

APONTAMENTOS

SOBRE

O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

*Dupl
al*

APONTAMENTOS
SOBRE
O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
E SOBRE
OS PRIVILEGIOS E PREROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO
NOS CONTRACTOS E TRANSACÇÕES
QUE CELEBRA COMO
PODER PUBLICO

POR

Henrique do Rego Barros

BACHAREL EM DIREITO PELA FACULDADE DO RECIFE, PROCURADOR FISCAL
E DOS FEITOS DA FAZENDA NACIONAL EM PERNAMBUCO, EM COMISSÃO NA
DIRECTORIA DO CONTENCIOSO NO THESOURO NACIONAL

« É preciso que nos convençamos de que a
Administração Publica, tanto central como local,
não pôde limitar-se á execução material e auto-
matica das leis, nem a sua actividade reduzir-se
ao expediente de uma secretaria mais ou menos
officialmente considerada. »

DR. M. EMIGDIO GARCIA.

Cecy est un livre de bonne foy.

MONTAIGNE.

Rio de Janeiro

Em casa dos Editores-proprietarios

EDUARDO & HENRIQUE LAEMMERT

66, Rua do Ouvidor, 66

1874

341.36
R 343
ale

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL
Este volume acha-se registrado
sob número 5087
do ano de 1946

AO

III.^{mo} e Ex.^{mo} Sr.

VISCONDE DO RIO BRANCO

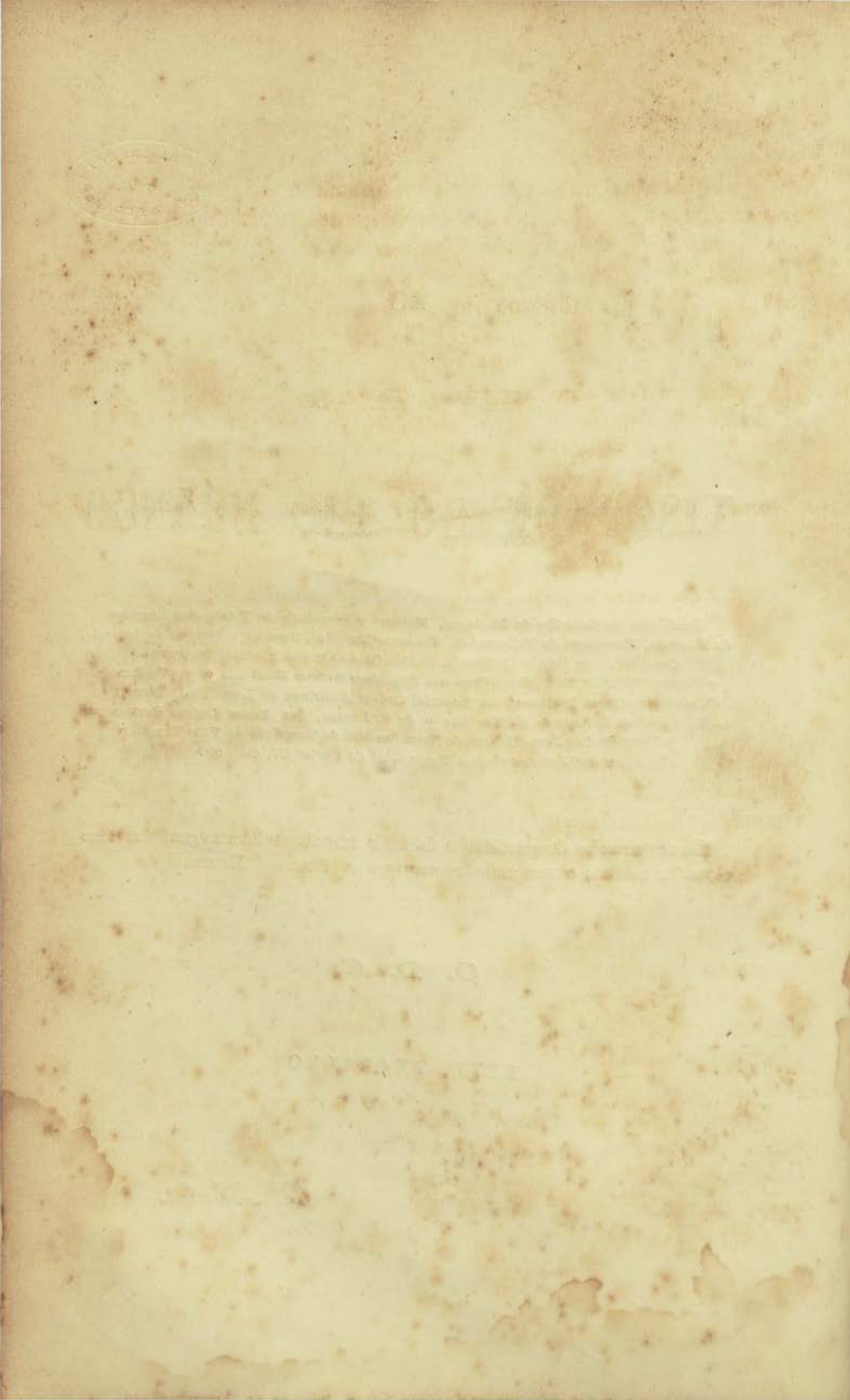
Presidente do Conselho de Ministros, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Fazenda, Presidente do Tribunal do Thesouro Nacional, Senador e Grande do Imperio, Conselheiro de Estado Ordinario, Dignitario da Ordem Imperial do Cruzeiro e Commendador da Rosa, Gran-Cruz das Imperiaes Ordens Russianas da Agula-Branca e de Sant'Anna 1.^a Classe, da Imperial Ordem Austriaca de Leopoldo 1.^a Classe, da Real Ordem Italiana de S. Mauricio e de S. Lazaro, das Reaes Ordens Portuguezas de Nosso Senhor Jesus Christo, de Nossa Senhora da Conceição da Villa Viçosa, e da Distincta Ordem Hespanhola de Carlos III, etc., etc.

Em testemunho de gratidão e da mais respeitosa homenagem aos seus elevados meritos e assignalados serviços ao Paiz e á Humanidade

O. D. C.

ESTE TRABALHO

O Autor.



INTRODUÇÃO

Bem que pouco partidario dos prefacios e apreciando os versos de Boileau :

« Un auteur à genoux, dans une humble préface,
Au lecteur qu'il ennuie, a beau demander grâce. »

Convém, entretanto, reconhecer que em certas obras o prefacio é indispensavel.

Para meu conhecimento fui tomando alguns apontamentos ácerca do *Contencioso Administrativo e Privilegios da Administração*. Esses apontamentos, coordenados do modo que me foi possível, são os que hoje publico ; parecendo-me que não será desagradavel encontrar reunido o que é longo e difficil buscar em um sem-numero de escriptos. Se meu trabalho por defficiente, não puder satisfazer de todo á necessidade, terá ao menos a vantagem de inculcar os pontos principaes de investigação e exame, bem como as fontes de esclarecimento, a que póde recorrer-se para adquirir conhecimento cabal sobre tão importante assumpto ; e é por isso que elle tem o caracter de *apontamentos*.

Grande desfavor acompanha os escriptos desta natureza : por muitos que têm a attenção absorvida pelas theorias politicas e pela politica em acção, este trabalho não póde ser acolhido com interesse, pois, não encontrarão nelle theorias brilhantes, attractivos, nem

declamações apaixonadas ; por alguns que, cansados de vãos ataques contra a sociedade, contra os costumes e as instituições do paiz, e compenetrados de que já lá se forão os tempos de declamações vagas, de utopias sem base e sem realidade, que entendem que, no meio de tantos principios contradictorios e de tantos interesses em luta, convém factos, e que se indique os remedios applicaveis, este trabalho não parecerá completamente inutil ; porquanto, estimarão saber, quer debaixo do ponto de vista theorico, quer pratico, os principios que regem as relações da Administração, representando o interesse publico, com os cidadãos no que respeita a contractos para a execução de trabalhos publicos.

Finalmente, por aquelles que percorrem, como eu, os mesmos escolhos, que experimentão os mesmos embaraços, este trabalho será considerado de alguma utilidade, visto que encontrarão nelle muitos e muitos esclarecimentos que fôra difficil obter, espalhados como andão por um sem numero de livros, relatorios e collecções de legislação, porquanto, cito escrupulosamente as opiniões pró e contra, escolhendo de preferencia a dos mestres da sciencia, afim de que se possa, recorrendo ás suas discussões aprofundadas, adquirir a convicção, e nesse intuito procurei que cada uma das proposições marchasse investida de prova, e acompanhada de todos os precedentes scientificos, e por isso animo-me a publicar os *meus apontamentos*.

É sabido que as conveniencias sociaes, o interesse publico impõem frequentemente encargos e sacrificios ao interesse privado, e que, ao passo que se acha agradável encontrar na sociedade todas as garantias, vantagens e gozos, difficilmente se submette aos sacrificios impostos a bem da sociedade. Conheço que velhos erros e preocupações do passado, filhos sem duvida, dos governos absolutos, têm feito considerar o Poder Administrativo como inimigo, a ponto tal que, para muitos, basta fazer-se opposição ao Governo para ser considerado *liberal*.

E tempo de vêr as cousas pelo seu verdadeiro prisma, e que são nossos proprios negocios que o Governo gere e administra, e que é á sombra do proprio Governo que nós trabalhamos e gozamos dos fructos de nosso trabalho, e quando o Governo é abalado, tudo vacilla, a segurança desaparece e com ella a liberdade.

Muitas vezes o Poder Administrativo, para fiel desempenho da missão que lhe é confiada, parece violar alguns direitos privados e d'ahi surgem contestações entre o interesse publico ou social de que a Administração é o defensor e o interesse privado, que resiste e reclama. De uma parte está a sociedade, de que a Administração é o órgão, e da outra um particular.

Apezar da Autoridade Judiciaria não ter outra missão senão terminar *os debates entre os particulares*, desde que o interesse publico entra em jogo as circumstancias já não são as mesmas, e o Poder Judiciario já não pôde ser chamado para estatuir sobre o litigio, comtudo, é varia entre nos a jurisprudencia a este respeito, e, não obstante a clareza das leis, a competencia judiciaria encontra intelligentes partidarios, sem que levem em conta que o interesse publico deve preferir o interesse particular, e que aquelle exige imperiosamente que o cidadão contribua para a manutenção da sociedade, não podendo reger-se por leis applicaveis ao interesse privado, que *excluem toda qualidade de pessoas e de interesses*.

A multiplicidade das materias que abraça o Direito administrativo, a variedade dos aspectos sob que se exerce a acção da Administração, a mobilidade das regras que devem ser apropriadas aos progressos da civilisação e aos principios que prevalecem no governo da sociedade, a diversidade mesmo dos fins do Direito Administrativo, todos estes caracteres, que são proprios deste ramo de direito, têm incutido em espiritos, aliás illustrados, erros e preconceitos; entendem que o Direito Administrativo é novo e nascente, que pede a jurisprudencia o desenvolvimento e a vida, quando pelo

contrário, não exige senão o estudo e o respeito, porquanto, a mobilidade das decisões administrativas é que indica ser a justiça, ainda a de um povo nascente, que não tem nem regras escriptas nem leis, e no meio destes elementos indecisos se perde a jurisprudencia, e com ella todos os principios são lançados na carreira das incertezas.

Estes preconceitos incutidos no espirito de certos homens, aliás eminentes, convém destruir, não só porque geralmente se dá aos erros uma crença irreflectida, que nem sempre estudos serios pôdem dissipar, como também porque, segundo a autoridade dos inventores, as idéas são recebidas precipitadamente, sem exame, sem meditação, e d'ahi prevenções injustas contra a Administração e theorias falsas contra os principios fundamentaes dos governos representativos.

Para corroborar o que acabo de dizer basta attender para a prevenção com que são applicadas as leis administrativas, pensando-se encontrar em cada uma de suas disposições uma derogação do direito commun; desprezão-se as regras da interpretação na persuasão de que a lei é submettida a regras exorbitantes, d'ahi o arbitrio e contradicções, que fazem com que as decisões percam todo o prestigio e força moral. Por isso diz Jousseim, advogado do Conselho de Estado e do Tribunal de Cassação :

« Para que a jurisprudencia administrativa seja alguma cousa, para que ella faça como regra, o objecto dos nossos estudos e a razão de nossa conducta, convém que ella seja um direito, convém que ella tenha uma cousa estavel, convém que ella seja fundada na lei, que o juiz não a possa mudar. »

O Direito administrativo *fiscal* não faz objecto de nenhum ensino publico entre nós, apesar de ser um ramo do nosso direito por demais vasto em suas ramificações; nas aulas de Direito Administrativo apenas se ensinão os principios geraes, sem fazer-se applicação ás

nossas leis administrativas; esta falta de ensino faz com que as leis fiscaes sejam consideradas leis arbitrarías, leis inimigas contra as quaes todos os meios são permittidos, mesmo o dolo e a fraude.

Além do Direito Administrativo ser pouco estudado, os funcionarios administrativos não aprendem ordinariamente senão o que é relativo a suas funcções; sem livros especiaes, não têm outro meio de instrução senão a pratica, útil sem duvida, mas longa e insufficiente, o que faz com que a marcha administrativa não seja tão rapida, nem tão uniforme como era para desejar; e d'ahi conflictos e a mais funesta das anarchias — a dos encarregados da execução das leis.

Cada depositario da Autoridade Publica só se limita a cuidar de seu serviço, sem se importar que os seus actos deixem de estar de accôrdo com os dos outros funcionarios; e por este modo de proceder, se esquece que os esforços de todos os agentes do mesmo Governo devem convergir para o mesmo fim.

Este abandono do estudo do Direito Administrativo e dos regulamentos fiscaes póde ter consequencias graves: os administrados, não tendo pleno conhecimento de seus direitos, nem sempre poderão defendel-os, e não comprehendendo quaes os seus deveres se revoltarão contra a Administração, porquanto, não verão nella senão embaraços, vexames, e abusos de poder, e difficilmente se habituarão ás justas exigencias do interesse publico.

Entretanto, é forçoso confessar que a falta de conhecimentos sobre tão importante assumpto é em grande parte devida a escassez de livros elementares. Não se espere encontrar neste trabalho um corpo de doutrina completo e inatacavel, fóra das verdades mathematicas, tudo quando está no dominio do entendimento humano é sujeito a controversia: tenho, entretanto, procurado fixar as idéas no que diz respeito ao *contencioso administrativo* e aos *privilegios da Administração*, porquanto, é melhor seguir uma doutrina qualquer, do que ter

idéas confusas e vacillantes, o que importa não ter-se idéa alguma; e neste proposito tenho procurado a verdade com zelo e boa fé, visto que, desde o momento que se encontrar uma citação em falso, nascerá logo deploravel scepticismo.

Poderei enganar-me, mas, direi a minha opinião conscienciosamente, longe de fazer o holocausto do passado, notarei as faltas das nossas leis, qualquer que seja a causa, quaesquer que sejam os autores; a critica não é a censura, e em administração mais ainda que em litteratura, não se instrue, senão pela critica conscienciosa, que, dando logar á discussão fixa os principios e acaba as controversias. O receio de deixar lacunas em meu trabalho me fez incorrer em algumas repetições, pelo que, talvez se me censure, mas, preferi esta falta á de parecer obscuro.

Direi com Chauveau: « Não tenho a ridicula pretensão de acreditar que a sciencia administrativa saia compacta da minha cabeça. Novo Promethéo desejaria poder dar vida a minha obra. Oxalá que esta massa rude e informe, que desbastei, venha um dia a ser tocada pela mão de um moderno Phidias. »

É um nobre privilegio o de poder fallar com a autoridade de suas convicções; nunca eu tenho sentido mais profundamente como hoje, nunca eu tenho mais vivamente lamentado não ter uma palavra que se imponha, destas vidas que dão credito ás palavras, que basta a simples manifestação de pensamento para persuadir.

Sei perfeitamente que o que é evidencia para uns é duvida para outros; é por isso que Rousseau, dirigindo-se a Voltaire disse: « O nosso differente modo de pensar nestes pontos, explica-me a razão por que muitas das vossas provas são pouco concludentes para mim; porque não ignoro que a razão humana toma mais facilmente o molde das nossas paixões que o da verdade, e que entre dous homens de parecer contrario, o que

um julga uma demonstração não é muitas vezes para o outro senão um sophisma. »

Todos os que estudão, mesmo errando, concorrem para o desvelamento da verdade, porquanto, quando todos julgam pugnar pela verdade, valem segundo a intenção os esforços de cada um ; assim nasce a discussão, e discutir é esclarecer. Não quero converter a minha opinião em dogma, nem tão pouco apresentar conclusões como decretos ; quando discuto não decido, exponho ; não considero absolutos os meus principios, cousa inadmissivel na sciencia social.

Sem duvida dirão que quero o *statu quo*, e que deste modo a humanidade tornar-se-ha immovel, retrogradará, que é na jurisprudencia onde se registrão as mudanças do espirito humano, e se resume a acção que mina as velhas leis e as modifica, segundo as necessidades das épocas que ellas atravessão ; que o movimento social e o poder dos tempos fazem apparecer novas necessidades que obrigão o magistrado a estender ou a limitar a applicação das leis.

Não sou sectario do *statu quo* ; entendo mesmo que a Administração tem muitas vezes de lutar contra os preconceitos e a rotina, tendo mesmo necessidade de erguer-se com energia para dominar a ignorancia e o interesse privado ; porquanto, muitas vezes convém fazer violencia aos habitos ruins dos povos, no interesse delles proprios.

Assim pensando, porém, entendo que não convém reformar inconsideradamente, lançar por terra as leis pelo prazer de vel-as mudar, sem saber em que poderá ser util a reforma proposta. O desejo impaciente de reforma póde occasionar a infracção, a instabilidade das leis ; a facilidade e a precipitação em mudal-as lhes tirão todo o credito e poder, por isso diz Aristoteles : « A Lei não tem força senão quando se contrahe o habito de obedecel-a, se o melhor não é muito melhor, deve-se evitar acostumar os homens á inconstancia das leis. »

Logo que sahi da Academia fui muito reformista, hoje porém, a pratica do serviço publico me tem mostrado que as reformas se devem operar com muito tento, e sómente quando uma instante necessidade nol-o mostrar e requerer, quando a civilisação em seu infinito caminhar demonstrar o desaccôrdo entre as leis e os costumes entre o passado e o presente.

A velha Europa e os Estados civilizados nos dão n'isso um grande exemplo: as suas leis judiciarias e de processo têm o cunho do tempo; são tocadas e retocadas, mas não na sua essencia, no seu systema geral. A França, tendo passado por grandes acontecimentos, tendo visto naufragar por mais de uma vez suas instituições politicas e a propria monarchia, nunca destruiu ou fez reformas profundas e essenciaes nas suas leis de Organização Judiciaria e de Processo Criminal.

Naquelles tempos tinha-se em França um culto pelas Constituições, se lhes attribuia uma virtude magica, hoje, quando a Constituição não póde tudo satisfazer, decide-se que ella não presta, e adeus Instituições! Este scepticismo de nova especie foi o que perdeu a França, no entender de Laboulaye.

Na Gran-Bretanha e em outros grandes Estados as leis são retocadas, ficando sempre salvo seu systema geral, e tambem sua organização judiciaria. « Assim é, diz-nos ainda o escriptor citado, que a Inglaterra mostra com orgulho sua *Magna Carta*, trinta e duas vezes confirmada pelos Plantagenetes e os Tudor; não é menos altiva da *Petição dos direitos*, da *Declaração dos direitos*, do acto de *Habeas corpus*, reliquias sagradas do XVII seculo, veneraveis testemunhos das velhas franquezas britannicas. »

E, continuando, diz: « Perguntai a um cidadão dos Estados-Unidos a que elle attribue o prodigioso desenvolvimento de sua patria, elle vos dirá, sem hesitar, que é a Constituição federal, que em 1787 tem fundado a União, e que hoje a conserva. A obra de Washington

e de seus amigos é para o povo dos Estados-Unidos o que era o livro da Lei para os Judeus. Cereão-na de um respeito religioso. Não ha um só dos 37 Estados da grande Republica que, constituindo seu Governo particular, tenha ousado se afastar da Carta federal. E, entretanto, se ha um paiz que se associe pouco ao passado, e que tenha rompido com as superstições politicas, é certamente a America.»

As reformas constantes têm um grande inconveniente, quando se promulga uma Lei, geralmente se diz que ella durará pouco e logo virá outra para a substituir, d'ahi a falta de fé na legislação; e todos sentem quanto é importante que se mantenha o respeito e acatamento ás leis; as reformas successivas no systema de legislação tirão-lhe a força, enfraquecem esse respeito e acatamento. Por isso diz Faustino Hélie: « O progresso da Jurisprudencia não consiste em se modificar incessantemente, mas em se fixar. »

Comprehendo que as idéas varião segundo os tempos, e que ellas têm necessidade de ser revistas e mesmo alteradas, muito principalmente quando as circumstancias ou a marcha das idéas fazem o paiz passar por uma transformação; entendo mesmo que os encarregados de applicar a Lei podem e devem provocar a revisão, expondo ao Poder Legislativo as razões justificativas da necessidade, e indicando os pontos da legislação onde é necessario restabelecer a ordem e a harmonia; assim procedendo, devem-se sujeitar á Lei e applical-a, porque o principio constitucional da divisão dos poderes se oppõe a que os executores da Lei dêm á propria lei um sentido diverso daquelle que a lettra indica: *dura lex, sed lex*.

Rousset, na sua importante obra *A sciencia nova das Leis*, diz-nos muito judiciosamente: « Uma lei má é uma desgraça, mas seria ainda maior desgraça entregal-a á discrição dos que têm de applical-a; buscarião excellentes motivos para substituir á lei por

suas opiniões e mesmo seus caprichos, e não se póde prevêr as consequências que d'ahi resultariaão.»

O mesmo escriptor cita-nos um aresto do Tribunal de Cassação declarando: « Que os tribunaes não podem raciocinar sobre os inconvenientes ou aperfeiçoamentos de que uma lei é susceptivel *para modificar sua execução*, sob pena de invadir attribuições legislativas, de commetter um excesso de poder. »

Esta é a razão por que muitas Consultas do Conselho de Estado, além de não fixarem uma regra pratica, apresentam anomalias que se commentão, mas não se explicão, se contradizem sem se abrogar, resultando ficarem os erros, perdendo tão importante instituição o respeito a que tem direito, e suas decisões a *confiança*, a *certeza*, principaes garantias e utilidades das leis.

Infelizmente este mal existe em todos os pontos da legislação; em todos os seus ramos temos avisos revogando leis, leis contra leis, e leis contradictorias, e, desta confusão de leis, que faz da sciencia do direito um dedalo mysterioso, surge a anarchia da legislação, e com ella a necessidade de novas leis, como o hydropico cuja sêde se irrita pela propria abundancia d'agua.

Pode-nos ser applicado o que um escriptor contemporaneo dizia da legislação franceza: « O numero das leis é já tão consideravel que merece o nome de sabio quem souber se haver no meio dellas, e achar uma lei quando tiver necessidade. » Eu citando este pensamento não tenho a louca pretensão de considerar-me sabio; conheço perfeitamente o alcance de taes palavras e a exactidão do pensamento de Filanghieri quando diz: « Que o estudo da jurisprudencia é como o da escripta entre os Chinezes *depois de vinte annos de assiduos trabalhos, apenas se sabe ler.* »

Todos os nossos magistrados, funcçionarios publicos, jurisconsultos e publicistas são unanimes em

reconhecer a necessidade de pôr termo ás frequentes mutilações e transgressões das leis, que, lançando por terra as mesmas leis, abrem a porta á chicana; dão lugar a grande variedade de opiniões, e portanto, a incertezas, sendo por este modo illudidas as leis; e deste cahos nasce o absolutismo do juiz, tornando-se hypotheticas as garantias.

Acerca do estado da nossa legislação, seja-me licito applicar o que diz um escriptor em *suas reflexões philosophicas sobre alguns pontos das leis francezas*: « A jurisprudencia é ordinariamente observada como o supplemento das leis, como se as leis pudessem ser suppridas senão pelas proprias leis! Chegamos a um ponto em que cita-se mais facilmente um aresto do que uma lei, e este habito está bem inveterado. Os magistrados são homens, citar-lhes uma lei, é intimar-lhes uma ordem, citar-lhes um aresto, é recordar-lhes seu proprio poder.

« Este abuso não tem contribuido pouco para a horrivel confusão que reina na lei politica e civil, em breve tempo os cidadãos já não saberão distinguir nem seu fim, nem seu guia, as leis e os arestos, sendo lançados confusamente na legislação como armas nos arsenaes, cada um escolherá segundo seus interesses, uns se armarão de uma lei contra os arestos, outros de um aresto contra as leis, e o tratado de paz será tambem um aresto que augmentará os motivos de guerra para o futuro. »

Não quero constituir-me declamador, nem incitar a revolta e o desprezo contra as leis.

Se fosse este o meu fim, seria indigno de ser ouvido pelo tribunal esclarecido da opinião publica, porquanto é á sombra das leis que possuímos todas as garantias e gozamos de todas as liberdades; mas, se as declamações exageradas têm inconvenientes, convém tambem desconfiar desta admiração supersticiosa; em tudo o excesso é um defeito, e convém evitar os extremos.

Assim pensando, reconheço que a nossa legislação, de dia em dia torna-se mais volumosa, cada vez mais agrava e difficulta o seu estudo, tornando as investigações laboriosas e incertas, e quasi impossivel distinguir o que está em vigor do que está revogado, constituindo-se não uma lanterna que esclarece nossa marcha, mas tornando-se um laço que embaraça nossos pés, como diz Bacon em seus Aphorismos.

Desta immensidade de leis algumas escapão, e deixão de ser publicadas; este mal é tão notavel que mais de uma vez tem acontecido a funcionarios, aliás illustrados e conscienciosos, resolverem questões contra disposições expressas, que havião escapado á publicação; d'ahi inconvenientes de grande e subido alcance, cujas consequencias são faceis de prever.

Para supprir a tão sensivel descuido da parte dos encarregados da publicação das leis, e para evitar os embaraços que diariamente apparecem na marcha do serviço publico, um dos mais zelosos empregados de fazenda passou a publicar, a contar do anno de 1864, todos os actos emanados do Ministerio da Fazenda, colleccionados com todo o cuidado e methodo, sob o titulo de — *Manual do Empregado de Fazenda*.

A nossa legislação tem-se tornado tão volumosa e tão confusa, que é necessario revê-la completamente e refundil-a; e direi ainda com Bacon em seu Aphorismo 59: « Este trabalho é urgente, e a sua utilidade reconhecida; e póde ser considerado como uma empreza verdadeiramente heroica. »

Para attenuar as difficuldades e as duvidas, e compenetrado de que chegámos a um ponto em que as leis têm-se tornado um labyrintho, em que muitas vezes o espirito do juiz se desvia no meio de tantas disposições em desordem, que muitas vezes se contradizem, tem o Governo Imperial incumbido a jurisconsultos de rever e codificar a legislação no que respeita ao processo civil e criminal, encarregando

tambem a zelosos e intelligentes empregados de fazer igual trabalho no que diz respeito a varios assumptos das leis fiscaes.

Tudo isto bem denota que o Governo procura pôr um termo a este máo estado que todos sentem e notão existir na legislação, que embaraça a marcha administrativa, e judiciaria. Os funcionarios conhecendo melhor as regras que devem seguir no cumprimento de seus deveres, o arbitrio não tornar-se-ha tão facil em suas relações com os cidadãos: mais esclarecidos em seus deveres, terão mais consciencia de seus actos, não serão a todo o momento interrompidos por preoccupações e duvidas sobre a legalidade delles, e deste modo a convicção nascida do conhecimento da lei, simplicará tambem a pratica da justiça e a marcha da Administração.

A publicação das consultas do Conselho de Estado, cuja necessidade se fez sentir em todos os ministerios, fornecerá muitos exemplos sobre questões importantes de administração pratica, e apezar das consultas não serem coherentes entre si e não imprimirem esse impulso de ordem que era para desejar, ainda assim, é forçoso reconhecer que representarão um papel importante na jurisprudencia administrativa, constituindo-se um archivo de decisões e arestos.

Deste modo, conhecendo-se os motivos que determinarão o legislador, a jurisprudencia nascida da obscuridade dos textos e da sua combinação com as leis, e finalmente, sabendo-se as relações que existem entre as differentes partes da legislação, se applicará a lei com certeza e convicção, e desaparecerá a necessidade do Governo em tudo e por tudo intervir por meio de uma interpretação doutrinal. Todos os juriscunsultos, convencidos pela experiencia, são unanimes em sustentar que nada é mais util do que achar facilmente as discussões em que o legislador e homens de Estado têm expresso o pensamento da lei e ter

presente as noticias da jurisprudencia, o melhor de todos os commentarios.

Por este meio evitar-se-ha que cada repartição tenha sua jurisprudencia, e que a lei seja não só diversamente entendida, como tambem diversamente applicada, como se não tivessemos a unidade do territorio, se a lei não fosse dominada de um só pensamento, e se os seus executores não convergissem para o mesmo fim. Só assim acabar-se-ha com os embaraços na administração da justiça quer civil, quer administrativa, e tornar-se-ha menos difficil a sciencia do Direito.

O Governo não terá necessidade de viver preoccupado da idéa de estabelecer a uniformidade na applicação e execução das leis, porquanto, muito convém que nada fique incerto quando se trata de pôr em movimento e regular a machina administrativa; é mesmo de necessidade, e de ordem publica que se dissipem as duvidas sobre a legalidade dos actos e a extensão das attribuições dos funcionarios entre si, afim de que desappareça qualquer conflicto e difficuldade na applicação das leis. E, realmente, nada se deve deixar ao arbitrio dos que applicão a lei, porque então o funcionario publico, compenetrado da sua posição, constituir-se-ha absoluto a pretexto de que convém completar o pensamento da lei, e deste modo não attenderá nem para as suas attribuições nem para a sua competencia, e nem tão pouco os cidadãos saberão qual a extensão dos seus direitos e dos seus deveres; d'ahi o arbitrio e a anarchia, situação triste e funesta.

Compenetrados deste pensamento, têm varias administrações recorrido ao expediente de nomear comissões com o fim de inspecionar o modo por que as repartições applicão e executão as leis vigentes; e que, a pretexto de omissão da lei, se não introduza o arbitrio, pratica, sem duvida, por demais perigosa. Por meio de tão valiosos auxiliares, firmar-se-ha, sem

duvida, a uniformidade na applicação e execução das leis, e o Governo, livre de tão grande preocupação, poderá mais livremente applicar-se a reformas urgentes e necessarias.

Em todos os tempos e em todas as nações se tem feito sentir a necessidade e a utilidade de uniformisar a legislação e mesmo *de codifical-a*. Em um importante escripto sobre a legislação penal comparada se lê: « A legislação ingleza, apesar dos esforços reiterados de seus juriconsultos, não se acha *codificada*. Sua desordem e sua confusão tinham de tal modo preocupado Bacon, no fim do seculo xvi, que elle propoz a Jaques I: fazer um *digesto* da lei commum, compilar os *estatutos*, supprimindo aquelles que dizem respeito ás cousas que não existião mais ou que tinham cahido em desuso, e reunir debaixo de um titulo unico todos os estatutos que se referião ao mesmo objecto. Era um processo de codificação; mas o tempo ainda não era chegado para a realização de tão sabio pensamento.

« No seculo xvii, Hale, um dos mais notaveis juriconsultos do seu tempo, no xviii seculo Young, Barrington e outros reiterarão sem resultado as proposições de Bacon. Bentham foi mais radical, não se contentava com uma simples compilação de estatutos, pedia um codigo universal, homogeneo, submettido a uma redacção uniforme e methodica.

« O tempo não tem feito senão augmentar os embaraços da legislação ingleza; o direito *estatuario* tornou-se um dedalo, no meio do qual os magistrados e os juriconsultos não podem mais se comprehender. Uma reforma era indispensavel, e neste sentido no principio deste seculo Romelly deu o primeiro golpe; em 1808 fez adoptar pelo parlamento muitos *bills* que abrogavão estatutos indignos de figurar na legislação de uma nação civilisada. O exemplo dado foi seguido por outros membros do parlamento, e Makintosh,

pronunciou em 1822 um notavel discurso sobre a necessidade de reformar-se as leis criminaes.

« Aberto o precedente, a revisão do direito estatuario não era mais que uma questão de tempo; desde então o parlamento não tem cessado de se occupar della. Peel realisou em parte a idéa de Bacon, de reunir em um estatuto unico, *consolidate*, os diversos estatutos que dizião respeito á mesma materia, sobre a formação do jury em 1825, sobre o roubo em 1827; foi seguido neste caminho por ministros que lhe succederão. Mas não erão senão reformas *parciaes*, que apenas demonstravão a necessidade de uma revisão *mais geral*.

« Em 1833, cartas patentes de Guilherme IV, renovadas em 1837 pela rainha Victoria, instituirão uma commissão de cinco membros encarregados de dar parecer sobre a utilidade de codificar a legislação criminal e de preparar os elementos deste trabalho. Esta commissão tem continuado seus trabalhos até 1845, nesta época uma nova commissão foi nomeada para continuar os trabalhos. Os relatorios publicados por esta ultima commissão indicão que ella não se limita a classificar as leis existentes, mas prosegue na redacção de um verdadeiro codigo. »

Convém notar que a *codificação* teve importantes adversarios; na Allemanha travou-se renhida discussão que dividio as duas escolas denominadas: historica e philosophica, entre Thibaut e Savigny. Bentham foi o mais forte e denodado defensor da codificação, e por fim as suas idéas prevalecerão; tão distincto publicista assim se expressava sobre as leis não escriptas: « A lei commun é um opprobrio no estado actual das luzes... sem leis escriptas, não póde existir justiça, nem verdadeira liberdade. »

Hoje todas as nações tratão de uniformisar a sua legislação, de codifical-a. Esta necessidade é reconhecida, e Lerminier assim se expressa: « Uma nação

que tem codigos as leis são melhor conhecidas, mais claras, melhor obedecidas; a vida social é mais fácil, as opiniões geraes melhor manifestadas. »

A tendencia dos povos é para a synthese, para a unidade. *Codificar* é simplificar, é impôr a ordem á anarchia das leis, e dos costumes, é subordinar a um pensamento elevado a legislação disseminada, devida á lenta elaboração do tempo, ás investigações da jurisprudencia, ás tradições do fôro, aos progressos do direito.

« Querer, como avisadamente pondera Lermnier, deixar perpetuamente a legislação de um paiz aos instinctos, aos costumes e ás lucubrações da jurisprudencia o mesmo fôra que desconhecer a missão da sciencia social. »

É de esperar que dentro em pouco tempo tambem tenhamos um codigo civil, que, elevando-se á altura das necessidades da época, será um verdadeiro monumento de ordem publica e fiel thesouro dos mais sagrados direitos e dos deveres dos cidadãos. Pelo menos os precedentes, a elevada posição e vasta erudição do estadista encarregado de desempenhar tão nobre e importante missão, dão-nos disto segura garantia.

É forçoso confessar que, só ha bem pouco tempo, se tem cuidado de regularisar o estudo das leis administrativas, coordenando-se as suas disposições; além das consultas do Conselho de Estado temos a collecção dos Officios e Instrucção da Directoria do Contencioso; tudo o mais é devido á iniciativa particular, e apezar dos bons desejos e maiores esforços, nem sempre se pôde apresentar um trabalho completo, não existindo um archivo regularmente organizado, onde se encontre todos os esclarecimentos. A este respeito tudo está por fazer, mesmo nas repartições os archivos são deficientes.

Entretanto, temos: os Ensaios sobre o Direito Administrativo e os Estudos Praticos pelo Visconde de

Uruguay, o Direito Administrativo Brasileiro, pelo Sr. Conselheiro Ribas, dous compendios de Direito Administrativo, um pelo Sr. Dr. Pereira do Rego e outro pelo Dr. Veiga Cabral; temos tambem um curioso trabalho sobre as Atribuções dos Presidentes de Provincia pelo Dr. Caetano José de Andrade Pinto.

A collecção de Apontamentos juridicos sobre as procurações extrajudiciaes pelo Dr. José Maria da Trindade.

Sobre o Direito Fiscal temos os Apontamentos de Direito Financeiro, pelo Sr. Dr. Pereira de Barros; o Direito Financeiro, o Decreto n. 736 de 1850, competentemente annotado. As Instrucções aos Procuradores dos Feitos, devidamente annotadas, e os Apontamentos de legislação para uso dos Procuradores da Corôa e Fazenda, pelo Conselheiro Maya, antigo Conselheiro de Estado e Procurador Fiscal do Thesouro; o Manual do Procurador dos Feitos, pelo Sr. Dr. Perdigão Malheiro, obra de longo folêgo, que denota um trabalho insano e vastos conhecimentos da legislação; o interessante Commentario á legislação de bens de defuntos e ausentes, pelo Sr. Sobreira de Mello; o Roteiro dos Collectores, e o Processo Administrativo do Thesouro Nacional, pelo Sr. Luiz Ferreira de Araujo e Silva; além destes trabalhos temos o Repertorio das Leis de Fazenda, pelo Sr. Azambuja Suzano, o Regulamento das Alfandegas methodicamente annotado, pelo Sr. Dr. Eleuterio de Athayde, e a collecção de varios regulamentos sobre impostos, annotada pelo Sr. Francisco Augusto de Almeida. Os elementos de Estatistica pelo Sr. Dr. Sebastião Ferreira Soares e a primeira parte da Estatistica do nosso commercio maritimo, de 1869 a 1870, trabalho interessantissimo, organizado e escripto por ordem do Governo; e feito com a maior exactão possivel; em mbaas estas publicações encontram-se elementos para a solução de muitas questões sociaes e

economicas, porquanto, o seu autor bem comprehendeu que a estatística constitue o mais eloquente depoimento ácerca da vida social dos povos, e que a mais importante applicação desta sciencia, refere-se ao movimento da população dos Estados, considerada em regra como a mais segura bitola da prosperidade publica.

Convém notar que todos os repertorios e annotações, *que existem*, muitos já não têm a mesma utilidade, nem satisfazem a todas as exigencias; as frequentes mudanças e alterações que entre nós soffrem os regulamentos fiscaes, principalmente os que dizem respeito aos impostos, é a principal causa, porquanto, taes mudanças quasi sempre estabelecem novos principios, preceitos e formalidades, que, alterando todo o machinismo administrativo, tornão muito limitadas as vantagens que se encontravão em semelhantes trabalhos.

Entretanto, não sirva isto de razão para que se deixe de empregar novas annotações e codificações, cujo prestimo nunca póde ser posto em duvida; são excellentes auxiliares para o estudo. Assim pensando, não posso deixar de lamentar que o Sr. Miguel Galvão ainda não se tenha resolvido a publicar o Indice da legislação coordenada por Nabuco, e por aquelle distincto funcionario cuidadosamente organizado, cujo trabalho tornaria mais facil o estudo e faria sobresahir ainda mais o mérito da citada collecção.

Com quanto me afaste no meu trabalho do systema até hoje seguido, não tenho a illusão de consider-o perfeito; ha tão sómente uma differença, em todas as annotações, indices e compilações de legislação, os seus autores não se dirigem senão á memoria, acceitão as leis taes quaes ellas são, cuja obediencia é incontestavel; visando o mesmo fim, dirijo-me tambem á razão.

Não que eu queira sustentar que qualquer póde

examinar a bondade e utilidade das leis, antes de obedecel-as ; semelhante principio produziria a mais completa confusão, e reduziria o poder publico a uma pura chimera. Mas se todos podem, consultando sua razão, julgar os actos do legislador e da autoridade, sem contudo deixar de se sujeitar aos preceitos das leis, se todos podem escrever e demonstrar pela imprensa a semrazão e inconveniencia das leis, sem que faça prevalecer seu modo de pensar, é claro que, sem faltar ao respeito e á obediencia que a lei e os laços sociaes me impõem, posso julgar e apreciar decisões que me parecerem menos justas; a escola dos casos julgados foi profligada ha muito tempo, e não serei eu quem concorra para o seu restabelecimento; prézo muito a doutrina e os principios.

Uma decisão não é uma lei, póde ser um argumento, nunca um dogma, e não prejudica o livre exame da these: a doutrina, a interpretação da lei que derivarão uma pratica illegal, os principios, sujeitos a livre exame e discussão, ficão sempre sob o dominio do estudo, da intelligencia, da razão humana, que não póde parar na investigação da verdade. No dominio da sciencia não ha autoridades absolutas nem infalliveis. Se todos devem obedecer e respeitar as decisões das autoridades, podem exercer a sua critica sobre ellas. Deus me livre de admittir como obrigatorio o silencio sobre os actos dos funcionarios publicos; era a morte da liberdade, e eu prefiro a injustiça de muitas apreciações á obrigação do silencio a respeito de todos os actos, o que convém é que o modo da apreciação seja digno. E assim, direi com uma das maiores notabilidades do seculo, o Sr. Alexandre Herculano: « *Nas lides das intelligencias a autoridade e o syllogismo perpassão, nunca se encontrão. Esperemos que a opinião seja mais forte do que a logica, para em silencio subscrevermos a ella.* »

Sem duvida dirão que eu, assim pensando, estou

doente desta molestia epidemica, nascida dos tempos revolucionarios; que com as minhas theorias desautorizo o poder, desacredito os seus membros, perverto o espirito publico, incito o povo ao odio e á reprobção das leis a que nos cumpre obedecer, e que legalmente representam uma parte da nossa vontade; que prégio a revolta. — Convenho que a liberdade de manifestação limite-se aos pensamentos que não alterão a ordem publica, nem offendem as leis, que o abuso não é uso, excesso não é direito, liberdade não é desenvoltura, e que a propria imprensa, principal meio de manifestação, é a primeira na restricção legal.

Buscando fixar os principios, não me acho possuido deste habito que a indifferença consente e a impunidade augmenta, de escrever-se contra os poderes legitimamente constituidos, não procuro escarnecer as instituições, o que seria a morte da liberdade; e para perdê-la basta que a indifferença de uns se reuna á ignorancia do vulgo. Nem tão pouco desconsidero a pessoa alguma; no meu livro só trato de cousas, de principios, ficando as pessoas acima e fóra da discussão; respeito as pessoas, e a gloria que por quaesquer titulos lhes pertença, tanto mais quanto não se trata de nomes proprios, nem de reputações scientificas; a questão é de principios, é de cousas, e é preciso que o erro não passe á sombra de um nome, de uma reputação.

Eu tinha dois caminhos a seguir: ou attender á respeitabilidade e justa celebridade do Conselho de Estado e aceitar o erro, adorar a doutrina e curvar-me diante de seus principios, ou prescindir de pessoas, considerar tão sómente a doutrina, e fazer o que fiz, não abandonando o raciocinio, nem renegando a razão, pelo culto e idolatria de pessoas. Este tributo que pago ás pessoas é tanto mais sincero, quanto tive, mais de uma vez, occasião de discordar e combater opiniões manifestadas no Conselho de Estado por um

jurisconsulto abalisado e profundo, cujos serviços valiosos e contínuos todos reconhecem e apreciação. Fallo do Exm. Sr. Conselheiro Nabuco de Araujo, cuja amizade muito prézo, cuja experiencia e lições consulto, cujo saber e longos serviços admiro e respeito.

Haja para a doutrina escripta o exercicio inteiro e pleno do direito de exame livre e de discussão franca; na jurisprudencia não ha tradição, a verdade é uma, e o erro deve combater-se sem distincção de pessoas, sem preocupação dos titulos e qualidades de quem o commetteu e sustenta; a fazer-se alguma differença, a refutação mais energica deve dirigir-se contra a posição mais alta, porque o erro é ahi mais forte e contagioso, sacrificando-se muitas vezes a verdade ao interesse dos nomes proprios; tenha cada um a força para fazer e soffrer uma critica; e quanto a mim serei o primeiro a combater os meus proprios erros, apenas m'os demonstrarem.

Em quanto não me convencerem, continuarei a pensar que os principios sobre o *Contencioso Administrativo e privilegios da Administração* não só são de ordem publica, como tambem são capitaes nas sociedades modernas. Não se enxergue nesse meu procedimento nem orgulho, nem pretensão; apenas sigo um conselho, que incessantemente me davão repetindo as seguintes palavras de Canning: « Um dos principaes segredos da educação pessoal é unir a docilidade do menino, que recebe com reconhecimento a luz de quem lh'a póde dar e uma resistencia viril ás opiniões correntes, todas as vezes que ellas não satisfizerem a reflexão e o julgamento. O modo de pensar de outro deve servir para fortificar o vosso, mas, não convém prostrar-vos perante elle. Se tendes alguma aspiração, algum sentimento que vos pareça de ordem mais elevada do que os principios ordinariamente seguidos, prestai-lhe uma attenção cheia de respeito, mas não segui como cegos, porque talvez não seja senão uma

illusão ; porém, se depois do exame convencer-vos de que nenhum clamor, nenhum inconveniente resulta do vosso modo de pensar, ficai fiel a vossas convicções. »

Não digo que todos estão em erro, e que só eu tenho razão ; apenas digo que os principios sobre o *Contencioso administrativo* se achão claramente definidos, que a sua utilidade e autoridade devião como a mulher de Cesar, estar fóra de toda a duvida e suspeita, serem incontestaveis. Lamento, entretanto, que se equipare o poder a um cidadão, a um simples particular, a pretexto de que se podem dar abusos ; a tyrannia nunca teve outros argumentos, tirava-se a liberdade aos cidadãos porque podião abusar della, estabelecia-se a censura para evitar os abusos : isto não é liberdade, é não querer governo possivel, desde que se desconhece a superioridade legitima e legal.

Para haver governo e poder é necessario reconhecer em cada ramo da Administração respectiva, superioridade e privilegio que lhe são inherentes ; a *igualdade* não é decepar tudo o que se ergue mais alto, como o Romano que cortava a cabeça das papoulas, isto não é igualdade, é furia de abater. O melhor meio de evitar os abusos do poder, e defender a liberdade é illustrar o paiz, esclarecer os homens, e incutir-lhes o respeito pelas instituições, porquanto, para ser-se livre convem saber respeitar todos os direitos, e mostrar-se escravo de todos os deveres.

Quando Marcadé criticou a obra de Touillier, reputado o principe da sciencia, a muitos pareceu impiedade tal ousadia ; hoje ninguem impugna as razões com que elle procurou implantar o seu systema. Sem ser Marcadé, posso tomal-o por modelo, cital-o para exemplo ; o seculo é da palavra, da livre expressão das idéas.

Entretanto, não me illudo ; estou mesmo certo, que alguns dirão de mim, e de meu trabalho o que o Sr. Alexandre Herculano em seus *Estudos sobre o*

Casamento Civil disse a respeito de Lobão : « Houve na Beira um letrado de curta intelligencia e nenhuma philosophia, chamado por alcunha o Lobão. Tinhão-no adivinhado por instincto os bernardos e os cruzios. Era o seu advogado. Este homem escreveu nas primeiras decadas deste seculo em odio da grammatica e da lingua, uma pilha de volumes refertos de erudições gravissimas, pesadissimas, pedantissimas, onde o pró e o contra das opiniões dos jurisconsultos se achão accumulados por tal arte, que a leitura dessas dezenas de *in quartos* é o meio de se não saber qual é o verdadeiro direito na maior parte das materias juridicas. São os livros de Lobão thesouro precioso, mina inesgotavel de allegações eternas e contradictorias, para advogados mediocres. Como o mestre de meninos de Athenas, que emendava Homero, o causidico beirão engenhrou tres grossos volumes a endireitar as torturas do illustre Mello Freire. Com que delicias não castiga elle ás vezes as ignorancias desse pobre homem de genio ! »

É bem provavel e quasi certo que me censurem por não me ter limitado a fazer uma simples compilação, puramente material ; que me accussem de haver violado os principios de respeito e obediencia inherentes a todo o funcionario publico.

Aos que assim procederem responderei : que fazem bem triste e erronea idéa do que é o funcionalismo, e de sua missão. A obediencia necessaria para a boa marcha e regularidade do serviço, não exclue a apreciação juridica e scientifica ; quem quer dar contas a *si proprio* dos actos que pratica, deve reconhecer o que provém directamente da Lei, e o que provém de uma interpretação judiciaria e administrativa ; deste modo presta-se aos superiores uma obediencia não menos completa, mas racional.

A fidelidade que a lei exige dos funcionarios não é essa obediencia puramente passiva que respeita o que

vê apenas com indiferença, e que se submette ao que não ousa contradizer pelo habito da reverencia, pelo culto de seus interesses, mais do que de seus deveres, e pelo receio de desagradar; se assim fosse, tudo estaria perdido.

Diz a historia que no Senado Romano uns membros tinham o direito de exprimir o seu voto, e outros tinham apenas o de se associar aos que o exprimião, levantando-se e indo-se collocar do lado destes; chamavão-se *pedarios* os membros mudos, porque ião a pé enquanto os outros ião em seus carros. Laberio dizia daquelles: « *caput sine lingua pedaria sententia est.* »

A obediencia que a lei exige dos funcçionarios não é certamente o silencio dos *pedarios*, é essa fidelidade do coração, principal sentimento do funcçionalismo brasileiro; é esse assentimento sincero do cidadão que cumpre com ardor as funcções particulares que lhe são delegadas, porque sabe que a ordem geral e a felicidade publica não podem resultar senão do concurso feliz de todos os esforços daquelles que receberão a direcção das diversas molas que fazem mover o Estado.

Finalmente, para justificar o meu procedimento, apadrinhar-me-hei com a autoridade de Bentham, quando diz:

« Uma disposição de que ignora-se o motivo não lança raizes profundas na intelligencia: não se comprehende bem as cousas quando se não comprehende o *porque*. Quanto mais facilmente se comprehende as Leis mais ellas se conservão na memoria. As razões são uma especie de *memoria technica*; ellas servem de liga e de cimento. Tornão-se uma especie de guia para os casos em que a lei fôr ignorada; póde-se prejudicar suas disposições, e, pelo conhecimento adquirido dos principios do legislador, substituil-o, adinhal-o e conjecturar suas vontades.

« Porém, a maior vantagem que d'ahi resulta é a de conciliar os espiritos, de satisfazer a opinião publica,

e de fazer obedecer ás leis, não por um medo cego, mas pelo concurso das proprias vontades. O *commentario racional* será uma bussola para os juizes e para todos os empregados da administração. A razão enunciada conduz ao pensamento do legislador aquelles que se desviarão d'elle. Uma interpretação falsa não poderia quadrar com esta razão. Os erros de boa fé tornar-se-hião como impossiveis. O caminho da lei é esclarecido em toda a sua extensão, e os cidadãos são os juizes dos juizes.

« Dirão talvez que as leis, e principalmente as leis essenciaes, versão sobre verdades tão palpaveis que não ha necessidade de proval-as. É um erro. Ha verdades que convém provar, não por ellas, porque são reconhecidas, mas para conduzir outras verdades que dellas dependem. Convém demonstrar as verdades palpaveis para fazer adoptar aquellas que não o são. E por ellas que se chega a fazer acceitar o verdadeiro principio, que, uma vez recebido, trilha o caminho a todas as outras verdades. »

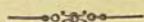
E finalisarei transcrevendo o que diz Dupin, *Manual dos estudantes em direito*. « O chanceller d'Aguesseau dizia muito bem, que o templo da justiça não era menos consagrado á sciencia do que ás leis, e que a verdadeira doutrina, que consiste no conhecimento do espirito das leis, é superiora ao conhecimento das proprias leis. Convém igualmente evitar, não só este servilismo que nos torna escravos da letra, que mata, como tambem deste espirito de indisciplina, que dá morte á propria lei. »

Tantos esforços no intuito de produzir uteis resultados, fazem com que eu ouse esperar e conte com a indulgencia das pessoas capazes de apreciar as difficuldades deste trabalho.

Engenho-Trapiche do Cabo, em Pernambuco, Março de 1874.

APONTAMENTOS

SOBRE O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO



I.

Algumas pessoas custão a comprehender como a autoridade administrativa é chamada a julgar das contestações entre particulares como verdadeiro processo, e enxergão nisso uma violação perigosa da Constituição, que consagra a separação dos poderes executivo e judiciario, entrega o primeiro destes poderes a funcionarios dependentes, amoviveis, e confia o segundo aos tribunaes civis, debaixo da garantia da inamovibilidade e da independencia as mais completas.

A existencia da jurisdicção administrativa em materia contenciosa, longe de alterar o exercicio da justiça e violar a Constituição, assegura pelo contrario aos cidadãos seus mais justos direitos, ao governo sua unidade, sua livre acção e á Constituição a manutenção de seus principios. A lei administrativa rege, não direitos rigorosos, mas interesses; estes interesses varião segundo as circumstancias de cada dia, segundo as necessidades dos homens e as vistas politicas; o espirito da lei administrativa deve vêr e penetrar as mudanças, as formas variaveis e moveis; o juiz, que conhece melhor as leis administrativas, será sem duvida aquelle que, sahido da

administração, conservado junto della, partilha suas vistas largas, profundas e delicadas, recebe e comprehende suas inspirações repentinas; em vão se diz que a mobilidade dos funcionarios administrativos não permite contar muito com a imparcialidade de suas decisões; os principios da garantia administrativa bastão para responder a semelhante argumento.

O governo, no interesse de sua unidade e de sua livre acção, não quererá que o juiz administrativo exerça sua influencia, porquanto a justiça que elle exerce pela interpretação das leis, pela reforma ou manutenção dos actos destes funcionarios publicos, completa a acção administrativa, porque, se esta justiça fosse submettida a um tribunal independente, elle constituiria um poder soberano, anormal e inconstitucional; porque, se este tribunal pertencesse á ordem judiciaria, poderia a cada momento, por sua ignorancia do espirito de administração, por suas regras de direito muito exclusivas, seus principios de equidade e a invencivel obstinação de sua inamovibilidade, falsear, embaraçar a acção administrativa ou nullificar-lhe os effeitos.

Não está nos principios da Constituição recusar aos funcionarios administrativos uma jurisdição contenciosa, porque as leis, a jurisprudencia, os autores têm assentado o dominio dos tribunaes administrativos, junto daquelle dos tribunaes civis, bem longe de querer desconhecê-lo ou supprimil-o.

A este respeito diz o illustre visconde de Uruguay, eminente em materias administrativas: « Não faltará quem diga que poder administrativo, que divisões são essas das quaes a Constituição não falla? Que attribuições são essas que ella não menciona? Tudo isso são excrecencias inconstitucionaes. Nenhuma Constituição, continúa o citado escriptor em seus *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, ao menos que eu saiba, regulou a organização administrativa do paiz para o qual foi feita, nem isso é possivel, porque os assumptos administrativos são essencialmente minuciosos e comprehendem disposições e medidas pela maior parte sujeitas á mobilidade, e que exigem grande desenvolvimento. As Constituições, as quaes são essencialmente politicas, fixão, quando muito, uma ou outra feição especial da organização administrativa, e deixão, com razão, o seu

desenvolvimento á legislação regulamentar. Esse desenvolvimento deve conformar-se com as grandes feições politicas que a Constituição debuxou.

« O capitulo mais pequeno da nossa Constituição é o que se intitula *Da Administração*. Seguir-se-ha dahi que não deve haver administração no paiz, que tanto importa limital-o ao pouco que a Constituição diz? Ha espiritos tão superficiaes, que acreditão que um paiz pôde viver e marchar sómente com organização politica, e uma vez que não falem discursos e artigos de jornaes sobre politica. Para que haja ordem e garantias para o cidadão, é indispensavel que a legislação regulamentar decomponha o poder executivo, separe, classifique e explique suas attribuições e regule convenientemente o exercicio de cada uma das administrativas. »

O visconde de Jequitinhonha, grandemente versado em todos os ramos do direito, assim se expressa na consulta do Conselho de Estado, secção de justiça de 22 de Dezembro de 1866: « Não é exacto dizer-se que o contencioso administrativo é justiça excepcional, quando aliás sua fonte é o art. 9.º da Constituição do Imperio, desde que consagrou no referido art. 9.º que a divisão e harmonia dos poderes politicos é o principio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece; ficou estabelecido a bem do contencioso administrativo, reconhecendo-se o principio de ordem publica, a saber:— O poder de administrar logicamente comprehende o poder de julgar administrativamente, isto é, a jurisdicção; por outros termos, da separação constitucional dos poderes administrativo e judicial, deriva naturalmente a instituição da justiça administrativa — porque ordenar, interpretar, julgar em materia administrativa é administrar; assim que o contencioso ou a justiça administrativa é tanto direito commum, pelo que concerne ás suas decisões, como o contencioso ou a justiça judicial.

