, *ipso facto* se terá evidenciado que as paixões da epocha, no Brasil, desnaturaram a instituição, a cujo imperio foram constringidas a simular homenagem. Desde que haja opposição entre o character, que ellas lhe deram, e aquelle, sob que a humanidade considerou sempre a idéa de amnistia, isso por si só bastará, para tornar indubitavel a contradicção entre o legislador ordinario e o legislador constituinte; pois, se este, consagrando a amnistia, se absteve de precisar-lhe a accepção, é, está claro, porque a julgava fixada pela jurisprudencia uniforme das nações e pelas antecedencias constantes do nosso proprio direito.

As amnistias conhecidas antes da innovação de 1895 são ou geraes, amplas, absolutas, ou *restrictas*. As *restrictas* dividem-se em *parciaes* e *condicionaes*: *parciaes*, quando excluem certos individuos, ou classes de individuos; *condicionaes*, quando subordinam o gozo dos seus beneficios á observancia de certos requisitos.

A amnistia, de que se tracta, quanto aos officiaes do exercito e da armada, não é parcial; porque os abrange todos; nem é condicional; porque não submete a condições determinadas o accesso ás suas vantagens. As exigencias, que estipula, infligem aos amnistiados, por um periodo fatal, privação de direitos constitucionaes, prejudicando-os, a um tempo, no seu patrimonio e nas condições legaes da sua carreira. E', por uma alliança inaudita de contradictorios, uma *amnistia expiatoria*.

Fóra deste caso exdruxulo, em todos os exemplos que o mundo tem visto até hoje, assim nas amnistias *parciaes*, a respeito das pessoas comprehendidas na medida, como nas *condicionaes*, uma vez satisfeita a condição, a graça opera plenamente, sem gravames, nem expiações ulteriores.

Essa instituição assoma na historia sob Solon, muito antes de Thrasybulo, a cujo nome costumam ligar os juriconsultos e publicistas a origem da amnistia. O archontado do celebre legislador data de 594 antes da era christã. (1) Ella precedeu, portanto, cerca de dois seculos a de Thrasybulo, que se promulgou em 403. (2) Eleito como reformador e reconciliador, depois de haver recusado a tyrannia, o celebre

(1) GNOTH : *History of Greece*. Ed. de 1869. Vol. III, p. 90.—HOLM : *History of Greece*. Trad. ingl. Vol. I (1894), pag. 390.

(2) DURUY : *Histoire des Grecs*, Vol. II, pag. 614.

fundador da democracia hellenica reintegrou, por um acto geral, nos direitos e privilegios de cidadãos os que os tinham perdido por sentença dos archontes. Da indulgencia exceptuavam-se aquelles, cuja condemnação fôra pronunciada pelos ephetas, pelo areopago, ou pelos phylo-bazileus (os quatro reis das tribus), mediante julgamento no prytâneo, sob a nota de traição, ou homicidio. (1) Para os que não incorriam nessas exclusões, era ampla a restituição de direitos.

Quasi duzentos annos mais tarde a Grecia buscava outra vez na clemencia o meio heroico de cura em hora de profundas tribulações. Era no anno de 405 antes de Christo. A noticia do desbarato de Ægospótami cruzara como um raio o Hellesponto, e detonara no Pyreu. Aniquilado o imperio atheniense, Lysandro precipitava a sua marcha contra Athenas, reduzida á insulacão, á indigencia e ao desespero, como nos dias em que a ameaçara o exercito do Xerxes. Patrokleides então reuniu o povo, e, obtida a venia indispensavel aos projectos revogatorios de sentenças judiciaes, alcançou dos athenienses um acto geral de graça, que restabelecia a communhão dos direitos civis e politicos a favor de immenso numero de cidadãos, processados, ou condemnados. Excluiam-se os sentenceados a exilio e morte, bem como os socios dos Quatrocentos, que se houvessem furtado pela fuga á acção dos tribunaes. (2) E, para ficar materialmente assignalado o esquecimento, mandaram-se queimar os registros criminaes, enquanto os athenienses juravam solemnemente, na acrópole, a reconciliação geral.

(1) GROTE : *Hist. of Greece*, vol. III, pag. 102.

(2) GROTE : *Hist. of Greece*, vol. VIII, pag. 12-16.

Só em terceiro lugar, portanto, se nos offerece a amnistia, a que se ligou para sempre o nome famoso do restaurador da democracia atheniense, e a que a justiça mandaria associar, a meu ver, o de Pausanias. (1) No pacto entre o general espartano e Thrasybulo ficou ajustada, com a paz, a amnistia. Desta exceptuaram-se apenas os Trinta Tyrannos, os Onze, que, sob as ordens delles, haviam presidido á execução das suas atrocidades, e os Dez, que tinham dominado no Pyreu. A esses mesmos, porém, se permittia repatriarem-se, invocando a justiça dos tribunaes; e, se fossem absolvidos, entrariam, como os demais, na fruição absoluta da amnistia. (2) Ella foi religiosamente observada pelos gregos, que alias, não confundindo a força com a ordem, a oppressão com a auctoridade, ficaram chamando a esses funestos quinze mezes de supressão da liberdade « o anno da anarchia. » Os resentimentos emudeceram. Ninguem foi perseguido. No juramento imposto aos heliastas se inseria esta clausula : « *Juro não me lembrar do passado, nem consentir que outrem o lembre.* » (3) E, graças a esse acto de magnanimidade, havia de dizer mais tarde Demosthenes que « a Thrasybulo devia a republica a salvação. » (4)

Quatro seculos depois, ainda se pronunciava do mesmo modo um contemporaneo, subdito e cortezão de Tiberio : « *Haec oblivio, quam Athenienses amnestia vocant, concussum et labentem civitatis statum in pristinum habitum revocavit.* » (5)

(1) CURTIUS: *Hist. of Greece* Trad. WARD. vol. IV, pag. 48-52

(2) GROTE; *Hist. of Greece*, vol. VIII, pag. 94.

(3) DURUY: *Histoire des Grecs*, vol II, pag. 617

(4) DEMOSTHENES, *Contra Timocrates*, 135.

(5) VALERIUS MAXIMUS: *Factorum et dict. memorabilium*, vol IV. c. 1., n. 4.

Hoje, entre povos mais adeantados em civilização do que Athenas e, talvez, do que a Europa, seria provavelmente reformada essa opinião favoravel aos effeitos reconstituintes da amnistia após as luctas civis. Como, porém, o que faz ao meu proposito, é o exame dos factos juridicos, não a sua apreciação politica, o que me cumpre accentuar aqui, é que, no seio da nação em cuja alta cultura teve seu berço a amnistia, esta instituição, para os envolvidos na sua orbita, nunca estabeleceu condições, e muito menos se deixou acompanhar jamais de restricções expurgatorias.

Os romanos não lhe conservaram o nome original; mas sob o de *generalis abolitio* lhe mantiveram a feição primitiva. A abolição geral era, entre elles, o apagamento, o olvido, a a extincção da possibilidade de processo. «*Abolitio est delectio, oblitio vel extinctio accusationis.*» (1) Commentando os principios do direito imperial neste ponto, CUIACIO estabelece a identidade entre a *generalis abolitio* e a *amnistia*, preceito de esquecimento ambas, eliminação da criminalidade, indulgencia sem restricções: «*Haec indulgentia perfecta est abolitio criminum et lex oblivionis et amnistia.*» (2) Fóra dessa expressão completa da clemencia publica, só se conhecia o indulto, a graça, sob as suas formas individuaes: a *purgatio*, que, a requerimento do accusador, extinguiu a accusação, e a *deprecatio*, que, a pedido do accusado, remittia a pena, deixando intacto o stygma da culpa. (3)

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

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

(3) «*Indulgentia, patres conscripti, quos liberat, notat, nec infamiam criminis tollit, sed poenae gratiam facit.*» C., L., 1, *De gener. abolit.* 42

Nos paizes germanicos, as amnistias, que deixaram lembrança duravel, foram amplas. Assim a que se estabeleceu no tractado de Passau, que celebrado em 1552 entre Carlos V e os principes allemães, promulgou a liberdade religiosa. Essa amnistia «foi mais que geral e absoluta; porque, depois de amnistiar os combatentes, parecia querer amnistiar a propria guerra, qualificando de simples exercicios militares as campanhas do Mauricio de Nassau.» (1) Plena e geral foi tambem a amnistia convencionada, em 1648, no tratado de Munster, que cerrou a guerra dos Trinta Annos. (2) Teve ainda a mesma largueza a amnistia decretada, em 1867, pela Austria a favor da Hungria. (3) A propria amnistia arrancada ao principe de Schwarzenberg, em 1849, durante o armisticio de Novara, promettia segurança inteira de direitos a todos os italianos, que voltassem aos lares abandonados na Lombardia e na Venecia, excluindo nominalmente aquelles, a quem o governo vencedor não perdoava. (4) Os que regresassem á patria pela porta da amnistia, iam encontral-a completa. Ao menos este era o compromisso; e o facto juridico é este. O mais moderno exemplo desses actos de clemencia politica, naquella parte da Europa, é o decreto imperial da amnistia, promulgado aos 9 de fevereiro de 1878 em favor dos incursores, por evasão do serviço do exercito, no art. 140 do cod. penal do imperio da Allemanha e no art. 33 da lei mi-

(1) A. HEBBARD: *Amnistie*. (*Diction. génér. de la Politiq. par. M. BLOCK*, v. I, p. 66.)

(2) *Ibid.*

(3) A. LÉGER: *A History of Anstro-Hungary*. Trad. HILL. 1889 P. 576.

(4) COUNTESS CESARESCO: *The Liberation of Italy* (Lond., 1895), p. 176 — 7.

litar, sob a condição de se apresentarem ás autoridades no prazo de oito mezes. (1)

Typo das amnistias hypocritas forão as declaradas na Hollanda, por Felipe II, sob a tyrannia infernal do Duque d'Alva. A primeira é de 1570, e foi promulgada, entre pompas officiaes, aos 14 de julho. Houvera quatro projectos differentes, para o simulacro de clemencia, que se queria. O escolhido traduzia a severidade mais implacavel, revestindo as insignias da misericordia. Definiu-a um historiador, dizendo que «só os innocentes foram perdoados.» (2) Tamanho era o rol de excepções! Não ousou, comtudo, o despotismo hespanhol, nessa farça odiosa, alterar o character juridico da amnistia; porque, submettida como era, a condições inquisitorias e a innumeradas excepções, a medida, para os que não incidiam nestas, ou se desempenhassem daquellas, operava como acto de graça sem reservas. Por outra, uma vez recebida a amnistia, os amnistiados já não tinham culpas, que purgar. Escreveu o duque d'Alva para Madrid que o acto da bondade real fora acolhido «con gran contentamento del pueblo», e só os demagogos vociferavam, «porque non quisieran excepcion ninguna.» (3) Os historiadores affirmam, pelo contrario, que a Hollanda inteira clamava contra a malvadez dessa condemnação, pronunciada sob o nome de indulto. E parece, com effeito, que os demagogos tinham sempre mais razão do que o fidalgo castelhano; porque, quatro annos mais tarde, pela amnistia de 6 de julho, o rei convidava

(1) *Annuaire de lég. étrang.*, 1878, pg. 202.