« E tanto assim o entendem os escriptores que, no designar a ordem dos factos, a que se applica a competencia administrativa, estabelecem tres excepções: 1ª, de ordem constitucional; 2ª, de ordem civil; 3ª, de ordem penal; e nestas tres excepções

abrangem todas as cousas, que devem ficar fóra da jurisdição administrativa. »

Na consulta do Conselho de Estado de 11 de Abril de 1857 assim se expressa o intelligente e illustrado marquez de Abrantes: « O juizo administrativo contencioso foi claramente estabelecido e definido pela antiga lei que creou o erario regio e o conselho da fazenda em Portugal; pela lei que estabeleceu igual erario e conselho no Brasil; e pelo Decreto com força de lei, que organisou o actual thesouro publico e thesourarias. Segundo estas leis e os capitulos do antigo regimento da fazenda, que ellas puzerão em vigor e se achão incorporados nellas, nenhuma questão sobre impostos e contribuições publicas, sobre divida activa da fazenda, sobre indemnisações, póde ser examinada e resolvida senão pelas thesourarias e pelo thesouro publico, a quem ficarão pertencendo todas as attribuições do extincto conselho de fazenda, relativas ao contencioso administrativo. E todas estas leis e capitulos do regimento da fazenda achão-se em nossas collecções e não podem ser ignoradas nem pelos juizes, nem pelas partes. »

O Sr. marquez de S. Vicente, um dos nossos mais distinctos publicistas, tendo de emittir o seu parecer em uma questão entre o ministerio da agricultura e a extincta companhia brasileira de paquetes, quando consultadas as secções do Imperio e fazenda do Conselho de Estado, deu em separado o seguinte parecer: « Que não conhece lei alguma que autorise o ministerio da agricultura para estabelecer validamente a decisão proferida, pelo contrario, está persuadido que isso não cabe nas suas attribuições, que os contractos, embora celebrados com esse ramo do governo, emquanto não houver lei especial em contrario, não têm outro character senão de convenções voluntarias, regidas pelas leis civis e subordinadas ao juizo ordinario commum, que, emquanto não se organizar o contencioso administrativo e uma lei não der ao governo competencia para, por via de consultas do Conselho de Estado, decidir as questões de interpretação ou outras, que derivem dos contractos que os particulares celebrem com elle, a unica autoridade para isso competente é e continuará a ser a judiciaria.

« Antes disso será nessa relação apenas uma das partes contractantes, que não pôde impôr á outra a sua opinião e sim pende como ella de um outro julgador. É um contractante e não um poder. O Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859 é especial á repartição da fazenda e não pôde ser destendido a outros ministerios, sem que intervenha lei nesse sentido. O contrario seria não só despojar o poder judiciario de suas legitimas attribuições, mas exercer sobre os particulares um constrangimento illegal ou uma violação das garantias da propriedade. *Que convem crear uma competencia especial a favor do governo, mas isso é questão de JURE* CONSTITUENDO e o que por ora regula é a competencia ordinaria; que em taes casos a decisão do governo pôde ser considerada illegitima e violenta. »

O visconde de Itaborahy, referindo-se a este parecer, nota: « Que mais de uma vez tem ponderado que o Conselho de Estado não pôde ter jurisdicção contenciosa senão nos casos expressos por Lei. » Com esta opinião concordarão os Srs. Sapucahy, Souza Franco, Inhomerim e Olinda. (Consulta do Conselho de Estado de 23 de Dezembro de 1867 e resolvida a 7 de Março de 1868.)

Os principios consignados na consulta pelo Sr. de S. Vicente, além de se acharem em manifesta contradicção com o final do parecer emittido, é ainda a negação a mais completa dos principios que estabelecera em seu notavel trabalho sobre a analyse da Constituição, onde diz o seguinte: « Toda a reclamação contra um acto administrativo, que viola um direito individual garantido pela lei, regulamentos, contractos feitos com a administração, ou que viola as competencias, fórma parte do todo dessas contestações, que tomão o nome de *contencioso administrativo*. A violação de qualquer lei administrativa pôde dar logar a uma reclamação; o acto que assim infringisse o direito seria susceptivel de contestação, tomaria o caracter contencioso.

« O contencioso administrativo não é, pois, um todo dis incto, sim o complexo de todos e quaesquer actos da administração, em que ella viole um direito perfeito. Desde que ha um acto administrativo, um tal direito por elle offendido e competencia

do Conselho de Estado, ha contencioso ou questão de justiça na administração. »

Suppõe-se geralmente que o contencioso administrativo só existe para o ministerio da fazenda; a este respeito eis como se expressa o venerando visconde de Uruguay: « Excluido o que é exclusivo, e muito exclusivo, do ministerio da fazenda, do thesouro e das repartições que lhe estão sujeitas, é o contencioso administrativo, pelo que respeita aos outros ministerios e ás presidencias, um verdadeiro cáhos, no qual ainda não penetrou um só raio de luz. Mui poucos são os pontos definidos e fixados, não direi em leis, mas em regulamentos; o mais depende da applicação das attribuições administrativas daquelles funcionarios e das circumstancias que revestem os casos.

« São comtudo contenciosas-administrativas as decisões proferidas pelos nossos ministros e presidentes de provincia sobre reclamações contra actos administrativos seus, relativos a negocios de sua competencia e que ferem um direito. Não proferem frequentemente os nossos ministros e presidentes decisões dessas? E se não as proferissem não poderiam administrar, embora não se dê a essas decisões o nome de contenciosas-administrativas ou outro algum nome. »

A jurisdicção dos outros ministerios para proferir *decisões contenciosas* é incontestavel, e por isso diz muito bem o Dr. Silveira da Motta em seus *Apontamentos juridicos*: « O contencioso administrativo a cargo de outros ministerios e presidentes comprehende toda a competencia dos ministros e presidentes para decidir sobre reclamações contra actos administrativos seus, que versão sobre objectos de sua attribuição e que ferem um direito; e muito embora haja muita confusão entre as competencias de ordens diversas, é certo que, se taes decisões não fossem constantemente proferidas, deixaria de existir administração »; fundando-se para assim pensar no Regulamento de 5 de Fevereiro de 1842, Reg. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854, Aviso Circ. n. 397 de 4 de Dezembro de 1856, Ordem n. 73 de 24 de Fevereiro de 1857 e Decreto n. 1884 de 7 de Fevereiro de 1857.

É principio corrente estabelecido pelo nosso direito administrativo, que cada um dos ministros de Estado é o responsavel pelo que respeita aos serviços da sua repartição; apenas ao ministerio da fazenda, como representante do tribunal do thesouro, incumbe principalmente a administração, a arrecadação e contabilidade da receita e despesa, fazer effectiva e real a fiscalisação, presidir e acompanhar, por assim dizer, toda a gerencia da receita e despesa publica.

Convem ainda notar que o ministerio da fazenda tem uma attribuição mais extensa do que os outros, em virtude da qual é da sua competencia a liquidação dos creditos, que correspondem a serviços encerrados ou, por outra, a *exercícios finidos*, e essa attribuição é por elle exercida mediante a revisão final da liquidação da divida no thesouro e ordenamento da despesa para seu pagamento. (Decreto n. 41 de 20 de Fevereiro de 1840, Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845, Decreto n. 370 de 18 de Setembro de 1845, Circular de 6 de Agosto de 1847, Decreto n. 2897 de 26 de Fevereiro de 1862 e Lei n. 1245 de 28 de Junho de 1865.) Não pôde, entretanto, apreciar, nem envolver-se em decisões proferidas por outro ministro, porque em tal caso não é autoridade superior da administração, nem pôde julgar por lh'o vedar lei especial, que regula a materia.

A questão, portanto, reduz-se a penetrar bem a natureza das decisões administrativas dos ministros, encarando-as á luz dos principios que caracterisão o contencioso administrativo, apreciando a força que tem, no que respeita aos effectos.

II.

O visconde de Uruguay, estadista consummado e de superior intelligencia, habil e severo na applicação do nosso direito, descreve de um modo bem claro as vicissitudes por que tem passado entre nós o Conselho de Estado, e os defeitos que elle encerra, filhos em grande parte da quadra em que foi discutida a lei de sua creação.

É por demais sedição que a lei do Conselho de Estado e o seu regulamento são muito imperfeitos, principalmente no que respeita ao contencioso administrativo, e que se deve aperfeiçoar e corrigir os defeitos provenientes da quadra em que foi discutida a lei de sua criação.

O historico da criação do Conselho de Estado e das occorrenças havidas durante a discussão se achão magistralmente descriptas pelo visconde do Uruguay em sua importante obra sobre o Direito Administrativo, tantas vezes citada pelos illustres conselheiros de Estado na discussão do projecto sobre a reforma do Conselho de Estado havida em 1868.

« A criação do Conselho de Estado foi discutida quando as paixões politicas estavam no auge da sua effervescencia, foi essa lei considerada recurso de um partido e como tal desabrida e injustamente combatida dentro e fóra da Camara. A reflexão não se fez ouvir com a precisa força, e, apesar da luminosa discussão que houve no senado, a instituição teve de apparecer em proporções acanhadas e com importantes omissões, filhas do receio de excitar-se ainda mais a opposição que contra ella se havia levantado.

« Antes de um anno, contado da data do seu regulamento, o proprio governo julgou conveniente sujeital-o ao exame da secção dos negocios do Imperio, e cinco annos ainda não erão passados, quando o illustre senador Paula e Souza apresentou no senado um projecto assignado pelos senadores Vergueiro e Barbacena, alterando radicalmente a lei e dividindo-a em dous, com o fim de separar a parte politica da parte administrativa.

« Posteriormente diferentes ministros do Imperio em seus relatorios chamárão a attenção do poder legislativo para a necessidade de alterar-se a lei do Conselho de Estado. Em 1854 partio a iniciativa dessa alteração da secção dos negocios da fazenda em um luminoso parecer, de que foi relator o visconde de Jequitinhonha, e que foi seguido de um projecto assignado tambem pelos viscondes de Itaborahy e de Caravellas, em que se julgava conveniente modificar-se a lei do Conselho de Estado, para que este pudesse desempenhar as altas funções de que estava incumbido. Em 1860 o ministro do

Imperio, de então, não só insistio em seu relatorio sobre este ponto, mas tambem apresentou na Camara dos deputados um projecto, que alli passou em tres discussões. »

Quasi desde o principio da instituição do Conselho de Estado tem-se até hoje reconhecido a necessidade de melhorar-se. A necessidade de reformar-se o Conselho de Estado vai de dia em dia tornando-se mais sensivel, e o Sr. conselheiro Paulino de Souza, digno herdeiro do nome e das honrosas tradições do visconde de Uruguay, assim se expressa nos relatorios, que na qualidade de ministro do Imperio, apresentou ao Corpo Legislativo nos annos de 1869 e 1870 : « Na parte que se refere ao contencioso administrativo torna-se ainda mais sensivel a imperfeição da organização do Conselho de Estado. Na acção administrativa póde dar-se choque do interesse publico com o direito dos administrados. Dahi a jurisdição contenciosa administrativa, que, nascendo da natureza das cousas, attenta a natureza de promover o interesse publico sem postergação do direito dos cidadãos, firma-se na independencia dos poderes e só á administração póde competir. *A jurisdição contenciosa administrativa, porém, sem garantias, sem fórma conveniente de processo, é o arbitrio puro e simples da administração.* O art. 46 do Decreto de 5 de Fevereiro de 1842 concede, das decisões dos ministros, recurso, que deve ser interposto dentro de certo prazo, e cujo processo se estabeleceu. No entanto esse recurso póde ser decidido por decreto imperial, sem ao menos ouvir-se a secção respectiva do conselho de Estado.

« As reclamações sobre objectos contenciosos exigem indagação e discussão em que se facilitem ás partes a prova e demonstração de seu direito; não podem ficar collocadas, quanto ás garantias, no mesmo pé dos actos graciosos. No exercicio da jurisdição administrativa não deve o governo ter tanta liberdade de acção como nos actos de puro mando. Nossa legislação admittio o contencioso administrativo, que nella tende a desenvolver-se. É de mister fixar-lhe fórma regular de processo, dar-lhe juizes, e ás partes todas as garantias. »

O Sr. conselheiro Corrêa de Oliveira, actual ministro do Imperio e membro do gabinete de 7 de Março, intelligente

e illustrado, não podia deixar de concordar com o seu antecessor quanto á insufficiencia de meios e defeitos que a pratica dos negocios publicos demonstra existir na organização do Conselho de Estado e pugnar por uma organização mais completa; assim se expressa no relatorio apresentado ao Corpo Legislativo em Dezembro de 1872: « A insufficiencia e as imperfeições da organização do Conselho de Estado têm sido reconhecidas e apontadas por todos os nossos estadistas, e hoje não é contestada a necessidade de reformas a tal respeito.

« Ninguém desconhece que entre os mais graves defeitos do nosso regimen administrativo sobresahe a morosidade e não raras vezes falta de coherencia na decisão dos negocios. É facil vêr que estes defeitos procedem em grande parte da incompleta constituição do Conselho de Estado, desde que se attender a que a accumulção de muitos, variados e importantes negocios nas mãos de pequeno numero de conselheiros, a carencia de trabalhos preparatorios que lhes facilitem e abreviem o exame dos volumosos papeis que são obrigados a compulsar, a má organização dos serviços e a falta de centro e nexo nos trabalhos, não lhes permitem, apesar de sua alta illustração, experiencia e dedicação ao cumprimento de seus deveres, nem estudar tantos assumptos e sobre elles emittir juízo com a necessaria celeridade, nem preencher o fim, a que é destinado por sua natureza o Conselho de Estado, de formar a jurisprudencia administrativa, firmando e mantendo em suas consultas os principios e arestos, que devem reger o poder administrativo na applicação das leis e na solução das questões.

« Hoje que o nosso paiz, seguindo as tendencias e aspirações do seculo, exige da administração publica que se desprenda das tradições da rotina, e longe de pôr o minimo estorvo ao movimento accelerado e vigoroso que se manifesta nos diversos ramos da actividade individual, colloque-se á sua frente para actual-o e dirigil-o e trate de promover incessantemente o desenvolvimento de nossas abundantes fontes de riqueza; cumpre que sériamente nos occupemos com a reforma de nossas instituições na parte em que se não prestão á consecução desses fins tanto quanto fôra para desejar.

« Quanto á parte concernente ao contencioso administrativo, na qual a organização do nosso Conselho de Estado é principalmente defectiva e mais urgentemente carece de melhoramentos, o projecto contém as disposições que me parecem necessarias para que a intervenção deste conselho nos negocios daquella ordem efficazmente resguarde e proteja o direito particular, sem todavia coarctar a attribuição do poder administrativo de julgar taes negocios. Nos casos em que o cidadão reclama contra actos ou decisões deste poder, por offenderem seus direitos, não basta certamente que, como nos assumptos de natureza discricionaria, aquella alta corporação concorra simplesmente com suas luzes para o acerto das resoluções; cumpre que ao exercicio abusivo da jurisdição administrativa se anteponha a autoridade moral do seu juizo imparcial, esclarecido por um processo regular, posto que abreviado, onde as partes encontrem as garantias e formulas essenciaes que devem proteger todas as reclamações juridicas. »

E realmente a autoridade administrativa está ainda entre nós destituída de meios de execução; não se acha precisamente definida a esphera da jurisdição administrativa, nem tão pouco resguardados e defendidos os direitos particulares contra os erros, precipitação e excessos da autoridade. Comquanto se diga que a *competencia e jurisdição administrativa* achão-se perfeitamente definidas no que respeita ao *contencioso fiscal*, contudo as raias que separão a justiça administrativa da justiça civil, nem sempre são respeitadas; eis como a este respeito se expressa em seu relatorio apresentado ao Corpo Legislativo em Dezembro de 1872 o illustrado estadista, chefe do gabinete 7 de Março, e que tão dignamente dirige a importante pasta da fazenda:

« Organizar a justiça administrativa em materia fiscal, definir suas attribuições e traçar a extrema divisoria que as separa das que a lei confere ás autoridades judiciarias, é materia digna de vossa solicitude.

« A nossa legislação moderna, apesar de repetidas e estudadas reformas, não offerece ainda um systema completo e harmonico, baseado em certos pontos capitaes a que

obedeça a acção administrativa no exercício de suas funções contenciosas. As attribuições da justiça administrativa resumem-se na execução das leis de interesse geral, em presença de um direito filho da lei, do regulamento ou do contracto, e ás vezes de um interesse que eleva á categoria de um direito

« É, pois, desconhecer sua essencia constitucional, sua independencia completa, usurpar-lhe as attribuições ou deixal-a sem liberdade de acção á mercê das decisões inflexiveis do poder judiciario. Tão certo é o principio, tal a necessidade de uma instituição, que, sem risco da alçada dos tribunaes de justiça, vá decidindo as reclamações provocadas pela administração e removendo os obstaculos opostos pelos interesses e direitos dos particulares, que até sob o regimen de outro tempo appareceria uma serie de juizos privativos, cada um para uma especie de imposto, a cargo de quem estavam as operações e cobrança administrativa dos mesmos impostos.

« No estado actual da sciencia, quando os esforços de eminentes publicistas têm encontrado se não a synthese, pelo menos a formula a mais synthetica possivel da theoria, aliás tão difficil e complicada, do contencioso administrativo já não póde haver duvida sobre certos principios, que regulão esse ramo do direito administrativo. Assim é forçoso reconhecer que os interesses de ordem administrativa constituem um dos elementos do contencioso administrativo e determinão a competencia da jurisdicção privativa; tudo o que diz respeito ás contribuições e impostos, quer do Estado, quer das provincias, quer dos municipios, seu lançamento e distribuição, isenção e restituição, se comprehende na esphera desses interesses, pertencendo e conhecimento das questões emergentes aos juizes e tribunaes administrativos.

« Apesar disto, embora a nossa legislação fiscal e as reformas por que tem passado demonstrem e revelem esses principios, os tribunaes de justiça ainda hoje se considerão competentes para decidirem negocios da exclusiva attribuição da justiça administrativa, tomando conhecimento das decisões legitimamente proferidas.»

III.

A historia da *jurisdição administrativa* acha-se feita de um modo que nada deixa a desejar pelo conselheiro de Estado Boulatignier em uma mensagem apresentada ao Conselho de Estado em 1851, que depois foi por elle resumida em um discurso que proferira no Corpo Legislativo francez em Março de 1865.

Tão importante trabalho demonstra que a *jurisdição administrativa* tem sido constituida muito difficilmente. Na formação lenta e successiva da organização e das attribuições da jurisdição administrativa está a razão por que se não encontra em sua constituição a regularidade e a simplicidade que se notão na constituição da autoridade judiciaria.

Acha-se ainda a razão por que certas questões, e as mais *essenciaes*, não tem sido resolvidas por disposições expressas; como as soluções consagradas pela jurisprudencia podem ainda ser contestadas; e finalmente como o processo está ainda incompleto. A jurisdição administrativa tem sido o alvo de vivos ataques, muito principalmente em França, e sendo repellidos não são contudo completamente aniquilados.

Durante a Restauração houve por muitos annos na Camara dos Deputados uma forte maioria, que pedia a supressão da jurisdição do Conselho de Estado. Estes ataques não erão sómente manobra de opposição da parte de homens apaixonados; homens importantes tambem compartilhavão estas idéas e davão grande valor pela autoridade de seus nomes; o eminente duque de Broglie publicou naquelle tempo um trabalho sobre esta questão, que preoccupou muito a opinião publica. Neste trabalho, publicado ao mesmo tempo que o sabio livro de Macarel sobre os *Tribunaes Administrativos*, o duque de Broglie ia a ponto de sustentar que a jurisdição administrativa não podia subsistir, que tinha sido

organizada por uma falsa e abusiva interpretação do principio da separação dos poderes, proclamada pela Assembléa Constituinte.

Entendia elle: « Que toda a reclamação levantada contra um acto qualquer do governo, quando praticado de poder a subdito, devia ser levada perante o proprio governo; mas toda a queixa que se fundava nos termos expressos de uma lei, de um Decreto, toda questão cuja solução se achava de ante mão escripta em um texto, era da competencia dos tribunaes civis. » (*Revista Franceza* de 1828.) Esta opinião tão radical era apresentada como a de muitos homens notaveis pela sua dedicação ás liberdades publicas; assim, depois da revolução de 1830, o governo procurou conciliar, quanto era possivel, as opiniões.

A 20 de Agosto de 1830 foi publicado um Decreto, referendado pelo duque de Broglie, ministro da instrucção publica e dos cultos e presidente do Conselho de Estado, nomeando uma commissão para preparar um projecto de lei sobre a reforma a introduzir na organização e attribuições do Conselho de Estado. Muitos projectos forão elaborados no sentido de tirar da jurisdicção administrativa o conhecimento das contestações que parecessem poder ser submettidas aos tribunaes civis sem comprometter a acção da administração. Estes estudos forão muito debatidos, não se conseguindo formular nenhum projecto de lei.

Em 1833 o governo acabou com a commissão, e nas longas discussões, d'onde nasceu a Lei de 19 de Julho de 1845 sobre o Conselho de Estado, a opinião manifestada pelo duque de Broglie em 1828 foi muitas vezes citada, mas nunca foi sustentada; pelo contrario, a commissão da Camara dos Deputados, que propoz modificações as mais consideraveis ao projecto do governo, declarava pelo orgão de seu sabio relator Mr. Dalloz: Que ella tinha sido unanime em repellir a idéa de enviar para os tribunaes o contencioso da administração em todo ou em parte. » (Mensagem feita por Mr. Dalloz, na sessão de 10 de Junho de 1840.) Dentre os membros da commissão figuravão Mr. Tocqueville e Odillon-Barrot, que certamente não terião

prestado sua adhesão a um systema contrario aos principios liberaes.

Depois da revolução de 1848, a attenção da Assembléa Constituinte voltou-se para a organização da jurisdição administrativa. A commissão de constituição propunha a creação de tribunaes especiaes de administração; esta proposição foi rejeitada. Em uma época em que as reformas as mais radicaes erão, senão adoptadas, pelo menos propostas e sustentadas com vivacidade, a existencia da jurisdição administrativa não foi sériamente contestada. Uma emenda, que tinha por fim submeter o contencioso administrativo aos tribunaes civis, foi apenas apoiada por alguns votos, e mesmo os projectos que tinham por fim dar á jurisdição administrativa uma constituição muito diversa da que hoje existe, e substituir os conselhos de prefeitura e o Conselho de Estado por tribunaes especiaes, forão quasi unanimemente repellidos. (*Monitor* de 24 de Janeiro de 1849.)

A jurisdição administrativa foi ainda muito debatida e estudada em 1851 na Assembléa legislativa. Foi nessa occasião que Mr. Boulatignier fez, na mensagem que servia de exposição de motivos ao projecto de lei sobre a administração interior, o historico da jurisdição administrativa. O projecto de lei não pôde ser discutido antes da dissolução da Assembléa Legislativa, mas a commissão nomeada para examinar e estudar o projecto, composta de todos os matizes politicos, tinha apresentado o parecer.

Mr. Larcy, servindo de relator, manifestava, em nome da commissão, a opinião que convinha manter o poder de jurisdição, que competia aos conselhos de prefeitura, modificando até certo ponto sua organização actual. « Qual é, dizia elle, o sentido deste respeito para côm a instituição, unido ao desejo de vê-la reformada e aperfeigoada? É que o principio de uma jurisdição especial para as questões administrativas é universalmente aceito. Sente-se a necessidade de vêr questões tão delicadas, que toção por tantos pontos os interesses geraes, reguladas por homens em contacto habitual com a administração, penetrados de seu espirito e se separando

em um certo ponto de vista do interesse individual e privado, que preside mais particularmente ás decisões judicciarias. Mas, admittindo sua especialidade, quereria tambem que esta jurisdicção apresentasse garantias de sufficiente independencia, que são inherentes a toda justiça. »

Em 1865 na discussão da lei sobre os conselhos de prefeitura, o deputado Mr. Bethmont propoz uma emenda, que tinha por fim supprimir a jurisdicção administrativa. Elle se apoiava no artigo publicado pelo duque de Broglie em 1828, esquecendo que o duque de Broglie, depois de ter em vão tentado, quando estava no poder, pôr em pratica sua opinião, tinha cessado de sustental-a, mas esta emenda não teve um voto. (*Monitor* de 24 de Maio de 1865.)

Um notavel escriptor, explicando a razão por que os vivos e frequentes ataques dirigidos contra a jurisdicção administrativa, durante a Restauração, têm feito tão pouca bulha na monarchia de Julho, durante a republica e no corpo legislativo do segundo Imperio, diz: « Que antes de 1830 tornava-se a jurisdicção administrativa responsavel pelos vicios e rigores de certos principios e regras consignadas na legislação, e que ella applicava; desta legislação transitoria e excepcional, nascida das violencias da revolução e dos embaraços financeiros, que as perturbações do paiz e longas guerras tinham sido causa. A jurisdicção administrativa tinha então uma physionomia estranha, a apparencia de uma commissão politica, encarregada da liquidação de todos os negocios tendentes á revolução.

« As fórmãs de proceder da jurisdicção administrativa não tinham a mais leve apparencia, antes de 1830, com as dos tribunaes civis, e que constituem garantia de uma boa justiça; mas, a contar de 1831, a publicidade das sessões do Conselho de Estado foi estabelecida. Nesse tempo, já a jurisdicção administrativa estava desembaraçada de suas attribuições excepcionaes, não tinha a applicar senão uma legislação conhecida e seguir os turnos legaes e regulares. Então, a opinião publica, esclarecida pela publicação dos trabalhos do Conselho de Estado, voltou a uma mais justa apreciação, e conheceu que a

jurisdição administrativa tinha um logar normal em suas instituições e dava aos cidadãos sérias garantias. »

Os homens que estão em posição de melhor apreciar os trabalhos do Conselho de Estado e julgal-os têm frequentemente rendido homenagem á sua imparcialidade. Eis como a este respeito se expressava Mr. Reverchon, antigo advogado do Conselho de Estado : « Nós não sabemos reconhecer o espirito geral que anima esta eminente jurisdição, a elevação e o judicioso liberalismo de suas decisões no que respeita ás questões sobre as quaes ella é chamada a proferir decisão. Não cremos que nenhum tribunal, fosse elle o Tribunal de Cassação, conseguisse satisfazer as exigencias do interesse administrativo, proteger mais firmemente os direitos privados contra as exagerações deste interesse, nas questões contenciosas de trabalhos publicos, de viação e de contribuições directas. » (Jornal o *Direito* de 12 de Março de 1863.)

O merito desta jurisprudencia não está sómente no valor dos homens eminentes que a fizeram. Grande parte vem da propria instituição, das condições em que ella funciona. É a opinião que manifesta claramente Mr. Dareste, em seu notavel livro sobre a *Justiça administrativa*, pags. 679 e 685, onde diz : « A justiça administrativa, que é uma invenção do despotismo (o autor faz allusão ás instituições do Imperio Romano) tornou-se com o tempo uma garantia constitucional contra os abusos da administração. Em todos os paizes, onde existe um poder administrativo hierarchicamente organizado, com todos os recursos da centralisação e o exercito de funcionarios, que nós vemos em todos os Estados do Continente, a justiça administrativa é seguramente a garantia a mais efficaz, que pôde ser dada ao administrado contra o administrador ; não é sómente a mais efficaz, é a unica que pôde ser dada. » E, mais adiante, não hesita o mesmo escriptor de accrescentar : « Seria marchar erradamente, atacar, em nome dos principios liberaes, a jurisdição administrativa. »

Entretanto, a escola que aspira o titulo de liberal, e que se diz radical, bate semelhante jurisdição, cita o exemplo de alguns paizes que não conhecem a jurisdição administrativa,

ou alguns onde esta jurisdicção tem sido abolida. Entendemos que uma instituição não deve ser considerada boa, e ainda menos applicavel a qualquer paiz, pelo simples facto de existir em um paiz estrangeiro. Para bem julgar das instituições politicas e administrativas de um paiz, convém vel-as no proprio paiz onde ellas funcçãoão, e além disto saber se a pratica não tem demonstrado inconvenientes.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos da America, toda contestação que se levanta sobre a violação de um direito é submettida á autoridade judiciaria, qualquer que seja o adversario do cidadão, quer este seja um particular, quer seja o órgão dos interesses collectivos. « Este estado de cousas, diz um notavel escriptor, se explica pela semelhança das instituições da Inglaterra e da America. Nestes paizes, a autoridade administrativa deixa quasi tudo a fazer á iniciativa particular; suas attribuições são muito restrictas, a ponto dos interesses geraes ficarem quasi prejudicados. Não se tem dado grande importancia á questão de saber se a missão assim dada á autoridade judiciaria embarçaria a satisfação das necessidades collectivas. Além disto, nestes paizes, a hierarchia administrativa não existe geralmente, e para forçar funcçionarios, que não têm superior, a cumprir seus deveres e a respeitar o direito dos cidadãos, não tem achado outro meio senão permittir aos particulares se dirigirem á autoridade judiciaria. »

A Italia, que até 1864 tinha um systema analogo ao da França, quer quanto á acção, quer quanto á jurisdicção administrativa, tem submettido aos tribunaes civis todas as reclamações levantadas sobre actos administrativos, menos no que respeita ás pensões dos funcçionarios publicos, á contabilidade publica e aos empréstimos contractados pelo Estado. O governo provisorio da Hespanha realisou a mesma reforma em 1868. Mas a repentina mudança de legislação nestes dous paizes não deverá ser attribuida á necessidade um pouco ficticia de reformas radicaes, e poder-se-ha julgar esta medida antes que a experiencia tenha feito conhecer seus resultados?

A Belgica e a Hollanda não têm supprimido a jurisdicção administrativa, mas têm restringido sua competencia a um

pequeno numero de materias: as eleições, os impostos, o recrutamento e o serviço da guarda civil. Na Prussia os tribunaes civis são chamados a julgar sobre questões, em que a administração obra como parte contractante. Mas as reclamações dirigidas contra os actos emanados do governo, estatuinto como poder publico, não têm juiz; compete á administração julgar as questões que dizem respeito á redução de imposto.

As instituições da Austria aproximão-se muito das da França, muito principalmente depois das ultimas reformas realizadas; o mesmo acontece ás instituições da Baviera, Saxonia e de outros Estados da Allemanha.

Segundo nos ensina um bem elaborado artigo sobre o *contencioso administrativo na Allemanha*, publicado no *Diccionario Politico* de Block, o antigo direito germanico entregava ao juiz ordinario todas as questões que dizião respeito á applicação de um texto de lei a um caso particular, sem que tivesse logar examinar se o litigio em questão pertencia ao direito civil ou ao direito publico. Semelhante disposição ainda vigora em muitos Estados da Allemanha, como, por exemplo, em Francfort (*).

« Os mais importantes Estados do Imperio Germanico a repellem, observa um illustrado escriptor, como incompatível com o principio moderno da divisão dos poderes, e aproxima-se um pouco ás instituições da França.

« O systema francez tem prevalecido na Baviera e no Wurtemberg, em que o Conselho de Estado julga em ultima instancia de todas as contestações administrativas, que em primeira instancia são julgadas pelos governos locais. »

Em outros Estados allemães, quando se trata do exercicio dos direitos politicos dos cidadãos e da applicação de leis administrativas e se suscita alguma difficuldade, a contestação ou duvida é levada perante a autoridade que dirige a administração de modo que é o ministro competente quem decide em ultima instancia; em alguns casos a decisão definitiva é reservada ao monarcha.

(*) O escriptor falla antes da campanha de 1866 com a Austria, dos acontecimentos de *Sadowa*, porquanto, depois que Francfort foi incorporada á Prussia, passou a reger-se por novas leis.

Finalmente, as legislações de diversos paizes differem entre si na questão de saber até que ponto os direitos puramente civis dos particulares devem ser protegidos pelos tribunaes.

O *Diccionario Politico* de Block contém um importante artigo sobre a *justiça administrativa*, em que o seu autor, o Sr. Dupont-White, se expressa nos seguintes termos: « Esta justiça é superflua em um paiz, onde quasi todo o imposto é indirecto, onde os trabalhos publicos se executão por companhias, mediante pedagio, onde o exercito se recruta por alistamentos voluntarios; a Inglaterra ignora a justiça administrativa, mas ella tem uma justiça civil infinitamente mais complicada, mais mysteriosa do que a França. As duas instituições têm o mesmo fundo, com inconvenientes que se compensão; um paiz onde o governo tem pouca acção, e por consequente pouco processo, o que dispensa de ter juizes seus, este paiz é entregue por isso mesmo á vontade e á iniciativa individual.

Os direitos privados se disputão, se chocão nesta sociedade individualista, com o mesmo rigor e as mesmas formalidades que uma questão de interesse geral entre os povos que têm o espirito centralizador, contra o qual nada podem as revoluções. Todas têm deixado o poder executivo completamente livre, em sua esphera e modo de proceder, como as da Gran-Bretanha, que têm deixado intactas suas leis civis, assim como estas formulas e processos, que, tal é o milagre, um comprador de immoveis não tem plena certeza de haver legalmente pago, nem um advogado de morrer antes do julgamento final de seu processo; assim o attestão as vãs tentativas de Cromwell contadas por Mr. Guizot.

As nações, portanto, não têm nada a se invejar, cada uma, abusando do que ella tem de bom, assemelha-se no que têm de máo. Nossa justiça administrativa é o resultado de uma sociedade que confia muito nos negocios do Estado, não por si e nem por uma superstição official; mas pelo bem publico de que ella fórma elevada idéa, e tão alta que não a confia aos individuos e aos arbitros do direito individual. »

Não cremos necessario applicar por toda a parte um typo ideal independente dos habitos e das tradições de cada povo,

e parece-nos que a variedade de instituições não basta para autorisar a suppressão da autoridade administrativa, cujas vantagens têm a experiencia demonstrado, e assim deve semelhante jurisdição ser, não só mantida, como aperfeiçoada.

IV.

Ha uma escola politica, que sustenta que a separação da autoridade judiciaria da administração tem mais inconvenientes do que vantagens debaixo do ponto de vista da liberdade e do direito dos cidadãos, e para justificar semelhante modo de pensar cita a Inglaterra e os Estados Unidos.

O contencioso administrativo não é uma innovação, filha de uma época ou do predominio de certas idéas; mas, está inherente á natureza das cousas e ao aperfeiçoamento das sociedades modernas. Ainda nos governos absolutos, quando o poder judiciario tinha absorvido todas as attribuições da administração, mesmo nesse tempo se reconheceu a necessidade da separação das funções mais importantes da administração.

Tribunaes, que então se crearão, attestão claramente não só a necessidade da separação da administração, mas de uma jurisdição contenciosa, alheia aos tribunaes ordinarios, e para exemplo citaremos o tribunal chamado Conselho de Fazenda, a quem competia toda a administração que dizia respeito á fazenda publica, a principio com jurisdição voluntaria e depois contenciosa, e o Tribunal da Mesa de Consciencia e Ordens, que tinha a seu cargo as causas pias, capellas, etc., etc.

Convém, entretanto, notar que a completa separação do poder administrativo só foi conquistada em França pela revolução de 1789 e depois seguida e imitada por todos os povos constitucionaes. Sem estudar nem apreciar esta notavel revolução nas suas causas e tendencias, notaremos apenas que pela primeira vez se estabeleceu fundamentalmente o grande principio da divisão dos poderes, uma das mais solidas bases do governo representativo.

Pela primeira vez tambem a administração foi elevada á altura de uma função social, e um organismo apropriado forneceu os materiaes sufficientes de uma sciencia administrativa, e finalmente, pela primeira vez, foi a administração separada da justiça, com que antes se achava confundida, com manifesta offensa das prescripções da sciencia e grave detrimento dos interesses dos povos.

As nações passarão por grandes phases, visto que com o governo absoluto todas as instituições estavam concentradas no poder do monarcha; e os agentes, que obravão debaixo das suas ordens, exercião simultaneamente a acção da justiça e da administração, como attesta a Ord. do liv. 1º, tit. 62, e leis extravagantes.

A administração se foi pouco a pouco separando do poder judicial, e assim se vê o Conselho de Fazenda, da Mesa da Consciencia e Ordens, do Conselho Ultramarino, cujas funções erão todas administrativas, exercendo a jurisdição contenciosa para dar mais vigor e energia ás suas deliberações.

As relações da administração com o poder judiciario, diz muito judiciosamente o notavel publicista portuguez o Dr. Justino de Freitas, são: « de uma natureza mais delicada; estes dous poderes correm parallellos e independentes um do outro, auxilião-se e completão-se mutuamente, differem comtudo pela sua natureza, poder, objecto e fôrma do processo:

« Pela *sua natureza*, porque a autoridade judiciaria deve ser delegada a juizes inamoviveis, emquanto a autoridade administrativa deve ser exercida por funcionarios amoviveis.

« Pelo *seu poder*, porque a administração goza em certos limites de um direito de iniciativa, obra quando julga util, prescreve medidas obrigatorias para os cidadãos, póde dispôr para o futuro, tomar decisões que lhe não são pedidas, e todas as medidas de conservação e prevenção; o poder judiciario, pelo contrario, não decide, nem prescreve nada: *julga*, as suas decisões são soberanas.

« Pelo *seu objecto*, porque o interesse publico é que constitue o dominio proprio da administração e o interesse privado e da justiça; a autoridade judiciaria tem a seu cargo punir os

crimes e regular os interesses privados pela justa applicação das leis criminaes e civis; a administração estatúe sobre as cousas que respeitão ás relações dos cidadãos com o Estado, e sobre as difficuldades que se decidem pelas leis de interesse geral; a autoridade judicial conhece das relações dos cidadãos, entre si, pelos títulos, pela posse e pelas convenções, e não julga sobre contestação actualmente existente; ou se nasce de um direito, que se litiga, ou de um facto, que faz prejuizo a qualquer individuo.

« Pela *fôrma de processo*, porque no poder judiciario ha sempre o mesmo processo regular e constante, segundo a natureza das causas, o que não ha na administração e seria incompativel com a celeridade com que convém providenciar sobre as necessidades publicas. »

Em vista dos principios expostos, sendo a *amovibilidade* uma das condições inherentes aos agentes do poder executivo, já se deixa ver que a autoridade encarregada de administrar não pôde deixar de ter a faculdade de nomear e demittir os seus empregados, fazendo recahir a sua escolha em pessoas da sua confiança. Responsavel como é a autoridade administrativa pelos actos de sua gerencia, deve ter uma grande latitude de acção, o direito de nomear e demittir, mesmo sem declarar os motivos de seu proceder, porque, segundo a jurisprudencia administrativa, a confiança nos empregados da administração deve ser a unica base da sua conservação e só a autoridade administrativa superior é que está habilitada para conhecer e ajuizar do zelo e capacidade de seus empregados.

Entretanto o art. 22 do Decreto n. 5512 de Dezembro de 1873, que deu nova organização á secretaria da agricultura, dispõe: « Que os directores, chefes de secção, 1^{os} e 2^{os} officiaes, que tiverem mais de dez annos de effectivo serviço na secretaria, só poderão ser demittidos por qualquer dos crimes especificados nos arts. 167, 169, 170, 173, 174, 175, 176, 179, 192, 193, 222, 226, 257, 258, 264, 265 e 269, de revelação de segredo, de traição, abuso de confiança, insubordinação e constante irregularidade de procedimento. »

Esta disposição toda contraria aos principios da sciencia

administrativa, além de coarctar a administração na superintendencia sobre os seus empregados, limitando e especificando os casos de demissão, tolhe um direito legitimo e legal, que se funda na natureza da propria organização administrativa, o qual não pôde ser contestado á autoridade administrativa; semelhante disposição pôde ser considerada como um antemural ao livre exercicio dos direitos inherentes á administração, sujeitando a um processo judicial.

É justo que se procedão ás mais sérias averiguações antes de se suspender e demittir qualquer funcçionario, apreciando escriptulosamente todas as provas e informações; mas não é menos necessario que por nenhum acto ou disposição de lei se apresentem as autoridades administrativas como agentes de um systema acintoso e reactor, em vez de garantas do cumprimento das leis, da manutenção das liberdades constitucionaes e respeitadoras de todos os direitos.

Não nos cansaremos em demonstrar os inconvenientes da *inamovibilidade* e *vitaliciedade* dos agentes do poder executivo; limitamo-nos a transcrever o que a este respeito diz Vivien :

« Le fonctionnaire qui en jouit est enclin à négliger son devoir; arrivé à l'âge du repos, il marchande sa retraite, prétend quelque fois faire ses conditions, et considère trop son titre comme une propriété privée. L'Etat ne doit point subir ces entraves, quand elles ne sont pas commandées par des considérations impérieuses. Il est vrai que le droit de révocation sans condition peut être exercé avec passion ou légèreté; mais, entre l'intérêt d'un agent qui sera l'objet d'une mesure inique et l'intérêt du service public, il n'y a point à balancer. Nous ne partageons donc par les opinions de quelques esprits, trop préoccupés du sort des fonctionnaires, et qui demandent ce qu'on a appelé une charte administrative. La liberté nécessaire au gouvernement est inconciliable avec un régime qui ne lui donnerait pas une autorité étendue sur les instruments qui le secondent. Cependant il ne faut point que le caprice règne: il ne faut pas qu'un ministre puisse, comme en Angleterre, justifier une destitution par cette seule raison, que « la figure du fonctionnaire lui déplaisait; » cette

dure parole n'aura jamais cours en France; des précautions doivent être prises pour éviter une imprudente précipitation ou une violence imméritée. Les griefs qui motivent la révocation doivent être définis et constatés. Ces précautions sont nécessaires, surtout depuis que les ministres ont été affranchis de la responsabilité politique, qui, on ne peut trop le répéter, bien qu'on en abusât pour justifier l'arbitraire, les contenait pourtant dans des limites assez étroites. »

O citado mestre de direito administrativo, tratando da *estabilidade* dos empregos, ainda se expressa de um modo, que se póde bem applicar á disposição do art. 22, já citada; deixaremos ainda fallar o autor na sua propria lingua, para não diminuir a força da sua phrase com a nossa pallida traducção: « Cependant, il serait imprudent d'admettre, comme dans quelques États de l'Allemagne, qu'aucun fonctionnaire ne peut être révoqué qu'en vertu d'un jugement. Tant de faits secondaires, de négligences, d'actes de mauvaise gestion, échappent à une appréciation juridique, que le service public pourrait languir et se désorganiser lentement, sans que le moyen d'y rétablir l'activité et l'ordre fût à la disposition du gouvernement. »

A disposição do art. 22, além de inadmissivel em theoria e inaceitavel na pratica, consagra principios odiosos, estabelece uma excepção em favor de certos e determinados empregos, deixando assim de ser uma realidade o preceito constitucional da igualdade perante a lei. A garantia do empregado está na sua aptidão, no bom desempenho dos deveres a seu cargo; fóra dos principios ensinados por Vivien não haverá administração possivel, e não é justo que se ponha á margem considerações de ordem publica, que se restrinjam as prerogativas da administração, para estabelecer-se um privilegio em favor de certos e determinados empregos, sem que se possa comprehender a vantagem, nem a utilidade de semelhante medida, que vai de encontro aos principios constitucionaes, que distinguem o poder executivo do judiciario. E, finalmente, este privilegio não está nas attribuições do poder legislativo conceder, e ainda que estivesse não se acha comprehendido na autorisação concedida pela Lei n. 2348 de Agosto de 1873,

art. 8º, § 1º, n. 1; e, portanto, a disposição do art. 22 é nulla de pleno direito, não pôde firmar direito adquirido para inu-guem, seja qual fór a jerarchia.

Quando a Assembléa constituinte de 1789 quiz estabelecer o direito publico da França, estabeleceu como principio: « que em uma sociedade onde a garantia dos direitos não fosse segura, nem a separação dos poderes determinada, não havia constituição. »

Alguns escriptores entendem que a Assembléa Constituinte, insistindo na separação da autoridade administrativa e da judi-ciaria, inspirara-se na theoria exposta por Montesquieu no *Espirito das leis*. A este respeito diz um notavel escriptor: « Se se quer fallar do principio geral da separação dos po-deres publicos, ha razão para assim entender-se, bem que Montesquieu não tenha exercido grande influencia nas reso-luções da Assembléa Constituinte, onde era qualificado de aris-tocrata por Mirabeau: não ha, porém, menor fundamento quando se trata da separação da autoridade administrativa e da autoridade judiciaria. No famoso capitulo VI do livro XI do *Espirito das leis*, Montesquieu não tem senão uma preocupação: é impedir a oppressão dos cidadãos pela reunião nas mesmas mãos do poder de fazer a lei e do poder de applical-a.

A Assembléa Constituinte tinha outras preocupações. Ella conservava a lembrança das lutas travadas durante o seculo XVIII entre a realza e os parlamentos. Ella recordava-se que as reformas as mais sábias, por exemplo, os edictos propostos por Turgot, tinham sido embaraçados pela resistencia dos corpos judi-ciarios, onde dominavão os membros da classe privilegiada; ella via que estes magistrados se mostravão hostis á revolução.

Não se contentou, pois, com extinguir os antigos corpos ju-diciarios, em confiar ao povo a missão de eleger por um tempo limitado os magistrados da ordem judiciaria. Ella julgava di-rigir o poder executivo no caminho das reformas e não pen-sava que pudesse ser embaraçada pela resistencia da ordem judiciaria. Ella reservava para si o direito de se envolver nos actos da administração, que não seria responsavel perante a Assembléa, se ella tivesse de obedecer ás prescripções da autoridade judiciaria. »

A missão da autoridade judiciaria consiste principalmente em reconhecer direitos e obrigações, que respeitam aos individuos, applicando ora os principios do direito privado, ora interpretando os contractos celebrados nas condições do direito privado, e finalmente applicando as penas impostas aos particulares, que infringem as leis e os regulamentos. A autoridade judiciaria não tem uma acção espontanea como a autoridade administrativa; ella não funciona senão quando é provocada pelas partes interessadas, e sua decisão não tem effeito senão para a contestação, que lhe é submittida.

« A autoridade administrativa, » diz Foucart, « *Elementos de Direito Publico e Administrativo*, se acha em contacto com a autoridade judiciaria, que coopera ao mesmo tempo que ella para a execução das leis, em uma esphera condigna á sua. Como estas duas autoridades differem em seu fim, em suas attribuições, em sua organização, em sua maneira de proceder, é necessario que ellas mutuamente respeitem a sua independencia. »

Fundando-se na autoridade de Vivien, *Estudos Administrativos*, diz um escriptor: « As autoridades administrativas em nada participão do poder judiciario ou de qualquer outro poder; cumpre-lhes empregar todo o desvello para evitar conflictos de autoridade, respeitando a reciproca independencia das autoridades judiciais; a ingerencia não póde justificar-se, nem mesmo sob o pretexto de que tal ou tal autoridade é frouxa no cumprimento dos seus deveres. Do grande principio da divisão dos poderes dimanou a doutrina, hoje incontestavel, que a justiça não póde occupar-se de negocios pertencentes á administração, que aquella não póde impedir, embaraçar ou falsear a execução dos actos desta e vice-versa e, finalmente, que os dous poderes não podem hostilizar um ao outro. »

Eis como se expressa a consulta da secção de fazenda do Conselho de Estado de 4 de Julho de 1854: « A distincção e harmonia dos poderes politicos é uma das bases fundamentaes das instituições que nos regem; e nenhuma distincção e harmonia é mais essencial do que a que tem por fim separar a autoridade administrativa da judiciaria.

« Fundada na natureza das cousas, como diz um dos mais profundos autores de direito administrativo, e em considerações de ordem publica, sem a mais completa independencia de ambas as autoridades, evidentemente soffreria a boa administração da justiça.

« Para estabelecer a necessidade de que ora se occupa a secção, basta ver que nem os objectos sobre que exercem ellas a sua jurisdicção, nem o modo por que a exercem, nem o character publico dos individuos dellas investidas, nem finalmente o fim por que são instituidas, têm sem elhança entre si.

« A autoridade judiciaria delegada aos juizes e tribunaes tem por objecto a execução das leis civis em suas relações com as pessoas e propriedades. A autoridade judiciaria, portanto, só toma conhecimento de casos previstos pelas leis. O contrario acontece ás autoridades administrativas. Estas têm por objecto fazer executar as leis de conformidade com os interesses geraes e locaes, remover as difficuldades de sua execução, promover e proteger a riqueza publica, representar o Estado como proprietario dos bens nacionaes, julgar administrativa-mente as reclamações e os factos que dizem respeito aos bens publicos, e decidir as contestações que a execução da lei houver de provocar, quer entre as mesmas autoridades administrativas e os particulares ou uma pessoa moral, quer entre os particulares, quer entre estabelecimentos publicos.

« Titulos, contractos, testemunhos authenticos, regras escriptas e absolutas, são os fundamentos das decisões ou sentenças da autoridade civil, guiada unicamente pelo direito stricto. A autoridade administrativa tem outras regras de julgar. Tendo por fim especial promover a utilidade e prosperidade geral, consulta o interesse da ordem publica e dirige-se muitas vezes por considerações de equidade. Sendo sua acção muitas vezes espontanea, seus actos têm por fim prevenir o futuro e crêa o direito.

« A acção da autoridade judiciaria applica-se unicamente a factos preexistentes individuaes, nem dá jámais nascimento ao direito, declara-o simplesmente. Assim que as fórmulas rigo-rosas do processo judiciario e sua lenteza não podem convir

a um juizo que tem a seu cargo as questões que a secção acaba de mencionar.

« Sua marcha deve ser rapida e simples e modificar-se segundo as circumstancias. O que todavia não quer dizer que a justiça administrativa deva ser organizada sem as essenciaes garantias com que o é a justiça civil ordinaria. Além das instancias e alçadas deve ser o mais possivel aproximada do domicilio do cidadão. Todos sentem e sabem apreciar as grandes despesas, difficuldades e incommodos que acarretão os processos, que têm de ser discutidos e julgados em districtos distantes daquelle em que residem as partes.

« Da separação das autoridades administrativa e judiciaria nasce a instituição da justiça administrativa. Nem podia deixar de ser, porquanto o poder de administrar encerra em si o de julgar administrativamente, isto é, a jurisdicção, que nada mais é do que o poder do juiz, sendo a competencia a craveira deste poder, como se exprime Mr. Boucenne na sua excellente obra, intitulada — *Theoria do processo*.

« Nada mais difficil do que discriminar com exactidão o que pertence á jurisdicção administrativa, e o que sendo acto da administração, não está, porém, sujeito ao julgamento dos seus respectivos tribunaes ou, para usar de uma expressão do direito romano, o que é de mero imperio e o que é de jurisdicção. Mas, se se distinguir o que é propriamente administrativo do que é governamental, a discriminação se tornará facil.

« Toda a jurisdicção tem por base uma questão de facto e outra de direito. Pelo que a secção tem exposto, resulta que o facto em materia de jurisdicção administrativa é o proprio acto administrativo; o direito é o privado preexistente ou adquirido, que se julga offendido. Assim dizem bem os jurisconsultos administrativos que a competencia administrativa, isto é, a medida do poder de julgar administrativamente, discrimina-se pela natureza do interesse que reclama, e do acto administrativo contra o qual se reclama.

« Portanto, não entra na alçada do contencioso administrativo o conhecimento dos actos administrativos, tendentes á garantia, á execução das leis, ou que tenham por objecto os

interesses moraes e materiaes da sociedade e colectivo da agricultura, commercio e industria, e bem assim os de policia administrativa, qualquer que seja o seu fim, ou outros que, segundo o direito publico interno, constituem jurisdicção voluntaria ou graciosa, e que repousão no principio supremo de promover a segurança publica e particular, interesses geraes, que de modo algum podem ser obstados pelo interesse privado. Igualmente não lhe compete o conhecimento de todas as questões de direito civil, como de posse, servidão, prescripção, propriedade ou outros, que assentão em direitos reaes ou de mero uso e gozo. As mesmas questões de indemnização devida pelo sacrificio de uma parte da propriedade ou de sua totalidade não são de sua alçada.

« Suscitando-se taes questões em processos administrativos contenciosos, devem ser remettidos aos tribunaes judiciais para serem decididos. Assim como se forem suscitadas questões em processos desta ordem, que versarem sobre a intelligencia de actos administrativos, devem estas ser preliminar e definitivamente decididas pelo poder a que pertencem taes actos.

« A honra, a fortuna e a liberdade do cidadão estão collocadas sob a égide da justiça ordinaria e civil. Por isso quando as leis administrativas são acompanhadas de disposições penaes, affectando estas, como affectão, a aquellos importantissimos direitos, sua decisão não póde caber ás autoridades administrativas.

« O interesse publico, é verdade, reclama algumas excepções a esta regra em favor da policia das estradas, das povoações, de servidões militares e sobretudo da boa arrecadação e fiscalisação da renda publica. » (Tão importante consulta se acha assignada pelos viscondes de Jequitinhonha, de Itaborahy e Alves Branco (depois visconde de Caravellas).

V.

A necessidade de uma jurisdicção administrativa é palpante e da maior evidencia: « Basta attender aos interesses sociaes de uma ordem mui diversa dos interesses privados dos

cidadãos, diz o Dr. Justino de Freitas *Direito Administrativo Portuguez*, a conveniencia de não crear embaraços á administração, como aconteceria se ella estivesse dependente do poder judiciario; aos principios de equidade, que têm mais applicação ás questões administrativas, do que o rigor de direito, por que se afferem as questões de direito civil; e finalmente ao processo vagaroso nas questões judiciais, incompativel com a celeridade com que se devem resolver os negocios administrativos para se conhecer a necessidade de uma justiça administrativa, que os *amigos indiscretos* do poder judiciario pretendem combater.

« Outros, porém, cahindo no outro extremo, proclamão a independencia, em que devem estar do governo os tribunaes administrativos, sem se lembrarem que, para que a administração conserve a sua liberdade de acção, é preciso que os seus magistrados reconheçam a supremacia do governo.

« Não existem regras geraes escriptas sobre a maneira de proceder nos negocios de simples administração, salvos aquelles casos, em que a instrucção especial de algum acto administrativo estiver estabelecida por lei ou regulamento; mas ha no emtanto alguns preceitos dictados pela razão, equidade, prudencia e pelo interesse publico, que, não estando escriptos, são comtudo de uma alta importancia e derivão-se da natureza da divisão estabelecida, que cada vez melhor se vai discriminando, entre o poder administrativo e o judicial. »

A separação do poder judiciario e do poder administrativo, a necessidade de uma instrucção especial para bem applicar a legislação administrativa, são os principaes motivos, que derão logar á existencia da *jurisdicção administrativa*.

A jurisdicção administrativa, apezar de ter sido posta em duvida em diversas épocas, muito principalmente depois das revoluções de 1830 e de 1848, sempre tem sido respeitada e não tem sido reenviado aos tribunaes civis o julgamento do contencioso administrativo.

« A razão principal, diz um escriptor, que determinou a Assembléa Constituinte de 1779, quando prohibio á autoridade judiciaria de conhecer dos actos administrativos, foi a

necessidade de deixar á administração sua liberdade de acção, sob a inspecção do poder legislativo. A Assembléa Constituinte queria que a autoridade administrativa só fosse dirigida por ella; e foi por essa razão que decidiu que o poder administrativo seria independente da autoridade judiciaria, e, tendo destruido todas as jurisdicções administrativas do antigo regimen, reorganizou a nova jurisdicção administrativa.

« Além disto, o character mesmo das leis administrativas é differente do character das leis civis, que os tribunaes estão habituados a applicar. Na legislação civil dous interessès privados estão em presença um do outro, temos a lei e o juiz; na legislação administrativa é o interesse publico quem impõe sacrificios ao particular.

« Convém não sómente conhecimento, estudos especiaes da parte do juiz, o que se não encontraria nas jurisdicções particulares, pertencendo á ordem judiciaria, para applicar esta legislação; convém certos habitos que se não tomão, e não se observão senão em um contacto diario com os agentes administrativos. »

Vivien no parecer apresentado em 1849 á Assembléa Constituinte, em nome da commissão encarregada de examinar o projecto de lei sobre o Conselho de Estado, assim se expressa: « As leis e os contractos administrativos pertencem a uma ordem de principios, de interesses e de idéas completamente estranhos ás jurisdicções civis; convém para os applicar conhecimentos praticos, estudos legaes que se não acharia nestas jurisdicções. Haveria perigo para a administração submettel-a a juizes, que não são iniciados em suas necessidades, em seus usos; que, por dever, se preoccupão quasi exclusivamente do direito privado, e cuja invasão no dominio administrativo teria destruido o principio tutelar da separação dos poderes.

« A criação de jurisdicções especiaes responderia em parte a estas objecções, jurisdicções especiaes poderiam ser compostas de modo a offerecer garantias de luzes e de experiencias necessarias ao julgamento de contestações administrativas; mas, collocadas fóra da administração, seriam expostas »

separar-se della pelo espirito e tendencias que lhes imprimiria o habito de uma jurisdicção independente, seriam tentadas, por sua vez, a absorver, em sua autoridade, a do governo, e a administração toda inteira poderia tornar-se sua subordinada para não dizer vassalla. »

A jurisprudencia administrativa considera a jurisdicção administrativa competente de pleno direito, com exclusão da autoridade judiciaria, para conhecer as obrigações e os direitos que derivão, quer para a administração, quer para os particulares, das leis que têm organizado o serviço publico e os actos praticados pela administração, em execução destas leis.

« A administração, diz Foucart, obra de dous modos: ou está revestida de um poder discricionario ou é limitada pelas disposições de uma determinada lei, de um determinado contracto. No primeiro caso os particulares só podem fundar suas reclamações no interesse individual, que estiver em opposição com os interesses publicos; no segundo, não se trata já de um interesse, mas sim de um direito, resultado de lei ou de contracto; e nestas considerações assenta a theoria da jurisdicção voluntaria e da jurisdicção contenciosa. »

Os actos da autoridade administrativa, quaesquer que elles sejam, as precauções tomadas contra os erros, podem dar logar a reclamações, ferir interesses e lesar direitos.

Por isso, diz ainda um notavel escriptor: « Se por exemplo a administração violou as obrigações que as leis e os regulamentos lhe prescrevem, ou que ella propria contrahio por força das estipulações ou dos contractos que subscreeveu; se a lei, tendo estabelecido uma determinada competencia, determinadas formulas e regras, a administração inverteu a competencia, preterio as formulas, infringio as regras; se surge contestação sobre o sentido de taes e taes clausulas de um contracto feito pela administração ou sobre o theor da execução desse mesmo contracto, todos esses conflictos e debates constituem no seu complexo o *contencioso administrativo*. »

Algumas vezes confunde-se a autoridade administrativa com a autoridade governamental propriamente dita, porque estas

duas autoridades estão nas mesmas mãos, e julga-se poder discutir, nas mesmas condições, perante as jurisdições administrativas, os actos que, differindo profundamente por sua natureza, são submettidos a julgamentos differentes.

« O governo, diz ainda um escriptor, sendo obrigado a velar pelos interesses de toda a associação e prescrever medidas de utilidade publica, pôde facilmente encontrar na sua marcha *interesses privados* e *direitos adquiridos* pelos cidadãos. A administração tem sempre dous poderes nas suas mãos: um, discricionario, intelligente e livre; e o outro, regulado, passivo e dominado pela lei, regulamento, decreto ou contracto, que o rege; se, no desenvolvimento das medidas do primeiro poder se encontrão os *interesses* de alguns dos cidadãos, têm estes o recurso sempre aberto á *jurisdição graciosa*; não havendo, porém, lei offendida nas reclamações dos cidadãos, aos agentes administrativos só pôde pertencer o deferir-lhes segundo os principios da equidade, quando estes não prejudicarem os interesses geraes de todos os associados.

« No segundo caso a violação da lei, regulamento, decreto ou contracto, ferindo por este facto os *direitos adquiridos* dos cidadãos, dá lugar ao *contencioso administrativo*; porque seria repugnante e injusto, que o conhecimento de um direito estivesse dependente só da vontade de qualquer funcionario. A razão publica exige um tribunal para julgar o que se chama o *contencioso administrativo*; assim as duas palavras *interesse* e *direito* são a chave da *competencia administrativa*.

« A palavra *interesse* não é aqui tomada na sua acceção ordinaria ou como se toma em materia civil, exprimindo um direito, de cuja recusa nasce a acção; em direito administrativo ao contrario o *interesse* é a ausencia do direito; o interesse nasce da vantagem que pôde tirar tal individuo de uma medida administrativa ou do desejo de obter uma gratificação, um favor especial, diminuindo uma porção de utilidade geral em vantagem da utilidade particular. »

Geralmente chama-se *contencioso administrativo* o ajuntamento

das contestações que devem ser exclusivamente submettidas ás jurisdicções administrativas. Para bem definir o *contencioso administrativo*, isto é, o dominio da jurisdicção administrativa, convém consideral-o com relação á administração activa, com relação á autoridade judiciaria e com relação á autoridade governamental.

O *contencioso administrativo*, isto é, o dominio da jurisdicção administrativa, compõe-se de tres partes distinctas por sua natureza: reclamações levantadas contra os actos da autoridade administrativa, que têm por effeito immediato ferir direitos adquiridos pelos cidadãos em virtude de leis, regulamentos ou contractos; reclamações levantadas contra certos actos de administração, que ferem interesses, mas que a lei tem aberto para elles um recurso pela via contenciosa; e, finalmente, contestações que, por sua natureza, serão antes do dominio da autoridade judiciaria e que diversas razões tem feito collocar por leis especiaes nas attribuições da jurisdicção administrativa.

« Para que se possa verificar a jurisdicção contenciosa, é preciso, diz Laferrière, o concurso simultaneo das tres condições elementares do *contencioso administrativo*: 1º, que haja um acto especial ou um facto particular de administração; 2º, que a reclamação contra este acto seja fundada sobre um direito adquirido; e 3º, que a reclamação se refira a um interesse de ordem administrativa. »

É impossivel apresentar uma resenha dos negocios que pertencem ao *contencioso administrativo*, que se renovão e reproduzem incessantemente sob mil fórmãs, segundo as eventualidades das circumstancias e a variedade das necessidades geraes; entretanto recorreremos a Mr. Chauveau Adolphe, escriptor competentissimo, que estabeleceu uma formula para caracterisar e distinguir com a maior exacção o *contencioso administrativo* e vem a ser: *o interesse especial, emanando do interesse geral, discutido, em contacto com um direito privado*. Antes de fazer a applicação desta formula, entra o referido escriptor na analyse das palavras que emprega e exprime-se deste modo:

« Não disse eu *direito especial*, emanando do *direito geral*, discutido em contacto com um *direito particular*, pois que a palavra *direito* faz nascer a idéa do contencioso e porquanto, um direito especial emanado de um direito geral pôde ser discutido, sem que haja *contencioso administrativo*.

« Não disse *direito especial*, emanando do *direito geral*, porque desse modo desviaria sem necessidade estas expressões da sua significação usual administrativa. Falla-se sempre do *interesse geral* em contraposição aos interesses ou aos direitos particulares, mas jámais ao *direito geral*; e mesmo estas palavras *direito geral* poderiam confundir-se com o *direito, sciencia das leis*. Se disse interesse especial, é porque tinha que considerar um desmembramento do interesse geral, vindo assim esta expressão, menos extensa, a exprimir o mesmo pensamento, ainda que limitado.

« Finalmente, disse *interesse geral e interesse especial*, por isso que o interesse de todos forma o direito mais imperioso e mais positivo — o direito social; e porque não poderia eu, quando se trata da direcção material da sociedade, pôr em opposição estas palavras *interesse e direito*, que teem um tão grande alcance, quando não se trata senão dos individuos tomados separadamente. Emquanto á sociedade, o *interesse* é o *direito*, o *direito* é o *interesse*; emquanto ao individuo, o *interesse* é nada, o *direito* é tudo.

« Na minha formula emprego estas expressões *interesse especial emanando do interesse geral*, porque o interesse geral só na sua abstracção generalisadora não pôde jámais encontrar-se *discutido com um direito particular*. Lá estão o poder legislativo e o poder executivo para regular e dirigir esse interesse geral, que gyra em uma esphera inacessivel ás reclamações individuaes.

« O interesse especial existe, quando um acto especial, embora não offereça senão um interesse secundario, emanando da administração, está em contacto com um direito particular, como, por exemplo, *prejuizos temporarios*, extracção de materiaes, etc., etc., e nesses casos o interesse especial destaca-se de uma maneira sensivel. Mas, tambem se dá o

interesse particular, todas as vezes que a administração, com a mira no interesse geral, vai tocar em um direito particular.... O interesse especial é então o caso especial de applicação do interesse geral, offendendo um direito particular.

« O interesse geral individualisa-se: fica interesse geral como principio e converte-se em interesse especial como applicação. Se desenvolvi deste modo a parte da minha formula, emquanto ao *interesse especial*, foi para bem fazer comprehender que esta *especialidade* não deve ser sempre material, mas pôde, algumas vezes, ser só intellectual; sendo, porém, necessario que a acção sobre o direito particular emane da administração activa e não do poder executivo, nem do poder legislativo puro.

« Disse: *discutido em contacto com um direito particular*, por isso que, só a *discussão* produz o *contencioso*. Em materia civil, o consentimento reciproco dá origem aos contractos; os processos são meras discussões, nascem da discordancia. Em materia administrativa, as mesmas causas produzem os mesmos effectos, da discordancia nasce a discussão e da discussão o *contencioso*.

« Se, para bem de um trabalho de interesse geral, a comunidade tem precisão de aproveitar o meu barro para a construcção de uma ponte ou de uma comporta, e eu consinto em dal-o mediante um preço fixado e pago previamente, não ha nisto *contencioso*, comquanto se trate de um acto administrativo, que vai tocar um direito particular; mas, se eu *discuto* o preço que me foi offerecido e a administração não quer ceder, desde esse momento apparece o *contencioso*.

« Não comprehendo, pois, essa formula doutrinal, que encontramos nos livros: *materias que, sendo graciosas, se tornão contenciosas por effeito das reclamações*. Não ha *gracioso*, nem *contencioso*, quando duas vontades convergem para o mesmo fim; ha um contracto civil ou administrativo ou um quasi contracto. Pedro pede uma autorisação, a qual lhe é concedida: podião recusar-lh'a, mas, nesse caso, terião tocado em um direito seu; desde que elle *discutisse* appareceria logo o *contencioso*.

« Por consequencia, não pôde dizer-se nestas diversas hypotheses, *que a materia em si mesma se converteu em contenciosa por effeito das reclamações*. É este um erro grave, na minha opinião, por isso que qualquer materia é por sua natureza *contenciosa* ou *graciosa*. E porque uma materia é essencialmente contenciosa, não se segue necessariamente que surja um processo, e que os tribunaes hajão de sentenciar; ao passo que, se uma materia é essencialmente graciosa, jámais a reclamação a poderá tornar contenciosa. É mister distinguir os factos—do principio e do direito.

« Para que uma materia seja contenciosa, é necessario que nella se encontrem todos os caracteres do contencioso, suppondo a discussão, que é o signal revelador do *contencioso*. Pelo contrario, é graciosa a materia, quando a discussão, suppondo-a nascida, não produz senão uma simples reclamação, sem recurso para os tribunaes administrativos. »

VI.

Determinar o sentido e a extensão de um acto, em caso de litigio sobre os direitos que este acto tem conferido a tal particular ou á administração, pôde equivaler á annullação do acto, porque nada é mais facil do que mudar e annullar o sentido, sob o pretexto de interpretação, e fazer desaparecer os direitos, que tinha por fim constituir.

Assim, quando o sentido de um acto emanado da autoridade administrativa é contestado perante a autoridade judiciaria, a autoridade judiciaria deve abster-se de decidir até que a interpretação seja dada pela autoridade de quem emana o acto, porquanto, em virtude do principio da separação dos poderes, a autoridade judiciaria não pôde apreciar nem envolver-se nos actos da autoridade administrativa.

Esta interpretação, quer seja necessaria para a solução de um litigio judiciario, quer para a solução de um litigio administrativo, deve ser dada com as garantias e recursos que

comporta o julgamento dos litígios administrativos. Este principio só tem applicação aos actos emanados da administração, *taes como os contractos passados pela autorid de administrativa*, cujo contencioso pertence ás jurisdições administrativas.

Em virtude destes principios diz um escriptor: « Quando se trata de questões de direito commum, nas quacs só estão em conflicto interesses particulares, é evidente que estas questões hão de ser decididas judicialmente. E ainda quando qualquer tribunal administrativo tenha começado a tomar conhecimento de um recurso em materia de sua competencia, se nesse interesse apparecer um incidente, que nada tenha de commum com a administração, mas verse sobre um ponto de direito meramente particular sem nenhuma relação com a administração, esse incidente deve ser decidido judicialmente.

Batbie em sua introdução geral ao *Direito publico e administrativo*, no capitulo que trata dos trabalhos publicos, não só decide que todas as duvidas entre a administração e os empregados devem ser administrativamente decididas, como clara e precisamente ensina que, na classe dos trabalhos, entre nós obras publicas, se comprehendem os que os departamentos, provincias, communes e municipalidades fazem executar.

« Está hoje estabelecido, diz elle, que estes trabalhos são considerados na mesma linha dos que o Estado emprega, se as obras são relativas a um serviço communal ou departamental de utilidade geral. A execução dos trabalhos publicos póde ser considerada sob um duplo ponto de vista: 1º, entre a administração e os arrematantes; 2º, entre os terceiros e os proprietarios. No primeiro caso, a materia é regida pela lei do contracto, tal como resulta das convenções particulares, inscriptas no livro competente das repartições administrativas. Mas, além das estipulações especiaes, a administração reune as clausulas e condições que são applicaveis a todos os negocios da mesma natureza, formando estas disposições como que o direito commum para os negocios relativos a obras publicas.

« O arrematante não póde desobrigar-se do contracto, devendo executar-o até o fim, uma vez que a arrematação se

verificou. Se os trabalhos não progredirem, a administração tem a faculdade de os mandar executar por agentes de sua nomeação e fazer recahir sobre o empresario todas as despesas. Pelo contrario, a administração tem a faculdade de renunciar a sua empresa e de ordenar a cessação dos trabalhos, sem que o empresario tenha a reclamar mais do que uma indemnização por despesas já feitas, e que se tornavão inúteis pela cessação dos trabalhos, não lhe sendo devida nenhuma outra pela privação do lucro, que tinha esperança de realizar e que a cessação da obra o impossibilita de aproveitar. »

Vivien em seus *Estudos Administrativos* assim se expressa: « A administração está sempre em contacto com os cidadãos, quer para o exercicio da policia, quer para a realisação das funções que lhe incumbem em vista de um interesse geral de ordem e de policia, quer enfim para a gestão dos serviços publicos. Os grandes serviços publicos têm suas fórmulas e suas regras particulares, que não cabe descrever incidentemente na exposição summaria desta obra. Tratamos sómente dos actos que são communs a todos os ramos da gestão administrativa. De accôrdo com o poder legislativo, essa gestão se effectua sem interrupção pelos cuidados da administração: todas as operações, enfim, que se referem á fortuna publica ou ao serviço publico são decididas ou executadas ou reguladas por decretos, decisões, ordens escriptas. Tratados se formão entre ellas e os particulares com quem contracta comprar, vender, alugar, emprehender trabalhos, etc. »

« Contra os diversos actos do poder executivo puro, diz Chauveau, conforme ferem um interesse particular ou um direito do cidadão, tem logar uma reclamação ou um recurso contencioso. O direito que, sendo offendido pelo regulamento do poder executivo puro ou por um acto da administração activa, dá logar ao contencioso administrativo, póde ser: 1º, um direito primitivo, isto é, anteriormente estabelecido por lei, regulamento ou decisão; 2º, por um direito adquirido, isto é, concedido pela administração em virtude do seu poder discricionario.

« A materia importante dos trabalhos publicos nos offerece

dous casos, de assumptos judiciarios declarados administrativos, que convem registrar; o 1º basea-se no proprio codigo civil, que permite ao dono da obra rescindir o contracto á sua vontade, quando o ajuste não foi de empreitada. Assim, a administração activa graciosa póde pronunciar a rescisão de toda e qualquer arrematação de trabalhos publicos. Ao empregario não cabe senão uma acção para a indemnização, *se ella tem lugar*, perante os tribunaes administrativos competentes. As arrematações de fornecimento são reguladas pelas mesmas regras. »

Foucart em seu tratado, que se intitula— Elementos de direito publico e administrativo— referindo-se á rescisão do contracto de obras publicas, estabelece a seguinte doutrina: « Todas as vezes que, por falta de materiaes, operarios ou por qualquer outra razão, demora o empregario a execução da obra, e por isso póde a administração ordenar seja ella executada pela autoridade administrativa, correndo as despesas por conta do empregario, tambem póde rescindir o contracto.

« Tendo a lei franceza dado á administração a faculdade de adiar indefinidamente a execução dos trabalhos, o empregario póde então requerer a aceitação do trabalho feito e o seu pagamento; mas, o acto da administração póde importar uma verdadeira rescisão. Se os preços da mão de obra ou dos materiaes baixa extraordinariamente, a administração propõe diminuição; e, se o empregario não accita, rescinde. A morte do empregario rescinde *ipso facto* o contracto.

« A administração póde rescindir o contracto de fornecimentos unicamente por sua propria vontade, e por consequencia sem que se possa recorrer por via contenciosa contra a decisão. Quanto ás consequencias é preciso distinguir se forão ou não previstas no contracto. No 1º caso o contracto é a lei das partes. No 2º ainda é preciso distinguir. Se o empregario deu a isso motivo, não tem direito á indemnização alguma; se foi um facto de sua parte, parece que devia ter direito a uma indemnização por despesas feitas assim como por attenção aos lucros que deixou de ter; mas, o Conselho de Estado de França, fundando-se na preferencia que devem sempre ter

os interesses publicos sobre os particulares, como devem estar os emprezarios prevenidos, o que exclue a injustiça, tem apenas admittido indemnização de despezas feitas antes que o emprezario tenha conhecimento da rescisão.

« É preciso não confundir as arrematações de trabalhos publicos com as de fornecimentos; têm ellas de commum que devem ser igualmente feitas, approvadas pelo prefeito; porém, a respeito das ultimas não ha distincção a fazer. Acontece, entretanto, algumas vezes que a arrematação, ainda que tenha apparencias de uma arrematação para fornecimentos, é comtudo considerada como sendo de obras publicas, porque taes fornecimentos não podem ser feitos senão com o auxilio de um trabalho; neste caso, se a obra tem por fim um serviço publico a competencia é administrativa. »

De accôrdo com os principios expostos, diz Alfredo Blanche: « Todo o acto praticado pela autoridade administrativa, como poder publico, em vista da gestão de um serviço publico, não pôde ser discutido senão perante a jurisdicção administrativa. O que a Assembléa Constituinte tem querido, estabelecendo o principio da separação dos poderes, é que o serviço publico não possa ser embaraçado pela intervenção da autoridade judiciaria. Admittir-se-ia a intervenção desta autoridade no silencio da lei, quando as difficuldades relativas aos actos em que a administração figura como proprietario, como simples particular, em que se subordina ás regras do direito civil. » Por esta razão diz Dareste em seu *Tratado da Justiça Administrativa*: « Os tribunaes não podem ser despojados do direito de garantir o estado civil, a liberdade e a propriedade dos cidadãos contra os actos que não entrão no exercicio dos poderes constitucionaes do governo. »

« Querer applicar, diz Chauveau, ao Estado, quando contracta, as maximas do direito civil, os empecilhos da jurisdicção ordinaria, seria desconhecer as regras as mais vulgares da conservação da sociedade; seria para cada um de nós, tão disposto a individualisar-se, tão inclinado ao esteril egoismo, sacrificar a nossa grandeza nacional, a nossa força interior, e a nossa posição exterior. »

Portalís e Henrion de Pansey, ambos primeiros presidentes do tribunal de cassação em França, observão que : « Em matéria administrativa trata-se sobretudo de conservar e proteger os interesses geraes, communs e collectivos, e que é mister vigiar com cuidado para que os interesses e direitos privados não sejam sacrificados pela acção administrativa; não é menos necessario impedir que a acção administrativa seja peada na sua marcha e sacrificada ao interesse particular. »

« É necessario, diz Serrigny, que o poder executivo ache, em si mesmo, a força necessaria para remover os obstaculos que se oppõem á sua marcha. De outro modo seria apenas uma metade de poder, não seria um poder inteiro, seria nada. »

Por isso, diz o venerando visconde de Uruguay, fundando-se na autoridade de Vivien: « Quando se diz que o poder é juiz na sua propria causa, exprime-se uma idéa inexacta e incompleta, visto que o poder é juiz porque não pôde deixar de sel-o, e sob a sua responsabilidade e de seus agentes. Seria absurdo ser a parte juiz com responsabilidade.— Exagera-se um inconveniente inherente á natureza das cousas, e parte-se necessariamente da supposição de que o governo tem interesses contrarios aos dos governados; os administradores aos dos administrados. Nem a administração quando decide uma questão, na qual está um interesse geral em opposição com um direito privado, é parte no sentido e extensão em que o é o particular que litiga com outro sobre um direito privado, não entrando então na luta nenhum interesse geral. »

« O Estado, diz Portalís, figura nos litigios administrativos não como proprietario nos seus dominios, ou exercendo acções civis; mas como o conservador desta ordem social e publica, que precisa da distincção das competencias, da tutela administrativa das communas, dos estabelecimentos publicos, do levantamento das contribuições, da abertura dos caminhos e de outros meios de transporte. A administração não cessa de administrar, ainda quando estatue sobre materia contenciosa; a jurisdição, que exerce, é o complemento da acção administrativa. »

« A attribuição do governo, como poder administrativo, de decidir certas questões contenciosas-administrativas, diz o visconde de Uruguay, é constitucional no sentido mais lato da palavra, porque não póde haver administração em um regimen que se basêa na divisão dos poderes, estando o executivo privado daquelle direito; assim para não cahir na confusão e na anarchia, é indispensavel que os actos administrativos, que emanão da autoridade administrativa sobre assumptos administrativos, não fiquem de modo algum dependentes de outro poder.

« Não tem faltado quem queira entregar a solução das questões contenciosas-administrativas ao poder judicial, mas esse modo de proceder violaria o grande principio da divisão dos poderes, faria intervir o poder judicial na administração, embaraçal-a-ia a cada passo, mataria a responsabilidade da administração envolvendo-a com o poder judicial. Nem o contencioso administrativo poderia pertencer ao poder judicial sem que este administrasse.

« Se o poder judicial pudesse conhecer dos actos da administração, continúa o citado escriptor, poderia annullal-os, porque de outro modo seria inutil a sua intervenção; poderia sujeitar o poder executivo, do qual faz parte a mesma administração, a uma fiscalisação geral e illimitada, feril-o de inercia, contrariar a cada passo as suas vistas geraes, e a sua acção, que deve ser uniforme e prompta, e sómente sujeita aos correctivos da responsabilidade, dos recursos, da fiscalisação da imprensa, da opinião e das camaras legislativas.

« O poder judicial é instituido para terminar, por meio de sentenças os debates, entre particulares; logo que a discussão se abre entre a administração, como órgão da sociedade, e um particular, por motivos de collisão entre o interesse geral e um direito privado, que não pertence á ordem civil ou penal, cessa a competencia do poder judiciario. Acresce que o poder judicial não está habilitado para bem apreciar as razões de Estado e de interesse publico, que devem dominar nos assumptos administrativos.

« O poder judicial também é improprio para decidir questões administrativas, porque está acostumado a uma morosidade, a um rigor inflexivel, e a fórmulas que a mesma natureza da sua instituição o obriga a observar, não julga senão pelas regras *stricti juris*, procederia com o mesmo espirito, levaria os mesmos habitos para as questões administrativas.

« Quando se diz que, competindo á administração a decisão das questões administrativas torna-se ella juiz e parte, porquanto á administração pertence o poder executivo, debaixo de cuja dependencia estão os tribunaes administrativos, exprime-se uma idéa inexacta e incompleta, visto que, o poder é juiz, porque não póde deixar de sel-o, e sob a sua responsabilidade e de seus agentes.

« Desde o momento que a administração fosse privada da jurisdição contenciosa administrativa resultaria o gravissimo inconveniente de uma administração fraca, manca, dependente e constantemente interrompida e embaraçada na sua acção. Supprimi o contencioso administrativo, os tribunaes administrativos, e tudo virá a pertencer ao poder discricionario da administração; entregai o contencioso administrativo ao poder judicial e desaparecerá a independencia do executivo. »

« É preciso que se saiba, diz Cormenin, que a percepção da justiça consiste na sua promptidão e economia, está a justiça administrativa mais em via de progresso do que a jurisdição civil; nada lucrariam as partes em pleitear perante os tribunaes judiciaes, porque seriam os processos mais longos e dispendiosos, nada lucraria o governo porque seria preciso que continuadamente chamasse a si pela avocação, um sem numero de questões puramente administrativas ou politicas, que se misturariam, por um modo quasi inextricavel, com as theses contenciosas tornadas judiciarias. A separação dos poderes estabelecida pela Assembléa Constituinte ficaria em breve confundida e destruida. Multiplicar-se-ão infinitamente os conflictos com suas inevitaveis demoras e escandalos, o curso da justiça, que em taes casos deve ser prompto para

ser efficaz, seria a cada instante interrompido e embaraçado, haveria confusão de materias, lutas de jurisdicção, perigo nos julgamentos, negativas invenciveis de documentos ministeriaes e impossibilidade de toda a especie. »

Concordando com as idéas de tão eminente escriptor, não contestamos, entretanto, que não haja entre nós muitos negocios administrativos, que conviria descentralisar e que actualmente sobrecarregão as secretarias de Estado com gravissimo prejuizo publico, pelo complicado andamento e tardia resolução dos negocios daquellas repartições. Por outro lado o desejo de imitar os processos judiciais, não tem concorrido pouco para o difficil expediente dos negocios, exigindo um processo para cada caso, por mais simples que seja, do que resulta acharem-se os archivos das secretarias peçados com immensos volumes de papeis sem nenhuma conveniencia do serviço publico. Disto se queixa Vivien a respeito da administração franceza, e que tem inteira applicação ao que entre nós se passa.

Não é somente no interesse da administração, isto é, do publico, que ella é encarregada de servir os interesses, que é necessario ter, para o julgamento do contencioso administrativo, juizes que se collocão em um ponto de vista especial. A experiencia tem demonstrado que, sempre que os magistrados, que fazem parte da autoridade judiciaria, são chamadas a applicar certas disposições da legislação administrativa, elles se deixão levar ou por excesso de indulgencia ou por um excesso de rigor.

Umaz vezes attendem mais para os interesses do cidadão que se apresenta do que para o do Estado, pessoa abstracta. Esta tendencia pôde derivar, quer de um sentimento de generosidade que os leva a defender o fraco contra o forte, quer deste preconceito, tão pernicioso, mas vulgarisado, que faz considerar o Estado como bastante rico para supportar impunemente todas as perdas, todas as violações de seus direitos. Outras vezes a autoridade judiciaria, passando ao pólo opposto, se agarra rigorosa e strictamente á letra da lei, com medo de comprometter o serviço publico, e ultrapassa a

sua missão, tornando a legislação administrativa e a administração odiosas.

« Uma jurisdição composta de juizes envolvidos na acção administrativa é mais apropriada, diz um escriptor, para fazer respeitar os direitos da autoridade administrativa, que não podem ser senão os direitos do publico, póde ser uma *jurisdição moderadora e moderada*. Ella póde, porque, vivendo em contacto com a administração, é iniciada nas necessidades do serviço publico, e póde compenetrar-se do espirito da administração, isto é, não sómente o conhecimento das regras do direito administrativo e das necessidades ás quaes o serviço publico deve satisfazer, mas tambem o conhecimento das difficuldades que a administração poderia encontrar se alguma solução rigorosa fosse adoptada. Em uma palavra, *o juiz do contencioso administrativo é tanto mais proprio para preencher sua missão, quanto está elle proprio envolvido na pratica dos negocios administrativos.* »

Por isso diz o Sr. de S. Vicente em seu notavel livro — Analyse da Constituição: « O contencioso judicial não tem porque comprehender senão as questões dos particulares entre si por amor dos interesses individuaes, e só póde subordinar a administração no caso em que ella figura como um mero particular. O contencioso administrativo affecta, não só os actos do poder administrativo como tal, mas tambem os interesses do Estado como Estado, o bem social, o interesse colectivo em suas relações com os administrados. Se alguma excepção se dá nesta linha divisoria, ella é rara, deve ser expressa e motivada por ponderosa conveniencia social. »

« O visconde de Uruguay, em seus—Ensaio sobre o direito administrativo—, é ainda mais claro e terminante, estabelece que a administração quando contracta, se assume a posição de parte, não é todavia no mesmo sentido lato e geral da palavra. Todos os seus actos resentem-se desse caracter que lhe dá o interesse geral que ella representa, e em nome do qual contracta.

« Não é possivel, dada a nossa organização politica, sujeitar a outro poder, ou d'elle tornar dependente todas as

questões que nascem de regulamentos e providencias geraes, da sua interpretação e applicação ; em questões de fornecimentos de exercito e marinha, de trabalhos e obras publicas, que podem mais ou menos ferir um direito e suscitar uma reclamação. »

Os principios expostos não podião deixar de ser accitos e reconhecidos pelo Decreto n. 2,926 de 14 de Maio de 1862, que baixou com o regulamento, que estabelece regras para os contractos e arrematações a cargo do Ministerio d'agricultura, e preceitúa no art. 38: « *Que todas as duvidas e contestações sobre a intelligencia, tanto das clausulas geraes como das especiaes dos contractos, serão resolvidas pelo Ministerio d'agricultura na côrte e nas provincias pelos respectivos presidentes, quando as circumstancias requirão brevidade na decisão.* »

As clausulas annexas ao Decreto n. 2,926 de 1862 foram mandadas applicar ao ministerio da fazenda pela circular n. 253 de Agosto de 1864, e para evitar duvidas e conflictos com a autoridade judicial ácerca de um dos mais importantes assumptos em materia de administração publica, expedio o Sr. conselheiro Arêas, hoje barão de Ourem, quando director geral do contencioso do thesouro nacional, a Circular n. 306 de 16 de Julho de 1866, transmittindo as clausulas geraes dos contractos de obras publicas, e definindo a competencia administrativa e judicial nas questões que se levantão sobre os mesmos contractos.

Transcrevendo tão importante circular, não podemos deixar de para ella chamar a attenção, não só pelas idéas que encerra, como tambem por haver sido expedida por uma autoridade, cuja competencia nestas materias é por todos reconhecida, pelos luminosos trabalhos que entre nós deixou, resolvendo as variadas questões suscitadas em todos os ramos de administração publica, e pela proficiencia com que estas questões são tratadas.

Transmitte as clausulas geraes dos contractos de obras publicas, definindo a competencia administrativa e judicial nas questões que se levantarem sobre os mesmos contractos.

N. 306.—CIRCULAR.—Thesouro nacional.—Directoria Geral do Contencioso, em 16 de Julho de 1866.

« O Ministerio da Fazenda na Còrte e seus delegados nas provincias celebrão contractos para construcção, reedificação ou reparação de edificios destinados a serviços publicos a cargo da administração da Fazenda, ou que constituem parte do dominio do Estado productivo de renda; para construcção de cões, docas ou pontes para o serviço das estações fiscaes e seus armazens; ou para a feitura de outras obras pertencentes á mesma administração.

Aos inspectores das Thesourarias, em junta de fazenda, como agentes do dito ministerio, compete estabelecer as condições desses contractos (Decreto de 22 de Novembro de 1851, art. 1º, § 14); e bem assim celebral-os, mediante publicidade e concorrência, ficando dependentes da approvação dos presidentes de provincia (Decreto de 20 de Novembro de 1850, art. 81; Decreto de 29 de Janeiro de 1859, art. 46, § 2º), sem a qual não são perfeitos, nem podem produzir effeito algum.

As arrematações de taes contractos devem ser feitas com as solemnidades ordenadas na legislação em vigor, não se concedendo senão a pessoas que se mostrarem authenticamente desembaraçadas e quites com a Fazenda, e forem abonadas com fianças idoneas.

As solemnidades das arrematações, enquanto outras não forem decretadas em virtude do art. 46, § 2º do Decreto de 29 de Janeiro de 1859, são as da legislação antiga, que deverá ser religiosamente observada com as alterações das leis, regulamentos, instrucções e ordens posteriores.

Quanto, porém, ás clausulas dos referidos contractos :

A administração da Fazenda, afim de introduzir a precisa regularidade neste ramo do serviço publico, adoptou as clausulas geraes organisadas para o Ministerio das Obras Publicas pelo Decreto n. 2926 de 14 de Maio de 1862, expedindo neste sentido a Circular de 30 de Agosto de 1864 para ter vigor, emquanto se não regular este assumpto definitivamente.

Tenho, porém, observado, em alguns contractos presentes a esta Directoria Geral, que não se tem executado a circular citada ; e porque a responsabilidade de semelhante facto deva pesar exclusivamente sobre as Juntas de Fazenda, de que são membros os Procuradores Fiscaes ; julgo conveniente recomendar a Vm. a fiel observancia das disposições em vigor sobre este objecto, transmittindo-lhe, para esse fim, as clausulas geraes, que devem fazer parte integrante dos contractos de obras publicas da Administração da Fazenda na conformidade da Circular de 30 de Agosto.

Releva notar que as Juntas de Fazenda não deverão prever, salvo com autorisação do Ministerio da Fazenda, os casos de força maior, por ser um favor aos arrematantes ou empreiteiros, mas sim estipular a responsabilidade por taes casos, na fôrma do art. 21 das clausulas, de accôrdo com o Alvará de 28 de Junho de 1808, titulo 7º, § 14, e Lei de 22 de Dezembro de 1761, § 34, inserindo-se no contracto, em virtude do citado § 34, a clausula expressa de que—*renunção todos os casos, fortuitos, ordinarios ou extraordinarios, e todos os casos solitos ou insolitos, cogitados ou não cogitados, e que em todos e cada um delles ficarão sempre obrigados sem delles se poderem valer, nem os poderem allegar em tempo algum e para algum effeito, qualquer que elle seja.*

Além das referidas clausulas incluir-se-hão nos contractos as especiaes relativas á natureza de cada uma das citadas obras (Circular citada, § 2.º)

Celebrados assim os contractos, deverão as questões occorrentes ser decididas pelas clausulas especiaes e geraes do contracto, e *subsidiariamente* pelas disposições do direito civil relativas á locação de obras.

Tal é a regra para a solução das questões destes contractos.

As questões, que se podem levantar entre a administração e os arrematantes ou empreiteiros por ocasião dos contractos de obras publicas, são, por exemplo, as relativas:

- 1.º As formalidades da arrematação e sua aprovação;
- 2.º As modificações ou alterações dos planos e condições (clausulas geraes, art. 8º);
- 3.º As ausencias dos arrematantes ou empreiteiros, suas licenças, etc. (clausulas geraes, art. 5º);
- 4.º Aos fornecimentos de materiaes, seu exame e recebimento (clausulas geraes, arts. 9º e 12);
- 5.º Aos casos de força maior, quando previstos no contracto, e indemnizações (clausulas geraes, arts. 21 e 25);
- 6.º Á recepção provisoria ou definitiva das obras (clausulas geraes, arts. 19 e 20);
- 7.º As administrações organisadas por conta dos arrematantes ou empreiteiros (clausulas geraes, arts. 4º e 7º);
- 8.º As ordens de serviço para trabalhos supplementares (clausulas geraes, art. 8º);
- 9.º Á applicação dos preços do contracto e pagamentos (clausulas geraes, art. 18);
- 10.º Á rescisão do contracto (clausulas geraes, arts. 4º, 6º e 8º);
- 11.º Á responsabilidade pela execução da obra, mesmo depois de recebida nos termos do direito commun, e multas (clausulas geraes, arts. 10, 19, 20 e 22);
- 12.º Á exoneração da fiança;
- 13.º Á liquidação de contas com os arrematantes ou empreiteiros e com os seus socios; e, emfim,
- 14.º Á intelligencia e interpretação das clausulas geraes e especiaes do contracto.

Este assumpto, essencialmente comprehendido na esphera do *contencioso administrativo*, é um dos mais importantes em materia de administração publica.

Chamarei, portanto, a sua attenção para o art. 28 das clausulas geraes, o qual attribue á competencia da administração

as questões originadas dos contractos de obras publicas e das respectivas fianças.

Essa clausula nada mais faz do que repetir a disposição do art. 1.º, § 2.º do Decreto de 29 de Janeiro de 1859, approvado pelo art. 12, § 10 da Lei de 27 de Setembro de 1860.

É mister, pois, definir claramente a competencia, de que se trata, para evitar conflictos com a autoridade judicial.

E para isso cumpre attender:

- 1.º Á natureza das obras que reclamão essa competencia;
- 2.º Às pessoas sujeitas á jurisdicção administrativa; e
- 3.º Às questões que devem pertencer á mesma jurisdicção.

§ 1.º Quanto á natureza das obras:

O art. 1.º § 2.º do Decreto de 29 de Janeiro refere-se a todas as obras que tiverem por fim a utilidade geral e o serviço publico; é este com effeito o principio justificativo da jurisdicção por elle attribuida á Administração da Fazenda. Assim que o artigo citado comprehende as obras de construcção, reedificação ou reparação dos edificios do Estado destinados ou actualmente applicados ao serviço das Repartições de Fazenda; as dôcas, pontes e cões para as Alfandegas, Mesas de Rendas e seus armazens, etc.; e outras semelhantes.

Mas, como nos paizes em que a competencia administrativa é mais extensa do que entre nós, se tem negado o character de — Obras publicas — ás feitas em predios do dominio do Estado, que não estão applicados ao serviço publico, ainda que productivos de renda, embora seja a mesma Administração que as faça executar, e identica a origem dos dinheiros para seu pagamento, bem como a contabilidade respectiva, pelo fundamento de que são ordenadas pelo Estado como simples proprietario ou *pessoa privada*, e não como *pessoa publica* ou encarregada da publica Administração; tenho por mais segura a opinião de que, attenta a natureza patrimonial dos bens, os contractos de obras concernentes aos bens do dominio do Estado não applicados ao serviço publico, pertencem á Autoridade Judicial, por serem de utilidade privada, como os demais actos da administração do mesmo dominio.

§ 2.º Quanto ás pessoas sujeitas á jurisdicção administrativa:

O artigo citado comprehende os arrematantes ou empreiteiros e seus socios, e bem assim todos os individuos, que por qualquer titulo tiverem contractado *directamente* com a administração para concorrerem para a execução das obras, quando estas se possão considerar publicas nos termos do paragrapho antecedente.

Assim, pois, deixa a administração de ser competente para conhecer das questões entre os arrematantes ou empreiteiros e os sub-empreiteiros; entre estes ou aquelles e os fornecedores, operarios ou credores, porque são terceiros, que não contractarão com a Administração.

§ 3.º Quanto, finalmente, ás questões cuja solução compete á Administração:

O artigo citado menciona expressamente as que entrão na orbita da competencia administrativa, e são todas as que têm por fundamento a obrigação de executar as obras conforme as condições estipuladas.

Consequentemente compete á Administração da Fazenda conhecer das duvidas, que se levantarem entre ella e os encarregados das obras, sobre o *cumprimento, interpretação, validade, rescisão e effeitos* dos contractos de obras publicas, quer se originem durante a execução, quer depois da receção definitiva das obras (clausulas geraes, art. 20).

Em summa:

Tudo quanto se prende aos contractos de obras celebradas com a Administração da Fazenda, nas condições expostas, é completamente estranho aos Juizes e Tribunaes da Ordem Judiciaria, os quaes não podem julgar as questões occurrentes sem usurpação da jurisdicção administrativa.

Quando, porém, a duvida é alheia ao contracto de obras celebrado com a Administração, ou, por outra, quando não se prende á validade do contracto, á ordem, extensão, feitura e direcção das obras, e só póde e deve ser resolvida pela interpretação de actos particulares ou pela applicação dos principios do Direito commum, por exemplo, no caso em que a

questão versa sobre obras em predios do Estado arrendados ou não applicados a serviço publico, ou se move entre os arrematantes e os sub-empreiteiros, fornecedores, operarios, credores e outros particulares, os Juizes e Tribunaes de Justiça civil são competentes para della conhecerem, porque então o litigio nada tem com a Administração, e, agitando-se entre particulares, a autoridade administrativa não pôde julgal-o sem usurpação da jurisdicção dos mesmos Juizes e Tribunaes.

« Resumindo, observa a este respeito um juriconsulto distincto, para traçar de um modo claro e preciso a linha de demarcação entre a competencia judiciaria e a competencia administrativa relativamente aos contractos de obras publicas, é mister partir do principio fundamental, — que o legislador quiz attribuir á Administração, sem reserva, nem excepção alguma, todas as difficuldades contenciosas que, antes, durante ou depois da execução das obras publicas de qualquer ordem ou natureza, podem influir por qualquer fôrma sobre a propria execução; mas, que até esse ponto limitou-se a inibição á Jurisdicção judiciaria, a qual entra consequentemente na plenitude do seu exercicio desde que a utilidade publica está desinteressada. »

Cumprê tambem lembrar-lhe que as questões entre a Administração e os fiadores dos arrematantes ou empreiteiros de obras publicas são igualmente da competencia da Administração da Fazenda, por lhe ter sido attribuido o conhecimento de taes questões pelo citado art. 1º § 2º do Decreto de 29 de Janeiro, sendo, porém, a Autoridade judicial competente, á vista da decisão administrativa, para compellir os fiadores pelos meios judiciais ao pagamento do que deverem ao Estado pela responsabilidade da fiança.

O processo para as questões que se moverem por occasião dos contractos de obras, está marcado no art. 29 das clausulas geraes, sendo necessaria a audiencia dos Procuradores Fiscaes nas Provincias para as decisões provisórias dos Inspectores das Thesourarias, e competindo ao Ministro da Fazenda, ouvido o Tribunal do Thesouro, conforme os arts. 1º e 5º § 4º do Decreto de 29 de Janeiro de 1859, a decisão definitiva, da qual cabe

às partes interessadas recurso para o Conselho de Estado, nos termos e nos prazos do art. 46 do Regulamento de 5 de Fevereiro de 1842 e Aviso de 14 de Janeiro de 1860.

Traçados assim os limites da competencia da Administração da Fazenda em materia de obras publicas a seu cargo, observarei, ainda, que para manter illesa essa attribuição, quando os Juizes e Tribunaes de Justiça civil pretenderem conhecer das referidas questões sobre obras publicas e entre as pessoas enumeradas nos paragraphos antecedentes, têm os Procuradores Fiscaes, além de outros meios:

1.º O da excepção de incompetencia, que deverão sem demora oppôr em Juizo, e sendo desprezada afinal;

2.º O do conflicto de jurisdicção, participando o facto ao Presidente da Provincia para este levantar o conflicto e ordenar o respectivo processo, nos termos do art. 24 e seguintes do Regulamento de 5 de Fevereiro de 1842, e devendo recorrer para o Conselho de Estado, na fórma do art. 43 do citado Regulamento, quando o Presidente tomar resolução contraria.

Finalmente, para remover toda a duvida, lembrarei que os principios expostos se referem aos contractos celebrados com a Administração da Fazenda, mas sómente a respeito de obras a cargo da mesma Administração.

Os contractos, que tiverem por fim obras publicas a cargo de outros Ministerios; embora celebrados com a Administração da Fazenda nas Provincias, não estão subordinados ás disposições da Circular de 30 de Agosto, porquanto taes contratos se regem, quanto ás formalidades, condições, effeitos e competencia, pelas disposições a elles relativas, conforme as Leis, Regulamentos, Instrucções e Ordens especiaes a cada Ministerio, como já foi declarado pela Ordem do Thesouro n. 369 de 23 de Novembro de 1864.

Taes são os principios que no estado actual do nosso Direito administrat vo, segundo me parece, regulão a concessão, execução e competencia em materia de obras publicas a cargo da Administração da Fazenda. »

Deus guarde a Vm. — *José Carlos de Almeida Arêas.* — Sr. Procurador Fiscal de...

CLAUSULAS GERAES DOS CONTRACTOS DE OBRAS PUBLICAS COM O MINISTERIO DA FAZENDA E THESOURARIAS DE FAZENDA, A QUE SE REFERE A CIRCULAR N. 306.

« Art. 1.º Os arrematantes de obras a cargo do Ministerio da Fazenda ficarão sujeitos, na parte que lhes disser respeito, ás clausulas estipuladas nos artigos seguintes e que serão consideradas geraes.

Art. 2.º A fiança será de 20 % do orçamento das obras.

Art. 3.º Para que o arrematante em tempo algum possa allegar ignorancia das obrigações que lhe são impostas, logo que fôr feita a adjudicação, e antes da assignatura do contracto, assignará todas as plantas, traçados, perfis, especificações e mais informações necessarias á execução das obras.

Estes documentos, annexados ao contracto, constituirão parte integrante do mesmo, e, no caso de duvida ou questão, serão os unicos válidos.

Para seu governo e uso particular o arrematante receberá do Thesouro Nacional e Thesourarias de Fazenda cópias de todas as peças que assignar.

Art. 4.º O arrematante não poderá transferir a outrem toda ou parte da sua empreitada sem prévia autorisação do Governo.

Se esta clausula não fôr observada, o contracto poderá ser rescindido, e, segundo fôr determinado pelo Governo, se procederá a uma nova adjudicação a quem por menos fizer, ou se mandarão executar as obras por administração, e, em ambos estes casos, todo o excesso de despezas que houver, será pago pelo arrematante primitivo.

Não obstante a disposição da primeira parte deste artigo, o arrematante ficará em todo o caso pessoalmente responsavel, não só á Administração, como aos operarios e terceiros.

Art. 5.º Enquanto durarem os trabalhos, o arrematante não poderá ausentar-se dos logares da sua execução senão para negocios concernentes ao serviço, e até quinze dias, devendo preceder autorisação do Engenheiro.

Se a ausencia fôr por outros motivos ou tiver de prolongar-se além do prazo acima indicado, será preciso permissão da Administração.

Em ambos os casos deverá o arrematante deixar pessoa idonea, approvada pelo Engenheiro ou pela Administração, segundo tiver de ser a demora, e munida de plenos poderes para solver qualquer duvida ou questão, que porventura appareça em sua ausencia, não podendo de modo algum allegar esta para esquivar-se a qualquer responsabilidade, que lhe deva caber.

Art. 6.º O arrematante começará a execução das obras nas épocas fixadas em seu contracto, empregando quantidade de materiaes e numero de operarios sufficiente.

Se, expirado o prazo de tres semanas, contado do em que deveria encetar os trabalhos, não o tiver feito, o contracto poderá ser rescindido, e pagará uma multa equivalente á metade de sua fiança.

Art. 7.º Quando por falta de materiaes, operarios, etc., os trabalhos marcharem mal ou lentamente, de modo que inspire receio de que não serão concluidos no prazo marcado, o arrematante receberá do Engenheiro uma notificação por escripto, ordenando os augmentos, que deverá fazer, nos materiaes e no pessoal, etc.; bem como o tempo dentro do qual deverá cumprir esta ordem de serviço.

Se, expirado este tempo, o arrematante não tiver cumprido a dita ordem, a Administração poderá mandar fazer a obra, quer por nova empreitada, quer por administração á custa do arrematante, o qual será debitado pelas sommas que se despendem com a execução e conclusão das mesmas obras.

Terminado o trabalho, se a despeza fôr inferior á importancia do contracto, a differença será entregue ao arrematante, depois de expirado o prazo da garantia; se, porém, fôr superior, o arrematante será obrigado a concorrer com o que faltar até os limites de sua fiança e sommas retidas nos pagamentos por conta.

Art. 8.º Se durante a execução dos trabalhos fôr conveniente ordenar-se alguma alteração ou modificação aos projectos

primitivos, o arrematante deverá executar-a, logo que receber a notificação assignada pelo Engenheiro.

Se as alterações ou modificações trouxerem augmento ou diminuição de trabalho, o valor do contracto soffrerá identico acrescimo ou redução, servindo de base, para calcular essa importancia, os preços do orçamento.

Sé as alterações produzirem um augmento ou diminuição de mais de um quinto do valor do contracto primitivo, o arrematante poderá requerer rescisão do contracto.

Art. 9.º Todos os materiaes serão das dimensões e qualidades especificadas nos contractos, e deverão ser trabalhados e collocados segundo os preceitos da arte.

Não poderão ser empregados sem ser examinados pelo Engenheiro.

O Engenheiro examinará a quantidade e qualidade dos materiaes, que tiverem de ser empregados, rejeitando os que julgar não deverem ser aceitos e fazendo-os retirar dentro de curto prazo, que não excederá a 24 horas.

Se o arrematante não cumprir a ordem, o Engenheiro determinará que a remoção se faça para o deposito publico, e sempre por conta daquelle.

Art. 10. Sempre que o Engenheiro presumir que existam nas obras vicios de construção ou materiaes de inferior qualidade ou mal collocados, deverá ordenar a sua demolição e reconstrução, isto quer durante a execução, quer na occasião da recepção provisoria ou na da definitiva.

As despesas desta verificação serão feitas por conta do arrematante, se reconhecer-se a insufficiencia ou defeitos das obras. No caso contrario, as despesas correrão por conta do Estado.

Art. 11. A recusa do arrematante, ou contestação sobre vicios e defeitos das obras, será levada ao conhecimento da Administração, que resolverá como fôr de justiça.

Art. 12. Exceptuando os casos determinados em condições especiaes do contracto, o arrematante deverá, á sua custa, não só fazer todos os trabalhos preparatorios, como fornecer as ferramentas, utensilios e mecanismos necessarios á execução das obras, que contractar.

Art. 13. Accordados os preços da execução das obras, o arrematante não poderá reclamar a tal respeito, allegando erros ou omissões na composição das peças, que servirão de base á arrematação.

Art. 14. O arrematante escolherá os mestres e operarios e será responsavel pelos actos de seus subordinados, não só por tudo que diz respeito á realisação das obras, que contractar, como tambem pelos prejuizos que possam provir aos particulares, por abuso ou incuria do pessoal que empregar.

Art. 15. O Engenheiro terá o direito de exigir a substituição dos agentes ou operarios do arrematante, por motivos de insubordinação, incapacidade ou falta de probidade.

Art. 16. O arrematante por si ou por seus prepostos examinará frequentemente os trabalhos, que lhes forão confiados, e acompanhará o Engenheiro nas visitas de inspecção, sempre que lhe fôr ordenado.

Art. 17. A Administração terá naquellas obras, em que julgar conveniente, um ou mais conductores para acompanharem e vigiarem a execução das mesmas, afim de immediatamente advertirem os Engenheiros das infracções, que tiverem notado, ou do contrato ou das instrucções por elles dadas.

Estes conductores não terão ingerencia alguma na direcção das obras, limitando-se a tomar nota do que observarem, para de tudo darem conta aos Engenheiros, e a colher os dados necessarios para medição das obras e para todas as averiguações a que possam os Engenheiros ter de proceder, antes de passarem os attestados precisos para o pagamento dos arrematantes.

Art. 18. Os pagamentos serão feitos nas épocas fixadas no contracto, e sempre em relação ao valor da obra feita.

Independente da fiança, em cada pagamento se reterá 10% da quantia a receber; e estas sommas retidas sómente serão entregues ao arrematante depois de ter findado o prazo da garantia das obras, que tiver executado.

Art. 19. Immediatamente depois da conclusão de uma obra ou de cada parte della, conforme no contracto estiver estipulado, se fará o seu recebimento provisorio.

A recepção definitiva terá lugar depois de terminada toda a obra, e expirado o prazo da garantia, que será de tres mezes para os trabalhos de conservação, de um anno para os atterros e cavas de toda a especie, de seis mezes para empedramento, macadam e calçamento, e de um a dous annos para as obras de arte.

Nos contractos especiaes poderão estes prazos ser alterados para mais, segundo as circumstancias.

Art. 20. Tanto a recepção provisoria como a definitiva de qualquer obra será feita pelo Engenheiro, que a tiver dirigido, em presença do arrematante, que será disto previnido por escripto.

A recepção definitiva das obras de maior importancia será feita do mesmo modo, mas com assistencia do Engenheiro ou Engenheiros, que a Administração para tal fim designar.

A falta de comparecimento do arrematante não constituirá motivo sufficiente para adiar-se o recebimento das obras.

Art. 21. O arrematante não terá direito a reclamar indemnização alguma por perdas, avarias ou prejuizos quaesquer, occasionados por negligencia, imprevidencia, falta de meios ou erros de direcção dos seus trabalhos; nem ainda por casos de força maior, salvo se tiverem sido previstos nos contractos, na fórmula do Alyará de 28 de Junho de 1808, titulo 7º, § 14 e outros em vigor.

Art. 22. Nos contractos serão fixadas as multas, em que incorrerem os arrematantes, quando faltarem ao cumprimento das obrigações que contrahirem.

O proponente, que, preferido, recusar assignar o contracto, pagará uma multa equivalente a 10, % do valor da fiança; esta multa nunca será inferior a 100\$000.

Art. 23. O arrematante não terá direito de reclamar indemnização alguma pela demora de qualquer dos pagamentos, que se lhe dever.

Art. 24. Quando a Administração, por qualquer razão, determinar a cessação ou suspensão de uma obra arrematada, que esteja em andamento, o arrematante poderá requerer

que se proceda á recepção definitiva, findo o prazo da garantia.

Art. 25. Sempre que houver rescisão do contracto ou suspensão da obra em andamento, sem ser proveniente de culpa do arrematante, a Administração o indemnizará de todas as despesas, que elle houver effectiva e razoavelmente feito para a continuação do mesmo contracto, fazendo os descontos convenientes nos preços daquelles objectos, que se tiverem estragado com o uso.

Art. 26. Se o arrematante tiver prestado caução em valores depositados, a retenção que se lhe fizer, nos pagamentos successivos, poderá ir diminuindo e até cessar, quando á Administração pareça que a somma das quantias já retidas com o valor da caução apresenta uma garantia sufficiente para assegurar o perfeito cumprimento do contracto.

Art. 27. O arrematante não poderá reclamar por qualquer accrescimo de obra, que faça sem ordem por escripto do Engenheiro, ainda que o dito accrescimo haja produzido grande melhoramento na execução do trabalho contractado.

Art. 28. Todas as questões, que versarem sobre o cumprimento, interpretação, validade, rescisão e effeitos das fianças e de contractos de obras publicas celebrados com a Administração da Fazenda, são da competencia exclusiva da mesma Administração, na fórma do art. 1º, § 2º, do Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, approvado pelo art. 12, § 10 da Lei n. 1114 de 27 de Setembro de 1860.

Art. 29. As attribuições, conferidas á Administração nas clausulas antecedentes, serão exercidas na Còrte pelo Ministro da Fazenda, e nas Provincias em Junta de Fazenda pelos Inspectores das Thesourarias, precedendo parecer dos Procuradores Fiscaes, e os mesmos Inspectores deverão submeter as suas deliberações á approvação do Ministro da Fazenda, mandando, porém, executal-as provisoriamente, quando as circumstancias o exigirem. »

VII.