(2) *LOTHROP MOTLEY: The Rise of the Dutch Republic*, vol. II, pg. 287—91.

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

todos os seus vassallos transviados e penitentes a lhe voltarem aos braços, sob a condição unicamente de se reconciliarem com a Igreja. Poucas excepções continha esse decreto, e todas nominativas. (1) Os em que ellas não recahiam, eram readmittidos á communhão como innocentes.

Restaurada a corôa, na Inglaterra, depois da revolução puritana, no seculo dezesete, Carlos II inicia o seu reinado por uma amnistia plena. Mais realista do que o rei, o parlamento a emenda, para excluir os regicidas. Mas nem num nem noutro caso se deturpa o character da instituição: amnistia geral, no primeiro; amnistia com exclusões, no segundo. Avulta, depois dessa, a de 1717, promulgada pelo *Act of grace and Free Pardon*, que abriu aos jacobitas as portas das prisões, e livrou do cadafalso dezenas de condemnados. A clemencia do rei Jorge, que um pamphleto bajulatorio do tempo acclamava «superior á do proprio Deus» (2), não deixou de embaciarse com algumas excepções, menos aliás em numero do que as então usuaes nessas demonstrações da régia magnanimidade, bem que algumas de dureza cruel. (3) Em vão, porém, buscarieis alli qualquer coisa assimilavel á invenção, que ora se discute: a decretação de uma inferioridade legal para os amnistiados, o *prolongamento da expiação além da amnistia*. Sobre as feridas da revolta de 1745 a victoria da legalidade ingleza derramou, em 1747, o mesmo balsamo, que, em 1717, vertera sobre a de 1715. O *Act of Indemnity*, que a pronunciava, recusou a amnistia a oitenta nomes; mas

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

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

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

para os não enumerados nessa lista a instituiu sem restricções. (1)

Na litteratura juridica italiana só encontro menção de uma amnistia com limitações ; a de 1860, cujo decreto lhe fazia cessar o beneficio para os amnistiados reincidentes em delictos de certa gravidade. (2) Dessa mesma disposição, porém, se patenteia que os amnistiados haviam entrado a pleno na fruição da amnistia. A reincidencia é que crearia, para elles, depois, uma situação nova. A amnistia, com que o rei Humberto inaugurou o seu reinado, por decreto de 18 de janeiro de 1878, abrangia plena e illimitadamente todos os crimes politicos e delictos de imprensa. (3) Hoje a materia se rege, no direito italiano, pelo cod. do processo penal de 1890, arts. 830 e 832, correspondentes aos arts. 830 e 932 do cod. do processo penal de 1865. Elle não conhece outra amnistia, alem da incondicional. Amnistia punitiva, não a conceberam alli jurisconsultos, nem estadistas. Ainda bem que nos deixaram alguma coisa per descobrir.

Da Hespanha recordarei a amnistia de 1849, cujo acto, de 8 de junho, resava, no art. 1º : « Concede-se a amnistia completa, geral e sem excepção a todos os actos politicos anteriores a este decreto. »

Em França, antes da revolução, já se praticava, sob o nome de alvarás de abolição geral, a amnistia, « no sentido em que presentemente a entendemos. » Mas é de 1789 para cá, e especialmente durante o primeiro periodo revoluciona-

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

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

(3) *Annuaire de législat, étrangère*. 1878. P. 306.

rio, que se aminda alli o exercicio desse poder soberano. A revolução, que profligou de damninho abuso o malbarato da justiça pelos alvarás de abolição individuaes, foi notavelmente fertil em medidas geraes de amnistia.

D'entre ellas, foram absolutas a de 14-15 de setembro de 1791, a de 28 de set. 1791-19 de junho de 1792, a de 17 de setembro de 1792, a de 12-13 de fevereiro de 1793, a de 22 de agosto-2 de setembro do mesmo anno, a de 12 frimaire, anno III (2 de dez. de 1794), a de 4 brum., anno IV (26 de out. de 1795), a de 8 fructidor, anno IV (25 de ag. de 1796).

Continham excepções :

a amnistia de 3 setembro de 1792, que excluia (art. 2) os individuos accusados de conluio contra a livre circulação dos cereaes ;

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

a de 8-9 frim., anno II (28-29 novembro de 1792), que não comprehendia os crimes de assassinio e incendio perpetrados nas insurreições, a que deu causa a carestia dos viveres (art. 4) ;

a de 29 nivose, anno III (18 de jan. de 1795), que abrangia unicamente os individuos, cujas setenças não tivessem entrado em execução ;

a de 7 frim., anno IV (28 de nov., 1795), que recusava a clemencia do acto legislativo de 26 do mez anterior aos presos conhecidos pelo nome de « chouans, ou rebeldes » (art. 2) ;

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

a de 14 frim., anno V (4 de dez., 1796), que mantinha (art. 1.^o) a deportação contra os individuos, a que fora nominalmente imposta pelos decretos de 12 germinal anno V;

a de 25 pluviöse, anno VI (15 de fev., 1798), que negava os beneficios da amnistia, proclamada na Corsega depois da expulsão dos inglezes, aos participantes na conspiração de 13 vendemiare anno IV, aos falsarios e emigrados (art. 1.^o);

a de 25 thermidor anno VIII (15 de agosto de 1800), que não se estendia (art. 8.^o) ás pessoas inscriptas no rol dos emigrados e a certas outras sujeitas á vigilancia policial. (1)

Do primeiro imperio, em França, se registram dois grandes actos de amnistia. Um é o de 25 de março de 1800, em celebração do consorcio imperial. Esse, abrangendo certas condemnações de policia correccional, os delictos florestaes não julgados, as evasões á conscripção e as deserções, estatua (art. 12) que, para desfructar o seu beneficio, os desertores deviam apresentar-se, dentro em dois mezes, ás auctoridades militares. (2) O outro, decretado em 24 de abril do mesmo anno, a favor dos francezes que tivessem empunhado armas contra o imperio nos exercitos das potencias continentaes, com que elle reatara amizade, tornava dependente essa graça (art. 2) de um compromisso, firmado pelos beneficiarios, de não tornarem a se alistar sob chefes estrangeiros. (3) Amnistia parcial, no caso do primeiro decreto; amnistia condicional, no do segundo. Ambos, juridicamente correctos; porque ninguem

(1) DALLOZ : *Répert.*, vol III, p. 506-9.

(2) *Ib.*, p. 509-510.

(3) *Ib.*, p. 511.

contesta ao legislador o direito de recusar a certas categorias de individuos a mercê da amnistia, ou impôr a outros, *antes de a receberem, e para que a recebam*, a satisfação de certos requisitos. O que não se concebe, nem se viu jamais, é que, depois de investidos na amnistia, e pelo proprio acto que nella os investe, os amnistiados continuem a pagar o crime, cujo esquecimento ella ordena.

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

a de 23-28 de abril de 1814, relativa a delictos contra a obrigação do serviço militar ; acto de clemencia, em que não participavam os funcionarios arguidos de furto e concussão (art. 3) ;

a de 19 de junho do mesmo anno, absoluta, a respeito dos subditos francezes que tinham combatido contra Bonaparte nas fileiras prussianas ;

a de 11-21 de julho no dicto anno, concernente a delictos florestaes, da qual se excluiam particularizadamente (art. 2) algumas transgressões desse genero ;

a de 13-14 de janeiro de 1815, em beneficio dos indicados nas desordens de 1814, não contemplados apenas (art. 1) os accusados de morte, ou ferimentos graves ;

a de 12 de março - 6 de abril desse anno, em justificação dos funcionarios que tinham conspirado a queda do throno imperial, menos treze nomes (art. 2), de politicos mais ou menos eminentes, que individualmente se mandavam submitter a processo ;

a de 12-14 de janeiro de 1816, que absolveu os coniventes na usurpação dos Cem Dias, tirante os membros da familia Bonaparte, os já condemnados, ou processados,

os auctores de crimes contra particulares e os regicidas (arts. 3-7); (1)

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

a de 13-14 de agosto de 1817, perdoando os réos de crimes correccionaes originados pela escassez dos generos alimenticios, salvo os casos de reincidencia (art. 2);

a de 20-27 de outubro de 1820, 28 de maio-6 de junho de 1825 e 3 de novembro de 1827, relativa a delictos florestaes, exceptuados os de adjudicatarios ou funcionarios malversores;

a de 28 de maio-6 de junho de 1825, extensiva a todos os individuos condemnados a penas correccionaes por certos actos politicos;

a de 29 de maio - 6 de junho do mesmo anno, que relevou a deserção aos marinheiros, bem como ás praças e aos officiaes de certos corpos de terra, sob a condição (arts. 3-5) de comparecerem á presença das autoridades em prazo determinado. (2)

A monarchia de julho solemnizou o seu advento com o acto de 20 de agosto de 1830, que annullava, por uma amnistia geral, todas as condemnações pronunciadas, em França, por delictos politicos, desde julho de 1815.

Outras mercês soberanas, do mesmo genero, vieram, no mesmo anno, agrupar-se em torno dessa, agigantando o

(1) « Em presença das ardentes paixões que dominavam a camara *introuvable* não se atreveu Luiz XVIII a pronunciar por si a amnistia imposta pelos acontecimentos dos Cem Dias. » PIZANE: *Traité de droit politique*, p. 569. Em razão disso essa amnistia foi decretada por acto legislativo. Aquella camara valia sempre mais do que as de certas democracias republicanas. 5J

(2) *Id.*, p. 510-515.

apparato da clemencia real: tres amnistias militares, duas a delictos florestaes e infracções de regulamentos da pesca, uma aos banidos pela lei de 12 de janeiro de 1816, com que já me occupei, outra ás contravenções policiaes.

Era plena a amnistia outorgada aos réos de delictos policiaes por acto de 26 de setembro.

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

As duas relativas a contravenções florestaes e infracções do regimen legal da pesca e da caça (decretos de 8-19 de novembro e 7-23 de dezembro) exceptuavam os adjudicatarios e licenceados, incursos em abuso das suas respectivas concessões.