Apezar das disposições citadas, fundadas em autoridades abalissadas, demonstrarem de um modo claro e evidente a competencia contenciosa da Fazenda nas questões que se levantão entre a Administração e os que com ella contractão, taes como as que têm por objecto rendas ou contribuições publicas, obras ou serviços desse ramo do Estado, porque *nesse caso a Fazenda Nacional opera como Autoridade publica no interesse immediato e directo do serviço do Estado*, e, portanto, haver fundamento para essa competencia excepcional, transcrevemos ainda os officios da Directoria do Contencioso n. 792 de 26 de Novembro de 1866 e n. 496 do 1º de Julho de 1867 e tambem a consulta do Conselho de Estado de 13 de Abril de 1867, notavel pelos principios nella consignados, e tambem *pelos illustres conselheiros de Estado, que nella forão voto, porquanto já equipararão a Fazenda Publica, quando contracta, nas mesmas condições que qualquer particular.*

Representa sobre a necessidade de declarar-se se o art. 1º § 2º do Decreto de 29 de Janeiro de 1859 comprehende o contencioso dos contractos concernentes ao dominio do Estado.

N.º 792.—Thesouro nacional.—Directoria Geral do Contencioso, em 29 de Novembro de 1866.

Illm. e Exm. Sr.—No contracto de 1863 a 1866 de arrendamento da fazenda nacional de Bojurú, na provincia do Rio Grande do Sul, estipulou-se que —*todas as questões que suscitarem-se sobre a intelligencia, cumprimento e execução do contracto serão decididas por via administrativa, conforme os principios de direito administrativo.*

Esse contracto, independente da approvação do Governo geral, ficou firme, perfeito e acabado pela do Presidente da

Provincia, e por isso o Thesouro não pôde entrar na apreciação da referida clausula.

Mas, o contracto ultimamente celebrado ficou, por ordem expressa do Thesouro, dependente da approvação do Governo pelo Ministerio da Fazenda; e, bem que a clausula fosse pelo mesmo Ministerio supprimida com a declaração de que as questões devião ser decididas pela Autoridade competente, convém tomar uma solução para prevenir conflictos da Administração e seus Agentes com o Poder Judicial.

O art. 1º, § 2º, do Decreto de 29 de Janeiro de 1859, attentos os seus fundamentos, parece que em matéria de arrendamento de bens nacionaes—não comprehende os que tiverem por objecto os bens pertencentes ao patrimonio do Estado, que este possui como qualquer particular, e sim sómente os que tiverem por fim rendas, como a dos terrenos diamantinos, a das estradas de ferro, pedagio de pontes, passagens de rios e outros semelhantes, ou serviços publicos a cargo da Administração de Fazenda.

As tendencias da Legislação moderna e a jurisprudencia dos Tribunaes, quer judiciarios, quer administrativos, nos paizes em que a competencia da Administração é ampla, se manifestão no sentido de assemelhar, quanto é possivel, o patrimonio do Estado ao dos particulares, pelo que toca ao contencioso respectivo.

O art. 1º, § 2º, do Decreto de 29 de Janeiro de 1859 não poderia ter sido redigido sob outras inspirações senão essas, ainda ultimamente seguidas pelo Regulamento da nova Lei das Hypothecas (art. 267).

Fica entendido que a competencia administrativa, nas matérias que abrange, apenas comprehende as questões entre a Administração e os arrendatarios, porque nessas é que predomina o interesse publico, pertencendo aos Tribunaes as questões que se moverem entre os mesmos arrendatarios e terceiros, por serem de ordem meramente privada.

Parece-me tambem, quanto aos arrendamentos de bens do patrimonio do Estado, que não devem mesmo pertencer á Administração as questões sobre a validade do contracto, no

ponto de vista das formalidades e acto da celebração, e sobre a interpretação de suas clausulas; assim que a competencia dos Tribunaes de justiça civil abrangerá não só a validade e interpretação, como os effeitos das obrigações delles resultantes.

A excepção do art. 1º, § 2º, do Decreto de 1859 deve ser completa em materia de arrendamento de bens nacionaes.

Accrescentarei que não creio ser licito estipular a competencia administrativa, se a materia pertence aos Tribunaes de justiça civil; aliás dar-se-ia uma inversão na ordem das jurisdições, que é de direito publico. Não me refiro ao juizo arbitral, algumas vezes admittido nos contractos com a Administração, embora sem autorização do Poder Legislativo, sobre o que podem mover-se e têm-se movido duvidas, mas sim á competencia dos Presidentes de Provincia ou dos differentes Ministros de Estado, com recurso para o Conselho de Estado.

Julgo, pois, necessario firmar este ponto do nosso direito administrativo, em face do art. 1º, § 2º, do Decreto de 29 de Janeiro de 1859, approved pelo art. 12, § 10, da Lei de 27 de Setembro de 1860. »

Deus guarde a V. Ex.—Illm. e Exm. Sr. conselheiro Zacarias de Góes e Vasconcellos, presidente do conselho, ministro e secretario de Estado dos negocios da fazenda e presidente do Tribunal do Thesouro Nacional.—*José Carlos de Almeida Arêas.*

Remette aos Procuradores Fiscaes copia da consulta da Secção do Conselho de Estado sobre a intelligencia do art. 1º, § 2º, do Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859.

N. 496.—CIRCULAR.—Thesouro nacional.—Directoria Geral do Contencioso, em o 1º de Julho de 1867.

« Na Circular desta Directoria Geral n. 306 de 16 de Julho de 1866 (Collecção dos Officios e Instrucções da Directoria Geral do Contencioso, tom. 4º, pag. 70), explicando aos Procuradores Fiscaes o art. 1º, § 2º do, Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro

de 1859, na parte relativa aos —*contractos de obras publicas*— a cargo do ministerio da fazenda, emitti a opinião de que os contractos de obras concernentes aos bens do dominio do Estado, não applicados ao serviço publico, pertencião, attenta a natureza patrimonial dos ditos bens, á autoridade judicial, por serem de utilidade privada, como os demais actos da administração do mesmo dominio.

Na circular citada emitti tambem a opinião de que naquella materia erão da competencia administrativa sómente as questões que se levantavão entre a administração e os que com ella contractassem; pertencendo, porém, á autoridade judicial o conhecimento e decisão dos litigios entre os contractadores e terceiros, por serem de ordem meramente privada.

Mas, o art. 1º, § 2º do Decreto de 29 de Janeiro de 1859 refere-se tambem aos —*contractos de rendas*— a cargo da administração da fazenda, e attribue á competencia administrativa as questões, que versarem sobre o cumprimento, interpretação, validade, rescisão e effeitos de taes contractos.

Dahi a duvida — se os contractos de *locação* de bens do dominio do Estado estão ou não comprehendidos nesse artigo.

A duvida suscitou-se na especie de que trata o officio da directoria geral do contencioso n. 792 de 29 de Novembro de 1866 (Collecção referida, pag. 161), no qual representei ao ministerio da fazenda a necessidade de fixar-se este ponto do nosso direito administrativo.

A imperial resolução de 13 de Abril deste anno, por cópia annexa, tomada sobre consulta da secção de fazenda do conselho de Estado de 26 de Fevereiro, firma os seguintes pontos:

1.º Que o art. 1º, § 2º do Decreto de 29 de Janeiro de 1859 não é extensivo aos contractos de *locação* de bens do dominio do Estado, embora celebrados sejam por fórma administrativa; com effeito não se trata ali senão de um interesse pecuniario, e que não entende com o poder governamental ou administrativo;

2.º Que pertence, portanto, á autoridade judicial decidir as questões, que versarem sobre o cumprimento, interpretação, validade, rescisão e effeitos de taes contractos, não sendo

licito estipular-se a competencia administrativa, porquanto dar-se-ia uma inversão na ordem das jurisdicções, que é de direito publico; e

3.º Que, mesmo nas materias em que a competencia é da administração, as questões entre os contractadores e terceiros pertencem á autorid de judicial, porque são de ordem meramente privada e não de interesse publico.

Recommendo, pois, em cumprimento do Aviso do ministerio da fazenda de 14 de Maio proximo passado, tambem por cópia annexo, a fiel observancia da resolução imperial citada, que veio confirmar o parecer emitido na referida circular n. 306 de 16 de Julho do anno passado, devo observar que não é licito estipular nos contractos que as questões emergentes deverão ser decididas por arbitros, excepto quando por ordem expressa do thesouro assim fôr determinado, como prescreve o art. 19 das Instrucções de 10 de Abril de 1851 (Collecção dos officios e instrucções da directoria geral do contencioso, tomo 1.º, pag. 29).

Deus guarde a Vm.—*José Carlos de Almeida Arêas*.—Sr. Procurador fiscal de.....

AVISO A QUE SE REFERE O OFFICIO N. 496.

Ministerio dos negocios da fazenda.—Rio de Janeiro, em 14 de Maio de 1867.

Em solução á sua representação de 29 de Novembro do anno findo sobre a intelligencia do art. 1.º, § 2.º do Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, passo ás mãos de V. S., para seu conhecimento e para o fazer constar a quem convier, a cópia inclusa da imperial resolução de 13 de Abril ultimo, tomada sobre consulta da secção de fazenda do conselho de Estado.

Deus guarde a V. S.—*Zacarias de Góes e Vasconcellos*.—Sr. conselheiro director geral do contencioso.

CONSULTA A QUE SE REFERE O OFFICIO N. 496.

Senhor.—Houve Vossa Magestade Imperial por bem que a secção de fazenda do conselho de Estado, que consulta sobre os negocios da fazenda, interponha seu parecer ácerca da intelligencia pratica da disposição do art. 1º, § 2º do Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, considerando individualmente as questões suscitadas na inclusa representação do conselheiro director geral do contencioso.

O officio ou representação do dito conselheiro é o seguinte:

« No contracto de 1863—1866 de arrendamento da fazenda nacional do Bojurú, na provincia de S. Pedro do Rio Grande do Sul, estipulou-se que—*todas as questões que suscitarem-se sobre a intelligencia, cumprimento e execução do contracto, serão decididas por via administrativa, conforme os principios do direito administrativo.*

« Esse contracto, independente de approvação do governo geral, ficou firme, perfeito e acabado pela do presidente da provincia, e por isso o thesouro não pôde entrar na apreciação da referida clausula.

« Mas, o contracto ultimamente celebrado ficou, por ordem expressa do thesouro, dependente da approvação do governo pelo ministerio da fazenda; e, bem que a clausula fosse pelo mesmo ministerio supprimida com a declaração de que as questões devião ser decididas pela autoridade competente, convem tomar uma solução para prevenir conflictos da administração e seus agentes com o poder judicial.

« O art. 1º, § 2º do Decreto de 29 de Janeiro de 1859, attentos os seus fundamentos, parece que em materia de—*arrendamento de bens nacionaes*—não comprehende os que tiverem por objecto os bens pertencentes ao patrimonio do Estado, que este possui como qualquer particular, e sim sómente os que tiverem por fim rendas, como a dos terrenos diamantinos, a das estradas de ferro, pedagio de pontes, passagens de rios

e outras semelhantes, ou serviços publicos a cargo da administração da fazenda.

« As tendencias da legislação moderna e a jurisprudencia dos tribunaes, quer judiciarios, quer administrativos, nos paizes em que a competencia da administração é ampla, se manifestão no sentido de assemelhar, quanto é possivel, o patrimonio do Estado ao dos particulares pelo que toca ao contencioso respectivo.

« O art. 1º, § 2º do Decreto de 29 de Janeiro de 1859 não poderia ter sido redigido sob outras inspirações senão essas, ainda ultimamente seguidas pelo Regulamento da nova lei das hypothecas (art. 267).

« Fica entendido que a competencia administrativa, nas materias que abrange, apenas comprehende as questões entre a administração e os arrendatarios, porque nessas é que predomina o interesse publico, pertencendo aos tribunaes judiciarios as questões que se moverem entre os mesmos arrendatarios e terceiros, por serem de ordem meramente privada.

« Parece-me tambem, quanto aos arrendamentos de bens do patrimonio do Estado, que não devem mesmo pertencer á administração as questões sobre a validade do contracto no ponto de vista das formalidades e acto da celebração e sobre a interpretação de suas clausulas; assim que a competencia dos tribunaes de justiça civil abrangerá não só a validade e interpretação, como os effeitos das obrigações dellas resultantes.

« A excepção do art. 1º, § 2º do Decreto de 29 de Janeiro de 1859 deve ser completa em materia de arrendamento de —bens nacionaes.

« Acrescentarei que não creio ser licito estipular a competencia administrativa, se a materia pertence aos tribunaes de justiça civil; aliás dar-se-ia uma inversão na ordem das jurisdicções, que é de direito publico. Não me refiro ao juizo arbitral, algumas vezes admittido nos contractos com a administração, embora sem autorisação do poder legislativo, sobre o que podem mover-se e têm-se movido duvidas; mas sim á competencia dos presidentes de provincia ou dos differentes ministros de Estado com recurso para o Conselho de Estado.

« Julgo, pois, necessario firmar este ponto do nosso direito administrativo, em face do art. 1º, § 2º do Decreto de 29 de Janeiro de 1859, approved pelo art. 12, § 10 da Lei de 27 de Setembro de 1860. »

Desta exposição vê-se que as questões suscitadas podem ser formuladas pela maneira seguinte:

1.º É licito estipular que as questões resultantes de contractos de arrendamentos de bens patrimoniaes da fazenda nacional serão decididas por via administrativa, quando ellas seão porventura da alçada judiciaria?

2.º A disposição do sobredito § 2º incluye ou estabelece a competencia fiscal sobre os arrendamentos de bens patrimoniaes da fazenda nacional? e

3.º Essa competencia, ainda quando procedente, comprehendeas questões dos contractantes para com terceiros, quando estas questões procedem de relações privadas delles, embora exercidas por occasião dos contractos?

A secção, tendo examinado a materia, passa a expôr o seu parecer na mesma ordem.

1.º Entende que é claro que as partes em seus accòrds não podem derogar as leis da ordem publica; e aquellas que estabelecem as competencias dos poderes politicos ou mesmo dos tribunaes têm esse character.

Ora, se isso não é licito aos particulares, como será ás autoridades publicas, que devem ser as primeiras a dar o exemplo de respeito e fiel observancia das leis do Estado?

2.º Pelo que toca á segunda questão, a secção entende que a letra e o pensamento do regulamento, assim como os principios geraes que regem a materia, são sufficientemente claros para resolver as duvidas.

Com effeito, esse paragrapho dá a competencia contenciosa á fazenda nacional sómente quanto aos contractos que têm por objecto rendas ou contribuições publicas, obras ou serviços desse ramo do Estado, e, portanto, positivamente exclue o simples aluguel de predios ou fazendas, ou de outros bens patrimoniaes.

No primeiro caso a fazenda nacional opéra como autoridade publica no interesse immediato e directo do serviço do Estado, e, portanto, ha fundamento para essa competencia excepcional. No segundo figura como figuraria qualquer particular, que quer aproveitar o seu patrimonio, e então cessa a razão da competencia excepcional e prevalece o dogma constitucional: *a lei é igual para todos na identidade das circumstancias*. Desde então a competencia para todos os effectos é a do fôro commum, a judicial. A lei por justiça e por dever não faz differença entre a propriedade particular de ninguem.

3.º Parece tambem claro que, ainda nos casos em que a competencia é da fazenda, ella não comprehende as questões de character privado, que se suscitem entre o contractante e terceiro, embora por occasião do contracto.

Assim é que, se elle subloca o arrendamento, salvo o consentimento e approvação do thesouro, as duvidas ou questões entre elles suscitadas serão resolvidas pelo fôro commum; porquanto é visto que a lei não teve em vista constituir a administração fiscal ou juiz de terceiros, e só sim desses interesses directos e immediatos do Estado.

Este é o pensar da secção. Vossa Magestade Imperial, porém, mandará o que fôr mais acertado.

Sala das conferencias, em 26 de Fevereiro de 1867.—*José Antonio Pimenta Bueno*.—*Visconde de Itaborahy*.—*Francisco de Salles Torres Homem*.

RESOLUÇÃO.

Como parece.—Paço, em 13 de Abril de 1867.—Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador.—*Zacarias de Góes e Vasconcellos*.

VIII.

Não obstante os principios estabelecidos, as disposições citadas serem por demais terminantes e claras, ainda assim, os tribunaes de justiça e o Conselho de Estado se manifestão no sentido de assemelhar o patrimonio do Estado ao dos particulares no que toca ao contencioso respectivo, dando uma interpretação tão ampla que se julgão competentes para sujeitar ao poder judiciario negocios da exclusiva attribuição da justiça administrativa, e tomar conhecimento das decisões legitimamente proferidas pela autoridade administrativa.

Assim é que, a consulta do Conselho de Estado, secção de justiça, de 22 de Dezembro de 1866, que passamos a transcrever integralmente declara que : « Quando o Estado funciona como pessoa civil, contractando com um particular a respeito de um direito individual, sujeita-se como qualquer cidadão á lei privada, ao poder judiciario. »

Consulta sobre o conflicto de jurisdicção levantado pela presidencia do Rio de Janeiro em relação ao juizo dos feitos da fazenda da mesma provincia.

Senhor.— Por aviso de 3 do corrente mandou Vossa Magestade Imperial que a secção de justiça do conselho de Estado interpuzesse seu parecer sobre o conflicto de jurisdicção levantado pela presidencia do Rio de Janeiro em relação ao juizo dos feitos da fazenda da mesma provincia.

A hypothese é a seguinte : Aquella presidencia tinha celebrado um contracto com Antonio Soares de Alvarenga e Mello para a conservação de uma estrada; e como entendesse que esse empresario violára as estipulações do mesmo contracto, rescindio-o, e demais denegou-lhe o pagamento de prestações, que elle reclamava.

O empresario, depois de ser de novo indeferido, intentou

a sua acção contra o thesouro provincial, pelo juizo dos feitos da fazenda.

Esse juizo tomou conhecimento della, mas, como o procurador fiscal respectivo oppuzesse a excepção de incompetencia, o juiz, que então servia, declarou-se incompetente por despacho de 30 de Setembro de 1864.

A parte aggravou dessa decisão, e a relação da côrte, por accordão de 18 de Outubro seguinte, dando provimento ao agravo, declarou que o juizo era competente, e que, portanto, proseguisse nos termos ulteriores.

O novo juiz, que então servia, conformando-se com esse provimento, proseguio no andamento da acção.

A sobredita presidencia ordenou-lhe que dêsse as razões, por que se julgava competente, quando ella entendia que a questão era administrativa.

O juiz respondeu, em officio de 7 de Dezembro de 1864, nos termos seguintes :

« Illm. e Exm. Sr.— Não me posso conformar com os fundamentos da interlocutoria do juiz que me precedeu, pela qual excluiu da tela judiciaria a acção intentada por Antonio Soares de Alvarenga e Mello contra a fazenda provincial, pedindo o pagamento de 35:607\$, a que se julga com direito por bem do contracto de 13 de Setembro de 1861, com os juros da mora, perdas e damnos; e adopto sem vacillar as bases do accordão da relação, que reparou o agravo feito por essa sentença.

« A interlocutoria fundou-se pura e simplesmente no Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, que aliás nenhuma applicação pôde ter ao caso em questão.

« Esse decreto refere-se unicamente ao ministerio da fazenda, e nem ao menos se applica aos outros ministerios, os quaes se devem dirigir pelos seus respectivos regulamentos, como é claro, e creio que recentemente foi explicado por aviso do governo.

« O art. 25, citado na interlocutoria, diz: « As decisões dos chefes das repartições de fazenda, do tribunal do thesouro, e do ministro da fazenda, nas materias de sua

competencia de natureza contenciosa, terão a autoridade e a força de sentença dos tribunaes de justiça.

« E quem já viu decisões taes, e com essa força, proferidas pelo presidente desta provincia? Que lei mandou applicar esse decreto ás presencias das provincias para o contencioso administrativo? A interlocutoria applicou-o por ampliação de materia analogá, mas é sabido que, em questões de attribuições ou jurisdicções, essas ampliações não são admittidas, e que a jurisdicção não existe, se não é expressamente conferida por lei. Não creio que exista aviso algum autorisando semelhante applicação, porque isso seria legislar, o que não póde fazer o governo, e sim as camaras.

« O mesmo decreto, que se não esqueceu dos presidentes das provincias, conferio-lhes apenas a attribuição muito especial e limitada contida em seu art. 2º, e nada mais.

« Se, pois, não existe lei alguma, que tivesse organizado nesta provincia o contencioso administrativo, tirando attribuições ás autoridades judicias, estabelecendo a ordem do processo, determinando a autoridade ou tribunal, que de seus negocios conhecesse, e dispondo sobre os recursos, é manifesto que o poder judiciario não deve ser posto á margem, nem abandonados os direitos das partes a uma jurisdicção discricionaria.

« Incluo como parte a propria fazenda provincial, que póde ser lesada por erro na decisão, e que ficaria privada de recorrer por intermedio do seu procurador fiscal.

« Não se confunda o processo administrativo puro, activo ou gracioso, com o processo administrativo. Aquelle, pelo qual se resolvem simplesmente interesses em vista do melhor andamento social, não tem leis precisas, como dizem os publicistas, as regras, o methodo de illustração são indicados pela natureza da materia, experiencia e discretas instrucções dos governantes; este, porém, pelo qual se resolvem, não simples interesses, mas direitos rigorosos, justiça administrativa, deve ser um processo regular com fórmulas fixas e tutelares da discussão e prova, terminando por sentença motivada, e susceptivel de recurso.

« O recurso do art. 45 do Regulamento n. 124 de 5 de Fevereiro de 1842 não se póde applicar a obras provinciaes, e não sei mesmo se a obras pertencentes á administração geral, maxime depois desse Decreto de 29 de Janeiro de 1859, de que temos tratado.

« Não temos quasi nada de positivo sobre o contencioso administrativo, que em muitos casos é difficil distinguir do direito civil, porque ha passagens lentas, assim como as ha do direito civil para o commercial, e muito criterio deve haver da parte do legislador, quando tiver de funda-lo regulamentemente.

« Convém sem duvida crear o direito contencioso administrativo positivo; mas, enquanto isso se não fizer, vigora o direito commum, e as questões, como a presente, que se fundão em direitos resultantes de contractos com a provincia, devem ser julgadas pelas autoridades judicarias existentes.

« Acreditando como verdades tudo quanto acabo de expôr, e que respeitosamente submetto á consideração de V. Ex., tenho dado as razões, pelas quaes me julgo competente sobre o objecto do litigio a principio indicado, o qual aliás corre presentemente neste juizo, em virtude do accordão da relação, que assim o decidio, e que devo cumprir.

« Com esta resposta devolvo a portaria, que V. Ex. me dirigio em data de 30 de Novembro proximo passado, e a certidão do escrivão, que a ella veio junta.

« Em attenção á gravidade da materia, e a outros affazeres, peço desculpa de não ter sido tão prompto, como desejava.—Deus guarde a V. Ex.—Nietheroy, 7 de Dezembro de 1864.—Illm. e Exm. Sr. conselheiro Bernardo de Souza Franco, presidente da provincia do Rio de Janeiro.—O juiz dos feitos da fazenda provincial, *Joaquim Francisco de Faria*.

A presidencia, em vez de conformar-se com as juridicas razões expressadas nesse officio, levantou o conflicto, e determinou-lhe que sobrestivesse no andamento ulterior, fundando seu proceder nos motivos constantes de seu Aviso de 9 de Fevereiro de 1865, que é do theor seguinte:

« Palacio do governo da provincia do Rio de Janeiro, em 9 de Fevereiro de 1865.— Em seu officio de 7 do mez proximo passado dá-me Vmc. as razões, por que se julga competente para conhecer da acção intentada por Antonio Soares de Alvarenga e Mello contra a fazenda provincial, razões que, autorizado pelo art. 25 do Regulamento n. 124 de 5 de Fevereiro de 1842, lhe declaro que não são procedentes.

« Antonio Soares de Alvarenga e Mello, tendo, por contracto de 13 de Setembro de 1861, se encarregado da conservação da estrada de Nova-Friburgo a Cantagallo, sujeitou-se ás multas, que lhe fossem impostas pela presidencia da provincia por violação de qualquer das condições do contracto (condição 5ª), e a que este pudesse ser rescindido pela mesma presidencia. E, além disso, sujeitou-se, pela condição 10ª do art. 1º, a não ser pago de qualquer prestação, emquanto não provasse ter satisfeito plenamente as condições do mesmo contracto).

« Tendo o supradito contractante soffrido diversas multas impostas pelo respectivo engenheiro por violação de condições do contracto, a presidencia, que nestes casos, ouve sempre os fiscaes das obras, rescindio o contracto, e indeferiu o pagamento de algumas prestações; porque na fôrma da condição 10ª citada, o empreiteiro da obra não provou perante elle ter satisfeito plenamente as condições estipuladas.

« A justiça das multas e rescisão do contracto não é a questão sujeita; porém sim a da competencia ou incompetencia do poder judicial para tomar conhecimento da materia, e decidir esta questão do contencioso administrativo.

« E facil é mostrar que o poder judicial não é o competente para conhecer da questão, e que a Vmc. falta a necessaria jurisdicção para a julgar.

« Não se trata de lide sobre a propriedade, que Alvarenga possuia, garantida pela Constituição do Imperio, e que a provincia lhe dispute, ou vice-versa, caso em que o poder judicial seria chamado a decidir de conformidade com as leis. Trata-se de direitos, que procedendo de um contracto, não

podem ser regulados senão pela letra, e espirito do mesmo contracto; de direitos que, procedendo de acto determinado pela administração provincial, constituem questão do administrativo contencioso.

« Fazendo o Sr. visconde de Uruguay, em sua obra sobre o direito administrativo, distincção entre questões, que procedem de interpretação da lei, e as que dimanão de interpretação de acto da administração publica, diz, com muitos outros escriptores de direito administrativo, que as primeiras são da competencia dos tribunaes ordinarios, e que as segundas não podem, sem grandes inconvenientes, deixar de ser da competencia dos tribunaes, ou autoridades administrativas:

« Entregar ao poder judiciario a solução das questões do contencioso administrativo traria as seguintes consequencias, diz o mesmo Sr. visconde na sua obra sobre o direito administrativo :

« 1.^a Violaria o grande principio da divisão dos poderes.

« 2.^a Faria intervir o poder judicial na administração.

« 3.^a Embaraçaria a cada passo a administração.

« 4.^a Mataria a sua responsabilidade, envolvendo a mesma administração com o poder judicial.

« Que a questão é do administrativo contencioso não soffre a menor duvida, e nem exige demonstração.

« Entende, porém Vmc., adoptando sem vacillar, como diz, os principios do accordão da relação do districto, e sustentando-os: 1.^o, que não ha outra legislação no Imperio além do Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, que alias nenhuma applicação póde ter ao caso em questão;

« 2.^o Que essa mesma legislação é especial para a repartição da fazenda, não havendo nenhuma, que applique o citado Decreto á repartição da justiça, e nem á presidencia da provincia;

« 3.^o Que na falta de recurso ao Conselho de Estado das decisões sobre materia meramente provincial, deve manter-se o recurso ao poder judicial, tanto mais quanto no caso vertente ficarião as partes sem recurso.

« Afinal, e serve esta de declaração mesmo para o caso, entende Vmc. que convém muito crear o direito contencioso administrativo positivo, e que, enquanto isto se não fizer, vigora o direito communum.

« A creação do direito administrativo, anterior á Independencia do Imperio, e juramento da Constituição, foi de facto o predominante no governo portuguez absoluto, em que as questões erão decididas a aprazimento do Rei, isto é, administrativamente por meio de avocatorias, ou de recurso de graça especial.

« A respeito das dividas ao Estado, questão de que se trata, o conselho da fazenda do antigo regimen tinha jurisdicção plena, isto é, jurisdicção administrativa, graciosa, e contenciosa, que, pela Lei de 4 de Outubro de 1831, passou para as justicas territoriaes. Não ficou, porém, por muito tempo em pleno vigor esta disposição moderna, porque o art. 31 da Lei de 24 de Outubro de 1832 fez excepção das questões, que respeitão a perda dos particulares, por motivo de guerra interna, e externa; a Lei de 27 de Agosto de 1830 conferio a arbitros perante os juizes de paz o julgamento das reclamações no pagamento de decima, com recurso para as juntas ou administrações de fazenda, julgamento administrativo; e a Provisão de 24 de Outubro de 1834 firmou regras a estes julgamentos do contencioso administrativo. Outras muitas disposições se lhe seguirão no mesmo sentido.

« Quando, pois, o Regulamento n. 124 de 5 de Fevereiro de 1842, no cap. 3º e seus artigos, regulou o recurso do contencioso administrativo, e o modo de acabar os conflictos de jurisdicção, firmou-se em principios já adoptados e em disposições da legislação em vigor, e os §§ 1º, 2º e 3º do art. 1º e arts. 23, 25 e 28 do Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, tiverão a mesma base, desenvolvendo sómente doutrina já adoptada.

« É certo que muitos actos administrativos continuarão, e têm sido posteriormente exercidos por juizes, como os de orphãos, de ausentes, os de commercio, inclusive os seus

tribunaes, porém, sem que perdessem seu character especial de actos administrativos com recursos para autoridades administrativas, que já conhecem, e hão de ainda vir a conhecer de muitos outros actos praticados por juizes, como agentes da administração publica.

« Que as disposições do Decreto de 29 de Janeiro não são restrictas á Repartição da Fazenda, di-lo o citado art. 1.º, § 3.º, quando commetteu ao thesouro a applicação das leis sobre prescripções em todas e quaesquer dividas activas, prove-nhão ellas de qualquer das repartições publicas e ministerios, e quando no art. 23 sujeitou á deliberação dos presidentes de provincia, e facultou recurso administrativo das suas decisões, sobre questões pertencentes a outros ministerios exclusivamente do da fazenda. Os Avisos n. 160 de 5 de Julho, e n. 268 de 3 de Outubro de 1859, e o de n. 256 de 7 de Janeiro de 1862 tirão toda a duvida; porque especialmente este, expedido pelo Ministerio da Justiça, se inscreve do modo seguinte: — Declara que o poder judiciario é incompetente para conhecer de materia pertencente ao contencioso administrativo.

« É, pois, fóra de questão que a doutrina do Decreto de 29 de Janeiro sobre o contencioso administrativo é applicavel a todos os ministerios, e a este respeito ha ainda um Aviso de 1861 sobre marinhas, e outros que fóra longo enumerar.

« E nem conteste Vmc. que estas disposições, que excluem da competencia do poder judicial as questões do contencioso administrativo, tenham applicação aos negocios provinciaes, porque o determina expressamente o art. 6.º da Lei provincial n. 1271 de 27 de Dezembro de 1862, que diz: « Art 6.º « Em tudo que fôr deficiente a legislação fiscal da fazenda « provincial, serão applicadas as medidas fiscaes das leis e « regulamentos da fazenda nacional. »

« Em virtude, pois, desta disposição terminante tem applicação aos negocios da provincia o Decreto citado de 29 de Janeiro de 1859, e toda a mais legislação da fazenda nacional, em face do que o Sr. ministro da justiça de 1862

declarou que o poder judicial não é competente para conhecer de materia pertencente ao contencioso administrativo.

« Também não é no todo exacto que nesta questão a parte carecesse de recurso, porque as multas, por falta de execução dos contractos, são impostas e o forão a Alvarenga pelo engenheiro do districto, e as decisões da presidencia dadas em segunda instancia, e pois como recurso.

« Não seria, porém, a falta de recurso motivo fundado para a competencia do tribunal da relação do districto, e do poder judicial, que para ter recurso dos actos do poder executivo geral ou provincial, violaria o principio constitucional da divisão dos poderes, e as franquezas provinciaes fixadas no acto addicional á Constituição do Imperio.

« Se o principio vingasse, assim como a pretexto de falta de recurso ás partes, o poder judicial tomava a si resolver questões sobre contractos de obras entre a Fazenda Provincial e empreiteiros, mandando que o thesouro provincial pague o que elle não julga dever, ou que não deve pagar, sem que se guardem formalidades, que as leis provinciaes têm marcado, por maioria de razão se julgaria o mesmo poder judicial competente para conhecer de demissões dadas a empregados provinciaes, para os mandar reintegrar, fazer-lhes os pagamentos etc., etc.

« E então o poder judicial invadiria o executivo, e administraria, como diz o Sr. visconde de Uruguay; faria mais, annullaria completamente o Acto Addiccional, que separou das attribuições do poder geral as meramente provinciaes e as municipaes.

« É ainda preciso attender-se a que a Lei n. 242 de 29 de Novembro de 1841, que restabeleceu a jurisdição especial dos juizes dos feitos da fazenda, commetteu-lhe o julgamento das causas civis, em que tenha interesse a fazenda publica, e o termo *causas civis* não comprehende as questões administrativas.

« Por estas razões, a que em tempo se dará todo o desenvolvimento preciso, julgando improcedente as suas razões, e autorizado pelo art. 25 do Regulamento n. 124 de 5 de

Fevereiro de 1842, lhe ordeno que cesse todo ulterior procedimento nesta causa, e se proceda na forma do mesmo artigo.

« Deus guarde a Vmc.—*Bernardo de Souza Franco*. — Sr. Dr. Juiz dos Feitos da Fazenda Provincial. »

O juiz suspendeu seu procedimento, e em 4 de Abril de 1865 fundamentou de novo sua competencia nos termos que se seguem :

« Em obediencia á primeira ordem do Exm. Sr. conselheiro presidente desta provincia, baseada no art. 24 do Regulamento n. 124 de 5 de Fevereiro de 1842, dei as razões, em que me fundava para julgar-me com jurisdicção sobre o objecto do litigio de Antonio Soares de Alvarenga e Mello com a Fazenda Publica desta provincia.

« Creio ser de rigor que essas minhas razões acompanhem estes papeis até ao Conselho de Estado, se antes não terminar o presente conflicto; mas, se assim não fôr, animo-me a pedir, para esse meu imperfeito trabalho, as honras de fazer parte desta discussão, e de ser apreciado em sua integra pelos illustrados juizes, que a tiverem de julgar.

« Nesta questão, a parte interessada, Antonio Soares de Alvarenga e Mello, em defesa de seu direito, longa e precedentemente sustentou a minha competencia, e creio que este novo esclarecimento convencerá ao Exm. Sr. conselheiro presidente da provincia de que não é administrativo, porém judiciario o negocio, do qual me occupava.

« Podia eu, pois, descansar tranquillo na esperanza de uma decisão, para a qual existem já os necessarios esclarecimentos. Permitta-se-me, porém, um pequeno e ultimo esforço; e não se julgue pretensão ousada, mas o cumprimento de um dever do cargo e da consciencia, se me abalanço, nos termos da 2.^a parte do art. 26 do Reg. de 5 de Fevereiro de 1842, a querer trazer á questão novos esclarecimentos.

« Vou tomar em consideração a argumentação do Exm. Sr. conselheiro presidente da provincia a fls. 2 destes Autos, e para isso, pondo de parte os accessorios, encaral-a-hei nas suas duas partes principaes, que são as seguintes :

« 1.^a O poder judiciario não é competente para decidir

questões do contencioso administrativo, e o contrario traria inconvenientes.

« 2.ª A questão de que se trata, é do contencioso administrativo, e della deve decidir o Exm. Conselheiro Presidente da provincia, nos termos do Dec. n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, art. 1.º, § 2.º, e com a força indicada no art. 2.º do mesmo decreto, que se applica a esta provincia e ao seu presidente, em virtude da Lei provincial n. 1271 de 27 de Dezembro de 1862, art. 6.º, que assim dispõe: « Em tudo que « fôr deficiente a legislação fiscal da fazenda provincial, serão « applicadas as medidas fiscaes das leis e regulamentos da fazenda nacional »

« A primeira parte encerra uma verdade, que reconheço, e nenhuma necessidade tenho de negar; verdade proclamada pelo governo nesses avisos citados pelo Exm. conselheiro presidente da provincia, a proposito de duvidas sobre impostos e ordenados de empregados.

« O poder judiciario, na realidade, nada tem que vêr nas questões de administração activa, simples e graciosa, nem nas questões do contencioso administrativo, fundado e regulado expressamente por lei positiva, que haja comprehendido o objecto da questão, e dado as regras do que propriamente se chama distribuição da justiça administrativa, commettendo a sua decisão a juizes, ou a tribunaes expressamente declarados.

« A segunda parte, porém, não pôde ser sustentada, se não estou a esse respeito em lamentavel confusão de idéas.

« Vejam s :

« O objecto do litigio de Alvarenga e Mello com a Fazenda Provincial não pertence ao contencioso administrativo nem pelos principios geraes da sciencia, nem por lei alguma positiva, que a ellas haja feito excepção; mas sim ao direito civil, da competencia do juizo dos feitos, por ser na questão interessada como ré a Fazenda Provincial.

« Segundo os principios, o Estado, e mais restrictamente a provincia, é uma pessoa juridica, capaz de adquirir e com direito de contractar, pelo que muitas vezes se acha para com

os cidadãos em perfeita relação civil como parte, e sujeita ás autoridades judiciais.

« A natureza do acto, e não a intervenção da pessoa, que representa o Estado ou a provincia, é que o deve classificar entre os civis, ou os administrativos.

« O acto praticado entre a provincia e Alvarenga e Mello, foi um acto puramente civil, um contracto bilateral oneroso, que creou direitos e deveres correlativos e reciprocos. A provincia adquiriu as obras feitas na conservação da estrada; Alvarenga e Mello o prego ajustado. Na execução do contracto applicava este ultimo o seu trabalho e o seu dinheiro, que é propriedade sua tão garantida pela Constituição como qualquer propriedade immovel.

« A idéa de contracto é exclusiva da de superior para inferior, e presuppõe igualdade entre os contractantes, que se collocão por esse facto no mesmo plano. O contracto não é, pois, um acto *determinado pela administração*, como se diz a fls. 2, nem o presidente da provincia nelle intervem como poder.

« Esta doutrina é corrente, e, antes do Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, a autoridade judiciaria, sem excepção alguma, era a competente para decidir as questões resultantes desses contractos. Depois, porém, desse Decreto, uma excepção se fez a ella, no art. 1º, § 2º, dando-se *exclusivamente* (expressão do proprio Decreto) ao ministro da fazenda competencia para conhecer das questões que versarem sobre o cumprimento, interpretação, validade, rescisão, e effeitos das fianças e *dos contractos celebrados com a administração da fazenda*, e que tenham por objecto quaesquer rendas, obras de serviços publicos a *cargo da mesma administração*.

« O Sr. Dr. Perdigão Malheiro, em sua obra *Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda*, tratando dessa competencia *exclusiva*, do ministro da fazenda, em a nota 356 A, depois de citar o art. 1º, § 2º, do Decreto acima, diz: « E sua decisão tem força de sentença (art. 25). De modo que taes questões *não podem mais ser tratadas perante a autoridade*

judiciaria, e assim fica alterada a doutrina até aquella data vigente. »

« Essa nota confirma tudo quanto deixo dito : em poucas palavras expôz uma doutrina inteira.

« Essa mesma attribuição e competencia tirada á autoridade judiciaria e dada ao ministro da fazenda pelo Decreto citado, art. 1º, § 2º, pretende o Exm. Sr. conselheiro presidente da provincia que lhe foi tambem conferida pela lei provincial n. 1271 de 27 de Dezembro de 1862 (art. 6º), que manda, na deficiencia da legislação fiscal da fazenda provincial, applicar as medidas fiscaes das leis e regulamentos da fazenda nacional.

« Mas, perdão. Não posso concordar com isso.

« Excede á competencia das assembléas provinciaes legislar tirando attribuições ao poder judiciario, para da-las a qualquer outra autoridade ; isso só póde fazer a assembléa geral.

« Se, pois, a assembléa provincial não podia legislar, conferindo ao presidente desta provincia a attribuição, que o Decreto de 29 de Janeiro de 1859, art. 1º § 2º conferio ao ministro da fazenda, é evidente que não podia por lei sua fazer aqui essa applicação do referido Decreto, porque isso seria o mesmo que legislar directamente sobre materia estranha á sua competencia.

« Pelo art. 6º da lei provincial citada só se deve entender como subsidiarias as medidas fiscaes das leis e regulamentos da fazenda nacional naquillo sobre que tambem possa legislar a assembléa provincial : nada mais.

« Eis-me chegado ao fim da demonstração, a que me propuz : nem pelos principios, nem por qualquer lei positiva o objecto do litigio de Alvarenga e Mello está fóra da esphera do direito civil, e da competencia do juiz dos feitos do fazenda provincial.

« Offereço estas razões ao illustrado criterio e á imparcial justiça do Exm. Sr. conselheiro presidente desta provincia que mandará correr a causa neste juizo, se ficar, como espero, convencido da competencia do mesmo.

« O escrivão faça a remessa deste processo ao Exm. Sr. presidente desta provincia, dando disso conhecimento á parte. Nietheroy, 4 de Abril de 1865.— *Joaquim Francisco de Faria.* »

Tal é o conflicto de que se trata, e sobre o qual, sendo ouvido o conselheiro consultor, opinou pelo modo seguinte:

« Quando o Estado funciona como pessoa civil, entrando com um particular a respeito de um direito individual, sujeita-se como qualquer cidadão á lei privada e ao poder judiciario, a quem compete a applicação daquella lei.

« Este é justamente o caso, que suscita o conflicto: e, portanto, conforme a regra geral, está sujeito á jurisdicção dos tribunaes judicarios.

« A sciencia moderna, porém, creou uma nova jurisdicção do contencioso administrativo, jurisdicção mixta, que forma ao mesmo tempo uma excepção ao direito privado e ao direito publico.

« Essa nova jurisdicção, por isso mesmo que é excepcional, carece de ser claramente definida na lei; do contrario não se pôde considerar como existente, nem presumir-se por motivo de conveniencia.

« Nenhuma lei declarou o contracto de conservação de uma estrada materia de contencioso administrativo provincial.

« A lei fluminense n. 1271 de 27 de Dezembro de 1862, que invoca, não procede. Mandou, é certo, essa lei applicar como subsidiaria a legislação fiscal do Imperio, e, portanto, o Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859.

« Em primeiro lugar o citado Decreto, na parte em que trata dos contractos civis da fazenda, é inconstitucional. Garantindo os direitos individuaes do cidadão, a nossa lei fundamental não podia deixa-los á mercê de qualquer tribunal temporario e sujeito, que porventura se creasse para o futuro. Instituiu guarda de taes direitos o poder judiciario organizado conforme o tit. 6º.

« Despir as garantias individuaes de sua fórmula judiciaria, é ao mesmo tempo offender os direitos do cidadão e

restringir os limites de um poder independente, creado para a applicação da lei privada. Tal acto, segundo o art. 178, é inconstitucional.

“Admitida, porém, a faculdade da legislatura ordinaria para tal fim, e por conseguinte a amplitude do Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, ainda assim não podem as Assembléas Provinciaes gozar de semelhante faculdade legislativa.

“Soccorreu-se o Sr. Conselheiro Director Geral de uma opinião, que eu muito respeito, a do illustre Sr. Visconde de Uruguay. A analogia não me parece cabida.

“O illustre estadista, em sua obra citada, disse, a proposito da lei fluminense de 24 de Setembro de 1851, que a Assembléa Provincial procedera legitimamente, porque não creára uma jurisdicção nova, mas applicára a jurisdicção geral já creada.

“Neste caso tratou-se de jurisdicção no sentido restricto, de uma porção della delegada a certa qualidade de tribunal. O acto da Assembléa, submettendo a esses tribunaes seus pleitos, não fez mais que estabelecer a competencia local; o que sem duvida está nas attribuições dessa corporação á vista do art. 10 do Acto Adicional.

“No caso vertente considera-se a jurisdicção no sentido lato, como novo direito, que altera não só as fórmulas de processo, mas a substancia da obrigação. Essa jurisdicção, inteiramente estranha a outra, ainda quando estabelecida por uma lei geral, não a podem as Assembléas Provinciaes applicar na sua provincia.

“Concluo, pois, que a lei n. 1271 de 27 de Dezembro de 1862 não tem poder para deslocar um contracto civil, qual é o celebrado pela provincia do Rio de Janeiro para conservação da estrada de Nova-Friburgo, de sua jurisdicção constitucional, e entregal-a á jurisdicção administrativa.

“Todas as outras leis, que se invocão, não servem para a questão, porque nenhuma dellas estabelece positivamente a excepção. As razões adduzidas em favor da competencia da administração só valem como argumentos probatorios da

necessidade de constituir regularmente entre nós o Contencioso administrativo, ainda rudimentario na legislação brasileira

“ Concluindo direi, que emitti minha opinião sobre a duvida, para não parecer que me escusava ao estudo della; mas, envolvendo a decisão o reconhecimento ou denegação de uma attribuição do Poder Judiciario, não deve o Governo, de accôrdo com suas decisões ultimas, intervir na questão. A jurisprudencia dos Tribunaes compete decidil-a, emquanto o Poder Legislativo não decretar a respeito.

A secção, tendo tudo examinado, está de perfeito accôrdo com este parecer pelo que toca á especie, e salvo o direito, que o Governo tem de resolver os conflictos, Lei de 23 de Novembro de 1841, art. 7º, § 4.º

Na verdade, ella entende que á presidencia do Rio de Janeiro não assiste razão alguma para denegar a irrecusavel competencia, que o Juizo dos Feitos da Fazenda tem na hypothese vertente.

É indispensavel fixar, e comprehender bem o que é o Contencioso Judiciario, ou justiça commum, e o que é o Contencioso Administrativo, ou justiça excepcional da administração, para não divagar em regiões puramente imaginarias e desconhecidas, com grave detrimento dos direitos privados, e bem do Estado.

A regra geral e protectora da ordem social é, que toda a questão contenciosa, todo o litigio *de direitos*, mórmente individuaes ou civis, que por isso mesmo demanda julgamento, pertence á alçada do poder judiciario, e o juizo commum. Para isso é que foi constituido esse poder e esse fôro.

O Contencioso Administrativo, que é excepcional, só se compõe das questões, que, ou por attenção á sua natureza ou por conveniencia do serviço, são destacadas *expressamente por lei* do dominio do fôro ordinario para a competencia dos tribunaes administrativos, como limitação especial daquella norma ou principio geral.

É, pois, preciso para isso que haja lei expressa, e não simples conjecturas, razões de conveniencia, analogia, ou

outros argumentos improcedentes, que não tirão attribuições ao Poder Judiciario, que não desafórão o cidadão de seus juizes naturaes, e nem dão ao Poder Administrativo o que elle não tem.

Uma cousa é o conselho da sciencia, o *desideratum de jure constituendo*, outra é o preccito da lei positiva, unico obrigatorio, ou regulador.

Qualquer que seja a inspiração da sciencia, ou a logica das conveniencias, a Inglaterra não conhece o Contencioso administrativo, nem tão pouco os Estados-Unidos; todo o Contencioso, qualquer que seja, pende de seus Tribunaes Judiciarios.

Outros paizes como a França, a Belgica, a Austria, etc., dão maior ou menor amplitude á esphera do seu Contencioso administrativo, mas é a lei, e só ella quem a classifica e circumscreve. Assim exige o respeito, que é devido á moral do Estado, e aos direitos do homem.

No Brazil, á excepção do incompleto Regulamento de 5 de Fevereiro de 1842, e alguma outra disposição, como a do Decreto de 29 de Janeiro de 1859, que nenhuma applicação tem para o caso, ha silencio ou lacuna talvez muito prejudicial; e por consequencia não resta duvida, vigora a competencia ordinaria ou commun.

Ora, na hypothese vertente dá-se ainda mais de uma razão, para que não se possa de modo algum desconhecer a competencia judiciaria, porquanto, 1.º, além de que nem uma lei a attribuiu á competencia administrativa; 2.º, succede que a questão por sua natureza é civil, regida não por lei administrativa, que não regula contractos, sim pelas leis civis, unicas que imperão sobre os direitos, de que se trata, convem porventura subordinar certos contractos celebrados com a administração ao julgamento della, mas a lei ainda não fez isso.

Nem se argumente com a lei provincial, que se aponta, porque sua disposição, sobre ser despotica ou leonina, é attentatoria dos principios constitucionaes, que dominão no Imperio.

As Assembléas Provinciaes não têm poder algum para inverter a ordem das juridições, que são de nosso direito publico, nem para impôr limites aos poderes geraes, nem para derogar os direitos civis do cidadão brasileiro, ou de qualquer contractante. Esses desmandos só servem para causar graves delongas senão prejuizos, e para attestar a falta de respeito, que se tem pelos direitos civis, o que causa muito damno ao Imperio, e á colonisação.

Portanto, Senhor, a maioria da secção entende que o Governo de Vossa Magestade Imperial, resolvendo o conflicto, deve declarar que subsiste a competencia do Juizo dos Feitos, e que, portanto, cumpre-lhe proseguir ulteriormente. Todavia Vossa Magestade Imperial mandará o que fôr mais conforme á lei.—*José Antonio Pimenta Bueno.*—*Visconde de Uruguay.*

O Conselheiro Visconde de Jequitinhonha julga de seu dever declarar, que não lhe parece exacto dizer-se que o Contencioso Administrativo é justiça excepcional, quando aliás a sua fonte é o art. 9º da Constituição do Imperio; desde que se consagrou no referido art. 9º que a divisão e harmonia dos poderes políticos é o principio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece, ficou estabelecido a bem do Contencioso Administrativo, reconhecendo-se o principio de ordem publica, a saber:— O poder de administrar logicamente comprehende o poder de julgar administrativamente, isto é, a jurisdicção: por outros termos, —da separação constitucional dos Poderes Administrativo e Judicial deriva naturalmente a instituição da justiça administrativa—porque, ordenar, interpretar, julgar em materia administrativa, é administrar. Assim que o Contencioso ou a justiça administrativa é tanto direito commum, pelo que concerne ás suas decisões, como o Contencioso ou a justiça judicial.

E tanto assim o entendem os escriptores que, no designar a ordem dos factos, a que se applica a competencia administrativa, estabelecem tres excepções: 1ª, de ordem

constitucional; 2ª, de ordem civil; 3ª, de ordem penal, e nestas excepções abrangem todas as cousas, que devem ficar de fóra da jurisdição administrativa.

A primeira excepção póde dizer-se caracterisada com as palavras das leis romanas, Dig. lib. 50, tit. 1º *ad municipalem*, e S. 26. *Paulus ad Edictum*, isto é, *magis imperii, quam jurisdictionis*. Todas as vezes, portanto, que a administração ordena um acto, que só depende do imperio, de que é ella constitucionalmente revestida, esse acto está fóra da competencia do Contencioso.

Pelo que respeita á segunda excepção, estão fóra da competencia do Contencioso Administrativo as reclamações do interesse individual contra uma medida administrativa, fundada sobre o direito de propriedade ou outros reaes. Em summa, sempre que o Estado obra como proprietario e não como administrador, está sujeito á jurisdição civil. É este o grande principio, que serve de balisa ou raia á competencia de que se trata.

O Contencioso Administrativo, pois, suppõe as seguintes condições: — acto da autoridade administrativa; interesse privado, fundado em um direito adquirido, sendo porém ambas estas condições completamente estranhas ao que foi determinado de *mero imperio*, ou de ordem constitucional ou criminal.

Foucart, exprime-se assim: « *Nous avons déjà fait connaître. Tomo 1 n. 129, 130. Ainsi les principes généraux du Contentieux administratif. Nous nous contenterons de rappeler qu'il se compose principalement des difficultés relatives aux contributions directes, au recrutement, à l'exécution des travaux publics, aux contracts passés avec des particuliers ou des compagnies dans l'intérêt public, aux liquidations de tous les créanciers de l'Etat; enfin du Contentieux des biens nationaux, e d'une jurisdiction correctionnelle en matière de voirie.* »

Ora, a simples leitura dos papeis relativos ao conflicto levantado pelo presidente da provincia do Rio de Janeiro, convence que a questio é da competencia do Contencioso Administrativo, o que foi exuberantemente provado por

elle em o seu officio ao Juiz dos Feitos da Fazenda. E, neste mesmo officio, provou tambem o mesmo presidente que havia legislação, que o determinava, sendo esta a primeira vez que o Conselheiro Visconde de Jequitinhonha vê pôr em duvida a constitucionalidade das disposições do Decreto n. 2343, em que trata dos contractos civis da fazenda.

Nesses termos, é de opinião o Conselheiro Visconde de Jequitinhonha que existe o conflicto, e que deve ser mandado levantar nos termos propostos pelo presidente da provincia.—Sala das conferencias da Secção de Justiça do Conselho de Estado, em 1 de Junho de 1866.—*Visconde de Jequitinhonha*.—Como parece—Paço, 22 de Dezembro de 1866.—Com a rubrica de S. M. o Imperador.—*Martim Francisco Ribeiro de Andrada*.

De accôrdo com a maioria da Secção foi, pelo ministerio da Justiça, expedido o Aviso de 27 de Janeiro de 1867.

IX.

Não tendo prevalecido as luminosas e juridicas razões expendidas pelo Sr. Conselheiro Souza Franco na consulta de 22 de Dezembro de 1866, e sim as idéas emittidas pela maioria da secção de justiça, como o demonstra a consulta já citada, têm estes principios predominado no Conselho de Estado, e para prova citaremos as consultas de 3 de Junho de 1871, secção do Imperio, e de 30 de Novembro de 1872, secção de Justiça.

Sendo ouvida a secção dos negocios do Imperio do Conselho de Estado sobre o direito que tem o ministerio de agricultura de promover, por intermedio do juizo dos feitos da fazenda nacional, a cobrança da quantia de réis 430:875\$750, devida ao referido ministerio pela companhia brasileira de Paquetes a Vapor, representando essa quantia a importancia dos lucros liquidos excedentes do dividendo distribuido aos accionistas no

anno de 1865, conforme a clausula 13^a do contracto de 17 de Dezembro de 1859, celebrado entre o governo e a mencionada companhia, entendeu o Sr. Souza Franco na qualidade de relator que cumpria-lhe consultar: 1^o, se a questão pertence ao contencioso judicial ou administrativo; 2^o, se o Estado tem perfeito direito á reclamação e corre á companhia brasileira de Paquetes a Vapor o dever de a satisfazer pagando a quantia reclamada.

A consulta procede de haver o ministerio da fazenda devolvido com o aviso de 28 de Janeiro deste anno, e pelas razões que constão do mesmo, os papeis que para a cobrança referida lhe havião sido remetidas pelo ministerio de agricultura.

A secção pede permissão para fazer transcrever o aviso do ministerio da fazenda de 28 de Janeiro e o parecer da directoria do Contencioso a que se refere e no qual se funda.

« Reconhecendo não ser de origem fiscal a divida de 430:875\$750, exigida pelo ministerio a cargo de V. Ex., da companhia brasileira de Paquetes a Vapor, como se vê do parecer junto por cópia, com o qual me conformo, prestado a tal respeito pela directoria geral do Contencioso do Thesouro, devolvo por isso a V. Ex. os papeis relativos a esta questão, afim de que se sirva dar suas ordens para promover-se por parte desse ministerio, pelos meios competentes, e usando da acção ordinaria que no caso couber, a solução das obrigações contrahidas pela dita companhia para com a fazenda nacional. »

O parecer do director do Contencioso, a que se refere o aviso citado, é concebido nos seguintes termos: « No estado em que se acha a questão constante dos papeis juntos, e tendo na devida attenção os principios, que regulão no nosso direito as relações juridicas entre o Estado como contractante, e os particulares, não parece acertado, ou pelo menos prudente a remessa para juizo da certidão da divida da companhia brasileira de Paquetes a Vapor, afim de proceder-se executivamente contra essa companhia, obrigando-se por esse meio a pagar á fazenda publica nacional a importancia liquidada.

« É certo que ha uma decisão proferida por um dos ramos

do governo, e que a essa decisão se pretende dar toda a força de sentença passada em julgado; mas, não é menos certo que razões ha para du idar da competencia do ministerio da agricultura, para decidir das questões emergentes de um contracto, no qual o referido ministro, como judiciosamente pondera o Sr. de S. Vicente, figura como contractante, e não como poder.

« Se a jurisdição para conhecer de taes questões não existe, se não está expressamente conferida por lei, no que parecem terem convindo os illustrados conselheiros membros das secções de Fazenda e do Imperio do Conselho de Estado; inadmissivel é a ampliação, que se pretende em materia de attribuições.

« Emittida a materia na tela judiciaria, toma o character de verdadeira questão contenciosa, torna-se um litigio de direitos, dependente de um julgamento, no qual o poder judiciario entra com toda a liberdade de acção propria, e que a lei lhe confere.

« Póde-se, portanto, fundado nas leis existentes, desconhecer a legitimidade da decisão proferida pelo ministerio da agricultura, considerando a questão sujeita ao dominio do fóro commum, e não da competencia dos tribunaes administrativos, concorrendo para assim pensar-se o direito administrativo tal qual se acha constituido entre nós, o qual, por deficiente e incorrecto perante os principios da sciencia moderna, não tem desenvolvido e firmado como fóra para desejar a jurisdição *mixta contenciosa*, apenas ensaiada na legislação de fazenda. Para comprovar o nosso acerto acompanhem os as phases do processo executivo perante a autoridade competente.

« Remettida a juizo a certidão e decretada a penhora, na assignação do prazo decendial para a defesa do réo, póde este offerecer embargos infringentes do julgado, e se dominar, como é de presumir-se, no animo da autoridade judiciaria a idéa de que só ao ministerio da fazenda foi dada a competencia *exclusiva* para conhecer das questões que versarem sobre o cumprimento, validade, interpretação, rescisão e effeito *dos contractos celebrados com a administração da fazenda*, não dará a outras decisões, que não a essas, a força de sentenças, de modo que taes questões não possam ser de novo tratadas perante a mesma autoridade judiciaria.

« Admittidos os embargos, não será impossivel decahir a fazenda nacional da acção intentada, maxime havendo em contrario a idéa de ampliar-se a jurisdicção contenciosa administrativa, além do que expressamente consignou o decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, art. 1.º, opiniões manifestadas, quer em decisões administrativas, quer na praxe judiciaria.

« Mesmo em relação ao Contencioso administrativo da fazenda parece ter predominado o principio de que não basta que a divida seja certa e liquida para que tenha lugar o processo executivo, mas sim que ella tenha em regra, origem puramente fiscal, sendo que, não se tratando de demandar aos que têm a seu cargo a gerencia dos dinheiros publicos, aos devedores de impostos, casos em que compete o processo summario executivo, mas sim aos que contractarão com o Estado, figurando este como pessoa particular, o processo deve ser ordinario.

« Parece-me, pois, que se deve suspender a remessa para juizo da certidão que acompanha os presentes papeis, ficando salvo o direito de promover-se pelos meios competentes, e usando-se da acção ordinaria, que no caso couber, a solução das obrigações contrahidas pela companhia de Paquetes para com a fazenda publica.— Rio, 3 de Julho de 1870.— *Menezes e Souza.* »

« Conclue-se dos avisos de 10 de Fevereiro e de 28 de Janeiro transcriptos, que a competencia do poder judiciario é admittida pelo ministerio da fazenda, depois de ouvido o parecer do conselheiro director do Contencioso, acima transcripto; e tambem que o ministerio da agricultura o accita.

« Uma nova questão, porém, parece nascer do aviso do ministerio da fazenda na parte em que diz: « devolvo, por isso, a V. Ex. os papeis relativos a esta questão, afim de que se sirva dar suas ordens para promover-se por parte desse ministerio, pelos meios competentes e usando da acção ordinaria que no caso couber, a solução das obrigações contrahidas pela dita companhia para com a fazenda nacional. »

« Assim se expressando o aviso do ministerio da fazenda

parece concluir que ao da agricultura, commercio e obras publicas compete dar ordens para que se proponha a acção e dirigil-a. No entretanto nas palavras finaes se reconhece que as obrigações contrahidas pela companhia o forão para com a fazenda nacional; e a reclamação desta, como das mais dividas do Estado, compete ao thesouro pela directoria do contencioso (art. 24 do Decreto com força de Lei n. 736 de 20 de Novembro de 1850).

« Quanto á 1ª questão da competencia judiciaria ou administrativa, tendo ainda insistido em favor desta o chefe da 2ª secção da secretaria de Estado na sua habil informação de 6 de Fevereiro ultimo, a secção do conselho de Estado vai dar as razões pelas quaes se decide a favor da competencia judiciaria.

« O contencioso administrativo da fazenda é de antiga data e algumas resoluções, regulamentos e Decretos o explicarão ou estabelecerão. Mas, foi o Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859 que o firmou expressamente no § 2º do seu art. 1º e no art. 25, que dá ás decisões das repartições de fazenda, tribunal do thesouro e ministro da fazenda a autoridade e força de sentença dos tribunaes de justiça.

« Tem-se, porém, duvidado que esta disposição seja applicavel aos contractos celebrados com os outros ministerios, não obstante que a fazenda publica seja uma e a mesma, e as dividas contrahidas com qualquer das repartições ministeriaes, dividas do Estado, pagaveis ao thesouro ou thesourarias, e por ellas exigiveis. E na falta de disposição especial para es diversos ministerios a duvida procede em razão final do § 2º do art. 1º do Decreto n. 2343 citado nas phrases restrictivas « contractos celebrados com a repartição de fazenda que tenham por objecto... serviços publicos a cargo da mesma repartição. »

« É certo que no Regulamento de 5 de Fevereiro de 1842, arts. 45 e 46, se trata de decisões dos presidentes de provincia, e dos ministros de Estado a que se dá recurso em materia contenciosa para o governo, ouvido o Conselho de Estado, sendo a resolução imperial executada como qualquer sentença

judiciaria e pelos mesmos juizes e fórma pelas quaes estas o são (art. 53).

« Estas disposições, porém, devem entender-se applicaveis ás questões do administrativo contencioso, reconhecidamente taes, e não áquellas em que, entrando o governo não como poder, mas como contractante, entende o thesouro que não são do Contencioso administrativo; e do parecer acima transcripto vê-se que tal opinião predomina mesmo a respeito dos contractos com a repartição da fazenda, sobre os quaes é muito expresso e terminante o Decreto n. 2343 de Janeiro de 1859.

« Esta questão foi tambem decidida em resolução de consulta imperial sobre conflicto de jurisdicção, levantado em 1865 pelo presidente da provincia do Rio de Janeiro contra o juiz de direito da capital, que tomára conhecimento de decisões da presidencia sobre contracto para obras na estrada de Cantagallo. O parecer de consulta da secção de justiça sustentou que, não obstante a lei provincial mandar executar na provincia as disposições do Decreto Geral de 29 de Janeiro de 1859, a questão não era do contencioso administrativo por ver-se sobre contracto.

« Assim, pois, é, pelo menos, prudente como se expressa a directoria do contencioso, que a questão seja posta no juizo dos feitos da fazenda, ficando sua direcção a cargo do ministerio da fazenda, pela directoria do contencioso (arts. 2º e 12 da Lei n. 242 de 29 de Novembro de 1841 e regulamento em vigor).

« Quanto á 2ª questão a secção distingue suas duas partes. A do algarismo exacto da divida, e a do direito com que possa ser reclamada.

« Quanto ao 1º ponto, o thesouro, pela sua directoria do contabilidade, é o mais habilitado e competente para fixar definitivamente a somma. E quanto ao direito a secção do Imperio, já na consulta de 16 de Novembro de 1866, declarou que julgava sufficiente o que tinha expendido para mostrar que o contracto de 1863 era o que estava em vigor. Desta declaração e do mais do parecer resulta a duvida, que a secção ainda conserva, sobre o vencimento da causa intentada perante as justiças do Imperio.

« Por outro lado seria ella incompetente para aconselhar a propositura da acção, cuja responsabilidade cabe á repartição da fazenda, incumbida de propôr e sustentar em juizo as causas em que a fazenda é interessada. A directoria do contencioso da fazenda é a que, em vista dos documentos e mais provas que reuna, pôde aconselhar que se intente ou não, a acção ordinaria competente, para o que devem ser devolvidos todos os papeis ao ministerio da fazenda. » Sala das conferencias da secção dos negocios do Imperio do Conselho de Estado, em 3 de Junho de 1871.—*Bernardo de Souza Franco*.—*Visconde de Sapucahy*.—Resolvida em 13 de Outubro tambem de 1871.

Vejamos agora a consulta da Secção de Justiça :

« Senhor.—Mandou Vossa Magestade Imperial por Aviso de 11 do corrente que a secção de justiça do Conselho de Estado, á vista dos papeis juntos relativos á divida de 430:875\$750 que pelo ministerio da agricultura, commercio e obras publicas é reclamada da extincta companhia brasileira de Paquetes a Vapor, proveniente de lucros liquidos excedentes do dividendo de 12 % distribuido aos respectivos accionistas em 1863, e que pertencem ao Estado, na forma da clausula 13 do contracto de 17 de Dezembro de 1859, consulte com seu parecer sobre a questão que a tal respeito suscita a directoria geral do contencioso em parecer de 28 de Novembro de 1871, que se segue: « A verdadeira jurisprudencia administrativa adoptada pelo thesouro quando não se conforma com a decisão de outros ministerios, é ponderar, expondo as razões em que se funda, a conveniencia da revogação dessas decisões. Se, porém, o ministerio que ordenou o acto insiste na sua execução, o thesouro manda-o executar sob a responsabilidade do insistente.

« Foi o que se deu nesta questão. Quando tive de dar parecer sobre o Aviso de 7 de Março de 1870 em que o ministerio da agricultura requisitou do da fazenda que mandasse proceder á cobrança executiva da divida em que julgava alcançada a companhia brasileira de Paquetes, fiz ver a S. Ex. o Sr. visconde de Itaborahy que, pelos motivos depois

expostos em meu parecer de Julho do mesmo anno, parecia-me incompetente para aquella execução o executivo pelo juizo dos feitos. »

« S. Ex. respondeu-me que deixasse correr a questão nos termos em que se achava, e que remetteste a conta para o juizo privativo. »

« Mais tarde, achando-me eu com assento na Camara dos deputados, S. Ex. requisitou-me que lhe dêsse por escripto os fundamentos do parecer que verbalmente lhe expuzera naquella occasião. Lancei então a minha opinião que remetti a S. Ex. Foi então expedido o Aviso de 28 de Janeiro de 1871, depois de approvado o dito parecer por despacho de 9 do mesmo mez.

« Essa decisão do ministerio da fazenda não é na essencia a revogação do acto do da agricultura, communicado ao thesouro no Aviso de 7 de Março de 1870. É, sim, a representação (não importa a fórma) sobre a conveniencia de se tomar novo alvitre no sentido do novo aviso. Se o ministerio da agricultura insistisse na sua primeira opinião e decisão, sem duvida que o thesouro manda-la-hia cumprir.

« Mas, o ministerio da agricultura, ouvida a secção do Imperio do Conselho de Estado, com cujo parecer se conformou Sua Alteza Imperial Regente, resolveu por Aviso de 26 de Outubro ultimo que, pertencendo ao thesouro a attribuição de propôr e sustentar em juizo as causas em que a fazenda nacional é interessada, devem ser devolvidos ao mesmo thesouro todos os papeis, a fim de, examinada a questão, aconselhado o recurso judiciario pela directoria do contencioso, ser intentada contra a extincta companhia, perante o juizo dos feitos da fazenda, a acção ordinaria competente.

« O ministerio da agricultura, de accôrdo com a resolução de consulta de 16 de Outubro ultimo, entende que a acção a intentar contra a companhia deve ser ordinaria pelo juizo dos feitos da fazenda.

« O meio de pedir a divida por que é responsavel a extincta companhia de Paquetes não deve com effeito ser o *executivo*, e sim a acção ordinaria, como opinei no final do meu parecer de 3 de Julho de 1870.

« Proceder contra a companhia pelo executivo seria perigoso. Os juizes (ainda mesmo o dos feitos da cõrte) não aceitam o papel passivo de meros executores das decisões administrativas, que lhes assigna o Sr. official addido do contencioso. A instabilidade das decisões põe á mercê da duvida e da incerteza os interesses e o privilegio da fazenda nas causas que não versão sobre rendas e impostos.

« Os tribunaes superiores, na maioria dos casos, ou absolvem os réos da instancia, ou julgão por incompetência de juizo nullo os executivos que correm pelo juizo privativo quando a divida, *embora liquida e pura*, não vem daquella proveniencia, ou não reveste aquella natureza (divida de impostos e rendas).

« Haja vista entre muitos o aresto citado pelo Sr. official, relativo ao Sr. conego Pinto de Campos, em que o juizo dos feitos admittio e julgou provados embargos que não forão de quitação, sendo afinal absolvido o devedor pela relação.

« É mais que provavel que o mesmo succeda com a questão de que se trata, vindo a fazenda a decahir afinal, e a pagar custas, além do prejuizo da demora na solução da divida.

« Penso, pois, que se deve intentar a acção ordinaria no juizo commum contra a companhia, communicando-se ao ministerio da agricultura a deliberação que a este respeito se tomar. »

« Directoria geral do contencioso, em 28 de Novembro de 1871.—*Menezes e Souza.*»

« A questão submettida ao exame da secção de justiça consiste nestes dous quesitos:

« 1.º É incompetente o meio executivo para cobrança desta divida?

« 2.º É incompetente o juizo dos feitos para julgar esta divida?

« O relator da secção de justiça do Conselho de Estado passa a considerar cada um dos sobreditos quesitos.

« 1.º É incompetente o meio executivo para cobrança desta divida?

« O relator da 1ª secção não hesita na affirmativa, adoptando,

como adopta, nesta parte o parecer da directoria geral do contencioso; isto é:

« Que o meio executivo só é applicavel ás dividas provenientes de impostos, contribuições e alcances dos thesoureiros, recebedores e contractadores das rendas publicas.

« A generalidade do direito romano *de conveniendis fisci debitoribus*, não pôde ser seguida entre nós, onde uma lei expressa (22 de Dezembro de 1761) só applica esse procedimento excepcional aos referidos casos.

« Algumas leis posteriores, attribuindo o executivo a certas dividas, provão que não existe essa generalidade, sendo que uma lei é precisa para que tenham processo executivo os casos não referidos na Lei de 22 de Dezembro de 1761.

« A verdade é que uma constante jurisprudencia, fixada por muitos arestos, tem consagrado o principio restrictivo, isto é, que o executivo só é applicavel ás dividas de impostos, e aos alcances dos thesoureiros, etc.

« Ainda no corrente anno o supremo tribunal de justiça na revista civil n. 8108, recorrente a fazenda publica e recorrido o major Antonio Pereira de Abreu, manteve a disposição restricta da citada lei.

« Não pôde o relator da secção deixar de considerar sob outro ponto de vista a questão sujeita, visto como entre os papeis, que lhe foram remettidos, se acha um longo e bem elaborado parecer do official addido da directoria do contencioso, sustentando a applicação do executivo como consequencia da decisão do ministerio da agricultura, que julgou administrativamente a companhia brasileira obrigada ao pagamento da sobredita quantia de 430:875\$750.

« Sob este ponto de vista o executivo, não é mais acção competente á fazenda publica, que começa pela penhora, mas a execução de uma sentença administrativa já passada em julgado, e de cuja materia e forma não pôde conhecer o poder judiciario, a quem só cumpre executar.

« O relator da secção pondera que não estando ainda completamente organizada a justiça administrativa por meio de uma lei, que defina bem claramente a linha que a separa da

justiça ordinaria, seria temeridade e causa de infinitos conflictos, o distrahir do poder judiciario as questões relativas á validade, interpretação, e rescisão dos contractos em que o Estado figura como parte contractante, e não como poder na phrase do sabio Henrion de Pensey.

« Sobreleva que o Decreto n. 2343 de 1859 é especial ao ministerio da fazenda e não pôde, porque versa sobre attribuições, ser extensivo a outros ministerios.

« Sobreleva ainda mais que o poder judiciario, mesmo depois desse decreto, se tem considerado competente para conhecer e decidir das materias decididas pela autoridade administrativa com o caracter de jurisdicção.

« Assim nas execuções da fazenda publica contra Novaes & Passos. (Accórdão de 22 de Novembro de 1859).

« Assim na execução da fazenda publica contra Monteiro Irmão & Castilho. (Accórdão de 31 de Março e 25 de Agosto de 1858).

« Assim na execução da fazenda publica contra o major Antonio Pereira de Abreu. (Accórdão de 12 de Dezembro de 1871 e 14 de Agosto de 1872).

« O relator da secção ainda assignala e invoca a resolução de consulta das secções reunidas da fazenda e justiça do Conselho de Estado (17 de Abril de 1861, posterior ao citado Decreto) onde se lê o seguinte :

« Se o poder judiciario é competente para, a pedido da fazenda, mandar proceder á penhora, é competente para mandar levantar-a. Aliás seria um cego instrumento, ou um mero executor. »

« Ora, este principio implica com a idéa de jurisdicção administrativa, e mostra que ella não existe ainda, ou não existe com a latitude e independencia que lhe attribue o alludido trabalho.

« Os signatarios dessa consulta forão : o visconde de Uruguay, visconde de Maranguape, visconde de Itaborahy, visconde de Jequitinhonha, marquez de Abrantes.

« E o ministro que referendou a resolução, conforme a essa consulta, foi o actual ministro da fazenda, muito competente na materia.

« 2.º É incompetente o juizo dos feitos para julgar esta divida?

« O relator da secção opina pela negativa e não se pôde conformar nesta parte com o parecer da directoria geral do contencioso.

« Funda-se o relator na expressa disposição do art. 2º da Lei n. 242 de 1841, que creou o juizo privativo dos feitos da fazenda.— Palavras: « Se processão e julgarão em 1ª instancia todas as causas civeis da fazenda nacional em que ella fôr interessada por qualquer modo. »

« O relator da secção não se detem em mostrar, porque é evidente, o interesse da fazenda publica, no caso de que se trata, e que outrosim não é o executivo a unica fôrma obrigada para o exercicio do juizo dos feitos, que aliás tambem procede ordinariamente quando á divida só compete acção ordinaria.

« O relator da secção, á vista do que tem ponderado, conclue:

« 1.º Que não compete o executivo á divida de que se trata, senão acção ordinaria.

« 2.º Que é competente para julgar a acção o juizo dos feitos.

« Os conselheiros de Estado visconde de Jaguary e de Nictheroy declarão concordar com as conclusões deste parecer.

Vossa Magestade Imperial resolverá o melhor.

Sala das conferencias, em 30 de Novembro de 1872.—*José Thomaz Nabuco de Araujo.*—*Visconde de Jaguary.*—*Visconde de Nictheroy.*

X

Examinemos os arestos citados pelo digno relator da Consulta de 30 de Novembro de 1872, o eminente e illustrado jurisconsulto o Sr. conselheiro José Thomaz Nabuco de Araujo. A Consulta de 17 de Abril de 1861, não pôde, em nossa

humilde opinião, servir de exemplo, porque, como se reconhece na consulta: « os proprios agentes da fazenda creárão todas as complicações, o accordão não atacou nem desfez acto algum administrativo, não invadiu a jurisdição administrativa, houve pelo contrario invasão no judiciario pelo administrativo na decisão arbitral; porquanto, se não havia responsabilidade dos empregados da alfandega, cumpria declarar-o, e nada mais; tinha expirado a competencia administrativa, se uma das partes, particular, entendesse que a outra, tambem particular, se havia locupletado com o que era seu, fosse pedil-o e havel-o pelos meios competentes. »

Esta consulta reconhece e acceita o principio: « que é da essencia do direito administrativo e dos tribunaes administrativos regular sómente as relações entre a administração, seus agentes e os particulares, e nunca os direitos e questões dos particulares entre si; que esses direitos são regulados pelo direito civil, e as questões que delles nascem são da exclusiva competencia dos tribunaes civis. » Para maior clareza e mais facil apreciação passamos a transcrever a Consulta:

N. 629.—Resolução de 17 de Abril 1861.

Sobre a questão das reclamações feitas á alfandega da côrte por falta de umas pipas com vinho, pelos negociantes Antonio Joaquim de Cerqueira, e Novaes & Passos.

« Senhor.—Mandou Vossa Magestade Imperial que as secções de justiça e fazenda do Conselho de Estado consultassem sobre a questão das reclamações feitas á alfandega da côrte, por falta de umas pipas com vinho do Porto, pelos negociantes Antonio Joaquim de Cerqueira, e Novaes & Passos.

« Esta questão, em sua origem administrativa, e que por sua natureza devia ter tido solução breve, cujo processo o regulamento das alfandegas, art. 59, quer que seja summarrissimo, dura ha quatro annos e meio, e, por um vicio

originario, tem-se emmaranhado em complicações inteiramente alheias áquella dita origem.

« Bem dizem os Romanos:—*Quod ab initio vitiosum est tractu temporis non convalescit*—ou, como se diz em portuguez:—Quem nasce torto, tarde ou nunca se endireita.

« Para collocar-a na sua verdadeira luz, julgão as secções necessario historiar, succintamente, a mesma questão, desde o seu principio.

« Novaes & Passos despacharão em Julho de 1856 cinco pipas e vinte meias pipas com vinho do Porto, as quaes serão conferidas, e tiverão a competente sahida. Pouco tempo depois reclamarão uma pipa que lhes faltava, e que se verificou não haver effectivamente sahido, por ter sido demorada pelo conferente da sahida da porta, por haver differença na marca que pertencia aos mesmos Novaes & Passos, e, com pouca differença, também a outro negociante Antonio Joaquim de Cerqueira.

« Em Setembro do mesmo anno requereu este Cerqueira allegando que, tendo recebido do Porto, na barca portugueza *Temeraria*, onze pipas e trinta meias pipas com vinho, que se achavão descarregadas, conforme as folhas da descarga, não apparecião seis pipas e sete meias pipas, e pedia que lhe fossem entregues.

« Ouvido o escrivão da descarga informou que com effeito taes pipas e meias pipas havião sido consignadas ao dito Cerqueira, e tinhão sido descarregadas para a alfandega.

« Igualmente que na mesma barca tinhão vindo também consignadas a Novaes & Passos cinco pipas e dez meias pipas com vinho.

« Accrescentava o mesmo escrivão que suppunha provir a falta de troca de volumes na sahida, o que era muito facil acontecer, visto que esses volumes sómente differião uns dos outros por um pingó sobre a marca.

« É comtudo evidente que troca, simplesmente não podia ser, porque se houvesse simplesmente troca, um não tiraria da alfandega maior numero de volumes do que lhe pertencia, e sómente os teria tirado differentes.

« Demais se Novaes & Passos, tinham sómente, como se informa, cinco pipas e dez meias pipas, tendo levado dez meias pipas de mais, essas dez meias pipas com as sete que apparecião de Cerqueira, não fazião o computo de trinta.

« Não se mostrava que Novaes & Passos, que tinham cinco pipas, tirassem maior numero. Cerqueira tinha desembarcado onze e allegava que sómente apparecião seis.

« Forão ouvidos os empregados da alfandega encarregados dos exames e conferencias necessarias para que pudesse ter lugar a sahida das pipas, os quaes tratavão de justificar-se, principalmente com a semelhança das marcas.

« Releva notar que o escrivão da descarga diz, em sua informação já citada, que foi informado que um caixeiro de Novaes & Passos, que tratava de seus despachos na estiva, se ausentára ha dias da casa destes, levando comsigo algum dinheiro, e que esse moço era avesado a estas trocas de volumes, sem que seus amos o autorisassem a isso.

« Não foi averiguado este ponto, aliás importantissimo, por quanto se esse caixeiro tirou essas pipas da alfandega, sem sciencia de seus amos, por lhes não pertencer, se as converteu em seu proveito, torna-se questionavel a responsabilidade dos ditos amos, e tambem a dos empregados da alfandega, onde constava que Novaes & Passos sómente tinham dez meias pipas, não podendo portanto despachar vinte.

« Estando o negocio nestes termos e assim confuso por mal esclarecido, ordenou o inspector da alfandega, por despacho de 5 de Dezembro de 1856, que nomeassem Novaes & Passos, e Cerqueira cada um o seu arbitro, e assim tambem o administrador das capatazias e o conferente da sahida da estiva.

« E mandou depois que o feitor da porta em que se deu a reclamação, como primeiro responsavel (diz o despacho), nomeasse tambem o seu arbitro.

« Note-se que a questão começára pelo simples requerimento de Novaes & Passos para a entrega de uma pipa que dizião faltar-lhes; que o de Cerqueira tambem se limitava a pedir outras que dizia faltarem-lhe; que nenhum se referia ao outro e que não honve entre ambos—debate contradictorio.

« Não estava fixado com clareza o ponto sobre que devia recahir a decisão dos arbitros.

« D'ahi proveio, sem duvida, que o 1º limitou o seu laudo á reclamação de Novaes & Passos.

« O 2º tambem se limitou á questão de uma pipa.

« Os 3º, 4º e 5º arbitros tambem divergirão.

« Nomeado um 6º, concordou com um dos anteriores, Ignacio José Caetano da Silva, ficando por isso vencedores os dous seguintes laudos:

« Illm. Sr. Conselheiro Inspector.— Se porventura os peritos, por V. S. nomeados para informarem sobre as presentes reclamações, tivessem cumprido com o penoso dever que a lei impôz-lhes, isto é, indicarem qual o causador ou responsavel pelas faltas reclamadas, etc., etc., certamente aos arbitros facil fôra dar um laudo fundado em lei e assim nella baseado: mas, em falta de tão cardeal prova, e então circumscriptos aos papeis officiaes, recheados de tão disparatadas informações, difficil é a um arbitro que, como eu, tem não só de cingir-se á sua consciencia, mas a todas as leis que regulão a materia, por isso que, empregado de fazenda, devo dar assim um laudo, e embaraçado me vejo para o fazer.

« Cingindo-me, pois, tão sómente ao presente processo, e ás indagações que fui obrigado particularmente a fazer nesta repartição, vou dar meu laudo. Não duvidaria subscrever completamente o laudo do Sr. Antonio Sarmento Pereira Brandão, arbitro do Sr. Antonio Joaquim de Cerqueira, se aquelle senhor, reconhecendo pelo seu bem elaborado laudo que, sendo os Srs. Novaes & Passos os responsaveis pela falta reclamada, comtudo julga o Sr. ajudante dos conferentes Cupertino o responsavel a pagar a falta reclamada, deixando-lhe o direito salvo a haver dos mesmos Srs. Novaes & Passos o que de direito fôr: assim, pois, baseado no citado laudo e mais indagações a que procedi, julgo os Srs. Novaes & Passos responsaveis pela falta reclamada pelos Srs. Antonio Joaquim de Cerqueira, de seis pipas e sete meias com vinho do Porto á

razão de 320\$000 a pipa, com abatimento de 3 % para atesto na quantia de 2:948\$800, que deve receber o Sr. Antonio Joaquim de Cerqueira dos Srs. Novaes & Passos por assim julgar a estes senhores responsaveis pela falta reclamada, á qual deu motivo o seu caixeiro, conforme se vê da informação do Sr. escrivão da descarga e dos exames e indagações minuciosas que fiz.

« Outrosim, pelas mesmas razões julgo os Srs. Novaes & Passos com direito á reclamação que fazem de uma pipa de vinho, devendo retirar da alfandega uma das que existem.

« Addindo digo que devem ir á praça na porta desta repartição as pipas existentes na alfandega, que fazem objecto desta reclamação e, deduzindo-se o valor que derem em praça, preencher o que faltar para os 2:948\$800, os Srs. Novaes & Passos. Este o meu laudo que sujeito ao reconhecido criterio e julgamento de V. S. — Alfandega, 24 de Março de 1858. — *Ignacio José Cantano da Silva.* »

« Illm. Sr. Conselheiro Inspector da alfandega.—Concordo inteiramente com o laudo, e por isso sou tambem de voto, que os responsaveis pela falta reclamada são os Srs. Novaes & Passos. Bem sei que houve pouca attenção por parte da alfandega na verificação das marcas das pipas, quer dos Srs. Novaes & Passos, quer do Sr. Antonio Joaquim de Cerqueira; mas tambem reconheço que a semelhança dessas marcas facilitou o engano que se deu e que tem produzido tamanha questão. Ora, tendo esse engano revertido tão sómente em favor dos Srs. Novaes & Passos, conforme se vê das informações e mais papeis juntos a este processo, parece-me de toda a justiça que por esses senhores deve ser indemnizado o prejuizo que soffreu o Sr. Antonio Joaquim de Cerqueira, porquanto aos Srs. Novaes & Passos tambem corria o dever de verificar as marcas dos seus volumes e restituir aquelles que lhes não pertencessem.

« Portanto, refiro-me ao mencionado laudo e por elle dou o meu voto. Rio de Janeiro, 30 de Abril de 1858.— *Manoel Monteiro da Luz.* »

« Esses laudos forão homologados pela seguinte decisão do inspector da alfandega :

« Cumpra-se a decisão arbitral que julga responsaveis os negociantes Novaes & Passos e os condemna a indemnisar ao negociante Antonio Joaquim de Cerqueira da quantia de 2:948\$800, importancia de seis pipas e sete meias ditas com vinho do Porto; julgando, outrosim, os negociantes Novaes & Passos com direito á reclamação que fazem, de uma pipa com vinho, a qual poderão retirar da alfandega d'entre as que ahi existem, e fazem objecto da presente reclamação.

« Passe-se edital para arrematarem-se á porta da alfandega as pipas em questão, cujo producto, depois de deduzidos os direitos e armazenagem que fôrem devidos, caso não baste para perfazer a quantia supra, deverá ser preenchido com o que faltar pelos ditos negociantes Novaes & Passos. Intime-se. Em 5 de Maio de 1858.— *Antonio Eulalio Monteiro.* »

« É, portanto, evidente que o inspector da alfandega, desde o principio, julgou o caso comprehendido no art. 59 do Regulamento das alfandegas de 22 de Junho de 1836. Nem em outro artigo se pôde fundar a sua jurisdicção e o processo arbitral.

« Esse artigo, diz o seguinte: « As faltas, extravios, avarias, e mais prejuizos a que é responsavel o administrador, serão pagos por elle dentro de quinze dias, e não o fazendo neste prazo, o inspector os mandará pagar pelo rendimento da alfandega, e descontar no seu vencimento, ainda no caso de provar quem foi o extraviador, porque essa prova só lhe dará o direito de haver o damno das pessoas contra quem a produzir; e toda e qualquer questão que se mover entre o administrador, e as partes, tanto sobre a obrigação de pagar as faltas, ou avarias, como sobre o valor dellas, será decidido definitivamente por arbitros perante o inspector da alfandega em processo summarissimo, sem mais recurso algum. Os arbitros serão nomeados, um pela parte, e outro pelo administrador, e no caso de discordarem, desempatará um terceiro nomeado pelo inspector. »

« Como bem pondera o conselheiro procurador fiscal, em seu douto parecer, ha incerteza e confusão na applicação pratica

desse artigo, combinado com o Decreto de 31 de Outubro de 1850, e Ordens de 21 de Novembro de 1850, e 14 de Dezembro de 1857.

« Comtudo, esta confusão não prejudica o caso sujeito, sobre o qual sómente têm as secções de interpor parecer, e é fóra de duvida que:

« 1.º O art. 59 do regulamento citado das alfandegas procede exclusivamente no caso de questão de responsabilidade dos empregados das mesmas alfandegas, entre estes e as partes. No respectivo processo sómente podem ser absolvidos ou condemnados os ditos empregados por falta, extravio, etc., pois sómente se trata da responsabilidade dos mesmos.

« 2.º A jurisdição que creá não póde por modo algum condemnar terceiros que não são empregados da repartição, muito principalmente quando, como no caso presente, esses terceiros não são partes contra os outros. Novaes & Passos não dirigirão sua acção ou pedido contra Cerqueira, nem este contra aquelles.

« 3.º O julgamento de que se trata é um julgamento administrativo, e é da essencia do direito administrativo, e dos tribunaes administrativos regular sómente as relações entre a administração, seus agentes, e os particulares, e nunca os direitos e questões dos particulares entre si. Esses direitos são regulados pelo direito civil, e as questões que delles nascem são da exclusiva competencia dos tribunaes civis.

« O conselheiro procurador fiscal reconhece essa doutrina, quando diz em seu parecer:

« Em todo o caso, porém, a responsabilidade sobre que o juizo arbitral deve decidir é de empregados, ou pessoas da repartição, e não de estranhos á repartição. »

« Os laudos dos arbitros e a decisão que os homologou não proferirão um juizo directo, como cumpria na fôrma do regulamento, sobre essa responsabilidade dos empregados.

« Não pronunciarão formalmente nem a sua condemnação, nem a sua absolvição.

« Pronunciarão sobre a responsabilidade de particulares, que ninguem tinha pedido.

« A decisão arbitral, portanto, excedeu as raías da jurisdição administrativa, e entrou pelas da civil.

« Se não havia responsabilidade dos empregados da alfandega, cumpria assim declarar-o, e mais nada. Tinha expirado a competencia administrativa se uma das partes, particular, entendesse que a outra, tambem particular, se havia locupletado com o que era seu, fosse pedil-o e havel-o pelos meios competentes.

« Sendo assim nenhuma complicação teria surgido.

« Proferida a sentença homologatoria, forão intimados Novaes & Passos, por ordem do inspector da alfandega, para indemnizarem Cerqueira, entrando dentro de quinze dias para o cofre da alfandega com a quantia da condemnação. Mas, se não havia responsabilidade da parte da alfandega, se a questão era entre particulares, que tinha que vêr nesta questão o cofre da alfandega; que necessidade tinha o inspector de converter-se em procurador de particulares?

« A alfandega e seus empregados não haviam sido julgados responsaveis por cousa alguma.

« Não entrando Novaes & Passos com o dinheiro para o cofre da alfandega no prazo marcado, affectou o inspector da mesma alfandega o negocio ao ministro da fazenda, rogando-lhe que mandasse pagar a Antonio Joaquim de Cerqueira a quantia em que forão condemnados Novaes & Passos, conforme a ordem n. 132 de 11 de Abril de 1851, § 6.º

« Conformando-se com esse pedido a directoria geral das rendas publicas e a do Contencioso, mandou-se pagar.

« O § 6.º da ordem citada reza assim: « Que com as contas do expediente deverá (o inspector da alfandega) remetter tambem os processos das indemnizações que tiverem de ser feitas ás partes pela verba — capatazias — para serem pagas pelo thesouro; e depois indemnizada a fazenda pelos respectivos empregados, na fórmula do art. 59 do Regulamento de 22 de Junho de 1836. »

« Esta ordem era claramente inapplicavel ao caso em questão:

« 1.º Porque não se tratava de indemnização que houvesse de ser feita ás partes pelas capatazias, mas sim por uma parte a outra parte.

« 2.º Porque essa ordem suppõe a indemnização á fazenda pelos seus empregados, e no caso sujeito a decisão arbitral havia excluído, pelo menos indirectamente, a responsabilidade dos empregados.

« 3.º Porque no regresso da fazenda contra os empregados procede-se administrativamente, e a fazenda não podia proceder contra Novaes & Passos senão judicialmente.

« 4.º Porque aquelle § 6.º não sahe do terreno administrativo, contém-se nos termos do art. 59 do Regulamento das alfandegas, do qual exorbitára a decisão arbitral.

« *Abyssus abyssum invocat.* Satisfeita pela fazenda a responsabilidade de um particular, Novaes & Passos, para com outro particular, Cerqueira, tinha a mesma fazenda de haver do dito Novaes & Passos a quantia que por elle dera.

« Mas, como e por que meio?

« Necessariamente pelo meio judicial e por tres modos :

« 1.º Executando contra Novaes & Passos a sentença arbitral.

« 2.º Procedendo contra elles executivamente.

« 3.º Propondo-lhes uma acção ordinaria, que era o meio mais proprio.

« O primeiro meio era inadmissivel porque a decisão arbitral não condemnára Novaes & Passos a pagar cousa alguma á fazenda. Não empregando esta o meio da execução, reconheceu que a decisão arbitral era para ella um titulo insufficiente, e que não podia ser paga por força dessa decisão.

« Adoptou o segundo meio, procedendo executivamente, fundando a sua intenção na certidão do pagamento que fizera o thesouro a Cerqueira. Este pagamento, porém, fôra fundado na decisão arbitral, e portanto a base do executivo participava de todos os defeitos e achaques da mesma decisão.

« Vindo Novaes & Passos com embargos de materia relevantissima, forão desprezados pelo juiz dos feitos, e condemnados os mesmos Novaes & Passos.

« Appellárão para a relação do districto, a qual proferio o seguinte accórdão :

« Accórdão em Relação, etc. Reformão a sentença para effeito de receber e julgar provados os embargos, e nullo todo o

processo, por não ser á especie dos autos applicavel o executivo da Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3º, não só porque não versa sobre dividas; e contractos fiscaes, para que o thesouro possa vir com a sua intenção, fundada nos seus livros, e contas correntes delles extrahidas, mas porque não se trata de uma execução de sentença liquida, proferida em juizo competente, guardada a ordem do processo, visto que a decisão arbitral, em que o thesoure se funda, não recaho sobre a questão de prejuizos, a que era responsavel o administrador das capatazias, essencial para firmar competentemente a decisão excepcional dos arbitros, decretada pelo art. 59 do Regulamento de 22 de Junho de 1836: as funções dos arbitros, conforme este artigo, limitão-se a decidir se o administrador é obrigado a pagar os generos extraviados da alfandega, e qual o valor, logo, pois, que decidirão: que o empregado não tinha esta obrigação, não podião, sem excesso de poder e usurpação de jurisdicção judicial decidir de pleno, que os appellantes, que reclamão um prejuizo que havião soffrido na alfandega, fossem condemnados a indemnizar o de outro reclamante, a discussão entre estes devia ser na forma e juizo competente.

« Ora, se no caso de ser condemnado o administrador, ainda que se provasse que os appellantes fossem os extraviadores, os arbitros não os podião condemnar, porque essa prova só daria direito ao administrador de haver o damno das pessoas contra quem o produzisse, como é expresso no citado artigo do regulamento; se a isto deveria militar a decisão, quando o administrador tivesse de pagar em 15 dias; se o administrador neste caso não gozaria do privilegio fiscal, mas sim ficaria subrogado nos direitos do prejudicado para indemnizar-se do prejuizo por acção, e no fôro competente; se ainda que em falta do administrador, se fosse condemnado o cofre da alfandega a indemnizar o prejuizo, o thesouro não teria a via executiva contra terceira pessoa, como são os appellantes, convertendo em fiscal uma divida que não o era em sua origem, mas sim descontaria no vencimento do administrador, como é expresso no referido artigo, e no § 6º, da Ordem

n. 132 de 11 de Abril de 1851 contraproducentemente citado por parte do thesouro, ficando sempre salva a subrogação do direito ao administrador, e a defesa de terceiro a quem elle pedisse a indemnização; é a todas as luzes manifesto, que os arbitros, absolvendo o administrador, não podião passar a condemnação immediata aos appellantes por não poderem ampliar o compromisso, e que ao thesouro só compete e contra os appellantes a acção que competiria ao reclamante que foi attendido, ou ao administrador se fosse condemnado, e subrogado no direito do reclamante, ainda que ella lhe fosse adjudicada em alguma execução fiscal, e nunca mudar a natureza da mesma acção, segundo a sua origem. Portanto, ficando de nenhum effeito a penhora com todo o processo, mandão se passe mandado de levantamento da quantia penhorada, a favor dos appellantes, e condemnão a appellada nas custas. Rio, 22 de Novembro de 1859.— *Queiroz*.— *P. Araujo Soares*.— *Pinto Chichorro*.— *Marianni*.— *Travassos*.— *J. M. A. Camara*. Fui presente, e protesto usar do recurso de revista, *F. G. de Campos*.»

« A Relação considerou, portanto, exorbitante a decisão arbitral, e na verdade o é, como ficou demonstrado, e reconhece o conselheiro procurador fiscal, quando diz em seu parecer:

« Conformo-me, pois, inteiramente com as razões do accórdão da relação, na parte em que considera exorbitante a decisão arbitral. »

« Não obstante accrescenta o mesmo conselheiro:

« Entendo que o Tribunal da Relação podia julgar que não era competente o meio executivo, porquanto é questão se o privilegio fiscal para a cobrança das dividas se limita aos direitos reaes, impostos, alcances, etc., de origem propriamente fiscal, ou se estende a quaesquer outras dividas, provenientes de contracto, ou quasi contracto, delicto ou quasi delicto. Estava isso em suas attribuições.

« Apreciar, porém, a decisão da alfandega, parece-me que não era da sua competencia.

« Mas, o pagamento feito pelo thesouro a Cerqueira, cuja

certidão era a base do executivo, está tão ligado com a sentença arbitral, que impossivel é apreciar uma cousa sem outra.

« Na parte dispositiva, que é a principal, e pela qual se faz obra, o accórdão limitou-se a julgar conforme o pedido na conclusão dos embargos, isto é, a julgar de nenhum effeito a penhora com todo o processo e a mandar passar mandado de levantamento da quantia penhorada.

« O processo que o accórdão julgou nullo é o processo judicial, e não o administrativo. Desfez a penhora que era acto judicial, praticado, não em virtude da decisão arbitral, mas da certidão do pagamento pelo thesouro.

« Assim, o accórdão não atacou nem desfez acto algum administrativo, não invadio a jurisdição administrativa.

« Não se tratava, pois, da execução da sentença arbitral, nem se podia tratar pela fazenda. A execução sómente pôde ser requerida pela parte vencedora, sómente pôde dar-se entre a parte vencedora e a vencida. Ora, a fazenda não fôra pela sentença arbitral nem vencedora nem vencida. Nem se podia subrogar pelo acto proprio e unico do pagamento, porque o regulamento sómente admitte a subrogação quando, condemnados os empregados da alfandega, esta paga por elles.

« Não ha duvida que (como diz o conselheiro procurador fiscal, citando as palavras de Chauveau Adolphe) a autoridade judicial deve respeitar as decisões da autoridade administrativa ainda quando incompetentemente proferidas.

« Mas qual é a decisão administrativa que a relação annulou ou atacou?

« A decisão arbitral? Não.

« O que diz a sentença de homologação? Diz: « Cumpra-se a decisão arbitral que julga responsaveis os negociantes Novaes & Passos, e os condemna a indemnizar ao negociante Antonio Joaquim de Cerqueira da quantia, etc. »

« As sentenças sómente firmão direito entre as partes, e não para terceiros não mencionados nellas.

« Da decisão arbitral não resulta direito á fazenda de penhorar a quem quer que seja.

« Em que, pois, pôde o accórdão ir de encontro á decisão

arbitral? Em não dar á fazenda um direito, que a mesma decisão arbitral lhe não dá, pois nem sequer falla nella?

« Do accórdão da relação foi interposto recurso de revista, proferindo o Tribunal Supremo o accórdão seguinte :

« Vistos, etc. concedem a mesma pela injustiça notoria della, porquanto, tendo sido regular e competentemente absolvido o administrador das capatazias da alfandega desta côrte, e o conferente que assistio ao despacho, e reconhecidos os recorrentes como unicos responsaveis pelas pipas, que, pertencentes a Antonio Joaquim de Cerqueira, forão por elles tiradas, embora pela muita semelhança das marcas, daquella estação fiscal, em lugar das que tinham suas, segundo está demonstrado pelo juizo arbitral e pela homologação e nenhuma opposição ou representação, que aliás lhes era livre, tendo elles em qualquer tempo feito, mostrando-se assim convictos e não havendo demais satisfeito os dous contos novecentos quarenta e oito mil e oitocentos réis, a cujo pagamento estavam rigorosamente adstrictos, forçoso foi que o recorrente, por decóro de tal repartição, e mesmo em analogia com o caso previsto no § 6º da Ordem de 11 de Abril de 1851, embolsasse aquelle Cerqueira e o subrogasse, e como credora de divida fiscal, por isso que fiscal foi todo o procedimento havido, e a verificação da responsabilidade dos recorrentes por quantia certa arbitrada.

« Em tal qualidade, sendo curial o processo e competente o juizo para a execução a que se oppuzerão os embargos, cumpria que o accórdão só se tivesse occupado de julgar sobre a precedencia ou não delles, quando oppostos á penhora judicial, consequente da carta, tendo em vista os §§ 5º, 6º e 9º da Lei de 22 de Dezembro de 1761, corroborados pelo art. 91 da Lei de 4 de Outubro de 1831, e não cassasse, como fez, a indicada penhora, necessaria consequencia das leis citadas.»

« Por virtude deste accórdão, que confunde a questão administrativa com a judicial, que parece haver abstrahido da hypothese tal qual acaba de ser exposta, e que funda a subrogação da fazenda no decóro da repartição da alfandega, e essa analogia do caso presente com o previsto no § 6º da Ordem

de 11 de Abril de 1856, pende ainda a questão de decisão da relação revisora.

« Parece, portanto, ás secções que cumpre aguardar essa decisão.

« Não suspendendo, porém, a revista a execução do accórdão da relação, conforme a lei, foi pedido e passado mandado de levantamento contra o thesouro.

« Porém, observa o conselheiro procurador fiscal, se a importância desse mandado fôr paga sem fiança, fica a fazenda sem garantia alguma, tendo aliás, note-se, de propôr nova acção de indemnização, se a relação revisora se conformar com o julgado da relação da côrte. »

« A legislação e a pratica em vigor sómente exigem a fiança para a entrega da cousa pedida ou do preço da arrematação, quando pendem embargos ou appellação.

« Quando essa legislação e pratica forão estabelecidas não era conhecida a revista da lei de 11 de Setembro de 1828. Nenhuma legislação ou pratica ampliou depois aquella ao novo recurso creado.

« E com razão. É preciso pôr um termo á procrastinação da execução dos julgados e dar o devido peso á presumpção forte de que é justa e legal a decisão, que prevalece em um caso debatido em duas instancias.

« O mesmo conselheiro procurador fiscal reconhece que esta opinião é a mais exacta e cita uma ordem do thesouro, de 25 de Setembro de 1844, que mandou pagar uma divida, não obstante o recurso de revista, pelo motivo de que esta não suspendia a execução da sentença.

« São, portanto, as secções de parecer que deve ser cumprido o precatorio e levantado o dinheiro independente de fiança.

« As secções não podem conformar-se com o alvitro lembrado pelo conselheiro procurador fiscal, quando diz: « Nestes termos offerece-se, talvez, um meio, convém a saber: sequestrar-se por parte do thesouro a quantia constante do precatorio, logo que fôr mandado pagar a Novaes & Passos, para propôr-se a acção competente com segurança de effectividade do julgado, etc. »

« Mas o sequestro é propriamente um deposito judicial, e nisso differe do embargo.

« A fiança não tem logar no caso sujeito. Como ha de ter logar o sequestro ou deposito que é medida ainda mais vexatoria?

« Novaes & Passos depositarão a quantia que foi penhorada pela fazenda.

« O accórdão da relação mandou levantar a penhora e entregar o deposito.

« E o art. 7º da lei de 18 de Setembro de 1828 diz: « As revistas não suspendem a execução das sentenças, excepto nas causas crimes, quando é imposta a pena de morte natural, degredo ou galés. »

« Qual seria o effeito do sequestro? Impedir a execução dessa lei. É, portanto, inadmissivel.

« Nem tudo o que póde convir á fazenda é justo e legal.

« Como um ramo da administração deve ser a primeira a dar perante os tribunaes o exemplo da moderação e do respeito ás leis, muito principalmente em questões como esta, na qual os seus proprios agentes crearão todas estas complicações.

« Sobre o levantar a fazenda conflicto, entendem as secções que não póde ter isso logar.

« Dá-se conflicto, segundo o art. 24 do Reg. de 5 de Fevereiro de 1842, quando uma autoridade judiciaria está effectivamente conhecendo de algum objecto administrativo.

« De que está conhecendo a autoridade judiciaria? Do pedido da propria fazenda, feito pelo seu proprio procurador constante do seu requerimento inicial de acção executiva, que diz assim: « Illm. Sr. Dr. juiz dos feitos.—Diz a fazenda nacional, por seu procurador, que Novaes & Passos são devedores á mesma da quantia de 2:940\$800, constante da certidão junta n. 1866, remettida á procuradoria de fazenda, para promover a cobrança executivamente; por isso pede a V. S. se digne mandar passar mandado de intimação e penhora pela referida quantia e custas afinal. »

« A essa penhora vierão Novaes & Passos com embargos, cuja conclusão é que seja a mesma penhora julgada improcedente e consequentemente levantada.

« A decisão do poder judiciario não pôde recahir senão sobre um desses dous pedidos. Não pôde ir além.

« Se o poder judiciario é competente ara o pedido da fazenda, mandar proceder á penhora, é competente para mandar levantar-a. Aliás seria um cego instrumento ou um méro executor.

« Mas nem sequer se trata de execução, porque a fazenda não se apresenta executando a decisão arbitral. Funda-se em um pagamento que fez a Cerqueira, e que, conforme a decisão arbitral, devia ter sido feito ao dito Cerqueira por Novaes & Passos.

« Não se pede a nullidade da decisão arbitral.

« A sentença do poder judiciario não a declara nulla.

« E quando o pudesse fazer, para que, se essa decisão está morta?

« Condemnou ella Novaes & Passos a indemnizarem Cerqueira. Cerqueira está indemnizado. Pelo texto e força da sentença é Cerqueira o unico exequente e não tem mais que executar.

« Mas discute-se a decisão arbitral, aprecia-se o processo administrativo! Os conflictos, porém, não se levantão pelas razões boas ou más dadas na discussão, e sim pelas tendencias e fins das acções.

« Se as decisões havidas concluíssem annullando a decisão arbitral e o processo administrativo, se essa nullidade fosse pedida, haveria invasão do administrativo pelo judiciario.

« Houve pelo contrario invasão no judiciario pelo administrativo na decisão arbitral, porém podem, na hypothese em questão, os tribunaes judicarios decidir o caso que lhes foi sujeito pela propria fazenda, sem sahir dos limites da sua jurisdição.

« O art. 59 do regulamento das alfandegas veda todo e qualquer recurso.

« Se o houvesse, a 2ª instancia teria reduzido a decisão arbitral aos termos administrativos; cessaria a causa das complicações que têm apparecido, e não se prolongaria esta emmaranhada discussão pelo espaço de quatro annos e meio, devendo ser summarissima.

« É este o parecer das secções.

« Vossa Magestade Imperial, porém, resolverá o mais acertado.

Sala das conferencias, em 30 de Janeiro de 1861.— *Visconde do Uruguay*.— *Visconde de Maranguape*.— *Euzébio de Queiroz Coutinho Mattoso Camara*.— *Visconde de Itaboraahy*.— *Marquez de Abrantes*.— *Visconde de Jequitinhonha*.

RESOLUÇÃO.

Como parece. (*)

Paço, em 17 de Abril de 1861.

Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador.

José Maria da Silva Paranhos. »

XI.

O exemplo citado com relação a Monteiro Irmão & Castilho também não nos parece muito applicavel, visto que, além de ter reinado grande confusão e anarchia em todo o processado, se julgou contra direito expresso, contra os principios consignados na Consulta de 17 de Abril de 1861.

Monteiro Irmão & Castilho despacharão na Alfandega da Corte uma quantidade de kerosene, o despacho seguiu todos os turnos prescriptos pelo Regulamento de 19 de Setembro de 1860, a mercadoria teve livre despacho. Decorridos alguns mezes e já tendo a mercadoria entrado em consumo, procedeu-se a uma confrontação do manifesto, e só por meio desta confrontação julgou-se ter havido differença para mais no despacho, que os direitos dessa differença importavam em 22:075\$340, sendo, portanto, considerado contrabando e os seus autores sujeitos a um processo criminal.

(*) Aviso n. 193 de 26 de Abril de 1861, na Collecção das leis.

Tendo sido tambem intentado o processo executivo e procedida á penhora, oppuzerão-se os executados, allegando a nullidade da acção intentada nos termos dos arts. 607 e 162 do Regulamento de 19 de Setembro de 1860, e que, em vista da expressa e litteral disposição destes artigos, a Fazenda Publica é incompetente e não tem acção directa contra os executados, mas sómente contra o seu empregado, sendo que só este é competente para demandar a mesma parte.

Não temos sciencia do que occorreu ácerca do facto do que se trata; apenas conhecemos as bem elaboradas razões apresentadas por parte dos executados pelo seu douto advogado o Sr. conselheiro Nabuco, e nem tão pouco sabemos qual o procedimento dos agentes da Fazenda em vista dos accórdãos de 31 de Março e de 25 de Agosto de 1858, citados na Consulta de 30 de Novembro de 1872.

A especie de que se trata se acha prevista na Consulta de 17 de Abril de 1861, já citada e transcripta, e assim parece-nos que o Poder Judiciario, apreciando a decisão administrativa proceden incompetentemente, atacou e desfez uma decisão administrativa e invadio a jurisdição alheia. Não nos consta que os executados interpuzessem recurso para os tribunaes administrativos, e para maior clareza passamos a transcrever as razões apresentadas por parte dos executados ácerca de tão importante questão, em que, com pezar o digo, os agentes da administração creárão todas as complicações.

Apezar das irregularidades praticadas e dizer-se que nem tudo o que convém á Fazenda é justo e legal, diremos que nada autorisa a confundir-se a questão administrativa com a judicial, visto que, se a um processo civil ou criminal apparecerem duvidas sobre o sentido e significação de um acto administrativo, a justiça não póde interpretal-o, deve este incidente ser remettido á administração para ella propria o resolver, porque, como diz Chauveau: « A autoridade judicial deve respeitar as decisões da autoridade administrativa, ainda quando incompetentemente proferidas. »

Vejamos agora o memorial apresentado, onde se encontram as principaes peças do processo e a respectiva analyse feita pelo

douto advogado de Monteiro Irmão & Castilho, unico meio de bem apreciar-se a questão, e se ella pôde ser invocada como aresto, como entende o relator da Consulta de 30 de Novembro, já citada.

MEMORIAL.

« Os appellantes offerecem aos seus dignos juizes impressas e colligidas neste folheto:

1.º As suas razões de appellação;

2.º A sentença do Juizo dos Feitos com analyse de seus fundamentos em notas respectivas a cada um delles;

e,

confiados na illustração e integridade dos mesmos juizes, esperão a reforma da sentença appellada, e que seja julgada improcedente a acção proposta contra elles pela Fazenda Publica.

Razões de appellação.

« Se o Poder Judiciario é competente para a pedido
« da Fazenda mandar proceder á penhora, é competente
« para mandar levantá-la. ALLÁS SERIA UM CEGO
« INSTRUMENTO OU UM MERO EXECUTOR. »

« Estas palavras constão da Resolução de Consulta das secções reunidas de Fazenda e Justiça do Conselho de Estado (de 17 de Abril de 1861), Consulta de que foi relator o fallecido visconde de Uruguay, jurisconsulto amestrado no Direito Administrativo, e assignada dita Consulta pelos Conselheiros de Estado, visconde de Maranguape, Euzebio de Queiroz, visconde de Itaboraahy, marquez de Abrantes, visconde de Jequitinhonha.

« Esta Consulta teve por objecto uma reclamação do Thesouro Publico contra um accórdão da Relação da Côrte de 22 de Novembro de 1859, proferido pelos dignos desembargadores Araujo Soares, Pinto Chichorro, Marianni, Travassos, Camara, julgando improcedente um executivo da Fazenda Publica

contra Novaes & Passos pela indemnização de generos extraviados da Alfandega.

« Esses eminentes Conselheiros de Estado, aliás in-suspeitos, porque pertenciam ao Poder Administrativo, esses digno Desembargadores, zelosos da dignidade do Poder Judiciario; todos repellirão a doutrina reproduzida hoje pelo juiz a *quo*, segundo a qual—qualquer certidão de divida da Fazenda Publica constitue cousa julgada, é presumpção *juris de jure*, contra a qual nenhuma prova é admissivel senão a paga ou quitação, contra a qual não resta ao Poder Judiciario outro arbitrio senão — obedecer.

« Antes de discutir a materia de direito, exporemos succintamente o facto, do qual proveio este processo.

O FACTO.