As tres amnistias militares foram prescriptas por actos de 28 de agosto-10 de setembro, 5-17 de setembro e 21-25 de outubro. A ultima agraciava, sem restricções, os subalternos e soldados, convencidos de insubordinação e violencia contra seus superiores. As duas outras, que relevaram a culpa aos desertores e retardatarios do exercito e da marinha, eram plenas e absolutas para certas categorias de amnistiados. Outros ficavam sujeitos a preencher o seu tempo de serviço legal. (Art. 4 do decr. de 28 de agosto e 6 do de 5 de setembro). Não se incluíam no beneficio desses actos os que se não apresentassem ás auctoridades no prazo estipulado e os desertores já condemnados na data da promulgação da amnistia. (Arts. 5 do decr. de 28 de agosto e 8 do de 5 de setembro). (1)

Sob o governo de Luiz Felipe ainda se apontam duas

(1) *Ib.*, p. 515-17.

amnistias, ambas geraes : a de 8 - 11 de maio de 1837, aos presos por crimes politicos, e a de 30 de maio do mesmo anno, aos contraventores das leis concernentes á pescaria e ás florestas. (1)

O governo provisorio de 1848 prescreveu uma grande amnistia absoluta, mandando pôr em liberdade todos os detidos politicos. (2)

Duas vezes usou Luiz Napoleão do direito de amnistia, que, pelo senatusconsulta de 25 de dezembro de 1852, fora reservado ao imperador : a primeira (16 de agosto de 1859) foi de plena e completa mercê a todos os individuos condemnados por crimes ou delictos politicos, assim como aos que tinham sido objecto de medidas de segurança geral; a segunda (14 de agosto de 1869), egualmente de character geral e absoluto, abrangia todas as responsabilidades da mesma natureza e bem assim as infracções das leis de imprensa. (3)

As camaras, a que se confiou, após a ruina do segundo imperio, a missão de reconstituir a França, tiveram que encerrar a tremenda questão das responsabilidades da communa. Nem mesmo sob o Terror de 1793 a demagogia em delirio tocára os paroxismos desse phrenesim, que devastou e incendiou por mãos francezas Paris sitiada pelos allemães. Os governos mais illustrados e liberaes, o da Italia, o da Hespanha, o da Suissa, o dos Estados Unidos, accedendo á extradição dos cumplices da sedição communista, reconheceram

(1) *Ib.*, p. 517-18.

(2) EUGÈNE PIERRE : *Traité de droit politique, électoral. et parlement.* (1893), p. 570.

(3) *Ibidem.*

que não se tractava de crimes politicos, mas de um regimen de «assassinio, roubo e incendio, systematicamente organizados», como affirmára Julio Favre. «E' a mais tremenda insurreição, por que a França tem passado», escrevia Mac Mahon, no seu relatorio ao corpo legislativo, mostrando que, para a vencer, fora necessario tomar 1.600 canhões, 400.000 espingardas, 25 mil prisioneiros e cinco formidaveis fortalezas, empregando na campanha 100.000 homens e os primeiros generaes da França. Nem a «esses atrozes scelerados», que combatiam as tropas legaes com bombas de petroleo, nem a esses incendiarios, «cujo acto abominavel não tem exemplo na historia» (1), e para com os quaes o chefe do poder executivo sustentava, em 1871, que «a consciencia publica devia ser inexoravel», posto que segundo as leis, com as leis e pelas leis (2), nem a esses faltou a clemencia nacional. Um projecto de lei, adoptado pela assembléa nacional, de accôrdo com o governo, em 17 de junho de 1871, delegava o direito de indultar os réos da communa ao chefe do poder executivo, com acquiescência de uma commissão parlamentar para esse fim constituida. Annos mais tarde veiu a amnistia pela lei de 3 de março de 1879, cujo art. 1º estendia essa providencia a todos os condemnados por crimes e delictos politicos, que o presidente da republica houvesse agraciado, bem como aos que viesse a agraciar no praso de tres mezes, exceptuando os sentenceados a trabalhos forçados como incendiarios, ou assassinos.

E', como se vê, uma amnistia condicional e parcial. Par-

(1) THIERS : *Discours parlementaires*, vol. XIII. pg. 274-77.

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

cial, porque não abrangia certos attentados de excepcional gravidade. Condicional, porque se subordinava á obtenção previa do indulto. Nada ha, nos principios de direito, que oppôr á condição. « Concedemos amnistia », dizia o relator da commissão da camara dos deputados, « áquelles, a quem o chefe do poder executivo conceder perdão. » Tão pouco haverá fundamento, para objectar á excepção. O poder legislativo está no seu direito, « creando categorias de individuos, par^a outorgar a amnistia a uns, e denegal-a a outros. » (1)

A lição dos Estados Unidos não discrepa destas regras. A guerra separatista abriu alli feridas incomparaveis. Assumira proporções quasi fabulosas essa lucta, que tinha obrigado o governo legal a armar mais de 670 navios, que puzera em campo, dos dois lados, tres milhões de homens, que devorara um milhão de vidas, que distribuirá entre os belligerantes quatrocentos e noventa mil prisioneiros, que custara á nação oito milhares de milhões de dollars, ou, ao cambio actual, mais de quarenta milhões de contos. Entretanto, ainda no mais acceso do conflicto, durante o seu periodo mais agudo, não escapou ao legislador americano a utilidade provavel da clemencia como medida sedativa e reconciliadora. O acto de 17 de julho de 1862, § 13, auctorizou o presidente da republica a amnistiar os envolvidos na insurreição. (2) Em consequencia decretou successivamente o poder executivo (Lincoln, e depois d'elle Johnson) varias amnistias, em 8 de dezembro de 1863, 26 de março de 1864, 29 de maio de 1865, 7 de setembro de 1867, 4 de julho de 1868 e 25 de dezembro do

53

(1) PIERRE : *Op. cit.*, pg. 572—4.

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

mesmo anno. (1) Todas, menos a ultima, instituiam excepções cuidadosamente circumstanciadas, comprehendendo nellas principalmente os funcionarios da União, que se tinham bandedo para os rebeldes, e os que, no exercito, ou na esquadra, na administração, na diplomacia, ou no curso, haviam servido á causa revolucionaria. A de 25 de dezembro de 1868 rematou a serie, beneficiando *unconditionally and without reservation* todos os que, directa, ou indirectamente, se envolveram no movimento confederado. Temòs, pois, uma amnistia incondicional, terminando uma successão de amnistias regularmente condicionaes.

Assim que não se nos depara, em toda a hystoria da amnistia fóra deste paiz, *um só* simile para a adoptada no Brasil em 1895.

Poderemos acaso encontral-o nas tradições nacionaes?

Tambem não.

O primeiro acto desse genero, que entre nós se memora, data de 1836. Na sua proclamação de 4 de dezembro de 1835, o regente promettera amnistia aos sediciosos do Rio Grande. (2) D'ahi a disposição contida no decr. legislativo n. 40, de 11 de outubro, que, suspendendo por um anno as garantias estabelecidas nos §§ 6-10 da constituição, art. 179, esta-tuia, no art. 6º:

«Ficam amnistiados todos os que tiveram parte na sedição de 20 de setembro de 1835, e se submeteram depois á ordem legal, e cooperaram para que esta prevalecesse.»

(1) JOHNSTON. *Amnesty*. LALOR 's *Cyclopaedia of Political Science*, vol. I, p. 89--90.

(2) ARARIPE: *Guerra civil no Rio Grande do Sul*, pg. 32.

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

Segue-se a esse o decr. imperial de 22 de agosto de 1840. Já então se achava nas mãos do imperador, maior, o poder de amnistiar, que, sob a regencia, em virtude da lei de 4 de junho de 1831, era exercido pelas camaras. Esse acto enunciava-se assim :

« Art. 1º. E' concedida amnistia a *todos* aquelles, que estiverem por qualquer forma envolvidos em crimes politicos, commettidos até á publicação do presente decreto em cada uma das provincias do imperio.

« Art. 2º. Ficam em perpetuo silencio, como se nunca tivessem existido, os processos e sentenças, que tiverem tido logar em virtude de crimes politicos, para mais não produzirem effeito algum contra as pessoas envolvidas nos mesmos crimes, nem por taes crimes se instaurarão novos processos. » (1)

Emquanto a amnistia de 1895 institue, para individuos contra quem não houve sequer tentativa de processo, uma situação penal independente de sentença, a de 1840 manda reduzir a perpetuo silencio até as sentenças criminaes devidamente processadas. E' flagrante o contraste.

A esse decreto, em virtude do qual entraram no goso da amnistia, sob as presidencias de Alvares Machado, Saturnino

(1) Esse decr., que se omittiu na collecção official das *Leis* do Brasil, vem transcripto, á pags. 5 e 6, no seguinte opusculo, hoje raro. « *Defesa da intelligencia e applicação illimitada do § 9. art. 101 da constituição do Imperio a respeito da amnistia em geral e positivamente sobre os effeitos da concedida pelo decr. de 22 de agosto de 1840, ou refutação analytica bem que respeitosa do accordam de concessão de revista proferido no Supremo Tribunal de Justiça em 14 de Agosto de 1849 entre partes recorrente a Fazenda Nacional, recorrido Higino Pires Gomes.* Rio de Janeiro, 1849. »

e Caxias, mais de 3.200 rebeldes (1), succedeu o de 14 de março de 1844, n. 342, que, mediante previa consulta do conselho de estado, prescrevia :

« Art. unico. Ficam amnistiados *todos* os crimes politicos commettidos em o anno de 1842 nas provincias de S. Paulo e Minas Geraes, e em perpetuo silencio os processos, que por motivo delles se tenham instaurado. »

Não se dera mal o governo com a politica de benignidade, praticada no Rio Grande. « A salutar providencia, » diz um chronista daquelles factos, « fez regressar a ordem legal, o socego publico e a tranquillidade individual, para recommençar o trabalho civilizador ». (2) Crentes na efficacia do remedio experimentado, os mais insignes estadistas do imperio se apressavam em aconselhar á corôa a amnistia franca e illimitada como o melhor balsamo contra os dolorosos effeitos das revoluções. O brilho desses actos não se empanava com reservas mesquinhas. O que se fizera com o Rio Grande, o que se fez com S. Paulo e Minas Geraes, veio a se fazer egualmente com Pernambuco.

Resava assim o decr. n. 576 A, de 11 de janeiro de 1849 :

« Hei por bem auctorizar o presidente da provincia de Pernambuco, para conceder amnistia áquelles individuos comprehendidos na rebelião, que se tornarem dignos da minha imperial clemencia, depondo as armas, e submettendo-se ao meu governo. »

Só uma condição punha a clemencia imperial aos que se

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

(2) *Op. cit.*, p. 226.

destinava a beneficiar : a deposição das armas, a submissão á lei. Feito isso, não havia limitação á graça offerecida. Nem o legislador considerou necessario definil-a. A amnistia tinha a sua definição no seu proprio nome.

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

« Art. 1.º E' concedida a amnistia:

« 1.º A todos os cidadãos implicados nos acontecimentos que motivaram o decreto executivo de 10 de abril deste anno, declarando em estado de sitio a capital federal.

« 2.º A todos os que directa ou indirectamente tomaram parte na revolta das fortalezas da Lage e Santa Cruz, em 19 de janeiro deste anno, quanto aos crimes sómente que estiverem ligados a este movimento. » (1)

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

« E' concedida a amnistia aos individuos, que tomaram parte nos movimentos revolucionarios do estado de Matto Grosso, e aos que se envolveram, directa, ou indirectamente nos do Rio Grande do Sul. »

Eis a tradição nacional.