« Os appellantes despacharão na Alfandega da Córte uma quantidade de kerosene: o despacho seguiu todos os turnos, que o Regulamento prescreve, a mercadoria sahio livremente por entre os muitos empregados que no mesmo despacho intervierão.

« Decorridos muitos mezes depois que a mercadoria entrou em consumo, por desconfiança ou malevolencia, procedeu-se a uma confrontação do manifesto, e só por meio desta confrontação sem outra prova *aliunde*, declarou-se que houvera differença para mais no dito despacho, e que os direitos dessa differença importavam em 22 073\$340.

« Este facto foi considerado pelo officio de 21 de Novembro de 1866 do Conselheiro Antão como contrabando e os appellantes sujeitos a um processo criminal.

« Os appellantes defenderão-se, allegando:

1.º

« Que, quando o facto se dêsse, não havia senão uma differença para mais entre a nota do despacho e a mercadoria despachada; facto previsto pelo art. 553 do Regulamento.

2.º

« Que, a essa differença — *para mais* —, se fosse achada na conferencia do despacho (art. 553), ou na conferencia da sahida (art. 598), sómente seria imposta a multa que ditos artigos impoem.

3.º

« Que, se, presente a mercadoria na Alfandega, a diferença *para mais* não seria senão uma simples fraude, punida pelos citados artigos; só pela circumstancia de ter sahido a mercadoria, o facto não mudava de natureza, a diferença *para mais* não podia ser elevada á categoria de um crime.

4.º

« Que o facto de ter sahido a mercadoria da Alfandega era mais favoravel que aggravante, porque ficava destruida a prova real resultante da sua inspecção, destruida toda a possibilidade do corpo de delicto e arriscado o commerciante o mais honrado ás incertezas de um processo criminal todo baseado em conjecturas arbitrarías.

5.º

« Que, no caso de diferença *para mais*, achada depois de despachadas e saídas as mercadorias da Alfandega, não havia senão a responsabilidade civil nos termos que o art. 607 do Regulamento prescreve.

6.º

« Que a qualificação de contrabando era absurda, errada e injusta,

porquanto,

o contrabando não é uma simples fraude, porém a maxima das fraudes em materia fiscal, tendo por elemento essencial — a subtracção ou descaminho da mercadoria.

7.º

« Que esse elemento é o que characterisa os factos referidos no art. 742, § 3º do Regulamento, e por semelhança os factos seguintes e previstos pelos arts. 553, § 1º, 556 e 557.

« Assim quando se dá diferença para menos, se nesta diferença se revela a subtracção ou descaminho das mercadorias que faltão.

« Assim quando entre as mercadorias despachadas se achão

outras superiores ou de especie differente como escondidas para se subtrahirem aos direitos.

« Assim quando se encontrão no volume em despacho mercadorias em fundo falso ou dobrado.

8.º

« Que seria injustiça atroz, repugnante á justa proporção das penas, equiparar a differença para mais, que é a fraude mais leve na escala das fraudes previstas pelo Regulamento, com a subtracção e descaminho da mercadoria (art. 742) e com os factos semelhantes de subtracção referidos nos arts. 553, § 1º, 556 e 557.

9.º

« Que nunca jámais se poderia considerar como subtrahida ou descaminhada a mercadoria manifestada, despachada e sahida da Alfandega mediante as fórmulas prescriptas pelo Regulamento.

10.º

« Que não estava provada a supposta differença para mais senão pelo manifesto e só pelo manifesto, o qual sem outra prova *aliunde* não se podia contrapôr ao *visum et repertum* dos empregados, que fizerão a conferencia.

11.º

« Que autorisar os despachos das mercadorias por via das notas das partes, reconhecendo-se implicitamente como defectivos ou falliveis os manifestos para base dos mesmos despachos, e ao depois julgar habeis esses manifestos para por elles e só por elles, sem outras provas *aliunde*, decidir-se que houve differença para mais entre as notas e as mercadorias que já tinham sahido da Alfandega, era armar uma traição ao commercio confiado nos despachos da Alfandega, na inspecção ocular dos prepostos do governo.

12.º

« Mostrárão os appellantes com o documento n. 1 como são falliveis os manifestos, sendo que do mesmo documento consta:

« Que despacharão-se oito caixas de chá com o peso liquido de 376 libras, quando aliás o manifesto mencionava 100 libras por cada uma caixa, ou 800 por todas. »

13.º

« Mostrarão os appellantes com o documento n. 2 como são falliveis os manifestos do kerosene, porque pôde dar-se grande derramamento delle, sendo que deste documento consta:

« Que despacharão-se 98 caixas de kerosene, verificando-se na conferencia que havia entre ellas 17 caixas litteralmente vazias. »

14.º

« Mostrarão os appellantes com o documento n. 3 como podem ser falliveis os manifestos, sendo que deste documento, que é uma informação do Stereometra da Alfandega, consta:

« Que a relação do galão do kerosene não é sempre de 6 1/2 libras, mas varia conforme a sua densidade. »

« Em vista dessa defesa e de outras considerações adduzidas pelo digno juiz, ficarão os appellantes livres do processo criminal. (Documento junto).

« Por outro lado, e como mostra o documento fls. 60, os empregados da Alfandega responsabilizados criminalmente foram absolvidos, e o Thesouro não procedeu mais contra elles.

« Pensavão e devião pensar os appellantes que estavam a abrigo de qualquer procedimento judicial.

« Não foi assim.

« Contra elles foi decretado o executivo fls. 30, em virtude do qual se procedeu á penhora fls. 30 v.

« Oppuzerão-se os appellantes, allegando em sua defesa a nullidade desse procedimento á face do art. 607 do Regulamento das Alfandegas, que diz assim:

ART. 607.

« Se, depois de pagos os direitos e mais rendimentos e de haver-se dado sahida ás mercadorias, se reconhecer—em qualquer

hypothese—que houve erro no despacho, e fôr elle contra a Fazenda Nacional, e a parte se recusar a indemnizal-o

proceder-se-ha

na fôrma

do

Art. 162, n. 4. »

Eis-ahi.

ART. 162, N. 4.

« Os empregados das Alfandegas e Mesas de Rendas são responsaveis :

« Por qualquer erro de calculo ou redução contra a Fazenda Nacional — ficando subrogados no direito da mesma Fazenda contra a parte que recusar satisfazer o prejuizo do mesmo erro. »

« Assim que, á vista da expressa e litteral disposição dos citados artigos, a Fazenda Publica é incompetente e não tem acção directa contra a parte, mas sómente contra o seu empregado, sendo que só este é competente para demandar a mesma parte.

« Esta defesa foi repellida pela sentença appellada, fundando-se em uma deploravel confusão de idéas:

« Esses artigos não são applicaveis, porque referem-se a erro de calculo no despacho! »

« Pensando servir á Fazenda Publica, o Juiz prejudica os seus interesses, entendendo o artigo por esse modo restrictivo.

« Sem duvida o Juiz não leu o artigo, porque aliás teria visto a clausula generica que contém — em qualquer hypothese —

Eis-ahi:

« se reconhecer — em qualquer hypothese — que houve erro « no despacho. »

— Em qualquer hypothese — não quer dizer senão que qualquer que seja a causa do erro, ou provenha elle da quantidade ou qualidade, etc.

« O erro neste caso não é causa, é o effeito.

« Essa clausula generica de que o artigo usa, importa a bem

da Fazenda Publica o favor que se nega ás partes no artigo antecedente.

« Com effeito o art. 606 declara — que, depois de sahidas as mercadorias da Alfandega, as partes não podem reclamar contra o erro proveniente da quantidade ou qualidade dellas, mas só por erro proveniente de calculo de direitos, taxa incompetente, etc.

« No art. 607 declara, porém, o Regulamento em favor da Fazenda Publica que — em qualquer hypothese — isto é, ou de quantidade, ou de qualidade ou outra, tem logar a indemnização da Fazenda Publica.

« Sendo, portanto, o caso de que se trata um erro por differença de quantidade, o art. 607 é applicavel.

« Se o art. 607 é, como o art. 606, limitado só ao erro proveniente do calculo, então ainda melhor é a condição dos appellantes.

« A consequencia desse erro crasso do Juiz é que a Fazenda Publica não tem direito de exigir dos appellantes indemnização alguma pelas mercadorias, que já forão despachadas e sahirão da Alfandega, porquanto, não é erro de calculo, mas differença de quantidade, e só o erro de calculo é que determina a indemnização.

« Não queremos ser — desleaes —, entendemos que a Fazenda Publica tem direito á indemnização depois de sahidas as mercadorias, ou o erro provenha da quantidade ou de qualidade, ou só do calculo dos direitos de quantidades e qualidades verdadeiras.

« O que dizemos, porém, é que a Fazenda Publica, conforme o art. 607 combinado com o art. 162 § 4º, não póde exigir essa indemnização dos appellantes, mas dos seus prepostos, tendo estes direito regressivo contra os appellantes.

« Quererá, porém, dizer o Juiz que o art. 607 não é applicavel ás indemnizações provenientes dos delictos de subtracção de mercadorias (contrabando), e que é de tal indemnização que se trata?

« Assim parece deduzir-se das expressões — direitos subtrahidos — de que a sentença se serve.

« Assim tambem resulta de algumas proposições vagas, que se achão no parecer do illustrado Procurador dos Feitos, a cujos preceitos o Juiz obedece e deve obedecer, attenta a missão do Juizo dos Feitos que não é — julgar — mas só executar!!

« Contra essa intelligencia protesta, porém, a clausula generica do art. 607 — em qualquer hypothese.

« Todavia, accitamos a questão por esta face, que ainda nos é mais favoravel.

« Com effeito, se a indemnização se funda no delicto da subtracção; mas, se os appellantes forão d'elle absolvidos, tal indemnização é absolutamente infundada.

« Eis-ahi.

ART. 68.

LEI DE 3 DE DEZEMBRO.

« A indemnização em todos os casos será pedida por acção civil....

« Não se poderá questionar mais sobre a existencia do facto, e sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime. »

« A influencia da decisão criminal sobre a acção civil está tambem consagrada pela jurisprudencia em França, onde aliás a lei não é expressa como entre nós.

« Eis-ahi os trechos de um aresto da Còrte de Cassação, sendo presidente o illustre Troplong.

« Attendendo que a decisão criminal, mesmo ausente a parte offendida, tem — *adversus omnes* — autoridade de cousa julgada, quando affirma ou nega claramente a existencia do facto, que é a base commum de uma e de outra acção ou a participação do individuo nesse facto; que o ministerio publico, procedendo no interesse geral da sociedade, representa por esse titulo a parte lesada na que diz respeito á verificação do facto, que produz simultaneamente as duas acções criminal e civil; que a ordem social soffreria muito com um antagonismo, cujo resultado seria pôr em duvida a innocencia declarada pela

justiça criminal: attendendo que a cousa julgada no crime, pelo que diz respeito á não existencia do facto gerador das duas acções, e não participação do prevenido, tem uma influencia suprema sobre a sorte da acção civil; que a independencia da acção civil não é cabivel, senão quando a declaração da não culpabilidade não exclue necessariamente a idéa de algum facto, pelo qual o prevenido seja obrigado para com a parte civil de tal sorte que a pesquisa ou a prova desse facto não induza contradicção entre o que foi julgado no crime, e deve ser julgado no civil, etc.

« O dilemma não tem réplica; ou a indemnização é por virtude de — quasi delicto — e então a Fazenda Publica não tem acção directa contra os appellantes, mas só contra os seus prepostos (art. 607 do Regulamento das Alfandegas), ou a indemnização é do supposto delicto de contrabando, e então está ella perempta, porque o processo desse crime foi julgado improcedente no Juizo Criminal. (Art. 68 da Lei de 3 de Dezembro de 1841.) »

« Entende, porém, o Juiz que estas excepções não podem ser oppostas, porque é exclusiva e legitima a competencia da autoridade administrativa para decidir sobre os impostos de importação, e por consequencia manifesta a jurisdicção administrativa para decidir neste caso. (Art. 3.º § 1.º do Decreto de 1843, 1859.) »

« Sem duvida os appellantes não negão a competencia administrativa sobre os direitos de importação.

« O que dizemos é que não se trata do imposto e de algumas das respectivas operações, mas da indemnização de um delicto ou quasi delicto; que posto o delicto ou quasi delicto tenham por objecto o imposto, este não tem character administrativo, mas refere-se ao direito penal, que é uma das legitimas extremas do Direito Administrativo. (Laferrieri).

« O contrabando tem por objecto o imposto, mas haverá quem diga que o contrabando é materia administrativa?

« Será quando em flagrante (*par déclassement*), mas não neste caso em que não houve flagrante.

« O que dizemos em ultima analyse, e concedendo que a

decretação da indemnização proveniente do delicto ou quasi delicto dos particulares contra o Estado compete á autoridade administrativa, é que isto não obsta á nossa defesa; porque ao Poder Judiciario e não ao Poder Administrativo compete decidir as nullidades oppostas ás acções intentadas em Juizo pela Fazenda Publica contra o cidadão.

« Assim, 1º, a nullidade deste executivo por divida proveniente do delicto ou quasi delicto. (Lei de 22 de Dezembro de 1761.)

« Assim, 2º, a nullidade desta acção directa da Fazenda Publica contra os appellantes. (Art. 607 do Regulamento das Alfandegas.)

« Assim, 3º, a nullidade desta acção para indemnização de um delicto de que os appellantes forão absolvidos. (Art. 68, Lei de 3 de Dezembro de 1841.)

« Estas questões não podem pertencer á jurisdicção administrativa sem quebra da dignidade do Poder Judiciario.

« Na França, aonde o Contencioso Administrativo está bem regulado pela doutrina e jurisprudencia; lá essas questões pertencem ao Poder Judiciario.

« Assim ensina Dalloz.

« Eis-ahi:

« Que lorsque les poursuites exercées par le trésor pour le recouvrement de l'impôt donnent lieu à des contestations au sujet soit de la régularité même de ces poursuites, soit de la propriété des valeurs, etc., c'est aux tribunaux et non à l'autorité administrative qu'il appartient de connaître, etc.

« (Veja-se Dalloz, *Impôts directs*, art. 653 e seguintes.)

« Eis-ahi:

« Attendu que si la législation a soustrait, comme on ne peut en douter, les actes administratifs de la compétence des pouvoirs judiciaires, et n'est personne cependant qui ne doive convenir que cette disposition est restreinte aux actes seuls, et que sans doute, elle n'embrasse pas — les formes de

l'exécution judiciaire—de ces mêmes acts envers ceux qu'ils concernent, etc. » (Aresto da Corte de Cassação, 5 de Junho de 1832.)

« Fomos além da França, considerando como materia da Jurisdicção Administrativa todos os impostos, quando lá são sómente os impostos directos: ainda mais do que a França queremos que pertenção á Jurisdicção Administrativa as questões suscitadas sobre a competencia e nullidade das acções judiciaes!!!

« Quem muito quer, tudo perde.

« Não é possível que os Tribunaes abduquem tudo, jurisdicção e dignidade, faltando á protecção natural que elles devem aos seus justicaveis.

« Nos embargos fls. 49 e allegações fls. 75 demonstrámos com as autoridades de Pegas, Moraes, Lobão e com accórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, aonde a lei é a mesma, que a Ord. Liv. 2º, Tit. 52 e Alvará de 22 de Dezembro de 1761 não estabelecião a favor da Fazenda Publica uma presumpção *juris et jure*; que em todo caso não podião deixar de ser admissiveis as questões de nullidade da acção proposta em que nos fundamos, contra a penhora fls. 30 v.

« Repetimos:

« Se o Poder Judiciario é competente para a pedido da
«Fazenda Publica mandar proceder á penhora, é competente para mandar levantá-la. Aliás seria um cego instrumento ou um mero executor. »

« Confiamos na illustração e integridade deste Sapientissimo Tribunal, que, certo pelo que allegamos e pelo muito que supprir, julgará improcedente a penhora fls. 3.

Justiça
e
C.

Conselheiro *José Thomaz Nabuco de Araújo.* »

Sentença.

« Sem embargos dos de fls. 49 sustento a sentença embargada a fls. 45 v., pelos seus fundamentos que subsistem, porquanto a legitimidade e exclusiva competencia da autoridade administrativa para proferir a decisão de fls. 45, visto tratar-se da execução do Regulamento das Alfândegas sobre direitos de importação, e que é da manifesta alçada da jurisdição administrativa (art. 3º, § 1º do Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859) (1); quer quanto ao privilegio legal executivo da certidão de divida a fls. 33, visto que sendo extrahida á vista do livro de manifestos da Alfandega, donde consta o devedor e *quantum* da divida e sua origem fiscal, entre a Fazenda com sua intenção fundada de *facto* e de *direito*, á qual só póde ser opposta quitação ou paga. (Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3º, §§ 5º e 9º e Alvará de 16 de Dezembro de 1774, § 4º (2).

« Não procedem as allegações de incompetencia da acção proposta directamente pela Fazenda Publica contra os embargantes, fundada nos arts. 607 e 162 n. 4 do Regulamento das Alfandegas de 19 de Setembro de 1860, e da perempção do direito do Estado, fundada na sentença de absolvição de fls. 71; a 1ª porque os RR. accionados são os donos das mercadorias, cujos direitos de importação forão subtrahidos, com ou sem culpa do empregado da Alfandega, e, portanto, obrigados para com a Fazenda Publica, não sendo applicaveis á especie os arts. 607 e 162 n. 4., que referem-se a *erro de calculo* no despacho (3); e a 2ª porque os RR. embargantes não figurão na sentença de fls. 71, que os não absolveu, nem podia absolver do pagamento dos impostos subtrahidos, cuja cobrança se promove (4).

« Desprezados, portanto, os embargos de fls. 49, subsista a sentença embargada, pagas pelos embargantes as custas.

« Rio de Janeiro, em 13 de Agosto de 1867.— José Caetano de Andrade Pinto. »

Notas á sentença.

N. 1.

« Concedamos que a competencia administrativa em materia de impostos chega, por virtude do Decreto citado, até o ponto de poder a autoridade administrativa condemnar o cidadão a uma indemnização do delicto ou quasi delicto, só porque esse delicto ou quasi delicto se refere ao imposto; isto não importa á nossa defesa, que se funda nas seguintes excepções ou questões prejudiciaes, relativas á acção judicial, as quaes são da competencia do Poder Judicial, como demonstrámos nas razões de appellação, com a doutrina e jurisprudencia da França, donde traduzimos o nosso direito administrativo ainda novel e não educado.

« 1.º Incompetencia da via executiva por uma divida proveniente do delicto ou quasi delicto. (Lei 22 de Dezembro de 1761.)

« 2.º Incompetencia da acção directa da Fazenda Publica contra os appellantes á face do art. 607 do Regulamento das Alfandegas.

« 3.º Perempção da acção de indemnização proveniente de um delicto, que, por sentença criminal passada em julgado, foi declarado não ter existido. (Art. 68 da Lei de 3 de Dezembro de 1841.)

« Certo, se a incompetencia, a nullidade e a prescripção das acções judiciaes fossem questões administrativas, não havia mais Poder Judiciario. »

N. 2.

« Este fundamento da sentença revela a falta de conhecimento da materia.

« Com effeito, o livro dos manifestos, que não é senão a encadernação dos mesmos manifestos, só contém além delles o lançamento dos despachos. (Instrução 79 de 22 de Março de 1864.)

« E, pois, desse livro não consta senão o *quantum*, que resultou do calculo do despacho (art. 582 do Regulamento das Alfandegas); *quantum* que os appellantes pagarão e sem cujo pagamento não podião ter sahido as mercadorias.

« Assim que o *quantum*, que faz objecto deste executivo, não foi extrahido dos livros; mas arbitrado sobre a quantidade das mercadorias, constante dos manifestos, quantidade desmentida pelo despacho das mesmas mercadorias, isto é, pela conferencia e inspecção ocular dos prepostos da Fazenda Publica.

« Entre a quantidade que o manifesto diz, e a quantidade que a inspecção ocular verificou, qual a verdadeira? Sem duvida aquella que foi verificada: a quantidade do manifesto é uma presumpção que cede ao facto da inspecção ocular: seria preciso que viesse uma prova *aliunde* decidir em caso de duvida entre a quantidade do manifesto e a quantidade verificada.

« Não houve, porém, essa prova.

« Assim, o que consta dos livros fiscaes, pelo que está escripto nelles (*ex scriptura*), é o calculo do despacho e o pagamento delle.

« A divida, que se demanda, estranha aos livros, não constante dos livros, é uma divida não liquida, incerta; não é o *quantum* do imposto, o qual é calculado pela forma estabelecida nos arts. 581 e 582 do Regulamento das Alfandegas, mas a indemnização de um erro do despacho, de um quasi delicto, e, pois, não lhe compete o executivo á face do Alvará de 22 de Dezembro de 1761. (Veja-se Lobão *Executivo*, §§ 77 e seguintes, e vejão-se as allegações fl. 75.)

« Que o executivo não é competente nas dividas provenientes de delicto ou quasi delicto, provaremos com a autoridade insuspeita do Conselheiro Director Geral do Contencioso em o seguinte parecer transcripto na Consulta de 17 de Abril de 1861, invocada nas razões de appellação:

« Confessa elle: « que o Tribunal da Relação podia julgar
« que não era competente o meio executivo, porquanto, é
« questão se o privilegio fiscal para cobrança das dividas se
« limita aos direitos reaes, impostos, alcances, etc., de origem

« propriamente fiscal, ou se estende a quaesquer outras di-
« vidas provenientes de contractos ou quasi contractos,
« delictos ou quasi delictos. Estava isso nas suas attribuições.

« Appreciar, porém, a decisão da Alfandega parece-me que
« não era da sua competencia. »

« Além dessa confissão ainda temos uma autoridade decisiva
e terminante que é a do accórdão da Relação da Corte, a que
se refere o sobredito parecer fiscal e a Resolução de Consulta
supracitada :

« Accórdão em Relação, etc. — *Reformão a sentença de*
« *fls. 92 para effeito de receber e julgar provados os embargos de*
« *fls. 11 e nullo todo o processo por não ser a especie dos autos*
« *applicavel ao executivo da Lei de 22 de Dezembro de 1761,*
« *tit. 3º, não só porque não versa sobre direito e contractos fis-*
« *caes, para que o Thesouro possa vir com a sua intenção fun-*
« *dada nos seus livros e contas correntes delles extrahidas, mas*
« *porque não se trata de uma execução de sentença liquida,*
« *proferida em juizo competente, guardada a ordem do pro-*
« *cesso, visto que a decisão arbitral em que o Thesouro se*
« *funda, não recahiu sobre a questão de prejuizos a que era*
« *responsavel o administrador das capatazias, essencial para*
« *firmar competentemente a decisão excepcional dos arbitros*
« *decretada pelo art. 59 do Regulamento de 22 de Junho de*
« *1836; as funcções dos arbitros conforme este artigo limitão-se*
« *a decidir se o administrador é obrigado a pagar os generos*
« *extraviados da Alfandega, e qual o valor; logo, pois que*
« *decidirão que os empregados não tinham esta obrigação, não*
« *podião, sem excesso de poder e usurpação de jurisdicção*
« *judicial, decidir de pleno, que os appellantes que reclamão*
« *um prejuizo que haviam soffrido na Alfandega, fossem con-*
« *demnados a indemnizar o de outro reclamante, a decisão*
« *entre estes devia serem fórma e juizo competente. Ora, se*
« *no caso de ser condemnado o administrador, ainda que se*
« *provasse que os appellantes fossem os extraviadores, os ar-*
« *bitros não os podião condemnar, porque essa prova só daria*
« *direito ao administrador de haver o damno das pessoas*
« *contra quem o produzisse como é expresso no citado*

« artigo do Regulamento, só a isto se deveria limitar a decisão
« quando o administrador tivesse de pagar em 15 dias, se o
« administrador neste caso não gozaria do privilegio fiscal,
« mas sim ficaria subrogado nos direitos do prejudicado para
« indemnizar-se do prejuizo por acção, e no fôro competente
« se indique essa falta do administrador, se fosse condemnado
« o cofre da Alfandega a indemnizar o prejuizo do Thesouro
« não teria a via executiva contra terceira pessoa, como são os
« appellantes, convertendo em fiscal uma divida, que não era
« em sua origem, mas sim descontaria no vencimento do admi-
« nistrador, como é expresso no referido artigo e no § 6º da
« Ordem n. 132 de 11 de Abril de 1851, contraproducente-
« mente citada por parte do Thesouro, ficando sempre salvo
« a subrogação do direito do administrador e a defesa de ter-
« ceiro, a quem elle pede a indemnização, é a todas as luzes
« manifesto que os arbitros, absolvendo o administrador, não
« podião passar a condemnação immediata aos appellantes por
« não poderem ampliar o compromisso, que ao Thesouro só
« compete contra os appellantes a acção, que competiria ao
« reclamante que foi attendido, ou ao administrador se fosse
« condemnado e subrogado no direito do reclamante, ainda
« que ella lhe fosse adjudicada em alguma execução fiscal, e
« nunca mudar a natureza da mesma acção segundo a sua
« origem.

« Portanto, ficando de nenhum effeito a penhora com todo
« o processo, mandão passar mandado de levantamento da
« quantia penhorada a favor dos appellantes e condemnão a
« appellada nas custas.

« Rio, 22 de Novembro de 1859.— *Queiroz*, presidente.
— *Araujo Soares*.— *Pinto Chichorro*.— *Mariani*.— *Travassos*.
— *Camara*. »

3.ª

« Nas razões de appellação já demonstrámos o erro do juiz
à quo, suppondo que o art. 607 do Regulamento das Alfande-
gas só se refere ao erro de calculo no despacho: para tornar

mais palpavel esse erro do juiz, transcreveremos um após outro os arts. 606 e 607 do citado Regulamento, os quaes são connexos e se explicão um pelo outro.

« Nesses dous artigos trata o legislador da indemnização que é devida ás partes ou á Fazenda, tendo havido erro nos despachos.

ART. 606.

« Quanto á indemnização que é devida ás partes.

« Não se admittirão reclamações das partes por engano ou
« erro nos despachos sobre quantidade de mercadorias, depois
« que estas tiverem effectivamente sahido da Alfandega ou
« Mesas de Rendas ou seus depositos ou trapiches alfandega-
« dos, nem tão pouco sobre a sua qualidade, depois de pagos os
« direitos, ainda quando não se tenha verificado sua sahida.

« No caso de erro ou engano, proveniente de calculo dos
« direitos, taxa incompetente, redução de pesos e medidas, e
« outros semelhantes, cujas provas permanecerem no des-
« pacho, terá logar a reclamação para sua rectificação e in-
« demnização ou restituição do que direito fôr. »

ART. 607.

« Quanto á indemnização, que é devida á Fazenda Nacional.

« Se depois de pagos os direitos e mais rendimentos e ha-
« ver-se dado sahida á mercadoria, se reconhecer — em qual-
« quer hypothese — que houve erro no despacho, e fôr elle
« contra a Fazenda Nacional, e a parte se recusar a indemni-
« zar-o, proceder-se-ha na fôrma do art. 162. »

« Vistos estes dous artigos é evidente que a parte só tem direito á indemnização quando ha erro de calculo dos direitos, e não quando o erro é de quantidade ou qualidade da mercadoria; que pelo contrario a Fazenda Publica tem direito á indemnização — em qualquer hypothese —, ou seja o erro da quantidade, ou de qualidade, ou de calculo dos direitos, etc.

« O art. 607 não diz — erro de calculo —

mas

— erro no despacho. —

« Decidio, porém, o juiz que a indemnização que a parte deve á Fazenda Publica é só quando ha — erro de calculo —, e não quando o erro é da qualidade da mercadoria ou de quantidade da mercadoria!

« O juiz annullou o privilegio que o art. 607 concedeu á Fazenda Publica, equiparou os direitos da parte e da Fazenda Publica, estabelecendo que a indemnização devida a uma e outra é sómente quando o erro é de calculo e não quando o erro é de quantidade ou qualidade da mercadoria.

« Sem duvida seria ocioso e inutil o art. 607, se a indemnização devida á Fazenda só fosse por erro de calculo; bastaria que o legislador tornasse commum á mesma Fazenda a disposição do art. 606; não seria preciso o art. 607 para o mesmo que diz o art. 606.

« Mas o art. 162 § 4º só falla em — erro de calculo —!

« É verdade, mas o art. 607 refere-se ao art. 162 § 4º sómente quanto ao modo de proceder e não quanto ao caso desse artigo.

Risum teneatis.

« Quando a Lei **A** manda que no caso, de que ella trata, se proceda na forma da Lei **B**, todos comprehendem que a referencia é só quanto á forma de proceder estabelecida na Lei **B** e não quanto ao caso della, porque aliás a Lei **A** ficaria uma Lei sem objecto, uma Lei inutil prevenindo e repetindo o mesmo caso da Lei **B**.

« Evidente como é, á vista desta demonstração e pela simples inspecção do art. 607, que elle é applicavel — em qualquer hypothese — a qualquer erro do despacho ou seja de calculo ou de quantidade ou de qualidade, a consequencia é que á face desse artigo combinado com o art. 162 § 4º do Regulamento das Alfandegas, a Fazenda Publica não tem acção directa contra os appellantes para haver a indemnização do erro de quantidade (differença para mais), que houve no despacho das

mercadorias sahidas ha muito tempo da Alfandega; que a acção da Fazenda Publica é contra os seus prepostos, competindo a estes direito regressivo contra os appellantes. »

4.^a

« Se, conforme o art. 607 combinado com o art. 162 § 4º do Regulamento, a Fazenda Publica não tem acção directa para indemnização dos erros do despacho contra a parte, mas só contra os seus prepostos e por estes contra a parte, é visto que, absolvidos os mesmos prepostos, como mostra a certidão fls. 71, nenhuma acção mais é possível contra os appellantes, nem por parte da Fazenda, que não tem acção directa contra elles, nem por parte dos prepostos, que sendo absolvidos e não responsaveis não têm mais acção regressiva contra os mesmos appellantes.

« Nas razões de appellação demonstrámos que, quando mesmo o art. 607 não fosse applicavel ao facto sujeito por não ser este um quasi delicto, mas crime de contrabando, a acção de indemnização por este delicto estaria prescripta á face do art. 68 *in fine* da Lei de 3 de Dezembro de 1841, visto como no juizo criminal, por sentença passada em julgado, foi decidido que — o delicto de contrabando não existio.

« Repetimos o dilemma de que nas ditas razões de appellação nos servimos:

« Ou a indemnização é por virtude do — quasi delicto —,
« e então a Fazenda Publica não tem acção directa contra os
« appellantes, mas só contra os seus prepostos (art. 607 do
« Regulamento das Alfandegas); ou a indemnização é do sup-
« posto delicto de contrabando, e então está ella perempta,
« porque o processo desse crime foi julgado improcedente no
« juizo criminal (art. 68 da Lei de 3 de Dezembro de 1841.) »

XII.

Tendo tratado da questão por quem deve ser indemnizada a Fazenda, e se ella tem acção directa contra os seus agentes, e sendo varias as opiniões a este respeito, julgamos conveniente

transcrever a Consulta do Conselho de Estado de 4 de Setembro de 1872 e também o Aviso de 20 do referido mez e anno expedido pelo Ministerio da Fazenda, e finalmente a Consulta de 30 de Maio de 1868, não menos importante do que a de 4 de Setembro:

« Mandou Vossa Magestade Imperial por Aviso de 25 de Maio do corrente anno que a secção de Fazenda do Conselho de Estado consultasse com o seu parecer sobre o officio do presidente do conselho fiscal da Caixa Economica desta Côrte, se a dita Caixa, em face do seu regulamento e das disposições em vigor correlativas, é ou não responsavel aos depositantes pela indemnização de quantias que, sendo recebidas por empregados do estabelecimento, forem por elles subtrahidas, escripturando-as dolosamente nas cadernetas e livros competentes, como alli succedera.

« O relator da secção, considerando o assumpto e informações officiaes annexas ao sobredito aviso, pensa como a Directoria Geral do Contencioso do Thesouro Nacional que devem responder por essa indemnização os empregados que subtrahirão as quantias, e os encarregados de superintender a direcção e boa marcha do serviço no que respeita ao movimento do dinheiro e regularidade da escripturação; em segundo logar, e a exemplo do que se pratica em França em iguaes estabelecimentos do fundo alli chamado—de Dotação—. Na falta destes deverá o Thesouro responder por essa indemnização.

« O relator da secção entende que, sendo a Caixa Economica creada por um decreto do governo para ser administrada por empregados da nomeação d'elle, corre ao governo a obrigação da indemnização *caigida pelo feito dos seus empregados*, porque, a não ser assim, donde ha de tirar a Caixa a indemnização? Ou não ha de indemnizar, ou tirar as quantias das depositadas por outros depositantes, o que seria injustiça.

« Demais não convém desacreditar um estabelecimento tão importante e benefico a todos os respeitos, quanto mais que se, na Caixa der-se como se deve dar e succede nos Bancos e Caixa de Amortização um balancete diariamente, evita-se por certo o que aconteceu.

« O Conselheiro de Estado Visconde de S. Vicente, posto que concorde no essencial com o voto do illustrado relator, fará as seguintes observações: « É fóra de duvida que o empregado prevaricador e o seu respectivo fiador são responsaveis pela indigna fraude de que se trata. Se se provasse omissão ou culpa em algum empregado superior que devesse inspecionar os actos do prevaricador, essa omissão ou culpa o tornaria tambem responsavel subsidiariamente.

« O governo, porém, será igualmente responsavel pelo valor subtrahido e seus juros? Entende elle conselheiro que, sem duvida, é por isso mesmo que se constituiu garante.

« O art. 1º do Reg. n. 4704 de 8 de Abril de 1871 diz expressamente que a Caixa receberá as quantias depositadas, capitalizará os juros dellas e restituirá finalmente tudo aos contribuintes, quando reclamarem, *pois que o governo garante isso*. Ora o que é garantir? É obrigar-se a fazer com que o garantido goze do direito que lhe é segurado; consequentemente na hypothese dada é prometter que elle pagará essas quantias e juros quando reclamados. Como podem, pois, os empregados do Thesouro entender que o governo não é tambem responsavel? O que significa então a *garantia*, é por ventura uma expressão illusoria?

« Não se trata de perdas por effeito de operações normaes da Caixa, nem tão pouco provenientes de força maior, sim por effeito de prevaricação de um dos seus empregados: ora, se a garantia não é applicavel neste caso, quando poderá ter applicação? A questão, pois, vem a ser outra, e é o que cumpre fazer em taes casos, pagar o governo desde já as quantias subtrahidas com seus juros e ir rehavel-as dos outros responsaveis ou obrigar estes a indemnizar e responder afinal só pelo que faltar?

« Qualquer que tenha de ser no futuro o expediente que o governo firme a este respeito, o mesmo conselheiro entende que no caso actual convém por seu credito e opinião em que o publico está, que pague a respectiva somma e depois vá rehavel-a, e que, a ter de seguir outra medida no futuro, que a faça constar por um Aviso dirigido á directoria da Caixa,

Aviso que tenha toda a publicidade pela imprensa para conhecimento do publico, que, vendo então qual a interpretação dada ao sobredito regulamento, não terá porque queixar-se de falta de fé do governo,

« A garantia permittida não é só de pagar, é além disso de pagar logo que o depositante quizer levantar o seu deposito, donde resulta que ao menos emquanto não se estabelecer outra interpretação, não é consequente ou logica a prévia e morosa execução do prevaricador ou de outros responsaveis.

« O Conselheiro de Estado Bernardo de Souza Franco dará também seu parecer em separado, visto que discorda de alguns principios sustentados pelos seus muito illustrados collegas. A Caixa Economica desta Côrte foi creada pelo Decreto n. 2723 de 12 de Janeiro de 1861, que não obstante declarar que autorisava a creação, a realisou expedindo os regulamentos sem propostas de partes, e o governo nomeou-lhe directores.

« No art. 1.º do Regulamento approved por este Decreto está declarado: que a Caixa Economica tem por fim receber a juro de 6 % as pequenas economias das classes menos abastadas e assegurar sob garantia do governo imperial a *fiel restituição* do que pertencer a cada contribuinte, que a reclamar... Esta mesma entrega sob garantia do governo está assegurada no art. 7.º do novo Regulamento n. 4714 de 8 de Abril de 1871. Demais, tendo o governo imperial organizado e installado a Caixa Economica, de algum modo a tornou estabelecimento publico, para o fim de reunir fundos para o Thesouro, que então tinha maior precisão de recursos e pagava juros mais altos do que 6 %; e não simplesmente estabelecimento de utilidade publica. Assim, é elle obrigado a realisar a restituição fiel do que pertencer a cada um contribuinte, porque o assegurou no decreto do estabelecimento da Caixa Economica, e porque a instituiu como estabelecimento publico e como tal é tido pelos contribuintes.

« Sendo assim, é principio também de direito que o governo tem a responsabilidade civil dos actos de seus prepostos, que prejudicarem a terceiro, e é pratica na França, firmada em muitos

julgados, que o Thesouro é responsavel por taes actos. Assim, o traz Dalloz, Jur. Ger., palavra —responsabilidade— ns. 252, 256, 292, 494, 505, e com especialidade o n. 664. A responsabilidade civil do governo pelo acto de seus prepostos está neste caso acompanhada pela dos chefes da Repartição, Gerente, Thesoureiro e empregado que commetteu o crime, o qual responde em primeiro logar pelos dinheiros recebidos e não recolhidos á Caixa.

« Ao conselho da Caixa Economica incumbe, pelo § 7º do art. 15 do Decreto n. 2723 citado, fiscalisar o serviço, escripturação e caixa; serviço que na fôrma do art. 12 é distribuido semanalmente pelos membros do conselho, tocando a um principalmente a fiscalisação e obrigação de dar parte ao conselho na 1ª sessão depois de decorrida a semana. Esta mesma fiscalisação pertence ao conselho, toda pelo art. 21 do Regulamento annexo ao Decreto n. 4714 citado, podendo cada um dos membros do conselho fazer por si os exames e pedir as informações que entender precisas.

« Ao Gerente compete e é incumbida a fiscalisação da Repartição pelo art. 22 do mesmo Regulamento supra e especialmente pelo § 6º deste artigo; *conferir diariamente* a caixa da thesouraria com as entradas e sahidas, tanto da Caixa Economica como do Monte de Soccorro. Se a conferencia diaria fosse exercida, como o determinão este e outros artigos do Regulamento de 1861 e do actual de 1871, a subtracção dos dinheiros trazidos a deposito não poderia effectuar-se ou seria logo descoberta.

« E, pois, havendo falta de fiscalisação, são responsaveis, civilmente, o Conselho Inspector da Caixa, o Gerente, o Thesoureiro, o Chefe da escripturação (§ 2º do art. 23) e o empregado concussionario sobre quem recahe a responsabilidade civil e criminal. A respeito da responsabilidade civil do Thesouro, poderá dizer-se que, não sendo a Repartição creada por lei, visto que a de n. 1083 de 22 de Agosto de 1860, nos §§ 1º, 14 e 16 do art. 2º, suas regras são para a organização de caixas economicas, sociedades anonymas particulares e não estabelecimentos publicos, não está o Thesouro Nacional obrigado á

restituição dos dinheiros, que não têm nelle entrada em virtude de lei. Entretanto a promessa solemne da fiel restituição com os juros de 6 % accumulados semestralmente, feita nos Decretos ns. 2723 e 4714, impõe esta obrigação *e tanto mais quanto o governo está na pratica de publicar decretos, creando obrigações não autorizadas por lei*, e os contribuintes levarão ao deposito da Caixa Economica seus capitães, contando com a força legislativa ou legal dos decretos, que crearão ou regularão o seu serviço.

« É certo que não foi o Thesoureiro da Caixa Economica ou seus Fieis os que, recebendo das partes as quantias entregues a deposito, as subtrahirão; era um empregado da Caixa quem, constituindo-se agente officioso, o fazia, o que complica algum tanto. No entretanto era um empregado do estabelecimento que commettia a malversação dentro do proprio estabelecimento, illudindo os contribuintes, aos quaes entregava cadernetas com entradas falsas e assignaturas falsificadas, o que sómente podia effectuar e repetir por falta de fiscalisação dos empregados incumbidos de a exercer diaria, semanal e periodicamente.

« O principio de direito, que não obstante a má fé do mandatario, o terceiro que tratou com elle, dentro dos limites do mandato, está a abrigo dos ataques dirigidos pelo mandante por dolo ou fraude contra o mandatario, pelo principio que os actos assim passados ligão o mandante de um modo irrevogavel. Dalloz—Jur. Ger.—palavra — mandato — n. 387.

« Dadas, pois, as circumstancias referidas, parece a elle conselheiro de Estado que o Thesouro está obrigado á restituição. Segundo a escripturação da Caixa Economica os dinheiros entram para o Thesouro com guias que não contém o nome dos contribuintes, estes ficão inscriptos nos livros do estabelecimento ao que se pede a restituição, e se faz pela sua caixa, a qual pede fundos ao Thesouro (§ 4º do art. 26). A Caixa Economica, emquanto não tem renda sufficiente para suas despezas, as paga com os dinheiros do Monte de Soccorro, do que se segue que póde ter e tem já fundo disponivel nos lucros desta Repartição.

« Assim, o que parece a elle conselheiro de Estado, é que se ordene á Caixa Economica que tome como effectuadas e restituiveis as entradas que o empregado prevaricador escreveu nos livros e lançou nas cadernetas; as restitua como as outras entradas; e que lance mão dos meios precisos para obrigar o empregado a satisfazer o prejuizo da Caixa; e em sua falta, para que o paguem o Thesoureiro, o Gerente ou os proprios membros do Conselho, todos elles responsaveis civilmente por faltas que tinham dever de impedir e o podião fazer, se tivessem executado o Regulamento.

« Afinal é que o Thesouro terá de responder, se na liquidação da Caixa Economica faltarem fundos para satisfazer as retiradas. É indispensavel tomar além disso providencias para a inteira execução do regulamento, que teria impedido o acto de malversação e impedirá sua repetição.

Á vista do exposto Vossa Magestade Imperial resolverá como em sua alta sabedoria julgar mais justo. Sala das conferencias, 1º de Agosto de 1872.—*Carlos Carneiro da Campos.* — *Visconde de S. Vicente.*— *Bernardo de Souza Franco.* — Resolvi 'a em 4 de Setembro de 1872. »

De conformidade com a Resolução expedio em 20 de Setembro o Sr. ministro da fazenda o seguinte Aviso ao presidente da Caixa Economica :

« Tenho presente o officio de V. Ex. de 2 de Maio ultimo, em que consulta se a Caixa Economica desta Córte, em vista do seu Regulamento e das disposições em vigor correlativas, é ou não responsavel aos depositantes pela indemnização de quantias, que, sendo recebidas por empregados do estabelecimento, forem por elles subtrahidas, escripturando-as dolosamente em cadernetas e livros competentes, como alli succedera.

« Em resposta cabe-me declarar a V. Ex., em conformidade da Imperial Resolução de Consulta de 4 do corrente, junta por cópia, que o depositante deve ser indemnizado por esse estabelecimento das quantias com que para elle houver entrado, tornando-se publico este acto, ficando salvo o direito de usar dos meios legaes para tornar effectiva a responsabilidade civil

o empregado prevaricador, afim de por elles ser indemnizado o estabelecimento do prejuizo que soffrerá com o integral pagamento aos depositantes das sommas ali recolhidas e seus juros, assumindo o thesoureiro a responsabilidade que lhe compete quanto á garantia do real e effectivo pagamento das quantias subtrahidas. »

N. 890.—Resolução de 22 de Julho de 1868.

Sobre o recurso de D. C. Huet de Bacellar Pinto Guedes, pagador da 1ª pagadoria do thesouro, da decisão que o julgou civilmente responsável pelos prejuizos causados aos cofres publicos por dous empregados da mesma pagadoria.

« Senhor.—Duarte Claudio Huet de Bacellar Pinto Guedes, pagador da 1ª pagadoria do thesouro nacional, ha pouco extincta, recorre para Vossa Magestade Imperial, em seu Conselho de Estado, da decisão do tribunal do mesmo thesouro nacional, que o julgou civilmente responsável pelo prejuizo de 23:368\$698, que aos cofres publicos causarão por meios fraudulentos, nos exercicios de 1862 a 1865, Felizardo José Pinto, ex-escrivão da dita pagadoria, e o praticante Antonio Carlos de Carvalho, seu ajudante.

« A secção, Senhor, examinou com o mais religioso escrupulo a materia deste recurso, que por um lado envolve importante questão de direito administrativo, em que divergirão notavelmente os mais elevados funcionarios do theouro, e por outro lado importa na applicação de uma pena pecuniaria, que reduzirá talvez á miseria um empregado publico, a quem aliás todos, sem exclusão dos juizes que o condemnarão, reputão escoimado de toda pecha criminosa nos factos de cuja responsabilidade se trata.

« Está averiguado e reconhecido unanimemente que a fraude foi praticada sem connivencia do pagador, pelo ex-escrivão e seu ajudante, dos quaes o segundo desapareceu, e o primeiro cahio logo nas mãos da justiça, e está já cumprindo sentença criminal por suas provadas malversações.

« Não ha duvida nem contestação sobre este ponto do processo, assim como tambem não versa o presente recurso sobre o *quantum* do desfalque verificado pela directoria geral da tomada de contas.

« A questão vertente consiste em saber se, não obstante a innocencia do pagador, é elle responsavel pela subtracção que praticarão os dous referidos empregados da sua pagadoria.

« As opiniões dos membros do tribunal do thesouro dividirão-se nesta questão :

« O conselheiro director geral da tomada de contas, em seu parecer de 9 de Setembro de 1865, conformando-se com o do contador da respectiva 1.^a contadoria, dado em 31 de Agosto do mesmo anno, isenta o recorrente da responsabilidade civil de indemnizar os cofres defraudados pelo escrivão e seu ajudante.

« Os conselheiros director geral da contabilidade e Dr. procurador fiscal dissentirão daquelle parecer entre si.

« Segundo o primeiro, o pagador é responsavel solidariamente com o escrivão e seu ajudante, e deve, portanto, pagar toda a importancia do alcance que resulta dos factos praticados exclusivamente por estes.

« Segundo o conselheiro Dr. procurador fiscal, a responsabilidade civil do pagador é conjuncta, mas não solidaria; este deve indemnizar sómente metade da importancia subtrahida de seus cofres.

« A opinião que venceu no tribunal do thesouro, por maioria de um voto, foi a que sustentára o conselheiro director geral da contabilidade, votando a minoria pela irresponsabilidade do pagador.

« Funda-se a opinião vencedora, bem como a menos severa do Dr. procurador fiscal, até onde são ellas conformes :

« *Primo*, em que o pagador é o chefe da pagadoria, e como tal obrigado a inspecção e fiscalisar os actos do escrivão e seu ajudante, como dos mais empregados que lhe são subordinados, nos termos das Instrucções n. 4 de 27 de Abril de 1859, concernentes á execução do art. 19 do Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro do mesmo anno e da ordem n. 365 de 14 de Outubro de 1857;

« *Secundo*, em que por falta dessa necessaria inspecção e fiscalisação é que se consummara a fraude que motivou o presente processo.

« Os pareceres officiaes favoraveis ao recorrente, e elle proprio em seu recurso, contrapoem áquelles fundamentos os seguintes :

1.º Que a responsabilidade civil, posto que menos grave que a criminal, não se pôde estribar em méras inducções, tão arbitrarías, que dão em resultado o mais e o menos da notada discordancia entre os pareceres dos conselheiros director geral da contabilidade e Dr. procurador fiscal. Que só pôde ser imposta por força de lei expressa, lei que não existe no caso em questão.

« 2.º Que nem as instrucções n. 4 de 27 de Abril de 1859, nem as de 20 de Junho de 1864, que modificárão as primeiras, impõem ao pagador a obrigação de repetir por si mesmo a parte do processo do pagamento, que incumbe ao escrivão ou ao seu ajudante.

« As instrucções de 1859 e as de 1864 definem os actos proprios do escrivão e seu ajudante e os separão dos que competem ao pagador e seus fideis, no que respeita ao pagamento do pessoal activo e inactivo, onde se derão as fraudes denunciadas por elle pagador e verificadas pelas repartições superiores.

« Segundo as primeiras das citadas instrucções arts. 7º, 12 e 13, os escrivães e seus ajudantes entregão ás partes, depois de assignarem estas a quitação nas folhas, um conhecimento extrahido de livros de talão, á vista do qual o pagador ou seus fideis effectuão o pagamento.

« Segundo as instrucções de 1864, que pouco alterárão as anteriores, em vez daquelle conhecimento o escrivão e seu ajudante entregão ás partes um bilhete, e com esta unica differença corre o processo do pagamento como no primeiro caso.

« 3.º Que, sendo as folhas dos vencimentos processadas na directoria geral de contabilidade, donde baixão para a pagadoria, e competindo nesta, como fica dito, ao escrivão ou ao seu ajudante o processo da quitação assignada pela parte e a

expedição do conhecimento ou bilhete, com que a mesma parte apresenta-se ao pagador para receber a quantia a que tem direito, não se pôde imputar ao pagador a responsabilidade de qualquer fraude que se commetta nos actos anteriores á sua intervenção.

« 4.º Que não seria mesmo possível ir elle pagador verificar em cada pagamento e antes de effectual-o o assento e declarações da folha, a identidade das pessoas presentes para o pagamento, a authenticidade e legalidade das procurações e certidões de vida, a quitação que a parte deve ter assignado, e a exactidão do bilhete que lhe entrega o escrivão.

« Que semelhante fiscalisação, além de não lhe ser prescripta pelos regulamentos, levantaria immenso clamor, pela lentidão do expediente da pagadoria, e isto contra a letra e espirito de todas as ordens e instrucções, as quaes recommendão a maior celeridade possível.

« 5.º Que os conselheiros director geral da contabilidade e Dr. procurador fiscal não distinguirão, como os regulamentos distinguem, o processo do pagamento do pessoal do que é relativo ás despesas do material. Quanto a este ultimo, observa-se, tudo corre sob as vistas immediatas e consequente responsabilidade do pagador, porque assim o prescrevem expressamente os arts. 17 e 18 das instrucções de 27 de Abril de 1859.

« A ordem de 14 de Abril de 1857, invocada contra o recorrente, não se refere senão ao pagamento do material, cujos documentos são remettidos ao pagador e devem ser por este examinados, antes de ordenar o lançamento e satisfazer ao credor.

« 6.º Que no processo do pagamento do pessoal só em um caso a responsabilidade do escrivão é conjuncta com a do pagador, como se vê da seguinte disposição das instrucções de 1859, que é assaz clara e positiva: « Art. 7.º, § 2.º Os pagamentos realizados por meio de assignaturas de quaesquer pessoas a rogo de outras, que não saibão escrever, ficão a cargo dos respectivos pagadores e fieis, os quaes terão a mesma responsabilidade e obrigação estabelecida para os escrivães no paragrapho antecedente. »

« 7.º Que numerosos arestos do tribunal do thesouro confirmão a doutrina sustentada pelo recorrente, como a manifestou em seu parecer o director geral da tomada de contas. Entre esses arestos menciona o recorrente o seguinte, referido no dito parecer sob o n. 4:

« O alferes reformado João Gonçalves de Carvalho teve baixa para o hospital em 26 de Maio de 1864 e ahi morreu em 21 de Junho do dito anno; não devia durante esse tempo receber mais do que meio soldo, como é de lei. Não obstante, a 1ª pagadoria pagou o soldo por inteiro durante todo o mez de Maio; e de Junho a Novembro, quando o mesmo official já não existia, satisfez em seu nome os meios soldos desses mezes: importou isto em 55\$000.

« Trazido o negocio ao conhecimento do thesouro, decidio o actual Sr. ministro da fazenda de conformidade com os arestos anteriores, não que o pagador pagasse pelo escrivão, mas que deste exigisse a necessaria indemnização, por ter abornado mal o pagamento. »

« 8.º Que a doutrina exposta em sua justificação é tão conforme assim á letra como ao espirito da lei, que esta permite ao pagador a escolha de seus fieis e estes além disto lhe prestão uma fiança. Que igual disposição haveria relativamente ao escrivão, seu ajudante e escripturarios da pagadoria, se por todas as faltas destes empregados devesse responder conjunctamente o pagador.

« 9.º Que, ainda quando coubesse ao pagador o dever de fiscalisar préviamente todos os actos do escrivão ou de seu ajudante, não é exacta a asseveração de que teria elle podido, infallivelmente, descobrir logo as fraudes engendradas por aquelles dous empregados. Que estas consistirão, pela maior parte, em apagarem-se notas escriptas a lapis por funcionarios na directoria de contabilidade nas folhas de pagamento; em dar por vivos empregados ou pensionistas que já não existião, mediante certidões de vida e procurações falsas reconhecidas por tabelliães da cõrte, em pagar por igual artificio a empregados que recebião seus vencimentos por outro cofre, mas que, não obstante, vinhão contemplados nas ditas folhas.

« 10. Finalmente, que, contestando a solidariedade que ora se lhe quer impôr nos actos proprios do escrivão e seu ajudante, nunca desconheceu que devia olhar para tudo quanto se passava na sua repartição. Que por effeito dessa vigilancia, é que por vezes representou verbalmente, como declara o director geral da contabilidade, sobre a desconfiança que lhe incutião alguns dos empregados mandados para aquella pagadoria; que ainda por effeito dessa vigilancia, é que se veio a descobrir as fraudes do escrivão e do seu ajudante, sendo elle pagador quem primeiro as suspeitou, examinou e denunciou, chegando até a requisitar directamente ao chefe de policia da côrte que mandasse verificar a veracidade de uma certidão de vida, e até solicitou-lhe a detenção de Felizardo José Pinto, quando adquirio convicção de seu crime.

« A secção de fazenda do Conselho de Estado inteirou-se de todos os factos e pesou devidamente as razões produzidas pelos fiscaes dos dinheiros publicos e pelo recorrente.

« É este um dos casos em que a instituição da justiça administrativa está mais exposta ás censuras dos que não vêm nella sufficientes garantias de imparcialidade e independencia.

« Manifesta-se do parecer do conselheiro director geral da tomada de contas que houve quem o suppuzesse influido por afeição ou compaixão a favor do pagador da extincta pagadoria, aliás reconhecido e abonado por todos como funcionario honrado. Manifesta-se do parecer do director geral de contabilidade que elle julgára-se arguido de alguma imprevidencia ou falta de cautela por aquelle parecer e pelas allegações do recorrente, ao mesmo tempo que era chamado a conhecer, como juiz, do proceder de seus subordinados. Havia muitos annos que não se dava no thesouro semelhantes malversações, e a impressão do facto inesperado parece ter perturbado a serenidade com que o negocio devera ser examinado e resolvido.

« Mas a justiça administrativa tem tambem entre nós este precioso recurso dos tribunaes subordinados para a elevada instancia em que o governo de Vossa Magestade Imperial é o juiz e seus auditores e conselheiros os membros do Conselho

de Estado. Aqui nesta superior e ultima instancia, qualquer que seja a decisão final, poderá ser arguida da fallibilidade inherente ao juizo humano, jámais de precipitação e menos de parcialidade, por odio ou affeição pessoal.

« A probidade do pagador da extinta 1ª pagadoria por ninguém é posta em duvida; mas esta verdade, que resulta do processo e do b m conceito em que elle é geralmente tido, não basta para eximil-o da responsabilidade civil, como bem ponderou o conselheiro Dr. promotor fiscal. Resta examinar se a lei o responsabilisa pelas faltas do escrivão e do seu ajudante, em consequencia de inspecção e fiscalisação que lhe incumba sobre os actos daquelles dous agentes da administração publica.

« Uma tal responsabilidade, que importa a reputação e a fortuna particular do funcionario publico, não se presume, deve ser expressa na lei. É este um principio consagrado na legislação de todos os povos cultos, e ninguém dirá que não o esteja entre nós.