Ora, como ambas as constituições, que o Brasil tem tido, se abstiveram de precisar o significado juridico, o alcance, os

(1) Esse decreto não se acha no volume correspondente da nossa collecção de leis. Mas está publicado no *Diario Official* n. 212, de 6 de agosto de 1892, p. 3.305.

limites da auctoridade conferida, sob o nome de amnistia, no imperio, ao poder moderador (const. de 1823, art. 101, § 9º), na republica, ao congresso nacional (const. de 1891, art. 34, n. 27), claro está que o unico meio de verificar o pensamento do legislador constituinte consiste na hermeneutica estabelecida pelos precedentes.

Um dos mais penetrantes e autorizados constitucionistas americanos (1) demonstra cabalmente que a definição do poder de amnistiar, consagrado, mas não definido, na constituição dos Estados Unidos, ha-de ir buscar-se na jurisprudencia ingleza; porque, sendo esta a vigente no paiz ao tempo da independencia, no seu vocabulario é que se havia de ir encontrar a intelligencia da linguagem usada pelos organizadores do novo regimen. « E' remontando ao direito inglez, » diz elle, « que havemos de precisar a extensão ás funcções do presidente: cabe-lhe recorrer aos meios da clemencia, toda a vez que as circumstancias forem taes, que legitimassem, na Inglaterra, esse recurso. : *under whatever circumstances, it migt have been resorted to in England.* » (2) Nem esta é meramente a opinião do auctor, mas a doutrina judiciariamente firmada pela suprema côrte federal, segundo cujas sentenças a palavra « perdão », « que, na phraseologia britannica e americana, comprehende a amnistia », « abraça tudo o que, ao tempo de se adoptar a constituição, se traduzia por esse vocabulo no direito inglez: *nach dem Oberbundesgericht das Wort pardons alles das in sich begreift war zur Zeit der Annahme*

(1) POMEROY: *An introduct. to the constil. law of the Un. States*, p. 574-76.

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

der Konstitution im englischen Recht darunter verstanden wurde. » (1)

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

A historia da instituição, neste, como em todos os demais paizes, já vimos que se oppõe irreconciliavelmente ao emprego dado pelo congresso brasileiro, em 1895, á attribuição legislativa da amnistia.

Agora, se quizermos saber, por textos formaes, o que, em fevereiro de 1891, quando se fez a constituição, se entendia, no Brasil, por *amnistia*, ahí a temos nitidamente caracterizada no código penal de 11 de outubro de 1890 (são visinhas as duas datas), cujo art. 75 resa :

« A amnistia extingue *todos* os efeitos da pena, e põe perpetuo silencio ao processo. »

Sob as idéas reinantes entre nós no periodo gestativo da constituição, amnistia era isso: a interdicção perpetua do processo e a extincção absoluta da pena. A essa luz se contorna claramente a concepção da constituinte, quando no seu acto capital se referiu á amnistia. Desse pensamento alongasse, pois, em rumo diametralmente opposto o decreto de 1895, que, se dicta perpetuo silencio ao processo, é para saltar pelo obstaculo constitucional da defesa, impondo, fóra dos tribu-

(1) VON HOLST: *Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von America* MARQUARDSEN'S *Handbueh der Oeffentlichen Rechts*), § 60, pag. 113.

naes, uma condemnação arbitraria a uma classe inteira de cidadãos.

Não podia ser mais violenta a inconstitucionalidade.

Assim que, estudada do ponto de vista das noções estabelecidas quer pelas antecedencias estrangeiras, quer pelas nacionaes, a amnistia de 21 de outubro *está em unidade*.

Essa posição absolutamente solitaria, expressão sufficiente da sua extravagancia, basta, para lhe classificar o antagonismo com a natureza constitucional da amnistia.

A esse aspecto, a heteróclita amnistia de 21 de outubro é inconstitucional, porque é injuridica. O conceito, que no texto da nossa lei fundamental se não exara, dessa instituição, suprem-n'os os rudimentos geraes de direito. O acto, que perante estes não é amnistia, não pode sel-o perante a constituição. Ora, em face do direito penal e do direito politico, na Europa e na America, amnistiar é absolver, relevar, esquecer. Rotular com o distico de amnistia uma sentença condemnatoria, pronunciada pelo congresso, trocando a função de legislar na de julgar, e dissimulando sob a prerogativa de agraciar o arbitrio de punir, não é exercer a bemfazeja attribuição, que a carta republicana deu á representação popular : é invertel-a. Mas *pretextu liciti non debet admitti illicitum*.

Amnistias « restrictivas »

Verdade seja que, nos annaes dessa instituição se consignam dois exemplos de actos de amnistia, em que os amnistiados ficaram adstrictos a certa limitação de direitos.

Esta, porém, nas hypotheses, resultava *de processos concluidos e condemnações pronunciadas nos tribunaes*. A acção do legislador, ahí, não degenerava, portanto, do character da amnistia; porque reduzia castigos *já impostos por sentença*. Atenuar a pena, se não é estrictamente amnistiar, é, em todo o caso, agraciá-lo. Se não ha identidade, ha indubitavelmente congenialidade entre os dois factos. O direito de commutar inclue-se no de absolver, o de minorar a expiação no de eliminar o delicto.

O que não está, porém, nem na competencia do legislador, nem no objecto especifico da amnistia, é abstrahir do magistrado, e arredar o processo, para fulminar penas, collectiva, ou individualmente, a pessoas que não foram ouvidas, nem convencidas. As hypotheses são, pois, não só diversas, como oppostas. Numa se trata de mitigar legislativamente a condição penal a sentenceados; na outra, de infligir legislativamente penas a injuulgados.

Documentarei os casos alludidos, para chegarmos á certeza. Ambos pertencem, á França, e vêm a ser os que o criminalista GARRAUD menciona simplesmente pelas datas, fallando nas amnistias de 28 de maio de 1825 e 8 de maio de 1837. (1) No *Repertorio* de DALLOZ se acham exarados os dois textos.

O primeiro, depois de amnistiar certos condemnados, que nomeia («Amnistie est accordée aux condamnés, dont les noms suivent »), determina que elles serão submettidos, por cinco annos, á inspecção da alta policia. (2)

O outro dispõe, no art. 1º :

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

São, como se está vendo, criminosos politicos, já sentenciados e encarcerados em cumprimento de sentença. Amnistiados, alguns delles (os sujeitos a penas afflictivas ou infamantes) permanecerão sob a vigilancia policial, juntamente com todos os que a ella foram mandados submitter pelos tribunaes. Eis os termos do decreto :

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

O que ahi fazia, portanto, a prerogativa régia, era cancelar a condemnação num dos seus effeitos, *mantendo-a* no outro. O vexame, que continuava a pesar sobre o amnistiado,

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

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

não era, pois, obra da amnistia, mas consequencia remanescente da sentença.

No recurso interposto contra essa restricção da amnistia por um dos amnistiados, em 1837, o advogado geral HELLO mostrou, com fundamento irrefragavel, que a ordenação de Luiz Felipe era correcta, pois «da essencia do direito de graça é o poder de commutar, isto é, de remittir *ao condemnado* parte sómente da pena.» (1) Na mesma consideração, inquestionavelmente juridica, se firmou o tribunal de Paris, em uma decisão proferida, sobre outro recurso, a 17 de dezembro de 1841. (2)

Era a amnistia em questão da classe das a que os juriconsultos chamam «restrictivas», amnistias, que, dirigindo-se a *sentenceados*, os relevam parcialmente da pena infligida. «Elle est restrictive, lorsqu'elle ne remet, à l'égard de ceux qui ont été condamnés, qu'une partie de la peine qu'ils ont encourue, ou qu'elle se borne à l'abaisser de quelques degrés.» (3)

Ha indubitavelmente um acto de clemencia, quando se abranda uma penalidade já imposta. Não pode havel-o, quando se impõe, sem processo, por um poder que não julga, uma penalidade qualquer, ainda que minima.

Póde pronunciar-se a amnistia :
depois da condemnação,
durante a acção penal,
ou antes della.

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

(2) *Ibidem.*

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

Na primeira hypothese, a amnistia se manifesta, abolindo a expiação no todo, ou em parte. Legítima é então a pena, ou o resto de pena, que subsiste; porque foi applicada pelo juiz, não pelo legislador.

Na segunda e na terceira não se póde exercer, senão impondo absoluto silencio á acção penal, ou mitigando a penalidade mediante disposições geraes, que, nesse caso, serão retroactivas a beneficio dos réos, *mas terão de ser applicadas pelos tribunaes.*

Tudo é diverso, na especie: a accusação abstrahiu do processo, o legislador prescindiu da toga, e a pena baixou sobre os *amnistiados* sem a menor intervenção de acto judicial. Que importa a pretensa minoração do castigo, se, minorado, ou não, a auctoridade, que o impoz, não tinha o direito de fazel-o, e aquelles, que o recebem, não se sabe se o mereceriam?

Retroactividade

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

Anda por ahí uma noção erronea, que cumpre evitar: a de que a clausula da constituição, art. 11, n. 3, a qual aos estados e á União veda « prescrever leis rétroactivas », prohibe em absoluto a retroactividade, sob qualquer forma, em qualquer genero de leis. E' sensível a erroneidade dessa preocupação. O pensamento do legislador constituinte tem a sua explanação nos principios cardeaes de direito sobre o assumpto. Tambem a constituição dos Estados Unidos da America do Norte proscreeve as leis *ex post facto* (art. I, secç. 10); o que, no sentido litteral do termo, parece indicar todas as leis posteriores aos actos, ou occurrencias, a que se pretendem applicar. E, comtudo, a interpretação technica não inclue na intenção da phrase constitucional todas as disposições legislativas destinadas a operar sobre factos e circumstancias anteriores, mas unicamente as que entenderem com o direito criminal. Comquanto o pacto federal norte-americano alluda genericamente a *ex post facto laws*, « a jurisprudencia esta-

beleceu que a restricção diz respeito sómente a essas leis, quando tocarem a materias penaes. (1) A intelligencia juridica, firmada pela doutrina, limitou assim a accepção ordinaria do vocabulo empregado sem restricções apparentes na lei fundamental. Do mesmo modo a vedação constitucional, existente entre nós, acerca da retroactividade das leis, não se póde entender senão quanto á retroactividade injuridica e viciosa; porque leis ha inoffensivamente retroactivas, leis legitimamente retroactivas, leis, até, necessariamente retroactivas. No primeiro caso estão as leis, que não ferem direitos adquiridos; no segundo, as leis interpretativas, rectificativas e confirmativas; no terceiro, as leis favoraveis á condição dos accusados. Todas essas retroagem constitucionalmente (e a amnistia é uma dellas); porquanto não estão em conflicto com a razão do preceito constitucional, que é simplesmente uma garantia a favor dos individuos e dos contractos, contra o arbitrio legislativo. (2)

A lei de 21 outubro de 1895, no topico em que amnistia, isto é, na parte primeira do art. 1.º, é *constitucionalmente retroactiva*, porquanto da substancia das amnistias é o retroope-

(1) LAWSON: *Rights, remedies and practice, at law, equity, and under the Codes*. S. Francisco. 1890 Vol VII, § 3.877, p. 6.103.—WADE; *A Treatise on the operation and construction of retroactive laws* (S. Louis. 1890), § 271, p. 316.—MILLER: *Lectures on the Constitution* (N. York: 1891), p. 539.—POMEROY; *Introduct. to the Const. Law*, p. 419—20.—COOLEY: *Constit. Limitat.*, p. 321 e 456.—COOLEY: *BLAKSTONE'S Commentaries* (ed. de 1884), vol. I, p. 45-6, n. 3.

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

rarem, desde que o seu destino especifico está em obstar, a respeito dos amnistiados, a acção das leis criminaes. Quando, porém, nos §§ 1.º e 2.º, retrocede, para culpar e tractar como réos os que acaba de mandar haver por innocentes, assume natureza contraria, e passa a ser retroactiva na accepção injusta, na accepção defesa pela clausula constitucional.

Eu me explico.

Certamente, considerados *a priori* como delinquentes, os individuos, a quem essa lei se refere, em muito mais grave penalidade estariam incursos pelo direito criminal militar do que a que lhes infringem as disposições excepçionaes, com que o acto de 21 de outubro os pretende favorecer. Se essas disposições se destinassem a lhes ser applicadas mediante accusação e defesa nos tribunaes de justiça, por onde se averiguasse a procedencia da imputação e a gravidade da culpa, nada se poderia oppôr á sua retroactividade. Seria scientifica e constitucional, segundo o principio, hoje definitivo, de que, «*variando em gravidade a lei penal vigente ao tempo da perpetração do delicto e a existente ao do julgamento, prevalece a mais suave das duas.*» (1)

Um criminalista, que escreveu ainda mais recentemente, formulando a theoria assentada pelo consenso geral, diz: «Devem retroagir as leis criminaes, sempre que a sua applicação a factos anteriores seja favoravel ao accusado.» E, depois de notar que essa consequencia inevitavel do fundamento do direito de punir tem sido repetidas vezes reconhe-

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

cida nas leis, accrescenta: « A jurisprudencia tem tomado por base das suas decisões, neste ponto, a regra de que, entre duas leis, uma anterior, outra posterior á infracção, se lhe ha de applicar a mais branda. » (1)

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

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

supprime a prova,
julga sem juiz,
condemna sem processo.

Deste modo, ainda que aligeirasse a pena, crêa para os accusados uma condição incomparavelmente peor do que seria a delles, se, sob a comminação da penalidade commum, tivessem de atravessar as formas tutelares do julgamento. Por minimo que seja o castigo comminado, mais intoleravel será do que o mais severo regimen de expiação, se este fôr subordinado aos tramites protectores da justiça, e aquelle se executar sem defesa, sem processo e sem magistrado. Nada vale a attenuação da pena, se ella cae cega e indistinctamente sobre uma classe de pessoas, ás quaes se fecham os tribunaes, trocando-se-lhes a

(1) GARRAUD: *Tr. de Dr. Pén. Franç.*, I, p. 184. — BERNER: *Tratt. di Diritto Penale*. Trad. Bertola. P. 224. — THIRT: *Cours de Droit Crim.* (Liège, 1892), p. 23, n. 41. — CHAUVEAU et HÉLIE. t. I, n. 27. — BERTAULD, p. 71. — BLANCHE: *E'tud. Prat. sur le Cod. Pén.* t. I, n. 28.

presumpção de innocencia em presumpção de culpabilidade. E, se ella se estabelece após o facto, que pretende reprimir, terá de ser retroactiva no sentido maligno e odioso, que todas as legislações modernas repellem.

Basta que a lei nova reduza a prova necessaria á condemnação, para que não lhe seja permittido retroagir. Procedendo assim, ella torna « muito maior para o accusado a probabilidade de incorrer na condemnação », e « faz mais difficil a sustentação da defesa. » (1) Dest'arte envolve uma aggravação penal, e cae, portanto, sob o dominio das prescripções que vedam a retroactividade. Nos Estados Unidos a materia se acha fixada pela suprema côrte (2) em uma decisão, formulada pelo juiz CHASE, que « tem prevalecido constantemente nos tribunaes ». (3) Segundo esse aresto, incorre na prohibição constitucional da retroactividade « toda a lei, que alterar as regras juridicas da verificação dos factos, admittindo, para convencer o accusado, provas menos fortes do que as requeridas ao tempo do delicto, ou de natureza diferente. *Every law that alters the legal rules of evidence, and receives less or different testimony than the law required at the time of the commission of the offence in order to convict the offender.* » E não ha um só commentador da constituição americana, que se opponha a esta verdade. (4) Com effeito, diz o autor de uma preciosa monographia sobre a materia, « nunca estaria praticamente assegurado o direito do accusado

(1) GABBA: *Retroattività*, vol. II, p. 448-50.

(2) SUTHERLAND: *Statutes and statutory construct.*, p. 603.

(3) COOLEY: *BLACKSTONE'S Comment*, vol. I. p. 45 n.

(4) COOLEY: *Const. Limit.*, (ed. de 1883) p. 322-3. — POMEROV: *Introd.*, p. 422. — WADE: *Retroactive Laws*, p. 316.

a um julgamento imparcial, enquanto se deixasse sem limites ao arbitrio do poder legislativo a alteração da prova exigida para a demonstração judicial da criminalidade.» (1)

Mas, se não podem ser retroactivas as leis menos exigentes do que as antigas no tocante á prova do delicto,— que se diria daquellas, que, abrindo mão inteiramente da prova, declarassem *por intuição* legislativa o crime, e impuzessem sem verificação de especie alguma o castigo? E' isso, porém, precisamente o que faz a lei de 21 de outubro. Haverá, portanto, retroactividade, que mais brade aos céos, e envergonhe a civilização liberal do paiz, onde se tenta?

O attentado, entretanto, sobe de ponto, se advertirmos em que esse innominavel acto de amnistia não exonerou só da necessidade de prova a accusação: varreu, para os que ella, por insigne irrisão, qualifica de amnistiados, todo e qualquer elemento de processo: desde as formas até ao julgador.

Ora, as leis de forma, em direito penal, não retroagem, senão no presupposto de assegurarem ao accusado as faculdades necessarias de defesa. «Que pode reclamar legitimamente o accusado?», pergunta um laureado criminalista contemporaneo. «*Que a lei lhe dê os meios de fazer reconhecer a sua innocencia.*» (2) Ora, é exacto, observa o auctor do mais profundo tractado sobre esta especialidade juridica, «é exacto que se presume ter o legislador em mira o descobrimento mais seguro da verdade, quando introduz modificações no systema vigente do processo penal. Mas, não obstante, pode succeder, e de facto succede que, para chegar a esse escopo,

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

(2) GARBAUD: *Droit Pénal*, vol. 1, p. 192-14.

um regimen se avante a outro, faltando neste certas garantias do direito do réo, que naquelle se encontram. E' pois coisa evidente que da retroactividade das leis penaes judi-
 ciaras » (isto é, de processo) « se pode abusar, com os mesmos intuitos, com que se abusa das leis de direito penal material. Mais ainda: os factos nos demonstram que as perseguições politicas, neste seculo, se têm consummado antes mercê de tribunaes excepcionaes do que de penas aggravadas. Quasi todos os escriptores de direito transitorio penal, em consequencia, têm applicado tambem, com bom fundamento, ao processo o preceito da preferencia da lei mais benigna, entre a antiga e a nova. Não raro se tem recusado a jurisprudencia a applicar retroactivamente uma lei de processo, que reduzia o accusado a situação mais desfavoravel do que seria a sua sob a lei em cujo regimen se commettera o facto criminado.» (1)

A jurisprudencia ingleza, e a americana estão, neste ponto, de accôrdo com a dos paizes latinos. Pelo que toca á primeira, **HARDCASTLE**, no seu *Tractado da interpretação e effeitos das leis*, nos ensina que « as alterações na forma do processo são retroactivas, quando a reforma entende exclusivamente com os tramites da acção, sem interessar os direitos das partes: *if a statute deals merely with procedure in an action, and does not affect the rights of the parties.*» (2)

Se esta é a regra, nos paizes onde a retroactividade das leis não encontra obstaculo em prohibições constitucionaes, e o poder judiciario não conhece da inconstitucionalidade das

(1) **GABRA**: *Retroattività*, vol. II, p. 368-9.

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

leis (1), naquelles onde os tribunaes têm por dever de officio recusar obediencia ás leis offensivas da constituição, e onde esta oppõe á retroactividade legislativa barreiras peremptorias, incomparavelmente mais alto se firma a defesa, quando resiste a esses attentados contra o direito individual. Não ha, entre os constitucionalistas americanos, divergencia a tal respeito. «Toda lei retroactiva, bem que de simples processo, que esbulhar o réo de qualquer direito substancial, cujo gozo lhe estivesse affiançado pelas disposições legislativas em vigor ao tempo da perpetração do delicto, ou que a respeito do delicto e suas consequencias *lhe alterar em seu damno a posição anterior*, é retroactiva nos termos da prohibição constitucional.» (2)

Ora, a lei de 21 de outubro não priva os cidadãos, a quem se refere, de um ou outro direito, d'entre os que a theoria do processo penal reputa substanciaes á defesa: priva-os *de todos* esses direitos, acabando absolutamente com ella, mediante a suppressão categorica do processo, que substitue pela convicção intima do legislador, transformada em prova e sentença. A technologia britannica e americana conhece esses actos de transcendente absolutismo legislativo sob o nome de *bills of attainder* e *bills of pains and penalties*. (3) A definição dessa monstruosidade, recurso dos maues tempos da tyrannia no outro continente, ajusta-se rigorosamente aos caracteres da nossa estupenda amnistia. «Chama-se

(1) GARSONNET: *Traité de Procédure Civile*, vol. I. p. 25-6.—GARBAUD: *Dr. Pénal*, v. 1, p. 180, n.

(2) SUTHERLAND: *Statut. and Statutory Construct.*, § 467, p. 606.—WADE: *Retroactive Laws*, § 285, p. 337-8.

(3) STORY: *Commentaries*, § 1.344, v. II, p. 216. (Fd. de 1891.)

bill of attainder », diz um dos mais eminentes professores americanos, « a um acto legislativo especial, que impõe uma pena por um delicto já commetido, *sem demonstração do crime pelos tramites ordinarios da justiça (without a conviction in the ordinary course of justice)*. Elle encerra, pois, a dupla enormidade de ser uma lei retroactiva e uma usurpação do poder judiciario. As paginas mais ensanguentadas da historia ingleza são as que registram o exercicio deshumano desse tremendo poder. Não admira, pois, que elle fosse absolutamente extinto neste paiz. » (1)

Na constituição brasileira são ainda mais amplos os termos prohibitivos desse nefando abuso. Pela dos Estados Unidos foram defesas somente as *ex post facto laws*, os *bills of attainder*, termo em que se abrangem alli os *bills of pains and penalties* (2), e as *laws impairing the obligation of contracts*. (3), ao passo que, entre nós, á clausula do art. 11, n. 3, que veda aos poderes da republica o « prescrever leis retroactivas », accresce a do art. 72, § 15, que terminantemente estatue :

« Ninguem será sentenceado, *senão em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada.* »

Dir-se-á que a expressão « *forma* » comprehenda apenas o direito material, as leis substantivas, e exclua da sua garantia precisamente as leis de fórma, o direito processual? O absurdo seria palpavel; porque estas, pela sua relação intima com a substancia da justiça, são inseparaveis daquella.