« A fonte legal daquella contestada responsabilidade não pôde ser outra senão: as instrucções n. 4 de 27 de Abril de 1859, que constituem a principal norma dos empregados da 1ª e 2ª pagadorias do thesouro nacional; as instrucções de 20 de Julho 1864, que modificarão aquellas em alguns pontos concernentes ao processo da escripturação; e as ordens explicativas do thesouro, das quaes cita-se, por parte da administração, como a mais positiva sobre a questão que ora se debate, a de n. 365 de 14 de Outubro de 1857.

« A secção não encontrou nestes textos da lei especial do thesouro uma só disposição que torne o pagador solidariamente responsavel pelo prejuizo que resulte aos cofres publicos de faltas commettidas exclusivamente pelo escrivão ou seu ajudante. Nesta parte a defesa do recorrente é completa e inconcussa.

« Pelo contrario, nas instrucções de 27 de Abril de 1859, arts. 7º, 12, 13 e 17, e nas de 20 de Junho de 1864, arts. 3º e 4º, é expressamente determinada a divisão do trabalho, no interesse da celeridade dos pagamentos, e a

discriminação dos actos proprios do escrivão ou seu ajudante, pelos quaes só estes são responsaveis.

« Segundo o processo alli claro e terminantemente prescripto para o pagamento do pessoal, as partes devem dirigir-se primeiro ao escrivão ou ao seu ajudante: feitos por estes os exames prévios necessarios sobre a identidade da pessoa, authenticidade e legalidade da procuração e da certidão de vida, quando esta é necessaria, exigem que a parte assigne quitação na folha respectiva, e, mediante esta garantia, lhe dão um conhecimento ou bilhete, com que vai ella apresentar-se ao pagador e receber deste a importância a que tem direito.

« O conhecimento extrahido do livro de talão, segundo as instrucções de 1859, ou o bilhete que substituiu aquelle documento, em virtude das instrucções de 1864, autorisa o pagamento e serve de descarga ao pagador, como a assignatura na folha serve de quitação ao Estado contra qualquer reclamação do credor.

« Onde a disposição que torne o pagador responsavel por aquelles actos do escrivão e do seu ajudante?

« Não ha tal disposição. E a lei seria contradictoria com a divisão de trabalho que estabeleceu, se impuzesse semelhante solidariedade; e seria iniqua, se, dispensando a intervenção do pagador em cada um daquelles actos anteriores á expedição do conhecimento ou bilhete, responsabilisasse o mesmo pagador pelo que elle não fez nem podia evitar.

« Longe de existir nos regulamentos da pagadoria o principio invocado contra o recorrente, está alli bem expresso o principio contrario, na discriminação do que incumbe a cada empregado, e mais claramente ainda no § 2º do art. 7º que assim se exprime:

« Os pagamentos realisados por meio de assignaturas de quaesquer pessoas a rogo de outras, que não saibão escrever, ficão a cargo dos respectivos pagadores e fieis, os quaes terão a mesma responsabilidade e obrigação estabelecida para os escrivães no paragrapho antecedente. »

« Eis o unico caso em que os regulamentos vigentes

prescrevem ao pagador e a seus feis que fiscalisem os actos que precedem a expedição do bilhete de pagamento. Como da excepção concluir-se para uma regra geral no mesmo sentido?

« Diz-se que o pagador é o chefe da pagadoria. Assim é; mas onde o principio de direito que constitue o chefe responsavel por todos os abusos de seus subordinados? Se doutrina tão desarrazoada prevalecesse, nem o ministro da fazenda se poderia julgar garantido contra a sua fatal applicação.

« Allega-se que, como chefe da sua repartição, o pagador tem o direito e o dever de fiscalisar todos os actos de seus subordinados. O principio é verdadeiro, uma vez que o entendamos nos termos de uma fiscalisação possivel, que não inutilise o systema da lei, concentrando e confundindo obrigações distinctas, que a lei separou no interesse da promptidão do serviço e para garantia da fazenda publica.

« O pagador póde e deve fiscalisar, mas deve fazel-o quando isso lhe fôr possivel, e sempre que alguma circumstancia reclame a sua inspecção immediata sobre os actos do es-
crivão. O pagador deve fiscalisar, mas quando o possa fazer sem prejuizo de suas proprias funcções, e sempre que se torne preciso. Ora, quem fiscalisa não assume a responsabilidade do fiscalisado, por faltas para que não concorreu, e que podião illudir a mais intelligente e zelosa fiscalisação.

« A fiscalisação legal e possivel o recorrente prova que exerceu; prova-o com o testemunho de todos os que examinárão o processo. É facto manifesto e não contestado que o recorrente foi o primeiro que suspeitou dos prevaricadores, que requisitou e fez por si mesmo exames para verificar suas suspeitas, resultando dessas diligencias e da representação que dirigio á autoridade superior, a convicção ulterior e plena das fraudes commettidas pelo ex-escrivão Felizardo José Pinto e seu ajudante Antonio Carlos de Carvalho.

« A este respeito assim se exprime o proprio conselheiro director geral da contabilidade:

« Ninguém atacou jámais a probidade do pagador : sem duvida foi elle, e não podia ser outro, quem primeiro deu noticia de factos criminosos dos ditos empregados malversores, e vê-se da minha representação que immediatamente, isto é, em 17 de Novembro de 1864, solicitei a demissão de ambos: como, porém, a do praticante Carvalho se demorasse, instei por ella em 7 de Fevereiro de 1865, quando elle fabricou uma cautela falsa para o pagamento de 400\$000, e foi então resolvida ? »

« Como, pois, imputar-se ao pagador negligencia ou frouxidão ?

« Era o recorrente tão zeloso de seus deveres e do credito de sua repartição, que, como se declara na continuação do parecer acima citado, por vezes fez chegar aos ouvidos do conselheiro director geral da contabilidade queixas que de alguma sorte a este desgostarão, por duvidar da moralidade de alguns dos empregados que aquella directoria designou para servirem com elle pagador.

« Embora essas queixas não fossem feitas directamente nem por escripto, porque não se fundavão em provas materiaes, não é menos certo que ellas forão manifestadas e chegarão ao conhecimento do chefe superior; embora, sendo interpellado officialmente a esse respeito respondesse o pagador em termos que equivalião a dizer que suas suspeitas não tinham sido ainda confirmadas, não é menos certo que um dos empregados por elle indigitados, o 4º escripturario Lessa Paranhos, desapareceu desta côrte e não se sabe que destino tomou, facto que sem duvida justifica as apprehensões que elle causava ao chefe da extincta 1ª pagadoria.

« Quem assim procede, expondo-se ao desagrado de seus superiores e ao resentimento de seus subordinados, se não deve ser arguido de nimio zelo pela sua responsabilidade, tambem não merece accusação de sacrificar por deleixo a segurança dos dinheiros publicos que lhe forão confiados.

« Não se encontrando nos Regulamentos da pagadoria solido fundamento para a responsabilidade civil que se attribue ao pagador, invoca-se a ordem expedida pelo ministro da fazenda

em 14 de Outubro de 1857, sob n. 365, ao director geral da contabilidade. Eis o conteúdo dessa ordem:

« Tendo observado em diferentes liquidações de contas que as repartições encarregadas dessas liquidações têm tornado os escrivães exclusivamente responsáveis por factes relativos á legalidade com que se effectuou a despesa; declaro a V. Ex. para sua intelligencia e devida execução, que tal pratica é contraria á legislação em vigor, pois que os thesoureiros e pagadores devem tambem responder pela illegalidade da despesa feita, não só por falta das ordens para este fim precisas, como pela incompetencia para o recebimento da parte dos individuos, a favor de quem tiver sido préviamente ordenado. »

« O conselheiro director geral da tomada de contas demonstra em seu parecer que esta ordem não se refere aos pagamentos realizados por meio de folhas, que é o caso de que ora se trata.

« E é isto evidente, porquanto, em primeiro logar, se falla de despesa feita sem prévia autorisação, hypothese que se não dá no pagamento do pessoal, para o qual a folha é a ordem legal; em segundo logar, presuppõe a ordem a hypothese de pagar-se á pessoa incompetente, caso que se não verifica tambem quando se tem de pagar a um empregado ou pensionista, ou a seu procurador.

« Aqui não ha questão de competencia, mas de identidade de pessoa, quando o proprio credor se apresenta, ou de authenticidade da certidão de vida e da procuração, no caso contrario.

« A dita ordem, emquanto ás pagadorias do thesouro, só tem applicação relativamente ao pagamento do material. Ora, a respeito destes pagamentos ninguem contesta que incumbe ao pagador a fiscalisação de todo o processo, porque está isso bem declarado nos arts. 17 e 18 das instrucções de 1859.

« Em relação ao pagamento do material a cargo daquellas pagadorias e de outros semelhantes, como os de bens de defuntos e ausentes e os de orphãos, a ordem de 1857 é perfeitamente applicavel e vai de accôrdo com os regulamentos

que delles tratão. Mas, quanto ao pagamento por folha, seria uma derogação tacita e ambigua do que é positivo, claro e consequente nas instrucções por que se regem as pagadorias.

« Demos, porém, por momento que essa ordem seja applicavel aos pagamentos em que forão defraudados os cofres da extincta pagadoria. Pergunta-se: estava no poder do pagador descobrir a fraude antes de ser consummada pelo escrivão e seu ajudante? A fraude teve acaso logar por falta de vigilancia do pagador?

« A secção chama aqui a attenção de Vossa Magestade Imperial para um importante documento deste processo, firmado pelo 1º escriptuario Henrique do Amaral e Silva. Esse documento mostra os artificios de que se servirão o escrivão e seu ajudante para subtrahirem do cofre da extincta 1ª pagadoria, por diversas parcellas, a quantia de 23:000\$000.

« Vê-se do referido documento que o praticante Antonio Carlos de Carvalho forjou procurações de ausentes e até de mortos, e as fez reconhecer como verdadeiras por tabelliães da cõrte; que falsificou assignaturas nas proprias folhas de pagamento, dando-as como verdadeiras quitações dos individuos a favor de quem expedia os bilhetes apresentados ao pagador, que para lograr o seu criminoso intento aproveitou-se da ignorancia em que estava a directoria de contabilidade, quanto ao fallecimento de alguns desses individuos, e ao facto de serem outros pagos por cofre diverso; que até apagou uma outra nota lançada a lapis nas folhas por empregados da mesma directoria, notas que significavão duvida sobre a existencia das pessoas indicadas, e por isso recommendavão a exigencia de certidão de vida.

« Podia a inspecção immediata do pagador, antes que alguma denuncia ou circumstancia notavel lhe suscitasse desconfiança, frustrar falsificações tão calculadas e apparentemente revestidas das formas legais?

« Deve o pagador saber necessariamente o que ignorão os empregados da directoria de contabilidade que organisão as folhas, isto é, se é vivo ou morto este ou aquelle empregado,

aposentado ou pensionista, se elle se acha ou não fóra do Imperio?

« Como é possível que o pagador e seus fiéis, que devem estar attentos á guarda do seu cofre e occupados em contar e pagar, conheçam, sem o auxilio leal do escrivão e seu ajudante, a todos os individuos da folha e a todos os seus procuradores, que nem sempre são os mesmos?

« A lei que o exigisse seria iniqua. A lei brasileira não o exige.

« Se tão extremo rigor prevalecesse, a responsabilidade do ex-escrivão da extincta 1.^a pagadoria e do seu ajudante reflectiria até sobre a directoria geral de contabilidade. Com effeito, as notas lançadas nas folhas não seriam tão facilmente apagadas, se fossem escriptas com tinta; e ella podia saber, por exemplo, que o aposentado Manoel Odorico Mendes residia na Europa e era pago pela caixa de Londres em virtude de ordem de 13 de Novembro de 1855.

« Este processo reclama, além da punição dos dous verdadeiros culpados, outras providencias, mas estas não devem consistir no sacrificio desanimador de um funcionario, que procedeu com inteireza, que estrictamente cumprio o seu dever, e a cuja probidade e zelo se deve a descoberta dos factos criminosos, praticados por agentes que nem ao menos são por elle propostos. Essas providencias devem ter por fim regular com mais segurança o pagamento do pessoal a cargo do thesouro nacional.

« Por tudo quanto leva exposto, que está de accôrdo com differentes aretos do ministerio da fazenda, a secção é de parecer que se dê provimento ao recurso do pagador da extincta 1.^a pagadoria, Duarte Claudio Huet de Bacellar Pinto Guedes, sendo este julgado isento da responsabilidade civil, a que o condemnou a decisão do tribunal do thesouro. Mas Vossa Magestade Imperial resolverá como fôr mais justo.

Sala das conferencias, em 30 de Maio de 1858.—*José Maria da Silva Paranhos.*—*Francisco de Salles Torres-Homem.*—*Visconde de S. Vicente.*

XIII.

Agora passamos a examinar o que deu logar á execução promovida contra o major Antonio Pereira de Abreu e se forão ou não legitimamente proferidos os accórdãos de 12 de Dezembro de 1871 e 14 de Agosto de 1872; para tornar mais clara a nossa argumentação, transcrevemos o Memorial apresentado aos tribunaes, contendo as principaes peças do processo:

MEMORIAL.

« O sabio Tribunal Revisor ha de tomar-se de estranheza vendo o accórdão do Supremo Tribunal de Justiça, que concedeu esta revista entre partes:

« Recorrente a Fazenda Publica.

« Recorrido major Antonio Pereira de Abreu.

« Sim, foi a revista concedida por um motivo que logicamente determinava a sua denegação, e por outro motivo, que, sobre ser um excesso da autoridade do Supremo Tribunal, uma aberração da sua missão, porque funda-se na apreciação e julgamento dos factos, em que consiste a causa, está prejudicado pelo primeiro motivo.

I.

« Com effeito, a Relação da Córte julgou irregular este processo executivo intentado *contra o Recorrido* por não ser

liquida a divida da Fazenda Publica nos termos da Lei de 22 de Dezembro de 1761.

« Pois bem.

« O Supremo Tribunal julgou incompetente este processo executivo *contra o Recorrido*, por não ser elle thesoureiro, almoxarife, recebedor, collector, rendeiro ou contractador da Fazenda Publica, sendo que só contra estes cabe o dito processo executivo á vista do § 4º das Instrucções de 31 de Janeiro de 1851 e citada Lei de 1761.

« Mas, apesar da coincidencia das decisões sobre a nullidade do processo executivo, foi concedida a revista!

« O Accórdão da Relação fundou-se na nullidade do processo executivo, o Accórdão do Supremo Tribunal fundou-se na nullidade do processo executivo.

« Eis ahi

« Accórdão da Relação:

« E como a collisão entre documentos emanados da mesma repartição gera pelo menos a duvida; e em termos taes não ha divida liquida — o procedimento não foi regular. »

« Accórdão do Supremo Tribunal:

« Porquanto, além de não ser competente a acção intentada *contra o Recorrido* por não estar elle comprehendido em nenhum dos casos mencionados nas Instrucções de 31 de Janeiro de 1851 não devendo por isso ter logar o procedimento, executivo contencioso empregado por parte do Recorrente que só o poderia empregar contra os thesoureiros, almoxarifes recebedores, collectores, rendeiros, contractadores, conforme o § 4º das referidas Instrucções, e em virtude do privilegio que lhe concede a Lei de 22 de Dezembro de 1761. »

« Aonde já se vio isto?!

« Concessão de revista de um julgamento por uma razão que ainda mais justifica este julgamento.

« E quando não fosse bem fundado o motivo do julgamento recorrido, *quid inde?*

« Temos a concessão de revista de um julgamento não por causa da decisão delle, mas por causa do seu fundamento!

« Mas, conforme a doutrina, a nullidade consiste na illegalidade da decisão della, e não dos motivos, e enunciado della.

« Assim o diz o art. 680, § 2º do Regulamento n. 737 de 1850.

« On ne peut se pourvoir contre les motifs d'un arrêt mais seulement contre son dispositif, si d'ailleurs le dispositif de la decision se soutient par un moyen autre que celui indiqué dans les motifs. »

« (Diversos Arestos do Tribunal de Cassação de França.)

« Entretanto, este processo, nullo como o julgou a Relação por dous Accórdãos conformes, nullo como o reconheceu o Supremo Tribunal de Justiça, vai ainda correr as contingencias de uma revisão?

« Com que principio, com que direito, se pôde hoje com certeza contar?

« Reconheceu o Supremo Tribunal de Justiça que o processo executivo intentado contra o Recorrido era realmente nullo, e pois não podia sem contradicção conceder a revista, quando o processo já estava annullado pela Relação, posto que por motivo diverso.

« O que mandavão a logica e o direito é que fosse negada a revista.

« Ficaria entendido, como sóe entender-se, que o Supremo Tribunal confirmava a decisão ou pelo mesmo fundamento della ou por outro fundamento, ou por mais algum fundamento.

« É, porém, uma novidade a nullidade de uma sentença, ou a concessão de uma revista, porque outro devia ser o fundamento da decisão ou porque havia mais algum fundamento.

« Tanto mais quando a nullidade da acção destruía o processo e prejudicava a revisão de quaesquer outras questões sobre o fundo ou fôrma do mesmo processo.

« Queremos dizer que o segundo fundamento do Accórdão do Supremo Tribunal relativo ao merito da questão dos autos não autorisava a concessão da revista, porque a nullidade do processo o prejudicava, porque excluia tudo mais.

II.

« O 2º, finalmente, é uma flagrante e evidente exorbitancia da autoridade e da missão do Supremo Tribunal de Justiça.

« Basta lêr este fundamento para conhecer que o Supremo Tribunal, usurpando a attribuição exclusivamente peculiar dos tribunaes ordinarios, apreciou e julgou o facto que era o fundo da causa.

« Eis ali

« — **não provou** — o Recorrido, como devêra, que effectivamente tivesse satisfeito á Recorrente a quantia sobre que versa a questão, e que com ella estava quite — »

« porque

as quitações fls. 36 e fls. 33, em que se basea, além de serem publicas fórmulas que são inadmissiveis — neste caso — não foram resolvidas em Junta da Fazenda como quer a Lei, e pelo contrario, como bem pondera o Procurador da Corôa, obtidas ob e subrepticamente de empregados processados por crime de responsabilidade como tudo — *se prova* dos Autos. »

« Julgou a causa !

« Sim; julgou a causa contra o que tinha julgado a Relação da Côrte, o tribunal competente.

« Sim; julgou que o recorrido — não provou o pagamento — e para esse fim apreciou as provas, em que se fundava o pagamento.

« Eis ali.

« (A) As publicas fórmulas das quitações fls. 36 e fls. 33 são inadmissiveis neste caso.

« (B) As quitações fls. 36 e 38 não foram resolvidas em Junta de Fazenda.

« (C) As quitações fls. 36 e 38 foram obtidas ob e

subrepticamente de empregados processados por crime de responsabilidade.

« Discutamos

« 1.º Póde o Supremo Tribunal de Justiça julgar as causas, apreciando os factos e as provas ?

« Não, porque, conforme a Lei de 18 de Setembro de 1828 a sua attribuição suprema consiste em conceder as revistas nos dous casos de — manifesta nullidade e injustiça notoria —, verificados esses casos (Decreto 20 de Dezembro de 1830) nos precisos termos da Lei de 3 de Novembro de 1768, remissiva á Ord. liv. 3.º, tits. 75 e 95.

« Á vista dessas Leis e da natureza da sua instituição, o Supremo Tribunal não póde sem constituir-se terceira instancia, entrar no exame dos factos que servirão de base ao julgamento recorrido: sua missão consiste em verificar se no processo se deu algumas das nullidades referidas nas citadas Ordenações, ou se a decisão violou o — direito patrio —, direito expresso, direito em these.

« E assim é em todos os paizes que têm instituições semelhantes, — « elle (de la cour de cassation) ne revient pas sur les mal jugés, mais elle prend pour constants les faits tels qu'ils sont établis. — *Bernard.* »

« Não se nega que conforme os principios e as leis citadas a competencia do Supremo Tribunal de Justiça em materia de provas vai até annullar a decisão fundada em provas que a lei excluiu ou prohibio ou fundada em falsas provas.

« Vejamos, porém, se algumas dessas duas hypotheses se deu:

« 2.º « As publicas-fôrmas das quitações fls. 36 e 37 são inadmissiveis, — neste caso. — »

« Aonde a lei que expressamente exclue ou prohibe essas publicas-fôrmas extrahidas de quitações solemnes e originaes passadas pelas repartições fiscaes!

« Se não ha lei não póde o tribunal annullar a decisão, porque se fundou em tal ou tal prova.

« Diz porém o accórdão: são — inadmissiveis neste caso. —

« Que caso? Allude sem duvida ao processo executivo da Fazenda Publica.

« Ahi vai uma contradicção evidente: se o Supremo Tribunal de Justiça julga nullo o processo executivo intentado contra o recorrido, como quer apreciar as provas do recorrido pelos principios excepcionaes desse processo privilegiado?

« Desde que o processo executivo é nullo, não ha mais que ver as consequencias que são delle, as regras que são delle.

3.º « As quitações fls. 36 e 38 não forão resolvidas em Junta da Fazenda como a lei quer. »

« Mas as quitações dizem que ellas forão resolvidas em Junta da Fazenda: ora o contrario do que ellas dizem, depende da prova, prova que não consta dos autos, e não póde constar á vista do documento fls. 34, que mostra o estado da escripturação dos livros da Thesouraria de Goyaz.

« E que tal prova houvesse nos autos contra a declaração constante das mesmas quitações, a sua apreciação não compete ao Supremo Tribunal conforme os principios que temos deduzido.

4.º « As quitações fls. 36 e 38 forão obtidas ob e subrepticamente de empregados processados por crime de responsabilidade. »

« Julgar constante o facto de terem sido as quitações fls. 36 e 38 obtidas ob e subrepticamente de empregados processados por crime de responsabilidade, é julgar a causa, é um excesso do poder.

« Sem duvida a Ord. liv. 3.º, tits. 75 e 95 eleva á categoria de nullidade a falsa prova; mas ninguem ainda disse que é ao Supremo Tribunal, para decretar essa nullidade, que compete julgar immediatamente a existencia da falsidade.

« Assim que, referindo-se á sentença nulla, diz o art. 680 do Regulamento n. 737 de 1850 no § 3.º:

« Sendo a sentença fundada em instrumentos ou documentos julgados falsos em juizo competente. »

« E que é das provas desse facto além do dizer do Procurador da Corôa?

« Não vemos essas provas a que allude o Accórdão do Supremo Tribunal.

« Ao contrario como diz o acórdão da Relação da Córte:

« A appellada (recorrida) sempre reconheceu a existencia de taes quitagões e não a combateu nunca por apoeryphas (fls. 5 e 7).»

« Que importa que esses empregados fossem ao depois processados por crime de responsabilidade se as quitagões foram expedidas quando estavam em exercicio, como mostram as solemnidadas de que estão revestidas as ditas quitagões?

« Lêa-se o documento fls. 131, do qual consta um officio da presidencia da provincia mostrando que o recorrido foi victima da fraude desses empregados, aos quaes se refere o Supremo Tribunal de Justiça.

« Não discutiremos mais este segundo fundamento do Accórdão do Supremo Tribunal.

« Este segundo fundamento está prejudicado pelo primeiro fundamento.

« Desde que o Supremo Tribunal reconhece que o processo executivo é nullo, tudo o mais que nelle se contém é nullo, porque tudo é consequencia d'elle e envolvido na nullidade d'elle; assim que, todas as questões suscitadas no segundo fundamento ficão prejudicadas pelo primeiro fundamento, isto é, pela nullidade do processo.

« O recorrido não pretende do sabio Tribunal Revisor senão que a acção do recorrente seja annullada, pois que o processo executivo contra o recorrido é nullo, ou pela razão que deu a Relação da Córte, ou pela razão que deu o Supremo Tribunal de Justiça, ou por ambas, como é evidente.

F. J.

Accórdão da Relação.

« Accórdão em Relação, etc. Que vistos e relatados estes autos na fôrma da Lei reformão a sentença appellada para receber e julgar provados os embargos de fls. 33 oppostos ao procedimento executivo de fls. 2, e julgar improcedente este

procedimento á face dos autos, dos quaes, constando que a appellada accionára o appellante pela quantia de 29:880\$939, como consta da certidão a fls. 4 do livro de contas correntes, defende-se o appellado em os ditos seus embargos com a certidão de fls. 34, tambem extrahida do livro da mesma repartição, allegando que não é responsavel á Fazenda Nacional pela quantia pedida, e além disto com os documentos de fls. 36 a fls. 38 que são as publicas-fórmulas das quitagões, que de taes quantias lhe forão dadas pela mesma repartição ainda que por pessoal differente. E se bem se diga por parte da appellada que taes quitagões não são valiosas, porque o appellante não prestou contas para as ter podido obter—é certo que nas mesmas quitagões se declara que as prestou, parecendo não ser procedente a illação que a appellada tira do facto de não terem sido taes contas encontradas na repartição para conclusão de que ellas não forão prestadas á vista do documento fls. 34 fornecido pela mesma repartição e allegação fls. 47, em que se revela o estado irregular dos papeis respectivos. E como a collisão entre documentos emanados da mesma repartição gera pelo menos a duvida e em termos taes não ha divida liquida,—o procedimento não foi regular. —E o reconhecimento da existencia de taes quitagões por parte da appellada que sempre as tem combatido pelos fundamentos acima, e não por serem apocryphas e assignaladamente fls. 5 e 7, supprindo qualquer defeito de não exhibição de documentos originaes, julgão improcedente o procedimento na fórma acima declarada e condemnão a appellada nas custas.

Rio, 12 de Dezembro de 1871.—*Pereira Monteiro*, presidente interino.—*Assis Mascarenhas*.—*J. N. dos Santos*.—*Alencar Araripe*, vencido.

« Fui presente e peço visto para embargos.—*Silveira*.

Accórdão ao Supremo Tribunal de Justiça.

« Vistos, expostos e relatados estes autos de revista civil entre partes, recorrente a Fazenda Nacional, recorrido Antonio Pereira de Abreu: concedem a pedida revista por nullidade

manifesta dos Accórdãos de fls. 136 a fls. 147 ; porquanto além de não ser competente a acção intentada contra o recorrido por não estar elle comprehendido em nenhum dos casos mencionados nas Instrucções de 31 de Janeiro de 1851, não devendo por isso ter logar o procedimento executivo contencioso empregado por parte da recorrente que só o poderia empregar contra os thesoureiros, almoxarifes, recebedores, collectores, rendeiros, contractadores, conforme o § 4º das referidas Instrucções, e em virtude do privilegio que lhe concede a Lei de 22 de Dezembro de 1761, não provou o recorrido, como devera, que effectivamente tivesse satisfeito á recorrente a quantia sobre que versa a questão, e que com ella estava quite, porque as quitações de fls. 36 e fls. 38, em que se basea, além de serem publicas-fórmulas que são inadmissiveis neste caso, não forão resolvidas em Junta da Fazenda, como quer a Lei, e pelo contrario como bem pondera o Procurador da Fazenda obtidas ob e subrepticamente de empregados processados por crime de responsabilidade, como tudo se prova dos autos.

« Designão a Relação de Pernambuco para revisão e julgamento.

Rio de Janeiro, 14 de Agosto de 1872. — *Brito*, presidente. — *Veiga*. — *Marianni*, vencido. — *Villares*. — *Cerqueira*, vencido. — *Costa Pinto*. — *Simões*, vencido. — *Albuquerque*. — *Coito*, vencido. — *Pinto Chichorro*. — *Barbosa*. — *Leão*. — *Braga*.

Razões de Appellação.

« Está o Appellante condemnado pela sentença administrativa do Inspector da Thesouraria de Goyaz a fls. 7 v. na quantia avultada que estes Autos mostram, eis-aqui:

« Julgo o major Antonio Pereira de Abreu responsavel á Fazenda Publica pela referida quantia de 31:401\$512 em que importão os saldos de suas contas, condemno-o ao respectivo pagamento e marco-lhe o prazo de 24 horas para recolher-a aos cofres desta Thesouraria, sendo para isto

intimado. Thesouraria de Fazenda em sessão da Junta, 18 de Novembro de 1870. »

« E esta sentença foi apenas executada pela sentença appellada a fls. 56, segundo a qual « a defesa allegada pelo Appellante contra tal sentença é estranha ao Poder Judiciario, que não tem senão que executar. »

« 1.º E cita o juiz *a quo* para cohonestar este seu suicidio á Lei de 22 de Dezembro de 1761, essa Lei que no § 2º, Tit. 3º, só autorisa o procedimento executivo, que destes autos consta, contra os Thesoureiros, Almoxarifes, Recebedores, Collectores, Contractores, Rendeiros e outros (*outros* « phrase que se refere aos socios, sub-conductores e participantes nos contractos com a fazenda » citada Lei Tit. 2º, § 31, Perdigão Malheiro, nota 489).

« Ora nenhuma dessas qualidades tem o Appellante, cuja responsabilidade, como diz a soberana sentença administrativa, fls. 7 v.: « é proveniente de transacções que com a Fazenda teve, e dinheiros que recebeu e que não deu conta; » vêde bem que o Appellante recebeu esses dinheiros, conforme a mesma sentença e autos dizem, como negociante, que é, para remettel-os ao encarregado do deposito de bahús e ao commandante do vapor *Araguaya*.

« Assim que é contra expressa disposição da Lei de 1761, o juiz *a quo* admite o procedimento executivo não por divida de impostos ou rendas, não por alcance dos responsaveis especiaes da Fazenda Publica, casos em que ella é poder publico, mas contra qualquer que com ella tenha transacções, caso em que é sómente parte como outra qualquer.

« 2.º E cita o juiz *a quo* para este seu suicidio a Lei de 22 de Dezembro de 1761, a qual só autorisa o procedimento executivo, que dos autos consta, — por dividas certas e liquidas em si mesmas —.... contas correntes com os alcances que ellas fizerem liquidas, etc. —.... com a sua intenção fundada e liquidada, etc.

— « Ao executivo da Fazenda não pôde servir de base, e ao sequestro as contas illiquidas e contestaveis conforme a

Lei de 22 de Dezembro de 1761, Tit. 3.º, §§ 2.º e 3.º — Revista de 10 de Novembro de 1866. »

« No mesmo sentido os luminosos accórdãos deste Sapientissimo Tribunal, de 22 de Novembro de 1859, no executivo da Fazenda Publica contra Novaes & Passos; 31 de Março e 25 de Agosto de 1868 — no executivo contra Monteiro, Irmão & Castilho.

« A mesma sentença condemna, sem querer, a intenção da Fazenda Publica como — não fundada e liquidada — quando assim se exprime :

« Consistindo os embargos com que veio o executado.... em quitações não liquidas e puras.

« Na verdade se ha quitações não liquidas, ha quitações para liquidar, e se ha quitações para liquidar como póde ser liquidada a divida correlativa ?

« Com effeito, mostrou o Appellante com o documento fls. 34 que a conta pela qual é elle demandado, e serve de base a este executivo não foi extrahida do livro competente, sendo que ahi não figura elle como devedor.

« Eis-ahi :

« Certifico que ha tempos a esta parte não tem sido escripturado o Livro de responsaveis á excepção dos de conta corrente com os Collectores, por isso não consta que o Suppliante seja devedor á Fazenda. »

« Ainda mais, exhibe o Appellante as quitações fls. 36 e 37, passadas pelo Inspector da Thesouraria com todas as formalidades legais, declarando-se nellas a tomada de contas e documentos em que se fundarão.

« Mas essas quitações são repellidas *in limine*, posto que concedidas pela autoridade competente, porque não houve o processo da tomada de contas com audiencia da Junta da Thesouraria.

« Houve ou não houve essa formalidade ? A quitação diz que houve. Não está provado que não houvesse, porque, como consta de fls. 50, — do registro só consta a acta da Junta de 19 de Fevereiro de 1868.

« Que houvesse ou não essa formalidade, que importa isso á.

parte que prestou suas contas, e obteve quitação formal, solemne, e expedida pela autoridade competente?

« Que fé podem merecer os actos authenticos das repartições publicas, se as partes forem responsaveis pela omissão de formalidades prévias, que se devem praticar no seio das mesmas repartições e que aliás os mesmos actos dão expressamente como cumpridas?

« A certidão junta, extrahida de um officio do Presidente da Provincia, mostra que o Appellante foi victima de fraude commettida pelo Inspector da Thesouraria, que conferio a quitação, e o Appellante ha de ser victima de sa fraude quando tem e exhibe titulos solemnes e authenticos como os de fls. 36 e 37?

« E quando, sabios Juizes, ha essas duas questões importantes que devem ser averiguadas, isto é, ou a nullidade ou a falsidade da quitação, pôde admitir-se como intenção fundada e liquidada a divida da Fazenda Publica para ser cobrada por meio de executivo?

« Não: essas questões não podem ser decididas *in limine* pela Fazenda Publica, que é parte, mas pelo Poder Judiciario: só sendo annulladas competentemente essas quitações é que a divida da Fazenda Publica será certa e liquida, aliás subsistem esses titulos authenticos pela fé publica, que devem ter, e pela competencia da autoridade que os conferio.

F. J.

« Designada a Relação de Pernambuco proferio o Accórdão seguinte:

« Accórdão em Relação, etc. Que julgão nullo todo o processado pela incompetencia da acção executiva intentada contra o executado Antonio Pereira de Abreu pela fazenda nacional, por não se achar elle comprehendido entre os que mencionão as instrucções do 1º de Janeiro de 1851. Portanto, julgando como julgão nulla a acção intentada, condemnão a fazenda nacional nas custas. Recife, 6 de Maio de 1873. — Santiago, presidente. — Almeida Albuquerque. — Doria. — Domingues e Silva. — Está conforme. — O escrivão das appellações, José Peres Campello de Almeida. »

XIV.

Abyssus abyssum invocat. As frequentes invasões do poder judiciario nas decisões administrativas, o modo por que a Fazenda Nacional vai abrindo mão dos seus direitos, improrogaveis e imprescriptiveis, tem animado a se pôr em duvida os privilegios e direitos da Fazenda, mesmo no que respeita á competencia e acção do tribunal do thesouro sobre os diversos responsaveis por dinheiros e valores do Estado, e haja vista o aresto citado com relação á execução promovida contra o major Antonio Pereira de Abreu, resultando d'ahi que, a acção directa que a lei conferio ao tribunal do thesouro para coagir os responsaveis á prestação de suas contas balda-se, chega a annullar-se pelas frequentes invasões do poder judiciario.

A este respeito não podemos deixar de transcrever a importante circular expedida pelo Ministerio da Fazenda, em data de 29 de Fevereiro de 1860:

« Incumbindo ao tribunal do thesouro em virtude do art. 170 da Constituição do Imperio a administração, arrecadação e contabilidade da receita e despesa da Fazenda Nacional, e dispondo a Lei de Orçamento de 15 de Dezembro de 1830, no art. 36, que todas as repartições por onde se arrecadão e despendem dinheiros nacionaes prestarão contas no thesouro, disposição vigorada pelas subsequentes, fixando-a como permanente o art. 48 da Lei de 8 de Outubro de 1833, estabeleceu a lei de 4 de Outubro de 1831 as regras convenientes para a boa execução daquelle preceito constitucional, determinando ao mesmo tempo a competencia e acção do tribunal do thesouro sobre os diversos responsaveis por dinheiros e valores do Estado, e mandando no art. 88 que continuassem em vigor, como fazendo parte da mesma lei, as disposições do Alvará de 28 de Junho de 1808 nos titulos 3º, 4º, 5º, 7º e 8º concernentes á receita e despesa da Fazenda Publica.

« As instrucções deste ministerio datadas de 26 de Abril

de 1832, dando normas para as tomadas das contas aos responsáveis para com a Fazenda Publica, fixarão o modo pratico de fazer real e effectiva a fiscalisação que a Constituição tão sabiamente quiz presidisse e acompanhasse toda a gerencia da fortuna do Estado.

« Vinte annos de experiencia tendo patenteado lacunas na Lei de 1831, e sem embargo do Decreto n. 657 de 5 de Dezembro de 1849, inefficacia tambem na acção que esta conferira ao thesouro sobre os responsáveis, foi o governo autorisado pela Lei n. 563 de 4 de Julho de 1850 para reformar o thesouro e thesourarias de Fazenda, o que realisou pelos Decretos n. 736 de 20 de Novembro de 1850, n. 870 de 22 de Novembro de 1851 e n. 4343 de 29 de Janeiro de 1859.

« Os §§ 3º, 4º e 5º do art. 2º do primeiro dos mencionados decretos puzerão termo ás duvidas, porventura existentes, acerca da competencia exclusiva do tribunal do thesouro em materia de tomadas de contas a quaesquer responsáveis por dinheiros ou valores do Estado; e o art. 36 da Lei n. 623 de 17 de Setembro de 1851, consagrando ainda esta competencia e sancionando a doutrina do Decreto de 5 de Dezembro de 1849, que marcava os meios e o modo de fazel-a effectiva, ampliou-as com a faculdade concedida ao tribunal do thesouro de impôr multas aos responsáveis remissos ou omissoes. »

Os principios expostos não forão desconhecidos pelo illustrado relator da Consulta de 30 de Novembro, quando, ao passo que invoca os julgados com relação ao major Abreu, reconhece que o executivo é applicavel ás dividas provenientes de impostos, contribuições e alcances dos thesoureiros, recebedores e contractadores das rendas publicas. Antes de citarmos os arestos proferidos a favor e contra as decisões administrativas em materia de tomada de contas, transcreveremos varias disposições do Decreto n. 2518 de 10 de Março de 1860, combinadas com o Decreto de 29 de Janeiro de 1859:

« Art. 3.º O tribunal do thesouro exerce jurisdicção privativa e improrogavel a respeito do julgamento das contas, imposição de penas aos responsáveis e dos demais negocios enumerados no artigo precedente. As suas decisões terão a

autoridade e força de sentença dos tribunaes de Justiça. Decreto de 29 de Janeiro de 1859, art. 25. »

« Art. 8.º As decisões das thesourarias de Fazenda, proferidas em materia contenciosa e disciplinar, concernentes aos responsaveis para com a Fazenda Nacional, terão a autoridade e força de sentença dos tribunaes de Justiça e serão executorias desde logo contra os mesmos responsaveis. »

« Art. 38. Se qualquer juizo ou tribunal de Justiça conhecer de alguma questão que deva ser ou tenha sido decidida pelos tribunaes e jurisdicções administrativas na fórma deste Decreto, as autoridades competentes promoverão immediatamente o conflicto de jurisdicção, nos termos do Reg. n. 124 de 5 de Fevereiro de 1842. »

« Art. 39. Os juizes e tribunaes, a quem por qualquer fórma forem presentes as decisões do tribunal do thesouro e thesourarias de Fazenda, não poderão tomar conhecimento dellas, revogal-as ou interpretal-as, devendo remetter, sem prejuizo da execução, as duvidas que occorrerem á autoridade administrativa competente, se lhe parecerem procedentes. »

« Art. 40. Nas execuções das decisões referidas no artigo antecedente, não se admittirão liquidações ou compensações e descontos, feitos judicialmente; podendo os interessados requerer á autoridade administrativa competente o que entenderem a bem do seu direito. »

Assim do complexo da legislação citada, parecerá que o tribunal do thesouro effectivamente exerce aquella suprema vigilância e fiscalisação que, assegurando um exame minucioso, uma discussão razoada sobre a administração financeira do paiz, faz penetrar a luz em todos os seus movimentos e a escuma das injustas imputações da malevolencia ou parcialidade, acreditar-se ha que regular em sua marcha, livre em sua esphera de acção e conscio de sua responsabilidade, não encontra o thesouro (o poder administrativo) embaraços no desempenho de sua ardua missão, e que a sábia providencia da Constituição e das leis é satisfeita.

Entretanto, o precedente invocado com relação ao Major Pereira de Abreu e outros que passam a ser citados,

demonstrarão que o preceito legal é quasi nominal, actuando muito principalmente para a permanencia deste estado anormal as frequentes invasões do poder judiciario, até certo ponto animadas pelos principios e pelas incoherencias que se encontram em varias consultas do Conselho de Estado, ficando falseada a jurisdicção do thesouro e thesourarias.

Os argumentos produzidos em favor do major Abreu são manifestamente contrarias á Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3º, §§ 5º e 9º, tal é a força que assiste ás contas correntes, que a lei muito expressa e terminantemente só admitte defesa consistente em *quitações liquidas e puras*, sendo certo que não se deve admittir em caso algum a discussão no juizo Contencioso Judiciario, do merito das contas em relação á certeza da divida, verificada e provada em juizo competente, sem que, todavia, obste a razão de que muitas vezes as decisões sobre a tomada de contas dos responsaveis são proferidas sem audiencia delles, pois não é menos certo que, ou sejam proferidas á revelia ou contradictoriamente e ouvidas as partes, em todo o caso e a todo o tempo pôde neste mesmo juizo instaurar-se a reclamação de direito para a reforma da conta, mantendo-se por esta fôrma sempre illesa a ordem das jurisdicções, como tanto convem á causa publica.

De modo algum compete ao Poder Judiciario entrar na apreciação por que tenha sido organizada a conta, nem quaes os fundamentos della, materia aliás da competencia exclusiva dos juizes e tribunaes administrativos, perante os quaes deve o interessado discutir o seu pretendido direito.

Em caso identico eis como se expressa o Sr. Conselheiro José Pedro Dias de Carvalho em o importante relatorio apresentado em 1865 ao Corpo Legislativo, na qualidade de Ministro da Fazenda:

« Cumpre-me desde já fazer-vos presente um conflicto suscitado por um accórdão da Relação de Pernambuco.

« É elle um dos mais importantes que ainda se derão, porquanto, não se contesta a jurisdicção administrativa na especie em questão, mas sim absolutamente, e na sua existencia legal.

« O collector da cidade do rio Formoso, na provincia de

Pernambuco, falleceu ficando em debito para com a Fazenda Nacional por quantias que deixára de recolher aos cofres publicos.

« Fallecendo tambem o seu fiador, determinou a Thesouraria que um herdeiro deste entrasse com a importancia do alcance do finado exactor; mas, recorrendo elle da decisão da Thesouraria para o Tribunal do Thesouro, este, por deliberação de 14 de Julho de 1862, confirmou a decisão recorrida, negando provimento ao recurso.

« Estando a questão nestes termos, e promovendo-se a respectiva execução, o herdeiro oppôz embargos que forão desprezados pelo juiz dos feitos, mas a Relação do districto, para onde appellou o interessado, deu provimento á appellação. »

O conselheiro procurador fiscal do Thesouro, que foi ouvido sobre o assumpto, emittio o seguinte parecer:

« A questão da responsabilidade do ex-collector do rio Formoso, Manoel Marcellino Paes Barreto, proveniente de quantias por elle recebidas de devedores da Fazenda, em virtude de precatorias do juizo dos feitos, mas não recolhidas aos cofres publicos, e pelas quaes consequentemente era tambem responsavel o seu fiador Francisco da Silva Santiago, e hoje seu herdeiro o bacharel Gervasio Gonçalves da Silva, fôra decidida pelo Tribunal do Thesouro, por deliberação de 14 de Julho de 1862, constante dos papeis juntos, em gráo de recurso interposto da decisão da Thesouraria de Fazenda da provincia de Pernambuco pelo referido herdeiro do fiador, que se conformou com essa decisão, porquanto não interpôz nem um dos recursos permittidos pelo art. 28 do Decreto de 10 de Março de 1860, approvado pelo art. 12, § 10 da Lei de 27 de Setembro de 1860.

« Essa deliberação foi communicada á Thesouraria de Fazenda e mandada executar por ordem do Ministerio da Fazenda, de 22 de Julho do mesmo anno.

« A decisão do Tribunal do Thesouro não podia deixar de ser respeitada pelos juizes e Tribunaes de Justiça sem manifesta violação de lei.

« O Tribunal do Thesouro exerce jurisdicção privativa e improrogavel a respeito do julgamento das contas, imposição de penas aos responsaveis e dos demais assumptos de sua competencia; as suas decisões têm a autoridade e força de sentença dos Tribunaes de Justiça; taes são as disposições expressas do Decreto de 29 de Janeiro de 1859, art. 25, e Decreto citado de 10 de Março de 1860, art. 3º, ambos approvados pelo art. 12, § 10 da Lei de 27 de Setembro de 1860.

« Os juizes e Tribunaes de Justiça, a quem por qualquer fórma forem presentes as decisões do Tribunal do Thesouro, não podem tomar dellas conhecimento, revogal-as, ou interpretal-as, devendo remetter, sem prejuizo da execução, as duvidas que occorrerem á autoridade administrativa competente, se lhes parecerem procedentes; tal é a disposição expressa, clara e terminante do art. 39 do citado Decreto de 10 de Março de 1860.

« O Juiz dos Feitos da Fazenda de Pernambuco na execução, que se promovia contra o mencionado herdeiro por parte da Fazenda Publica, para fazer effectiva a responsabilidade civil do fiador, observou fielmente estas disposições, desprezando, em face da citada Ordem, os embargos oppostos pelo executado.

« A Relação do districto, porém, ou antes a maioria dos Juizes do feito, deixárão de observar os citados Decretos approvados por Lei, não só tomando conhecimento da questão, já decidida pelo Tribunal do Thesouro, mas nullificando-a completamente, como se vê do Accórdão de 19 de Dezembro do anno findo; julgo conveniente transcrever esse accórdão *in extenso*.

« Eil-o:

« Accórdão em Relação, etc. Que depois de se decidir que o
« poder judicial é competente para julgar a causa conforme o
« exame dos Autos, Leis e Disposições de direito sem estar
« adstricto a conformar-se com a decisão, que sobre o objecto
« della proferio o Tribunal do Thesouro no recurso interposto
« pelo appellante, o que consta da certidão de fl. 24, visto que

« nem o Decreto de 29 de Janeiro de 1859, citado pelo Desem-
« bargador Procurador da Corôa em suas razões de fl. 43 v.,
« nem Lei alguma manda, nem pôde mandar que, nas ques-
« tões entre a administração e os particulares, os Juizes e os
« Tribunaes de Justiça sigão as decisões, que sobre as mesmas
« questões tiver proferido aquella parte contra a outra, deci-
« sões que podem ser o facto, mas nunca a lei ou direito em
« que se deve basear a sentença, ou, o que vem a ser o mesmo,
« que mande que, em taes questões, a administração seja juiz
« e não parte, e o Poder Judiciario mero executor de suas de-
« cisões, isto contra suas attribuições, independencia e nobre
« missão, que certamente não consiste em cumprir o que a
« administração em suas contestações com os particulares de-
« terminar contra estes, e sim conhecer delles, e decidil-os
« como fôr de justiça, considerando a administração como uma
« das partes e não como um poder a que lhe cumpre obedecer.
« Considerando que a quantia demandada procede de duas
« precatorias, expedidas uma contra o devedor da Fazenda
« José de Barros Pimentel, e outra contra José Bernardino,
« remettidas ao ex-collector Manoel Marcellino Paes Barreto
« para promover sua execução, e achadas, sem cumprimento,
« em poder d'elle; considerando que o recibo apresentado por
« José de Barros Pimentel é passado pelo ex-collector Paes
« Barreto e não pelo respectivo escriptão; que o mesmo re-
« cibo não foi por esse assignado, nem extrahido do livro de
« talões, revestido das formalidades legais; e tendo em vista
« as disposições da Lei de 4 de Outubro de 1831, do art. 31
« do Regulamento de 14 de Janeiro de 1832, do art. 17 das
« Instruções de 26 de Abril do mesmo anno e da Ordem do
« Thesouro de 29 de Outubro de 1853, as quaes exigem que
« os conhecimentos de entrega e recebimento de dinheiro nas
« Repartições Fiscaes tenham certas formalidades que não
« existem no recibo apresentado pelo devedor Pimentel, e
« estabeleceu que recibos, como o de que se trata, não são va-
« lidos, nem eximem os contribuintes dos pagamentos de seus
« debitos: julgaõ procedente a appellação e revogaõ a sen-
« tença de fl. 25 v., que desprezou os embargos de fl.... com o

« fundamento menos juridico de estar a questão decidida pelo
« Tribunal do Thesouro Nacional, para effeito de desobriga-
« rem, como desobrigão, o appellante do pagamento da quantia
« pedida, emquanto os originarios devedores não provarem
« competentemente que, com effeito, pagarão seus debitos ao
« ex-collector, e pague o appellante as custas. Recife, 19 de
« Dezembro de 1863.—*Silveira*, presidente.—*Assis*.—*Gitirana*.
« —*Motta*.—*Perelti*, vencido.—*Doria*.—Fui presente, *Guerra*.»

« O desembargador procurador da Corôa na dita Relação, nem oppôz embargos ao accórdão, nem interpôz o recurso de revista.

« O procurador fiscal da Thesouraria de Pernambuco, em officio de 30 de Junho ultimo, communicou-me esta occorren-
cia, e porque, em officio de 17 de Agosto, me transmittisse elle algumas informações que exigira, apresso-me a solicitar providencias sobre tão importante assumpto.

« O accórdão transcripto estabeleceu a preliminar da competencia da autoridade judicial para conhecer da questão, sem estar adstricto a respeitar a decisão do Tribunal do Thesouro, e resolveu-a affirmativamente.

« Releva notar que a Relação, como se vê do proprio accórdão, teve presente a disposição do Decreto de 29 de Janeiro de 1859, e a Ordem do Thesouro, que declarava exequível a decisão do Tribunal do mesmo Thesouro.

« A autoridade judicial procedeu, portanto, com conhecimento de causa, com sciencia plena de que existia o Decreto de 29 de Janeiro de 1859, e uma decisão do Tribunal do Thesouro directamente proferida sobre o mesmo assumpto, sendo a mesma a causa da acção e a condição das partes, representada como era, a Fazenda Publica pelos seus fiscoes; por outra, não ignorava a Relação de Pernambuco que havia um caso julgado, proferido pela autoridade administrativa, com tanta força e autoridade como qualquer sentença do Poder Judiciario.

« Este precedente é deploravel.

« Não ha ahi sómente o vicio da incompetencia e de um julgado contra o direito expresso, contra o texto formal da

lei, porque, approvados pelo art. 12, § 10 da Lei de 29 de Setembro de 1860, o citado Decreto tem força de lei; ha mais alguma cousa.

« A Relação de Pernambuco para proceder, como procedeu, tomou por fundamento que lei alguma mandava, nem podia mandar que os tribunaes respeitassem as decisões proferidas pela jurisdição administrativa; que as decisões administrativas podem ser o facto, mas nunca a lei ou direito em que se deve basear a sentença, e finalmente que entre a administração e os particulares sómente o Poder Judicial é que deve decidir as contestações emergentes.

« Por outra, o accórdão, desprezando a evidencia legislativa, nega o contencioso administrativo, as jurisdições estabelecidas por lei para decidir e julgar as questões contencioso-administrativas tão soberanamente como o Poder Judicial, e a força e autoridade de sentença das decisões das mesmas jurisdições, e assim instaura um processo exorbitante, não contra a decisão do thesouro mas contra a propria lei ou o Poder Legislativo!

« Não é nova entre nós a doutrina de que as decisões administrativas das jurisdições competentes têm a força e autoridade de sentença, e de que, em taes condições, aos Tribunaes de Justiça Civil e Criminal nada mais compete do que fazel-as effectivas pelos meios de direito commun na pessoa e bens daquelle contra quem forão proferidas, conservando-se dest'arte cada uma das jurisdições dentro da orbita de suas attribuições.

« A Lei das eleições de 19 de Agosto de 1846 declara que « as portarias do Ministerio do Imperio e dos presidentes de « provincia e os actos das autoridades collectivas competentes « em materia eleitoral, impondo multas, terão força de sentença para a cobrança dellas (art. 127). »

« A Circular do Ministerio do Imperio de 1º de Fevereiro de 1852 declara que « devendo as certidões das actas de « que faz menção o art. 127 da lei citada, reputar-se como « sentença passada em julgado, em termos de apparelhada execução para a cobrança das multas de que trata o mesmo

« artigo, e sendo o processo respectivo summario e de natureza civil, posto que mera e rigorosamente executivo, aos Juizes Municipaes a quem couber a sua execução, não compete mais do que fazer effectivo o pagamento da multa, sem que possam entrar no conhecimento da justiça ou injustiça com que fôra imposta, por estar isso fôra da sua jurisdição e alçada; não lhes sendo licito, portanto, admittir outros embargos que não sejam os de paga e quitação da multa, ou os que se oppuzerem ao modo da execução, como se pratica nos processos summarios das execuções fiscaes. »

« Em presença do accórdão da Relação de Pernambuco cumpre aos poderes publicos, como diz um de nossos mais distinctos publicistas, «sustentar a autoridade da lei na ordem judiciaria, reprimir e aniquilar a injuria feita a ella. »

« Se o accórdão não tivesse sido executado, expediria sem demora as instrucções precisas ao procurador fiscal para oppôr embargos de nullidade á execução da sentença, usando para isso dos meios convenientes, com auxilio do privilegio da restituição *in integrum* que compete á Fazenda Nacional.

« Emittida deste modo a questão novamente na téla judicial, poderia regularmente formar-se o processo de conflicto de jurisdição, mandando a administração levantá-lo nos termos do art. 24 e seguintes do Regulamento provisório de 5 de Fevereiro de 1842, o que aliás conviria ter-se feito, oppondo-se para esse fim embargos ao accórdão em tempo opportuno.

« Só resta, pois, o recurso de revista no interesse da lei para reivindicar-se o imperio das disposições legislativas offendidas por uma violação; devolvido assim o conhecimento do caso á Suprema Magistratura do paiz, ella procederá a respeito do assumpto como entender em sua sabedoria.

« Sou, portanto, de parecer que se officie ao Sr. Procurador da Corôa, Soberania e Fazenda Nacional na referida Relação para interpor o recurso de revista no interesse da Lei, nos termos do art. 18 da Lei de 18 de Setembro de 1828.

« Directoria Geral do Contencioso, 22 de Setembro de 1864.

— Aréas. »

Sendo ouvidas as secções reunidas de Justiça e Fazenda do Conselho de Estado relator o Sr. de S. Vicente, consultarão com o seu parecer sobre os papeis relativos ao Accórdão do Tribunal da Relação de Pernambuco proferido em 19 de Dezembro de 1863: e principião expondo a questão pelo modo seguinte:

« O ex-collector Manoel Marcellino Paes Barretto era responsavel por certa somma á Fazenda Nacional, e como fallecesse, ficarão respondendo por ella seu herdeiro e seu fiador. A Thesouraria de Fazenda da Provincia de Pernambuco determinou que o dito herdeiro entrasse para os cofres publicos com essa somma: elle recorreu para o Tribunal do Thesouro, que, por deliberação de 14 de Julho de 1862, indeferio o recurso, confirmando aquella determinação. O interessado nem ao menos recorreu da decisão do Tribunal do Thesouro para o Conselho de Estado, como podia fazer, e lhe facultava o art. 28 do Decreto de 10 de Março de 1860, e art. 12, § 10 da Lei de 27 de Setembro do mesmo anno.

« Não restava, pois, senão promover-se a execução para que a somma devida effectivamente entrasse para o Thesouro Nacional. Promovendo-se essa execução, a parte oppoz embargos não contra o modo ou tramites della, e sim infringentes da decisão do Tribunal do Thesouro, para que o julgado deste fosse annullado. Desprezados, como devião ser, e juridicamente forão taes embargos pelo Juizo dos Feitos da Fazenda, o interessado appellou para a mencionada Relação, e esta, dando provimento á appellação, proferio o seu estranho e incurial Accórdão, *que na verdade indica quanto ainda estamos atrasados nas questões dos differentes ramos do direito, e da administração publica.*

« Ouvida sobre tal assumpto a Directoria Geral do Contencioso, expoz o seu illustrado chefe a seguinte opinião. (Já anteriormente a transcrevemos, por isso não a reproduzimos.)

« As secções depois de terem examinado todos os papeis, adoptão as observações e conclusões da Directoria Geral do Contencioso, salva a modificação, que ultimamente indicarão.

Com effeito é fóra de duvida, que o julgamento das contas, que os responsaveis, agentes ou prepostos do Thesouro Publico devem prestar-lhe, e dos respectivos alcances, pertence em 1.^a e 2.^a instancia ao Contencioso Administrativo, e não ao Judicial.