(1) WALKER: *Introduction to American Law*. (ed. de 1887). p. 222.

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

(3) WALKER, *Op. cit.*

Foi um professor de direito militar brasileiro quem escreveu, em livro destinado á educação dos nossos officiaes, ao ensino nas suas escolas :

« O código penal e o código disciplinar são os primeiros elementos da justiça militar. Mas, embora tivessemos esses códigos, de que serviriam elles, se os tribunaes de julgamento não estivessem organizados, se a competencia e a jurisdicção não estivessem firmadas, se as regras e fórmulas do processo garantidoras dos direitos dos accusados não estivessem estabelecidas? Tinhamos o crime definido e a pena comminada ; tinhamos a transgressão notada e o castigo, que a corrige ; havia algum paradeiro ao arbitrio ; mas este ficava ainda com grande vantagem, porque o accusado era entregue á apreciação dos factos, sem garantia, nem defesa.» (1)

Nas disposições constitucionaes que asseguram o direito individual contra a ameaça de retroactividade, arma politica das epochas de reacção, estão previstas as leis, que violarem a defesa, e deixarem o accusado sem garantia na apreciação dos factos, que se lhe attribuem.

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

Os republicanos dos Estados Unidos têm a esse arbitrio o horror, exprimido, não entre as paixões da tribuna politica, mas na atmospherá serena da cáthedra, por um jurista, nesta energica linguagem : « Dae a uma legislatura o poder de

(1) THOMAZ ALVES : *Curso de Direito Militar*, tom. II, p. 132.

votar leis retroactivas, e ninguem está seguro; porque
exposto ao dominio della ficará o passado inteiro de cada
individuo. Obvio é, pois, que só de tyrannos será digno fazer
leis retroactivas, e só de escravos obedecer-lhes.» (1)

(1) WALKER: *Introd. to Amer. Law*, p. 221-2.

A objecção do caso politico

A esta evasiva se procuram abrigar sempre os excessos da dictadura, administrativa, ou parlamentar, no Brasil. Foi á sombra dessa excepção que se quiz legitimar a reforma inconstitucional dos officiaes, contra cuja violencia oppuz as acções civis hoje coroadas pelas sentenças da justiça e pela submissão do poder executivo. Na defesa, que então escrevi, o capitulo consagrado á refutação deste sophisma (1) é o trabalho mais largo e completo, em toda a litteratura juridica, acerca da limitação traçada pela natureza politica das questões ao poder, conferido á justiça, de examinar a constitucionalidade dos actos dos outros dois ramos do governo.

Nesse escripto firmei as seguintes conclusões, que se podem considerar sancionadas pelo aresto, e que rigorosamente se applicam á especie vertente :

« Actos *politicos* do congresso, ou do executivo, na accepção em que esse qualificativo traduz excepção á competencia da justiça, consideram-se aquelles, a respeito dos

(1) Ruy BARBOSA: *Actos inconstitucionaes do congresso e do execut.*, p. 125-44

quaes a lei confiou a materia á discreção prudencial do poder, e o exercicio della não lesa direitos constitucionaes do individuo.

« Em prejuizo destes o direito constitucional não permite arbitrio a nenhum dos poderes.

« Se o acto não é daquelles, que a constituição deixou á discreção da autoridade, ou se, *ainda que o seja*, contravém ás garantias individuaes, o caracter politico da funcção não esbulha do recurso reparador as pessoas aggravadas.

« Necessario é, em terceiro logar, que o facto, contra que se reclama, caiba realmente na funcção, sob cuja auctoridade se acoberta; porque esta póde ser apenas um sophisma, para dissimular o uso de poderes differentes e prohibidos.

« Numa palavra :

« A violação de garantias individuaes, perpetrada á sombra de funcções politicas, não é immune á acção dos tribunaes.

« A estes compete sempre verificar se a attribuição politica invocada pelo excepçionante abrange em seus limites a faculdade exercida. » (1)

Se o acto, em summa, só contem elementos politicos, só entende com interesses politicos, só corresponde a direitos politicos, vedado será, como acto *exclusivamente* politico, á acção investigativa da justiça. Se, de envolta, porém, com o elemento politico, interessar a direitos individuaes, condições da pessoa, ou da propriedade, a caracterização de acto politico, não sendo perfeita e absoluta, não constitue obstaculo á defesa dos prejudicados, empenhados em annullal-o.

E' posterior ao meu arrazoado na causa dos generaes,

(1) RUY BARBOSA : *Ib.* pag. 144

instaurada em 1892, a publicação do livro de COXE acerca do poder judiciario nas questões de legislação inconstitucional, unico tratado *ex-professo* (infelizmente incompleto) sobre o assumpto. E ahi encontro expressa nos mesmos termos a feição discriminativa dos actos immunes, na qualidade de politicos, á tutella reparadora dos abusos contra a constituição. « Não se estende o poder judiciario », diz esse jurisconsulto, « aos pleitos suscitados pela applicação do texto constitucional e das leis dos Estados-Unidos, nos quaes os direitos em perigo forem *meramente* direitos politicos (*merely political rights.*) » (1) Noutro escripto subsecutivo ao meu, o professor THAYER se pronuncia do mesmo modo : « Não compete ao poder judiciario intervir, na emergencia de actos *puramente* politicos e totalmente discrecionarios : « *in the case of purely political acts and of the exercise of mere discretion.* » (2)

Os exemplos elucidam concretamente essa definição. Discute-se, *verbi gratia*, se a constituição de um dos estados foi, ou não, ratificada pela maioria indispensavel de cidadãos habeis. O assumpto é estrictamente politico, de sua natureza. Não tem que ver com elle os tribunaes. (3) Disputam, em um estado, a legitimidade dois governos differentes. E' judicial a pendencia? Não ; porque os direitos em lide são fundamentalmente politicos. (4) Argúe-se de anti-republicana a constituição de um estado. Quem resolverá? Manifestamente o congresso da União (5) ; porquanto a materia é, de sua essen-

(1) COXE : *Judicial Power*, p. 30 e 118.

(2) THAYER : *Harvard Law Review*, nov. 1893, p. 135-5.

(3) BAKER : *Annotated Constit* (1891), p. 1.3, n. 16.

(4) *Luther v. Bordon.*—BAKER, *ib.*, p. 232, n. 17.

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

cia, estranha á indole das funcções judiciaes, nas quaes não cabe o conhecimento de generalidades, como as que se envolvem no estudo abstracto do organismo de uma constituição, mas simplesmente a applicação das leis *a casos individuaes*. Explicando a theoria constitucional deste principio com respeito aos actos politicos do executivo, GOODNOW, no seu tractado de direito administrativo comparado, enumera como propriamente taes os pertencentes á esphera das funcções que a administração desempenha no curso das negociações diplomaticas, na celebração de tractados, no commando e distribuição das forças militares, nas relações entre o governo e o congresso. (1)

No pleito *Georgia v. Stanton* se dilucidaram as regras hoje firmadas. O estado da Georgia propuzera, perante a suprema côrte dos Estados Unidos, uma acção contra Stanton, ministro da guerra, Grant, general do exercito, e Pope, commandante do districto militar, onde se abrangia aquella região, com o fim de obstar a que executassem as leis, promulgadas pelo congresso, contra o veto presidencial, familiarmente conhecidas pelo nome de *Reconstruction Acts*. Proferindo a opinião do tribunal, o juiz NELSON disse: « Esta côrte não pode valer ás partes, senão quando se litigue sobre direitos concernentes ás pessoas, ou ao seu patrimonio, e taes direitos houverem sido violados. » « Os tribunaes judi-
ciarios só podem interpor-se, estando em questão direitos, que envolvam o individuo, ou a propriedade. » (2) E' a doutrina que o juiz MILLER, da suprema côrte, desenvolve neste trecho luminoso :

(1) GOODNOW: *Comparative Administrative Law* (N. York, 1893), I. p. 34.

(2) THAYER: *Cases*, I. p. 200—5.

« Suscita-se um caso sujeito á constituição, toda a vez que se conteste *algum direito constitucional, algum direito assegurado nesse pacto, seja elle direito de propriedade, liberdade, voto, ou qualquer outro direito filiavel á constituição (or any other right which can be traced to this constitution)*. Se se transgredir, negar, ou ameaçar esse direito, cabe aos interessados pleiteal-o nos tribunaes dos Estados Unidos. » (1)

No litigio do estado de Rhode Island contra o de Massachusetts, em que se contendia acerca de uma zona de territorio fronteira entre os dois, se pretendeu contestar a auctoridade do tribunal, sob o pretexto de que o assumpto envolvia questão de soberania e jurisdicção territorial, implicando assim, de parte a parte, direitos politicos dos dois governos. Comquanto, porém, fossem incontestaveis, a esse aspecto, as relações politicas do conflicto, decidiu a suprema côrte que, entendendo elle com o direito de propriedade, era judicial. (2) Noutra demanda entre dois estados prevaleceu a mesma jurisprudencia. (3)

Que questão mais essencialmente politica do que a da legitimidade da aquisição da Louisiana? Annexando esse territorio aos Estados Unidos, Jefferson acreditara e confessara ter praticado um acto inconstitucional. Divergente delle e de Josiah Quincy, Gallatin, ministro do thesouro sob a presidencia de Jefferson, sustentou parecer opposto, e com elle se conformou o congresso. Mas quem sellou definitivamente a legitimidade do facto, foi a suprema côrte, numa

(1) MILLER : *Lectures on the Const.* (891) p. 320.

(2) *The State of Rhode Ieland v. The State of Massachusetts*. THAYER : *Cases*, I, p. 203.

(3) *The State of Florida v. Georgia*. THAYER, I, p. 203-4.

serie de arestos proferidos em questões de direito individual, a que elle deu ensejo. (1)

Até a questão do papel-moeda e seu curso legal se demandou perante a justiça americana, e recebeu della a solução definitiva. Tractava-se da legitimidade dos actos do congresso (25 de fevereiro, 1862; 17 de janeiro de 1863; 3 de março de 1863), que mandaram emittir a moeda fiduciaria, cujo concurso as necessidades do thesouro, nos apuros da guerra civil, impunham ás finanças da União. Não podia haver medida de character mais substancial e notoriamente politico do que essa,—já pela natureza da funcção legislativa, a que se ligava, a de regular a circulação monetaria, já pela força ineluctavel das maiores exigencias de ordem nacional e, até, de salvação publica, a sustentação da guerra, o pagamento das forças militares, a que essa providencia obedecia. Taes foram as considerações invocadas a seu favor na suprema côrte federal, em 1869. Não obstante, porém, os tres actos do congresso foram declarados inconstitucionaes e nullos. (2) Por duas sentenças de dezembro de 1870 (3) e 1883 (4) o tribunal mais tarde se retractou dessa decisão; mas não porque desconhecesse a competencia, que exercera; sim porque, na especie, não lhe pareceram cabaes os fundamentos da primeira sentença, alias advogados ainda, com a mais alta auctoridade, num pampheto celebre, em nome da constituição, pelo seu historiador. (5)

(1) MILLER : *Lectures*. p. 128-30.

(2) *Hepburn v. Griswold*. MILLER : *Lectures*. p. 135-6.

(3) *Knox v. Lee*. MILLER : *Op. cit.*, p. 136-7.

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

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

A lei de 22 de junho de 1874 (1), originaria das de 2 de março de 1867 e 2 de março de 1863, reformando a legislação aduaneira e fiscal, impunha aos contribuintes, nas causas de arrecadação, a exhibição judicial dos seus livros e papeis particulares, pena de se haverem por confessos a favor da fazenda. O direito anômalo e oppressivo instituído por esses actos «era uma dessas medidas de guerra, adoptadas por força das extremidades de uma epocha, em que, sob a pressão das calamidades existentes, o congresso se vira urgido a salvar o thesouro nacional a todo transe.» (2) Todavia, no pleito *Boyd v. United States*, a suprema côrte sentenciou que essa disposição era nulla, por injustificavel perante a constituição. (3)

Nada mais político do que o direito de voto nos comicios eleitoraes. Como, porém, esse direito é um predicado individual do cidadão na integridade dos seus privilegios constitucionaes, duas decisões judicarias annullaram, como irritas por vicio de inconstitucionalidade, as secções 4.^a, 5.^a da lei de 31 de maio de 1870 (4) e a secção 5.519, tit. LXX, das leis consolidadas (*Revised Statutes*) (5), todas ellas concernentes á materia politica da eleição. (6)

Recentissimamente surde, elevando-se acima de todos esses, o caso do *Income Tax Act*. O congresso, por esse acto tributario de 1894, creara, com accentuadas feições socialistas, o imposto sobre a renda. Pois bem: essa medida finan-

68

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

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

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

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

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

(6) *ORDRONNAUX : Constit. Legisl.*, p. 431-2.

ceira, dictada ao legislador por uma violenta pressão de certas camadas populares e destinada a fornecer ao thesouro em difficuldades cincoenta milhões de dollars, foi annullada por duas sentenças da suprema côrte em maio de 1895. (1) «A *income tax* de 1894 era uma instituição *essencialmente politica*, pela natureza das forças que a produziram, das theorias que a inspiraram, dos fins administrativos a que tinha em mira prover. Politica como obra dos factores socialistas predominantes numa larga secção dos circulos eleitoraes, que o suffragio universal entrega ás influencias da extrema democracia, era a primeira traducção pratica do programma de reorganização da sociedade conforme o socialismo revolucionario que ameaça a sociedade moderna. E, no proprio seio do tribunal, os fundamentos, a que se arrimou a minoria dissidente, eram abertamente politicos. O Juiz Harlan, por exemplo, sustentou que a opinião da maioria golpeava as faculdades de defesa do governo contra emergencias graves, e constituia um perverso assalto aos direitos do povo.» (2) Mas os magistrados supremos da União não vacillaram; e o chefe da nação não aguardou o congresso, para se inclinar ao aresto: mandou incontinenti sobreestar na cobrança da taxa, e restituiu aos contribuintes a parte arrecadada.

Assim que, na zona mais central da região politica, em materia eleitoral, em materia de impostos, em materia de papel moeda, *se periga um direito individual*, em consequencia de qualquer desrespeito legislativo á constituição, a justiça

(1) RUY BARBOSA: *O congresso e a justiça no regimen federal. Cartas de Inglaterra*, p. 353-410.

(2) *Ib.*, p. 375, 376.

não hesita em intervir, reintegrando na sua intangibilidade a lei das leis.

O subterfugio, que pretende cobrir com o manto da politica os attentados das maiorias parlamentares, para os subtrahir, por esse artificio, á acção dos tribunaes, é a criação mais colossal da ignorancia e da anarchia neste regimen. E' sobretudo contra as offensas *politicas* do poder ao direito individual que se armou a magistratura com a prerogativa de interprete definitivo do pensamento constitucional. Quando os golpes contra a personalidade humana assumem, na praxe das facções, as formas extraordinarias da necessidade, e procuram legitimar-se com os sophismas da razão de estado, contando com a indifferença do povo, as paixões da multidão, ou os conluios dos partidos, então se accentua mais que nunca a competencia e a oportunidade da justiça. Ha, sem duvida alguma, um territorio vasto, reservado pela constituição á politica, isto é, á administração e á legislatura, onde tem de gyrar livremente a auctoridade discrecional destas. Mas, desde que as suas deliberações transpõem a linha dos direitos, que a lei fundamental define, acabou o imperio do arbitrio governativo, e principiou o da inflexibilidade judicial.

Demais, na hypothese, o que está pendente, não é só o triplice direito dos meus constituintes, espoliados, por indefinido tempo, no exercicio, no vencimento e na antiguidade; não é, ainda, o principio capital da irretroactividade das leis; é a propria substancia organica do poder judiciario, a sua função especifica e impartilhavel de processar, julgar, e condemnar.

De balde, pois, allegarão os advogados da força que, na

especie, não se tracta de uma expiação penal, mas de um recurso de alta politica, dictado ao civismo dos legisladores por exigencias imperiosas da situação.

Primeiramente os interesses da alta politica, por mais sublimes que sejam, por mais vitaes, por mais ineluctaveis, não derogam a constituição, infundindo vigor de constitucionalidade a actos inconstitucionaes. São desertores os meus constituintes? São insurgentes? São criminosos? Não, aos olhos da justiça, perante a qual não foram sentenciados, nem processados, nem accusados sequer. Em face da justiça, pois, são innocentes. E não tem o poder de punir innocentes a politica, a quem não assiste nem o de punir culpados. Porque o punir é dos tribunaes, nunca de outra auctoridade, debaixo do céo. A nessa maxima constitucional é a que um juiz americano formulava, ha mais de um seculo: « As leis não podem castigar ou malfazer a innocentes. » (1) Já então se conhecia esta verdade, vibrantemente formulada cem annos mais tarde em plena irradiação da jurisprudencia hodierna: « Em nome só da necessidade, seja embora a extrema necessidade social, não se tem o direito de immolar um individuo humano. Cumpre que se lhe possa dizer por modo absoluto: *Sois julgado e punido como quer a justiça.* » (2) A organização excepcionalmente poderosa da justiça no regimen americano não tem outro intento, senão fazer dessa garantia sobre todas santa da ordem moderna uma realidade categorica.

Depois, em nosso direito politico não se conhecem me-

(1) «It is a known maxim that a statute ought to be so construed, that no man who is innocent be punished or endangered.» *Butgers, v. Waddington Mayor's Court*. N. York, 1784. (THAYER: *Cases*, I, p. 71.)

(2) PASCATORI: *La logica del diritto* (1883), p. 76.

didadas de excepção *constitucionaes*, alem das particularizadas, para o caso de estado de sitio, no art. 34, n. 21 e 80, §§ 1.º e 2.º, do pacto federal.

O qualificativo de « medida de ordem publica » não sana, ou autoriza aberrações da prepotencia legislativa.

Supponhamos que o congresso juxtapunha á amnistia a clausula da reforma dos amnistiados. Era valida essa restricção? Não, em face da constituição, art. 75, e dos ultimos arestos, cuja doutrina annullou por incompativeis com a inviolabilidade das patentes as reformas *politicas* de officiaes.

Demos que a legislatura vinculasse á amnistia a demissão dos amnistiados. Subsistiria esse arbitrio? Muito menos; porque não seria admissivel a demissão, onde já se não tolerava a reforma.

Figuremos ainda que, sob essa allegação, o poder legislativo, amnistiando, prescrevia o desterro dos amnistiados para logares fóra dos quaes reputasse arriscado conceder-lhes liberdade, ou que lh'a sujeitava a outros vexames, como, por exemplo, o de uma policia especial, cuja vigilancia lhes limitasse os movimentos. Eram outras tantas privações de direitos, outras tantas penalidades, sentenceadas pelo legislador, applicadas directamente por elle, e como taes nullas.

Ora, entre esses varios specimens de oppressão legislativa e o de que me occupo nesta causa, a differença é apenas de gráu na violencia do abuso. Se é legitimo o de que se sentem aggravados os meus constituintes, legitimos seriam os outros. Se as hypotheses, que venho de imaginar, são *inconstitucionaes*, *inconstitucional* é o facto, de que elles se queixam. Se o congresso, por facultades de excepção, pode mutilar a patente e o posto, desfalcando-os por este modo no exercicio, no ven-

cimento, na antiguidade, *ipso jure* poderá reformar, e, se reforma, demittir. Outrosim, se, pela reforma e demissão, lhe é licito extinguir esse direito, de cuja «plenitude» é fiança um artigo constitucional, não sei onde está a muralha, que resguarde a inviolabilidade dos outros. O que se reclama para o corpo legislativo, é o privilegio de exorbitar; e, sancionado elle, o congresso, que se estreiou, fulminando sentenças contra a dignidade e o patrimonio, acabará desfechando-as contra a liberdade e a vida.

Uma vez desencadeada, a soberania da conveniencia politica não conhece limites: rôta a cadeia das garantias, não ha uma só, que se não perca.

E' evidente, de mais a mais, pelo seu proprio texto, que o decr. de 21 de outubro não se inspirou no espirito da salvação da ordem, mas em sentimentos de partido. Se o proposito desse acto fosse a segurança publica, ou o bem da administração, e não o empenho de infligir aos suppostos amnistiados um mal, uma degradação e um prejuizo, uma lesão amarga nos direitos profissionaes e no de propriedade, isto é, literalmente, uma *pena* discricionaria, a medida legislativa limitar-se-ia a impedir que, durante certo praso, revertessem á actividade: não os feriria na bolsa e nas espectativas legaes da sua carreira, cerceando-lhes o vencimento, e suspendendo-lhes o curso da antiguidade.

Os termos do pedido

Reincido com premeditação na cinca de *libello inepto*, que se dignou de assacar-me, no supremo tribunal, um dos seus membros mais illustres, ainda bem que em unidade, no julgamento da questão dos generaes reformados. Não peço aos tribunaes que me abroguem, ou cassem o decr. de 21 de outubro, mas que, verificada a sua inconstitucionalidade e declarada a sua nullidade, mantenham aos meus constituintes os direitos, de que elle os priva.

Reincido ; porque, emquanto o eximio magistrado não reformar, á imagem das suas idéas, a situação reciproca dos poderes politicos, o curso, que a sua lição me aconselha, seria o mais rematado erro de officio. Reincido, e reincidirei, quantas vezes haja de oppor-me, em juizo, á applicação de actos inconstitucionaes ; porque o regimen americano não converteu a justiça em segunda instancia do poder legislativo : consagrou apenas a doutrina da precedencia da lei soberana á lei subalterna, uma vez averiguada pelo juiz a divergencia entre as duas : « *Inter discordantia concilia praeponitur sententia ejus quod est majoris auctoritatis.* »

(1) LANCELOT: *Inst.*, l. 1, t. 3, § 4. App. *Corpus Juris Canonici.*

Essa doutrina, esboçada no direito romano pelas limitações á autoridade dos rescriptos (1), pela proeminencia do *jus legum* (2), pela distincção, segundo a *theoria do mandato*, entre as leis immediatas e as leis mediatas (MOMMSEN) (3), explicitamente definida e praticada no direito canonico até contra o arbitrio dos papas (4), considerada por MARSHALL (5) como *corollario commum* a todas as constituições escriptas, adoptada até na Allemanha, ha vinte annos, em uma decisão celebre da côrte hanseatica de appellação (6), advogada como applicavel sob a constituição imperial por espiritos da altura do de JOSÉ BONIFACIO na sua aureolada cadeira de professor, não superpõe a magistratura ao poder legislativo: reconhece-lhe simplesmente, entre uma lei, que formula a vontade permanente do povo, e outra, que traduz a vontade transitoria de um congresso, o dever inevitavel de examinar e declarar o direito para o caso occurrente. (7)

Se o meu trabalho no pleito dos generaes reformados merecesse chegar á altura da attenção do magistrado, cuja irreflexão me irrogou a inopinada censura, é impossivel que o esclarecido espirito de tão sabio jurista conservasse enkystado nas suas idéas constitucionaes o erro impressso agora no seu voto. A minha demonstração naquelles autos é o quadro com-

(1) Rescripta contra jus elicitá ab omnibus judicibus refutare proecipimus. L. 7 Cod., L. 1., t. 19. L. 6 Cod., L. 1, t. 22. L. 4 Cod., l. 1, t. 19.

(2) CICERO: *Pro domo sua*. c. 13-27.

(3) COXE: p. 135-18.

(4) « Pontifex enim, licet possit, non censetur velli tollere jus quæsitum. » COXE, p. 121-36. « Canon law courts had proceeded and decided in a similar manner long before the framers of the first american constitution were born. » COOE, p. 127.

(5) MARSHALL: *Writings upom the federal Constit.*, p. 24-5.

(6) COXE, p. 95-99.

(7) BLACK: *American Const. Law*, p. 51, n. 22.

pleto da theoria americana sobre o assumpto. E quero que me apontem *uma* opinião destoante da lição alli expendida. E' quanto me bastaria, para estender, submisso, a mão á férula.

Todos os auctores, *todos* os arestos ensinam a uma que a justiça não actua directamente contra os outros poderes (2), que não exerce um poder de revisão das leis em abstracto (3), que resolve apenas os casos emergentes no curso dos pleitos (4), que os seus julgados não se estendem além das especies em questão (5), e que só em relação a ellas opera como oraculo definitivo. (6) E isto não se sabe só na America, entre os que se dão á fadiga destes estudos. Até na Europa, tão longe das nossas constituições, é trivial, entre os que as resumem para o vulgo. (7) E no Brasil mesmo, ao tempo em que o egregio magistrado me irrogava a arguição, essa doutrina, apenas definida fóra daqui em arestos e auctores, era objecto de textos formaes *entre as nossas leis*. A de 20 de nov. de 1894, art. 13, §§ 16 e 11, estatue.

« Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos, e *deixarão de applicar aos casos occurrentes* as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente inconciliaveis com as leis, ou com a constituição.

(1) RUY BARBOSA: *Actos inconstitucionaes*, p. 96-124.

(2) POMEROY: *Cost. Law*, p. 98, § 147.

(3) THAYER: *Cases*, I, p. 205.

(4) MILLER: *Lectures*, p. 315.

(5) BANGROFT: *Hist. of the form. of the Const.*, II, p. 198, 207.

(6) ORDRONNAUX: *Constit. Legisl.*, p. 420.

(7) GIACOMO GRASSO: *La Costituzione degli Stati Uniti dell' America Settentrionale* (Firenze, 1894), p. 136-40.

« As sentenças judiciais passarão em julgado, e obrigarão as partes e a administração *em relação ao caso concreto que fez objecto da discussão.* »

O projecto magistrado esquecera a lei.

Não é o poder judiciário que *annulla* as leis inconstitucionaes. A palavra annular, no tocante a essa especie de sentenças, equivale meramente a *declarar nullo*. (1) A nullidade preexiste á sentença, por effeito da inconstitucionalidade, intrinsicamente ao acto. Este, « desde o seu principio, não tinha vida, nem acção, achando-se assim « nas mesmas condições em que se nunca o tivessem promulgado. » (2) Provada a sua invalidade, « a lei é, para todos os effeitos legais, tal, qual se nunca existira » (3), e encara-se « como se não tivesse tido jamais a minima força legal. » (4)

Accresce que, em se lhe deparando um acto incurso nesse vicio radical, não ha, para a justiça, alternativa. Em presença de uma lei inconstitucional, não é uma faculdade, que se lhe deixe, é um dever, que se lhe impõe, a declaração de nullidade. (5) Os tribunaes de justiça, quando chamados a sentenciar entre a constituição e uma lei, que se lhe contrapõe, « são obrigados a executar a constituição, como suprema,

(1) « The word « annulling » is often used to-day to describe the effect of judicial action in such cases, — as the equivalent of the phrase *declaring null and void.* » THAYER: *Cases*, I, p. 40. n.

(2) « It was invalid from the beginning, had no life or operation, and is precisely in the same state, as if it had not been made. » *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*. THAYER: *Cases*, I, p. 104.

(3) « When a legislative enactment proves to be invalid, it is for all legal purposes as if it had never been. » COOLEY: *Princ. Of. Const. Law*, p. 55.

(4) « When a statute is adjudged unconstitutional, it is as if it had never been. . . . it is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force. » COOLEY: *Const. Limit.*, p. 224.

(5) RUY BARBOSA: *Actos inconstitucionaes*, p. 58, 75.

declarando irrita a lei. » Assim se exprime um dos mais antigos commentadores da constituição americana. (1) « Se a lei é inconstitucional, aos tribunaes toca o poder e «a obrigação» de declaral-o. » dizem as *Institutas* de BOUVIER. (2) Já em 1795 a magistratura dos Estados Unidos affirmava desempenhar-se, nesses casos, *de um dever* (3), cuja energia imperativa os modernos têm accentuado ainda mais profundamente (4), e que, ha quatro annos, a suprema côrte de Washington qualificava como um dos mais solemnes da sua missão. (5)

Taes actos, insubsistentes de sua origem, feridos de esterilidade absoluta, insanaveis pela acção do tempo, insupríveis por arbitrio do juiz, pertencem ao numero desses actos nullos, que melhor se chamariam *inexistentes*, e cuja theoria, primeiro formulada por ZACHARIAE, depois por MARCADÉ e successivamente por DEMOLOMBE, LAURENT e outros, se encontra desenvolvida em todos os civilistas contempo-

(1) « Courts of justice, when called en to decide a case in which the constitution and law are opposed, are bound to enforce the constitution as paramount, and to declare the law void. » SERGEANT: *Constitutional Law* (Phil. 1830), p. 401.

(2) « The courts have the power, and it is their duty, when the law is unconstitutional, to declare it to be so. » BOUVIER: *Institutes of Americ. Law*, I, n. 103, p. 26.

(3) « In such case it will be the duty of the court to adhere to the constitution, and to declare the Act null and void. » *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*. (THAYER: *Cases*, I, p. 97.)

(4) « The reduction of the fundamental principles of government in the American States to the form of written constitutions. . . necessarily obliged the judicial department, in case of conflict between a constitutional provision and a legislative act, to obey the constitution as fundamental law, and disregard the statute. » THAYER: *Cases*, I, p. 53.

« It is the province and duty of the courts to declare it. » *People v. Draper*. (THAYER: *Cases*, I, 167.)

(5) « . . . the court must in the exercise of its solemn duties determine whether the Act be constitutional, or not. » *Chic. & Grand Tr. Ry. Co. v. Wellman*. (THAYER, I, p. 171.) Ver tambem BLUNTSCHLI: *Allgemeines Staatsrecht* (ed. 1863), p. 550, 551.

raneos. O acto *inexistente* « offerece apenas a apparencia de existir » ; mas juridicamente « não existe ». (1)

No que toca a esses actos, diz o profundo annotador das Pandectas de ARNDTS, « não se requer acção alguma, para os fazer annular ; antes é impossivel o exercicio de taes acções, pois legalmente não existe acto nenhum, que reduzir a nada. » Como, porém, obstar aos effeitos do acto *inexistente* ? Um exemplo de jurisprudencia civil o mostrará. No caso do testamento do impubere, os herdeiros legitimos, « em vez de pedirem a nullificação do testamento, promovem logo a petição de herança (*hereditatis petitio*), onde, se lhes oppuzerem o pretenso testamento, replicarão demonstrando-lhe a inexistencia juridica. Em caso de controversia, terá que examinar o juiz se, juridicamente, o testamento existe, ou não ; e, se o considerar inexistente, condemnará o réo a restituir aos auctores os bens hereditarios, visto não ter realidade juridica o testamento, em virtude do qual os retinha ». (2) Muitas vezes as doutrinas de direito privado estabelecem analogias, derivações e inferencias, em que se vão inspirar as theorias de direito politico. A idéa americana da limitação da auctoridade da legislatura no circulo dos poderes traçados pelas constituições escriptas e da insubsistencia dos actos legislativos que transcenderem as forças desse instrumento é reflexo dos principios da jurisprudencia civil em materia de mandato e capacidade. Praticadas além das forças da outorga constitucional, as deliberações do congresso, attentatorias de direi-

(1) DE CRESCENZIO : *Sistema di diritto civile romano*, § 55.—LOMONAGO : *Delle obbligazioni*, II, p. 491-5.

(2) ARNDTS SERAFINI : *Le Pandette*, § 79. n. 2.—BARTOLI : *La ratifica*, p. 28-30.

tos que ella reserva, são vãs e nenhuma em sua substancia, pela incapacidade do seu auctor. Não ha, pois, que demandar a nullidade, character ligado á origem do acto, não á auctoridade da sentença. Esta occupar-se-á, está claro, com a nullidade, mas simplesmente como *fundamento de decidir*. O *objecto do pleito*, porém, se fôr juridicamente orientado, a *materia do pedido* é outro: é a reintegração ou manutenção do direito pessoal, que o acto inexistente suppoz invalidar.

Aqui está porque eu não sollicito annullação da lei, nulla, por sua natureza, de 21 de outubro, no art. 1º, §§ 1 e 2, mas sim que,

reconhecida a nullidade dessas disposições legislativas e, por consequencia, a das ordens administrativas, que lhes deram execução, seja condemnada a fazenda a pagar aos meus constituintes os vencimentos, que esse acto lhes tira, e a administração da guerra a lhes contar a antiguidade, que elle lhes mandou interromper. 74