« É fóra de duvida que essa jurisdicção em tal caso está attribuida privativamente á Administração Fiscal sem que os Tribunaes Judiciarios tenham que intervir na apreciação do merecimento de taes decisões, e sem que muito menos tenham poder para reformal-as ou annullal-as.

« Não são só os principios do Direito Administrativo que dictão essas normas, ellas estão demais expressamente consagradas pelo Decreto de 29 de Janeiro de 1859, art. 25, pelo de 10 de Março de 1860, arts. 3.^o e 39, e pela Lei de 27 de Setembro de 1860, art. 12, § 10, que é bem expresso.

« A Relação de Pernambuco procedeu, pois, contra o direito escripto e claro, e o que é muito notavel, asseverou contra o theor delle, que não havia Lei alguma que lhe prohibisse conhecer do merito da decisão em casos taes! E o que é mais, declarou ainda que nenhuma Lei poderia mesmo prohibir-lhe isso; de sorte que sem rasão alguma sufficiente quiz até circumscrever limites puramente fantasticos ao proprio poder legislativo!

« Consequente com esses principios incuriaes e extraordinarios, revogou a decisão do Tribunal do Thesouro, e exonerou o appellante do pagamento. É cousa incrível, mas é o que está escripto nesse singular Accórdão. O que é summamente notavel é que o Procurador da Corôa perante aquella Relação não embargasse tal julgado, nem ao menos interpusse o recurso da Revista, de sorte que o Fiscal da Lei por parte do Governo faltou inteiramente ao seu dever, embora incorresse em grande responsabilidade.

« O caso é que tal Accórdão teve indevido cumprimento: que as idéas nelle estabelecidas tiverão sua realização—*que desconhecêrão todos os principios do Contencioso Administrativo, embora elle abrace não só as questões que o cidadão tem com o Estado como Estado, que por sua natureza pertencem ao*

Governo, que não são dominadas pelo direito civil, e sim pelo direito Administrativo, mas até mesmo algumas outras que a Lei por motivos excepcionaes subordina á administração.

« Cumprindo, portanto, restaurar o imperio da lei, providenciar para que nunca mais se repitão factos semelhantes e se fôr possível repôr as cousas no seu estado normal, a Directoria do Contencioso lembrou o meio de interpôr o recurso de revista, ao menos no interesse da Lei.

« As secções, sem impugnarem esse meio, que sem duvida tem cabimento, observarão que elle só pôde aproveitar para o futuro, mas que o facto occorrido ficará prevalecendo; o que não convem desde que houver outro meio que evite esse grande inconveniente. Embora haja algumas opiniões divergentes, as sessões entendem que enquanto a Ord. do Liv. 3º, tit. 75 in pr. não fôr ou revogada, ou substituida, o que será uma providencia, por outra Lei, persiste a acção de nullidade ou rescisoria dos julgados nullos de que não se interpoz o recurso regular, e que portanto não forão proferidas em grão de revista.

« Com effeito a acção de nullidade não é incompativel em tal caso com as reformas que temos adoptado; a nova lei que a respeito precisamos não deverá mesmo proscrever-l-a e só sim determinar os unicos casos excepcionaes, e os precisos termos em que ella terá lugar. No entretanto, a Ord. está em vigor em todos os casos, em que não é contradictoria com as leis posteriores, como acontece no actual. A prevalecer, pois, para a hypothese este meio, elle será sem duvida o preferivel, porque anniquilará esse incurial Accórdão, não só para que não estabeleça precedente para o futuro, mas mesmo para que não vigore no proprio caso vertente, preterindo a jurisdicção privativa do Governo em seu ramo fiscal, e o expresso preceito da lei.

« Em todo o caso tambem convirá que tal facto seja presente ao Poder Legislativo. Este é, Senhor, o parecer das Secções. Vossa Magestade Imperial, porém, Mandará o que fôr mais acertado.

« O Conselheiro Visconde de Jequitinhonha, concordando

inteiramente com os principios expostos pelo conselheiro de Estado S. Vicente, relator da Secção de Justiça na presente Consulta, entende todavia que nem o remedio proposto pelo Conselheiro director geral do Contencioso, *scilicet*, o da Revista, nem o que o dito relator propõe, *scilicet*, o da acção rescisoria, ou de nullidade do accórdão, convem ou deve ser adoptado pelo governo. E não pôde aconselhar um ou outro dos referidos meios *porque de sua interposição resultaria virtualmente o reconhecimento da competencia da autoridade judicial na questão vertente, ficando desde logo a autoridade administrativa obrigada a estar pelas decisões que houverem de proferir os tribunaes judiciais, ou pelo que concerne a Revista, ou pelo que respeita a acção rescisoria: o que é expressamente contrario á letra da Lei, como mui bem se reconhece no parecer, citando-se o art. 25 do Decreto de 29 de Janeiro de 1859, e arts. 3º e 39 do Decreto de 10 de Março de 1860, ambos com força de lei, ex vi do art. 12, § 10 da Lei de 27 de Setembro de 1860.*

« O remedio, pois, que parece ao Conselheiro Visconde de Jequitinhonha é que se declare ao Juiz dos Feitos da Fazenda que, tendo passado em julgado o indeferimento decretado pelo Tribunal do Thesouro, prosiga elle juiz nos termos do processo executivo, até final embolso da Fazenda Nacional; e se os executados vierem com embargos ou quaesquer outros recursos, os não accite, nem por elles faça obra, salvo nos termos da disposição da Lei aqui citada.

« E porque podem os Tribunaes Judiciais novamente tomar, a requerimento dos executados, conhecimento da questão, determine-se ao Juiz dos Feitos, e ao Procurador da Corôa que, logo que o fação, suscitem o conflicto nos termos do art. 24 e seguintes do Decreto de 5 de Fevereiro de 1842. Nem outro devesa ter sido o procedimento do Juiz dos Feitos da Fazenda e do Procurador da Corôa; e a respeito deste e da maioria dos desembargadores, juizes no accórdão, não pôde o Conselheiro de Estado Visconde de Jequitinhonha deixar de notar a irregularidade do seu procedimento, á vista dos citados arts. 24 e seguintes do Decreto de 5 de Fevereiro de 1842, e do que determinão os arts. 3º e 39 do Decreto de 10 de Março de

1860; parecendo, portanto, ao mesmo conselheiro absolutamente necessario que sejam elles mandados responsabilisar, á vista dos arts. 154 e 160 do Cod. Crim.

« É sem duvida para lamentar que o Governo de V. M. Imperial se veja collocado na espinhosa necessidade de mandar assim proceder contra juizes que se sentão já nos primeiros Tribunaes da nação. Mas este é o unico remedio heroico capaz de pôr termo para o futuro á repetição de tão escandalosas violações de Lei. E ao Governo Imperial muito importa defender os interesses do Thesouro, proteger a moral e a ordem publica, manter e harmonisar de um modo efficaz a divisão dos Poderes Supremos do Estado, e desaggravar a sociedade. »

Sala das conferencias, 21 de Novembro de 1864. Esta importante Consulta não foi resolvida; o seu relator foi o Sr. de S. Vicente, e os signatarios della forão os Conselheiros do Estado Candido Baptista de Oliveira, Visconde de Jequitinhonha, Visconde de Uruguay, Marquez de Abrantes, e Visconde de Itaborahy.

Chamamos a attenção para tão importante consulta pela clareza e precisão dos principios nella estabelecidos, pelas disposições nella citadas, e, finalmente, pela energia da phrase.

Contra os principios invocados na Consulta de 30 de Novembro: se o poder judiciario é competente para, a pedido da Fazenda, mandar proceder á penhora, é competente para mandar levantar-a; aliás seria um cego instrumento, ou um mero executor; oppomos o art. 2º e seus §§ do projecto apresentado na Camara dos Srs. Deputados em Julho de 1851, pelo eminente estadista e notavel jurisconsulto, Sr. Conselheiro Nabuco de Araujo, muito digno relator da Consulta de 30 de Novembro.

« Art. 2.º É o governo autorizado para determinar e extremar o Contencioso Administrativo e regular o respectivo processo sob as seguintes bases:

« § 1.º As decisões das Autoridades administrativas, nos casos de que trata o paragrapho seguinte, e em todas as materias, de sua competencia, cuja execução depender do Poder Judiciario serão independentemente do — cumpra-se — executadas como

sentenças passadas em julgado, sem que possam tomar conhecimento dellas, revogal-as ou interpretal-as os juizes e tribunaes, que remetterão sem prejuizo da execução as duvidas occorrentes ás mesmas autoridades administrativas, quando lhes parecerem procedentes.

« § 2.º São da exclusiva competencia das Autoridades administrativas: 1.º, as indemnizações; 2.º, a liquidação da divida publica passiva; 3.º, a liquidação, remissão, rebate, moratoria, prescrição da divida activa da Fazenda Nacional, proveniente de impostos, contractos ou alcances de thesoureiros, collectores e recebedores.

« 4.º A interpretação, prorogação e decisão de contractos de empresas de obras publicas, arrematação de rendas, engajamento de serviços, fianças, depositos, compra de generos e fornecimento para o serviço publico, aforamento e arrendamento de bens nacionaes, salvas, neste ultimo caso, as questões de propriedade.

« 5.º As multas fiscaes, apprehensões, ou contrabandos apprehendidos em flagrante.

« 6.º O lançamento, isenção e restituição dos impostos, o conhecimento e decisões de todas as questões e duvidas, que se suscitarem por parte dos collectores e collectados, ou contribuintes, relativas não só ao direito e modo do lançamento e cobrança, e a obrigação de satisfazer o imposto, como tambem quanto á quota delle. »

Em vista das idéas do projecto se vê claramente que, os principios que hoje defendemos, já forão acceitos pelo digno relator da Consulta de 30 de Novembro, tanto que, procurou dar-lhes toda a força, consignando *em uma lei* todos os casos sujeitos á *jurisdição administrativa*.

E, finalmente, oppomos ainda a Consulta de 20 de Fevereiro de 1856, que preceitua que, as Autoridades judicias deprecadas pelas administrativas, para effectuarem a prisão de responsaveis por alcances devem limitar-se a cumprir as precatorias, não podendo relaxal-os da prisão quando quites; porquanto, diz a Consulta:

« Se a nossa legislação fiscal dá ao Thesouro a faculdade

de ordenar a prisão dos thesoureiros, recebedores, collectores, contractadores e rendeiros, quando forem remissos ou omissoes em fazer as entradas dos dinheiros publicos a seu cargo ; e se, demais, tal attribuição não tem, nem póde ter por fim, senão ministrar ao Poder administrativo um meio de cumprir o dever, que lhe cabe, de arrecadar a renda do Estado, e tomar contas aos ditos responsaveis, claro parece que ás Autoridades judiciasrias não compete tomar conhecimento ou intervir no exercicio dessa attribuição, porque aliás ficar-lhes-hia o direito de embarçar e impedir os effeitos de uma providencia, que a lei julgou indispensavel para o exacto cumprimento dos deveres do Poder administrativo.

« Reconhecer nas autoridades judiciasrias o direito de fazer cessar a detenção administrativa, ainda que seja á vista de apresentação de documentos com que o responsavel pretenda provar o pagamento da divida que houver determinado tal detenção, é fazel-as intervir no exame e apreciação de questões que são da exclusiva competencia do Poder administrativo ; porque isso importaria dar-lhes o direito de decidir se o preso está ou não quite com a Fazenda Nacional, e não haveria razão para negar-se-lhes o mesmo direito em muitos outros casos. »

N. 419. — Resolução de 29 de Fevereiro de 1856.

Sobre se as autoridades judiciasrias deprecadas pelas administrativas, para effectuarem a prisão de responsaveis por alcances devem limitar-se a cumprir as preatorias, ou se podem, cumpridas estas, relaxa-los da prisão quando quites.

« Senhor. — Mandou Vossa Magestade Imperial, por aviso da respectiva secretaria de 8 do mez proximo preterito, que a secção de fazenda do conselho de estado consulte se as autoridades judiciasrias, deprecadas pelas administrativas para effectuarem a prisão de que trata o decreto de 5 de Dezembro do 1849, devem limitar-se a cumprir a preatoria, ou se podem, depois de cumprida esta, relaxar a prisão por haver o devedor

apresentado conhecimento em forma da entrada da importancia do alcance nos cofres publicos.

« A prisão administrativa, de que trata o decreto de 5 de Dezembro de 1849, é uma disposição consagrada nos capitulos 33 e 159 do regimento da fazenda, no capitulo 74 do regimento dos contos, na lei de 22 de Dezembro de 1761, e no alvará de 28 de Junho de 1808.

« O citado decreto pois, e o de 20 de Novembro de 1850, não fizerão senão reproduzir o que se achava e tabelecido sobre este assumpto na antiga legislação, e regular o modo pratico de fazel-o executar pelas novas autoridades fiscaes.

« Assim o entendeu tambem a lei de 17 de Setembro de 1851, a qual no art. 36 declarou applicaveis as disposições do decreto de 1849, e a do § 4.º do art. 2.º do de 1850, a todos os responsaveis por dinheiros e valores do Estado, qualquer que fosse a repartição a que pertencessem; e fez outrosim extensiva a pena de prisão administrativa aos que não apresentassem os livros, contas e documentos de sua gerencia nos prazos que lhes fossem marcados.

« Se, pois, nossa legislação fiscal dá ao thesouro a faculdade de ordenar a prisão dos thesoureiros, recebedores, collectores, contractadores e rendeiros, quando forem remissos ou omissos em fazer as entradas dos dinheiros publicos a seu cargo; e se demais tal attribuição não tem, nem pôde ter por fim, senão ministrar ao poder administrativo um meio de cumprir o dever, que lhe cabe, de arrecadar a renda do Estado, e tomar contas aos ditos responsaveis, claro parece que ás autoridades judicias não compete tomar conhecimento ou intervir no exercicio dessa attribuição, porque aliás ficar-lhes-hia o direito de embaraçar e impedir os effeitos de uma providencia, que a lei julgou indispensavel para o exacto cumprimento dos deveres do poder administrativo.

« Reconhecer nas autoridades judicias o direito de fazer cessar a detenção administrativa, ainda que seja á vista de apresentação de documentos com que o responsavel pretenda provar o pagamento da divida que houver determinado tal detenção, é fazel-as intervir no exame e apreciação de questões

que são da exclusiva competência do poder administrativo ; porque isso importaria dar-lhes o direito de decidir se o preso está ou não quite com a fazenda nacional, e não haveria razão para negar-se-lhes o mesmo direito em muitos outros casos.

« A secção de fazenda não pôde, pois, concordar com o Dr. procurador fiscal em que a prisão administrativa cessa pelo pagamento da divida, provado perante a autoridade judiciaria que tiver feito a mesma prisão em virtude de deprecada da autoridade administrativa.

« A jurisprudencia dos avisos, » diz no seu parecer o Dr. procurador fiscal, « decide-se pela competência exclusiva das autoridades administrativas, não só por ordenar taes prisões, como para fazê-las cessar ; e não tolera que as autoridades judiciarias tenham a minima ingerencia em tal procedimento, que aliás é ordenado na corte pelo ministerio da fazenda, e deprecado nas provincias pelos inspectores das thesourarias. Assim o aviso de 28 de Dezembro de 1851, declara que a prisão deve subsistir até pleno embolso da fazenda, ou até quando se julgue preciso ; e é para notar que na especie do aviso a divida estava garantida com o sequestro. Entretanto os principios aceitos e recebidos em materia de detenção pessoal a beneficio do credor, ainda mesmo que este seja o Estado, não se conformão com a solução do aviso de 1851. »

« O que o Dr. procurador fiscal chama jurisprudencia dos avisos é a doutrina expendida na ordem de 29 de Dezembro de 1851, e dirigida ao inspector da thesouraria de fazenda da provincia da Bahia. Diz a citada ordem : « o presidente do tribunal do thesouro nacional, tendo presente o officio do Sr. inspector da thesouraria da provincia da Bahia datado de 4 do corrente, no qual participa que, tendo conseguido, depois de muitas diligencias improficuas, a prisão administrativa do ex-collector das rendas geraes da cidade da Cachoeira, Francisco Peixoto Mascarenhas, alcançado para com a fazenda por conservar em si algumas arrecadações, que fez, fôra elle mandado soltar pela relação a que recorrêra, com o fundamento de estar bem garantida a divida com os sequestros feitos em seus bens e dos fiadores ; e que, sendo novamente preso por

se achar compromettido com a cobrança de certa precatoria, que lhe fôra enviada no tempo de seu exercicio, de que não havia dado contas, requerêra *habeas-corpus* á relação, que lhe deferiu e o fez soltar; declara ao mesmo Sr. inspector, que taes actos e decisões da relação são manifestamente injuridicos, irregulares, e praticados com offensa da independencia das autoridades administrativas encarregadas da administração da fazenda no exercicio de suas attribuições, entre as quaes se comprehende a de determinar a prisão contra os responsaveis omissos ou remissos, até o pleno embolso da fazenda nacional, ou até quando o julguem preciso, como é estabelecido, além de outras, nas disposições do alvará de 28 de Junho de 1808, do Decreto de 5 de Dezembro de 1849, do de 20 de Novembro de 1850, e do art. 36 da lei de 16 de Setembro deste anno; exercicio que as autoridades judiciasrias devem respeitar, abstendo-se de os embaraçar e empecer: e ordena ao Sr. inspector que, se o dito ex-collector ainda não estiver desonerado de suas responsabilidades para com a fazenda pela prestação das contas, e pagamento da divida, o faça intimar para, no prazo que lhe designar, effectuar a prestação das contas e pagamento do que dever; e na falta ordene novamente a prisão na conformidade das sobreditas disposições; e se elle por ventura recorrer á relação, ou qualquer outra autoridade judicial, o represente sem demora ao presidente da provincia, a quem nesta data se recommenda a vigilancia sobre este objecto, para proceder nos termos do regulamento de 5 de Fevereiro de 1842, arts. 24, 25 e 26.»

« A doutrina, pois, da Ordem de 29 de Dezembro, e por consequente a jurisprudencia dos avisos, na phrase do Dr. procurador fiscal, está em harmonia com os principios que a secção deixou expendidos, e que lhe parecem de accôrdo com a legislação vigente.

« O Dr. procurador fiscal pretende fundar sua opinião nos regimentos, lei e alvará acima citados; e delles transcreve os seguintes trechos.— « O Regimento de fazenda de 17 de Outubro de 1516, diz no capitulo 38 que: —O almoxarife, recebedor, thesoureiro ou official sobre que a conta

carregar, quando pelo encerramento ficar devendo dinheiro, ou outra alguma cousa, pagará tudo o que assim dever logo tanto que lhe fôr achada a dita divida: ou dará penhores de ouro e prata, que a valhão; e não querendo logo pagar, ou dar os ditos penhores, será preso até pagar; e da cadeia lhe será feita penhora em todos os seus bens moveis e de raiz, e lhe serão vendidos, etc »

« O capitulo 159 do mesmo regimento assim se exprime: « Ordenamos e mandamos que os nossos rendeiros, que tiverem dado fiança ás nossas rendas nas quantias e maneira em que são obrigados, não sejam presos pela perda que nas ditas rendas houver; e aquelles que não tiverem bens e fazendas, ou taes fianças por que as ditas rendas estejam seguras das quantias de seus arrendamentos, serão presos até havermos tudo ou em que nos forem devedores, e obrigados por elles, e pelos bens de seus fiadores e abonadores, e do almoxarife, recebedor, ou contador, se fôr achado, que ácerca disto não fizerão as diligencias, que erão obrigados; e serão assim mesmo presos os ditos rendeiros por qualquer dinheiro que receberem das ditas rendas não o pagando, e entregando aos ditos almoxarifes, e recebedores aos tempos que lhes fôr requerido por elles, e segundo são obrigados de o fazer: da cadeia farão os taes pagamentos e entregas. »

« Concorde ainda quanto aos penhores de ouro e prata o capitulo 190 *in fine*.

« Conforme a Ord. liv. 2^o, tit. 53, princ. « Os rendeiros das nossas rendas, ou tratos, que não pagarem aos nossos thesourceiros ou almoxarifes aos tempos, em que são obrigados pagar, ou não derem penhores de ouro, ou prata, que valhão a divida, passados dez dias do tempo da obrigação, sejam logo presos, e da prisão se faça a execução de suas fazendas e de seus fiadores e abonadores. E emquanto não derem os penhores, ou não forem presos, não serão ouvidos com embargos, nem suspeições. E tanto que os derem, ou forem presos, serão ouvidos sobre as suspeições e embargos, que allegarem.

« Semelhantemente o capitulo 74 do Regimento dos contos,

posterior, de 3 de Setembro de 1627, ainda dispõe que os ditos penhores eximem o devedor da prisão—que pague logo, diz elle, ou dê penhora de ouro ou prata, que valhão as quantias, que deverem; e não satisfazendo, os prenderão.... E allegando algum dos ditos devedores, que tem descontos para as dividas que deverem, os apresentarão ao contador-mór; e sendo liquidos, ou de qualidade, que se lhes devão levar em conta, posto que lhes falem algumas diligencias, para se lhes haverem de levar em conta, não serão presos por então pela quantia, que nos ditos descontos se mostrar.

« O capitulo 85 do mesmo regimento ainda livra da prisão o devedor, se elle offerece fiadores abonados a contento das autoridades fiscaes superiores.— Quando os devedores, ou seus fiadores, diz elle, e quaesquer outras pessoas, que deverem á minha fazenda, forem requeridos por dividas de contos, e dependencias dellas, e das receitas dos executores, e por quaesquer outras que pertença aos contos, quizerem segurar suas dividas por fianças, por não serem presos, ou sendo presos requererem soltura sobre fianças, assim ás quantias que deverem, ou fieis-carcereiros, e parecer que convem mais a meu serviço tomarem-se fianças para segurança de minha fazenda, e não se perderem os devedores, e soltarem-se os que estiverem presos, para soltos darem suas contas, e liquidarem seus descontos, e pagarem o que deverem. Os executores de minhas dividas dos contos, tomarão as ditas fianças; as quaes fianças, e solturas serão despachadas pelo vedor da fazenda da repartição da mesa do despacho dos contos; e não indo, se despacharão nella na fórma que é ordenado neste regimento, e pelos ditos despachos se farão as provisões necessarias.

« Poderia fazer duvida o Alvará de 7 de Fevereiro de 1646, mandando que todo o thesoureiro, almoxarife e recebedor, que recebesse o dinheiro do rendimento de rendas, e não o entregasse, fosse logo preso, posto que tivesse fazenda sua, ou de seus fiadores, em que pudesse ser executado; e não fosse solto até com effeito a dita fazenda ser

vendida e o dinheiro della procedido entregue ao thesoureiro-mór; e que assim se procedesse contra os thesoureiros, recebedores, e almoxarifes, sem embargo do que estava disposto no Regimento dos contos, que nesta parte se devia considerar derogado.

« Mas além de que esse alvará se fandou em motivos especiaes, é certo que mesmo depois d'elle se procedeu conforme o Regimento dos contos, citado capitulo 85, por exemplo, na Provisão de 2 de Março de 1779, fazendo-se mercê a um almoxarife preso no Rio de Janeiro de que pudesse ser preso sobre feis-carcereiros para livremente poder assistir ao ajuste de suas contas; e na de 3 de Junho de 1788, permittindo-se ainda sobre feis-carcereiros que o devedor sahisse da prisão para tratar de sua saude.

« E tanto era esse o direito vigente que a Provisão da Mesa de Consciencia e Ordens de 10 de Março de 1730, para obviar a falta de recursos do ultramar que o erão longe e dilatados, e considerando que os thesoureiros devedores se podião soltar debaixo de fiança do dito tribunal, na fórma do regimento dos contos a elle subordinados, capitulo 85, mandou que os provedores das fazendas dos defuntos e ausentes, cuja arrecadação tinha a natureza de fazenda real, aceitassem as fianças idoneas e abonadas que offerecessem os thesoureiros presos e quaesquer outros que o fossem por divida ao juizo. »

A secção não duvida, nem duvidaria, ainda que não existissem as disposições dos regimentos, lei e alvará que cita o doutor procurador fiscal, que os thesoureiros e outros responsaveis alcançados para com a fazenda publica possam deixar de ser presos ou que, depois de sê-lo, possam ser soltos sob fiança, ou dando penhores, para soltos liquidarem suas contas: o que da Ordem de 29 de Dezembro se depreheende, e o que a secção julga curial, é que taes fianças devem ser aceitas pela autoridade administrativa, e que a soltura dos detidos deve ser ordenada exclusivamente pela mesma autoridade; mas não encontra a secção nos trechos citados uma só palavra que dê semelhante attribuição ao poder judiciario nos casos

de que ahi se trata; pelo contrario de quasi todos elles se collige e o art. 85 do Regimento da fazenda expressamente determina que tanto as fianças como as solturas serão despachadas pela autoridade fiscal.

Pelo que toca á outra questão suscitada no parecer do doutor procurador fiscal do thesouro; a saber: se depois de instaurado o processo criminal e estando preso o responsavel cessa a prisão administrativa pelo despacho de não pronuncia ou despronuncia, e se nesse caso as autoridades judiciasrias podem admittir o réo a prestar fiança, julga a secção que tal questão foi resolvida no sentido do mesmo parecer pelos arts. 5.º e 6.º do supracitado Decreto de 5 de Dezembro de 1849.

Á vista de quanto fica exposto, e limitando-se ao ponto sobre que Vossa Magestade Imperial se dignou de mandar consultar, é a secção de Fazenda de parecer que as autoridades judiciasrias, deprecadas pelas administrativas para effectuarem as prisões de que trata o Decreto de 5 de Dezembro de 1849, devem limitar-se a cumprir as precatorias que por estas lhes forem dirigidas.

Sala das sessões, em 13 de Fevereiro de 1856.— *Visconde de Itaborahy.* — *Marquez de Abrantes.* — *Visconde de Jequitinhonha.*

RESOLUÇÃO.

Como parece. (*)

Paço, em 20 de Fevereiro de 1856.

Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador.

Marquez de Paraná.

(*) Ordem n. 128 de 28 de Março de 1856, na Collecção das leis.

XV.

Agora passamos a tratar de uma das mais graves e importantes questões do Direito Administrativo, a saber: qual a autoridade competente para decidir e resolver as questões e as dificuldades que se suscitão nos contractos celebrados entre a Administração e os particulares, e se é admissivel que em taes contractos se estabeleça o *juizo arbitral* como meio de resolver todas as questões.

Comquanto o contencioso brasileiro demande ser aperfeiçoado, comtudo os seus principios se achão perfeitamente definidos e de accôrdo com o que dispõem as leis e ensinão os publicistas francezes. Longe de nós contestar as opiniões emitidas por varios Conselheiros de Estado, cuja intelligencia e illustração reconhecemos; mas não podemos concordar com certos principios estabelecidos por tão distinctos estadistas em varias consultas do Conselho de Estado: — que nos contractos celebrados com a Fazenda Publica póde estabelecer-se que as questões que respeitão á interpretação, validade e rescisão dos contractos serão resolvidas por arbitros.

Já demonstrámos que os Tribunaes de Justiça não podem conhecer das causas e questões que envolvão interesses de natureza e ordem administrativa, ou versem sobre questões relativas ao dominio ou proprios do Estado, as contribuições e contabilidade publicas, e muito principalmente das questões que versarem sobre cumprimento, interpretação, validade, rescisão e effeitos dos contractos celebrados com a Administração da Fazenda, e que tenham por objecto quaesquer obras ou serviços a cargo da mesma administração; questões estas da privativa e exclusiva competencia da autoridade administrativa.

O juizo arbitral *necessario* estabelecido pelo art. 20 do Código Commercial foi derogado pela Lei n. 1350 de 14 de Setembro de 1866, que só mantem o juizo arbitral *voluntario*.

regulando o Decreto n. 3900 de 26 de Junho de 1867 a sua execução. Antes de entrarmos na apreciação das opiniões emitidas e dos principios estabelecidos citaremos as consultas do Conselho de Estado, que se referem ao *juizo arbitral* nos contractos com a Fazenda Publica; e principiaremos pela consulta das secções de Justiça e Imperio do Conselho de Estado de 29 de Outubro de 1867:

« Mandou Vossa Magestade Imperial por Aviso de 5 de Outubro proximo passado, que as secções reunidas do Imperio e Justiça consultassem com seu parecer sobre a materia dos papeis inclusos, afim de regularisar-se com urgencia o processo a seguir-se no *juizo arbitral*, estatuido pela condição 13 do contracto approved pelo Decreto n. 1929 de 26 de Abril de 1857.

« Vê-se dos inclusos papeis que o proprietario do predio n. 93 da rua Estreita de S. Joaquim reclamou por intermedio do engenheiro fiscal contra a companhia City Improvements, por não ter procedido á reparação dos estragos produzidos pelos trabalhos da mesma companhia em uma parede daquelle predio. Ouvida a companhia, oppoz-se ella com informação do seu engenheiro á reparação, attribuindo os estragos a outras causas, que não as suas obras; opinando o Conselheiro Director da Secretaria: que a parte recorresse ao *juizo arbitral*; conforme a condição 13 do contracto mandou o Governo Imperial, que fosse ouvido o Conselheiro Procurador da Corôa, o qual deu o parecer seguinte:

« Illm. e Exm. Sr.— Cumprindo o que determina V. Ex. no seu officio de 13 do corrente, relativo ao *juizo arbitral* estatuido no Decreto n. 1929 de 26 de Abril de 1856 para a companhia Rio de Janeiro City Improvements, tomo a liberdade de submetter á illustrada consideração de V. Ex. uma cópia do parecer que dei em materia igual perante o Tribunal da Relação na causa entre partes como appellante Antonio Marques de Oliveira e como appellada a referida Companhia. Julgo tambem conveniente remetter a V. Ex. cópia do

Accórdão, que foi proferido pelo Tribunal: — V. Ex. verá que sustento a illegalidade do juizo arbitral, e que a Relação é da mesma opinião. Devo, porém, dizer a V. Ex. que o Accórdão acha-se embargado. Se, pois, é fóra da lei o juizo arbitral, como foi prescripto, é consequente que a fórmula pratica de resolverem-se as questões da companhia e o processo a seguir-se é o do fóro commum, e então poderá a companhia recorrer, se julgar de vantagem, a juizes arbitros, dos que são mencionados no art. 160 da Constituição. Sua Magestade o Imperador mandará o que fór servido.—Deus guarde a V. Ex. Rio de Janeiro, 26 de Setembro de 1867.—Ilm. e Exm. Sr. Conselheiro Manoel Pinto de Souza Dantas.—D. *Francisco Balthazar da Silveira.* »

« Parecer.—Devo emittir o meu parecer sobre a questão aventada nas razões de appellação: se o governo estava autorisado a estabelecer o juizo arbitral necessario em qualquer discordancia da appellada com o mesmo governo ou com os particulares.—A base das condições a que se refere o Decreto n. 1929 de 29 de Abril de 1857 para ser levado a effeito o contracto relativo ao serviço da limpeza das casas da cidade do Rio de Janeiro, é o § 3º do art. 11 da Lei n. 719 de 28 de Setembro de 1853. Em todo este paragrapho não vejo disposição que autorise o governo a mudar a fórmula do processo commum, materia sem duvida da maior importancia e da alçada do direito publico. O § 12 do art. 102 da Constituição Politica dá attribuição ao Governo de expedir Decretos, Instruções e Regulamentos adequados á boa execução das Leis. E tão necessaria attribuição traz consigo a obrigação de serem as disposições do governo consentaneas, em completa harmonia com as leis e nunca em completa opposição a ellas.—O juizo arbitral necessario é uma innovação na fórmula do processo, é uma grande ferida nas leis, que regulão tão transcendente mister. O respeitavel tribunal decidirá com sua costumada pericia e imparcialidade.—Rio de Janeiro, 30 de Abril de 1866.—*Silveira.* »

« N. 651.— Accórdão em Relação, etc. Que confirmão a sentença appellada em sua conclusão, não pelos fundamentos da mesma sentença, mas sim em vista da disposição do art. 19, § 12, titulo unico do Codigo Commercial e do Decreto n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 20, § 2º, que positivamente estabelece o fôro commercial para a decisão de todas as questões de companhias e sociedades, qualquer que seja a sua natureza e objecto, vindo corroborar esta opinião o Aviso de 21 de Agosto de 1855 e o Decreto n. 2711 de 19 de Dezembro de 1860; quanto aos fundamentos da sentença appellada são elles improcedentes, porque, não tendo a Lei de 28 de Setembro de 1853 por fôrma alguma autorizado o Governo a estabelecer no contracto que tinha de celebrar com a companhia City Improvements o juizo arbitral necessario e sem recurso algum, não se pôde admittir semelhante alteração na ordem do processo, como bem ponderou o Conselheiro Procurador da Corôa no seu officio n. 55.— Assim, pois, julgando, considerão o fôro commum para o julgamento da presente causa e condemnão o appellante nas custas.

« Rio, 3 de Agosto de 1866.— *Costa Pinto*.— *P. S. Lisboa*.— *Siqueira*.— *Pereira Jorge*, votei pelo fundamento da sentença appellada. *Rezende*, vencido. Votei pela reforma da sentença appellada, por entender que o appellante não estava comprehendido em nenhuma das hypothèses da condigão 4ª da parte 3ª do Decreto de 29 de Abril de 1857.— *Magalhães Castro*, vencido. Votei pela reforma da sentença.— *Silveira*. »

« A final informa o Conselheiro Director pelo modo seguinte: — 2ª directoria, 29 de Setembro de 1866.— Juizo arbitral garantido á companhia de esgotos — Por occasião de uma reclamação do morador do predio n. 93 da rua Estreita de S. Joaquim sobre danos causados pela companhia Rio de Janeiro City Improvements; depois das informações do engenheiro fiscal do Governo e do representante da companhia, eu fiz vêr em meu parecer de 5 de Setembro corrente, que a questão devia ser resolvida pelo Juizo Arbitral, na fôrma garantida pela condigão 13 do contracto de 26 de Abril de 1857, celebrado

entre o Governo e a companhia e bem assim pelas posturas municipaes de 3 de Julho ultimo. V. Ex. dignou-se determinar que fosse ouvido o Sr. Procurador da Corôa sobre o Juizo Arbitral, instituido pelo contracto e pelas posturas, bem como sobre a fôrma pratica ou o processo nelles estabelecido.

« O Sr. Procurador da Corôa declara que sustenta a illegalidade do Juizo Arbitral, e que a Relação da Côrte é da mesma opinião, mas que o Accórdão proferido acha-se embargado.—Diz mais o Sr. Procurador da Corôa: se, pois, é fôra da Lei o Juizo Arbitral como foi prescripto, é consequencia que a fôrma de resolverem-se as questões da companhia e o processo a seguir-se é o do fôro commum, e então poderá a companhia recorrer, se julgar de vantagem, a juizes arbitros dos que são mencionados no art. 160 da Constituição.

« Tenho a ponderar o seguinte: que a legislação que se refere á companhia Rio de Janeiro City Improvements é a que passo a apresentar: Lei n. 719 de 28 de Setembro de 1853, art. 11, § 3.º—Autorisa a contractar com J. F. Russell ou outro qualquer o serviço da limpeza das casas da cidade do Rio de Janeiro e do esgoto das aguas pluvias, obrigando-se o empresario a fazer os trabalhos por districtos designados. Naquelles districtos em que se fôrem realizando os mesmos trabalhos poderá o Governo elevar a decima urbana na proporção necessaria para fazer face ás despezas resultantes do contracto.

« Lei n. 884 do 1º de Outubro de 1856, art. 17, n. 2.—Decreto do poder executivo n. 1929 de 26 de Abril de 1856 approva o contracto para o serviço da limpeza das casas da cidade, *foi neste contracto que se estabeleceu o juizo arbitral.*—O Decreto do poder executivo n. 2190 de 12 de Junho de 1858.—O Decreto do poder executivo n. 2495 de 30 de Setembro de 1860 altera algumas das condições do contracto supra, mas não altera o juizo arbitral.—O Decreto do Poder Executivo n. 2835 de 12 de Outubro de 1861 tambem não toca no juizo arbitral.—O Decreto do Poder Executivo n. 3004 de 21 de Novembro de 1862 tambem respeita o juizo arbitral.—O Decreto n. 3344 de 19 de Novembro de 1864 tambem

não toca no juizo arbitral.— O Decreto n. 3352 de 30 de Novembro de 1864 tambem não toca no juizo arbitral.

« O poder executivo tem, pois, sancionado por uma longa pratica de 10 annos o juizo arbitral estabelecido no contracto de 1856, e acaba de confirmal-o approvando as posturas de 3 de Julho ultimo, que marcão a fôrma por que se deve proceder á nomeação dos arbitros, de que trata o contracto.— Como, pois, vem hoje o Poder Judiciario declarar illegal o acto do Poder Executivo sancionado e confirmado por uma longa serie de actos do Governo? Pois ha de o Governo no fim de 10 annos dizer a uma companhia estrangeira, que, fiada no contracto solemne, que celebrou com o Governo, immobilisou grande somma de capitães no paiz, um dos artigos essenciaes do nosso contracto, aquelle de que nunca quizestes prescindir, o *sine qua non*, é *nullo*, é uma illegalidade?

« Pois o Corpo Legislativo, esta sentinella vigilante dos actos do Governo, em 10 annos não descobriu a illegalidade do acto praticado pelo Governo? Os Ministros de differentes matizes, que têm havido nestes 10 annos, e que quasi todos têm tendencias reformadoras dos actos de seus antecessores, nunca descobrirão esta illegalidade, só o Sr. Procurador da Corôa e a Relação da Côrte terão razão? Admittido mesmo que tenham razão, não será preferivel que o Poder Judiciario respeite o acto do Poder Executivo, sancionado por uma pratica de 10 annos, do que darmos ao estrangeiro uma prova de pouco valor que tem a palavra do Governo do Brasil? O meio de remover a difficuldade é sujeitar o contracto á approvação do Corpo Legislativo: mas, emquanto não se reúne o Corpo Legislativo, qual o meio? Quanto a mim é um verdadeiro conflicto de jurisdicção entre o Poder Executivo e o Judiciario, que entendo deve ser submettido ás secções de Justiça e Imperio do Conselho de Estado. — *Manoel da Cunha Galvão.* »

« Ponderada a materia, as secções reunidas não podem deixar de manifestar a convicção que ellas têm de que a 13ª condicção do contracto carece de força legal para obrigar os particulares que não forão parte no contracto, porquanto a Lei

n. 719 de 28 de Setembro de 1853, art. 11, § 3.º, que autorizou o Governo para contractar a empresa, não o autorizou para derogar em favor della a jurisdição commum estabelecida no paiz.

« É principio constitucional, o qual constitue uma das garantias individuaes, que á excepção das causas, que por sua natureza pertencem aos juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá fóro privilegiado nem commissões especiaes nas causas civeis ou crimes. — Art. 179, § 17. — A Constituição no art. 160 diz que as partes pôdem nomear juizes arbitros; assim permite, mas não obriga. Todavia o art. 20 titulo unico doCodigo do Commercio estabeleceu o juizo arbitral necessario. Poderia o contracto fundar-se nessa analogia, que aliás não é fundamento legitimo em materia de attribuições e jurisdições.

« Ha, porém, outra disposição da Constituição, com a qual manifestamente implica a 13ª condição. No mesmo art. 160 diz a Constituição que as suas sentenças (as dos juizes arbitros) serão executadas sem recurso, *se assim convencionarem as partes*. O citado art. 20 do Codigo Commercial, estabelecendo o juizo arbitral necessario, respeitou todavia esta disposição da Constituição, quanto á necessidade da convenção das partes para excluir o recurso. O art. 413 do Regulamento n. 737 de 1850, tambem respeitando a Constituição, diz: « Nos casos em que o juizo arbitral é necessario só é de mister o compromisso, se as partes quizerem desistir dos recursos legaes ou impôr penas convencionaes, bastando sómente nos outros casos a louvação das partes. »

« A 13ª condição prescindio da convenção ou compromisso das partes para desistencia dos recursos e impoz o *juizo arbitral* necessario e sem recurso. Se o decreto não podia contra a Constituição e sem Lei expressa estabelecer o juizo arbitral necessario e sem recurso, ainda menos legalidade tem esse juizo arbitral por força do contracto. Porquanto o contracto não pôde valer *inter alios* — mas só entre as partes que o celebrarão —, só entre o Governo e a companhia. Ainda mais, nenhum contracto se pôde celebrar contra disposição de ordem publica, como são as jurisdições e os processos judiciaes. *Privatorum conventio juri publico non derogat*, Lei n. 38, Dig. de pactis.

« Se a 13ª condição não tem força de Lei, porque o Decreto do Governo não podia dar-lhe contra a Constituição e sem autorisação expressa de uma Lei; se esta condição não produz vínculo *inter alios*, mas só entre o Governo e a companhia, menos virtude lhe pôde conferir a postura municipal.—Que? As Camaras Municipaes podem por meio de posturas conferir aos Juizes de Paz attribuições que a Lei não lhes deu? Pôde alterar as jurisdicções que a Lei estabeleceu, e determinar processos judiciaes? O que podem as Camaras fazer por meio de suas posturas está claramente determinado na Lei do 1º de Outubro de 1828 e entre as attribuições que lhes competem não vem esta que ella se arrogou.

« Protestão contra essa attribuição os principios fundamentaes, que reclamarão a interpretação do Acto Addicional, principios desenvolvidos na exposição de motivos dessa interpretação e consagrados nos arts. 2º e 3º da Lei de 1834. Eis ahi. Só o Poder Legislativo Geral pôde legislar sobre a organização judiciaria. Todavia subsiste essa 13ª condição do contracto, ha cerca de 10 annos, e só agora é que se faz questão della. A materia é grave, gravissima, porque trata-se de um contracto, que tem alguma relação internacional, visto como foi celebrado com uma companhia estrangeira, que, confiada na fé publica e na autoridade do nosso Governo, formou-se com avultados capitales e tem desempenhado bem o objecto da empreza contractada.

« Poderião estas conveniencias sotopor-se aos principios constitucionaes que as secções expuzerão, e manter-se, apesar de tudo, essa jurisdicção excepeional, mas duas difficuldades sobrevêm, das quaes as secções passam a tratar. É a novissima Lei n. 1350 de 14 de Setembro do corrente anno, a qual diz em o art. 1º, § 1º: O juizo arbitral será sempre voluntario mediante o compromisso das partes. Esta Lei comprehende ou não o juizo arbitral necessario de que trata a 13ª condição? A affirmativa é evidente á face do art. 2º da mesma Lei que diz: « Os processos começados antes desta Lei, estando já os arbitros nomeados e tendo acceitado,

continuarão a ser instruídos e julgados segundo o Código Commercial. » Eis ahí; só os processos começados antes desta Lei estão fóra da sua comprehensão. Nem ha effeito retroactivo, porque o effeito retroactivo suppõe direito adquirido, e não se considera direito adquirido uma faculdade senão nos casos em que tem exercicio.

« Dalloz Lois, art. 262, « *Attendu que le droit qui n'est pas définitivement acquis n'est qu'une expectative, qu'une loi nouvelle peut détruire sans retroactivité.*—Que les dispositions de la loi nouvelle qui modifient ou retirent de simples facultés accordées par une loi antérieure s'appliquent du jour de leur promulgation, sans qu'il y ait retroactivité, à toute faculté de l'espèce prévue qui ne se trouve élevée au rang d'un droit acquis par exercice qui en a été fait sous l'empire de la loi ancienne. »

« É outra difficuldade superveniente a opposição do Poder Judiciario, que julga illegal, como consta do Accórdão citado, a sobredita 13ª condição por contraria ao nosso direito publico. Que fazer para manter contra o Poder Judiciario um Decreto que depende para sua execução do concurso do mesmo poder? Certo o Poder Judiciario está no seu direito, não applicando aos casos occurrentes que lhe são sujeitos um Decreto do Governo que elle julga contrario a uma lei expressa. Aliás o Poder Judiciario não teria consciencia, não teria independencia, faltaria á sua missão e não seria senão um instrumento do Poder Executivo.

« O Conselheiro Director propõe o arbitrio de considerar-se o caso como de conflicto e proceder-se em conformidade. Este argumento seria um despotismo, porquanto a primeira condição do conflicto é que o objecto de que o Poder Judiciario está conhecendo, é administrativo. Veja-se bem; está conhecendo e não que conheceu, porque então seria violação da cousa julgada. Pois bem; falta a condição essencial do conflicto, que é o objecto administrativo. O objecto não é administrativo, porque o objecto do julgamento, como se vê, era a competencia desta ou daquella acção judicial, deste ou daquelle fóro judicial. Era preciso para

resolver o objecto applicar ou não o Decreto do Governo e *per modum causæ*—o Tribunal conheceu da legalidade do mesmo Decreto. Sim, conheceu como lhe competia *notione et judicio*. Conheceu como lhe competia, não directamente, mas na applicação de um caso occorrente.

« O outro arbitrio que o Conselheiro Director propõe, consiste em remetter-se ao Poder Legislativo o contracto, porque, sendo approved, cessaráo as duvidas. É um meio efficaz, mas que as secções convencidas da inconstitucionalidade do juizo arbitral necessario e sem recurso não se atreve a aconselhar. Este meio ha de custar grande esforço perante o Corpo Legislativo. Na verdade pôde-se cobrir e amnistiar a illegalidade de um facto preterito e consummado. Reconhecer, porém, que o acto é illegal ou contra a Constituição, mas autorisal-o no futuro, é cousa repugnante. O principio de direito é que, quando o Legislador amnistia os factos preteritos, prohibe os mesmos factos no futuro. *Cum lex in preteritum quid indulget in futurum velat*. L. 22. ff. de leg. O melhor arbitrio seria entender-se o Governo com a companhia para fazer-lhe sentir que não pôde continuar o juizo arbitral necessario e sem recurso em face da nova Lei. Nem a companhia tem razão de insistir em uma fórmula de processo desacreditada no Brazil, na França e em todos os paizes; que por toda a parte tem sido derogada; e que não existe na Inglaterra.

« Lembrão as secções que o Governo Britannico, fundado no art. 6º do Tratado de 1827, protestara contra o fôro commum, que não lhe parecia um substituto satisfatorio da Conservatoria, mas o Governo Imperial supprimio aquella anomalia da nossa organização judiciaria, e afinal o mesmo Governo Britannico cedeu de suas reclamações e protestos. O mesmo ha de acontecer se alguma reclamação vier no interesse da companhia, e por causa da 13ª condição do contracto. Não pôde haver contracto contra as disposições da Lei e maxime contra as que são de ordem publica, não ha razão para que a nossa Lei não seja applicavel aos processos que depois della occorrerem, porque esta Lei mantem um principio constitucional e uma garantia

individual. É esta a opinião das secções; Vossa Magestade mandará o que fôr melhor.

« O Conselheiro de Estado Visconde de Sapucahy foi do seguinte parecer: Discordo da opinião do illustrado relator (que aliás era membro do Ministerio, que celebrou o contracto, contra o qual se pronuncia tão severamente!) Condemna S. Ex. o dito contracto por sua inconstitucionalidade, visto ter-se creado um juizo arbitral necessario; condemna-o tambem por sua falta de legalidade, porque a Lei que o autorizou não deu ao Governo faculdade para tanto. Tomarei em consideração ambas as razões que considero as cardeaes do voto de S. Ex. Penso que o juizo arbitral creado pela condição 13^a do Decreto de 26 de Abril de 1857 não é propriamente o de que trata a Constituição para as causas civeis ou para as criminaes, civilmente intentadas, quando os litigantes por mutuo accôrdo assentem em preferir juizes de sua escolha, a quem autorisão para decidirem suas questões particulares.

« Aqui trata-se de um juizo especial, creado não para um caso particular, não por interesse privado, mas por motivo de utilidade publica. E os juizes especiaes creados com este fim, não se pôdem dizer que offendem a Constituição no art. 179, § 17. O que a Constituição não quiz foi que houvesse fôro privilegiado por mero interesse privado; admitte-o, porém, para as causas cuja nature a fôr determinada por Lei.

« Esta, portanto, podia crear o juizo arbitral da condição 13^a citada para as causas de certa natureza, como creou a jurisdição especial do commercio, a das fiscaes e outras muitas, desde que o não estabeleceu por amor de certas e determinadas pessoas, e sim por julgal-o o mais adequado para a realização de um fim, totalmente de interesse publico. Fundou-a com o mesmo direito com que no Codigo Commercial se prescreveu o juizo arbitral necessario, sem que por isso fosse contestada a sua constitucionalidade, nem se deixasse de respeitá-lo, allegando-se que se creou um *juizo arbitral necessario*, quando a Constituição no art. 160 só falla do juizo arbitral voluntario.

« E o proprio illustrado relator, que foi um dos membros

da comissão especial, que formulou o Regulamento Commercial, não lhe achou então a menor aspereza por esse lado, e tanto que o não modificou, como modificou, rigorosamente falando, outras disposições do mesmo Código. Offensa da Constituição não ha, no meu modo de pensar.

2º ponto.— Estava, porém, o Governo autorisado para tanto? Aqui vem a questão da legalidade propriamente dita. A isto ponderarei emprimeiro lugar que, ainda quando não se considere bastante para a affirmativa a nenhuma restricção do texto do § 3º do art. 11 da Lei n. 719 de 28 de Setembro de 1853, não se pôde deixar de sustental-a, á vista da amplissima ou quasi illimitada faculdade das palavras do § 2º do art. 17 da Lei n. 884 de 1 de Outubro de 1856.

« As palavras *as bases mais vantajosas*, etc., não se pôde negar que deixarão mui vasto campo ao Governo. Podia, pois, este entender, como entendeu, que, sendo a criação do juizo arbitral necessario uma dessas bases, da qual não podia prescindir, porque sem ella não acharia, assim aconteceu, companhia alguma em Londres que quizesse contractar tal serviço, inserio-a como uma das condições, segundo as quaes devia ser levado a effeito o respectivo contracto, deixando ao Poder Legislativo o approval-a ou não, porque teve a cautela de declarar no ultimo artigo das condições, que as disposições que dependessem de acto legislativo seriam levadas ao conhecimento do poder respectivo *para obterem a sua approvação*.

« Com effeito, sendo o Decreto com as condições datado de 26 de Abril de 1857, foi logo em Maio seguinte apresentado á Assembléa Geral e distribuido pelos membros de ambas as Camaras, com o Relatorio do Ministro do Imperio, e, portanto, muitos annos antes de organisada em Londres a companhia. E se durante 10 annos em nenhuma das Camaras uma só voz não se levantou para condemnar essa disposição illegal, como se pôde vir pol-a em duvida no fim de tanto tempo e sustentar-se em detrimento de uma companhia estrangeira que sacrificou avultados capitães, confiando na boa fé do Governo, que tão importante parte do seu contracto é nulla, porque além de carecer de legalidade que poderia ser sanada, é absolutamente

inconstitucional? E, o que ainda é mais, guardar-se tudo isso para depois de concluidas e accitas as obras?

« Para maior admiração accresce que, depois de apresentado o contracto ás Camaras, e ainda antes de organizada a companhia, não menos de tres ministerios differentes, os dos Srs. marquez de Olinda e Souza Franco (Decr. n. 2190 de 1858), Farias e Almeida Pereira (Decr. 20 de Novembro de 1860), marquez de Caxias e Manoel Felizardo (Decr. n. 2855 de 1861) tiveram o mais favoravel ensejo para fazer desaparecer essa inconstitucionalidade se a considerassem tal, quando prorogáram primeira, segunda e terceira vez o contracto de 1857, e o novário alterando algumas de suas disposições; e porque o não fizerão? O mesmo se póde perguntar aos Srs. marquez de Olinda e Sinimbú, quando no Decreto n. 3004 de 1862 estabelecerão novas condições para a execução de certas obras e derão novas faculdades aos emprezarios; e aos Srs. Furtado e Liberato Barroso, quando expedirão os Decretos ns. 3344 e 3352 que approvárão as obras do 2º districto e mandarão a companhia continuar as dos outros, fazendo as alterações propostas pela companhia ao plano primitivo das obras.

« Que occasião tão azada! Só nos exemplos apontados temos a complicitade do ministerio conservador, progressista e liberal historico. E nenhum delles vio a inconstitucionalidade! E nem ainda deu por ella o ministerio actual, quando approvou as posturas municipaes de 3 de Julho do anno passado, nas quaes se regula a maneira por que devem proceder as partes na nomeação dos arbitros!! E é depois de tudo isto que ha de o Governo convencer a companhia ingleza que deve abrir mão da condição 13ª e sujeitar-se ao fóro commum, porque ha 10 annos houve um ministerio que violou a Constituição, apesar de durante todo esse tempo terem-se tornado cúmplices da infracção da mesma Constituição — o Poder Legislativo por sua sciencia e paciencia, e todos os ministerios que succederão ao que fez o contracto e o novário e alterárão em differentes pontos!

« Se assim acontecer, as reclamações não se farão esperar. Em minha opinião o Governo não póde deixar de

sustentar tal condição. O ministerio actual ainda mais do que os outros. Ha com effeito o embaraço da decisão que em tempo o ministerio, que foi avisado com antecedencia, poderia ter evitado, do Poder Judiciario, mas, além de que ainda não se pronunciou o Supremo Tribunal de Justiça, segundo me parece, o Governo póde entender-se camerariamente com a companhia, para que esta espere a ultima decisão.

« E no caso em que o proprio Supremo Tribunal não esteja pelo juizo arbitral, ainda assim o Governo deve sustentar o que está contractado, como sustentaria qualquer Lei a que o Poder Judiciario do Brazil não quizesse obedecer, allegando sua inconstitucionalidade, ou qualquer acto legitimo do Poder Executivo que aquelle Poder não quizesse reconhecer, pretextando incompetencia legal. Para maior segurança póde o ministerio logo em Maio proximo futuro fazer approvar expressamente pelas Camaras a condição contestada, e estou certo que então não haverá Tribunal Judiciario que se atreva a pô-la *em duvida*.

« Resta-me fallar sobre o argumento tirado da Lei n. 1350 de 14 de Setembro de 1866. O illustrado relator destaca o § 1.º do art. 1.º como se fosse uma disposição absoluta, quando elle deve entender-se com relação ao principio do artigo que deroga o juizo arbitral necessario, estabelecido pelo art. 20, titulo unico do Codigo Commercial. Parece-me que não póde ser applicado á condição 13ª do contracto, anterior e especial, e sim ao juizo arbitral, que até se declara estabelecido pelo art. 20, titulo unico do Codigo Commercial. Ainda que se entenda como absoluta a disposição do § 1º, tenho para mim que não póde prejudicar a estipulação anterior, que é especial, sem que se fizesse expressa menção, e ainda assim as reclamações apparecerião.—O art. 2.º deve ser entendido tambem em relação aos processos feitos em virtude do citado art. 20, do titulo unico do Codigo Commercial; quanto ao modo pratico da organização do juizo arbitral cumpre seguir o que a lei tem estabelecido. Com este parecer concordou o Conselheiro de Estado Marquez de Olinda.

« Sala das conferencias das secções reunidas do Imperio.

e Justiça do Conselho de Estado, em 29 de Outubro de 1867.—*José Thomaz Nabuco de Araujo.*—*Visconde de Jequitinhonha.*—*Bernardo de Souza Franco.*—*Visconde de Sapucahy.*—*Marquez de Olinda.* »

Esta consulta não foi resolvida.

« A consulta das secções do Imperio do Conselho de Estado de 18 de Novembro de 1872 diz na primeira parte o seguinte:

« O Governo Imperial, fundando-se na condição 23^a do contracto celebrado em 27 de Abril de 1857 para os esgotos desta capital, e que baixou com o Debr. n. 1929 do mesmo anno, expedio o ministerio competente o Regul. approvado pelo Debr. n. 4487 de 12 de Março de 1870, contendo disposições concernentes ao modo de realizar-se aquelle serviço. O Representante da companhia—City Improvements—impugnou algumas dessas disposições, allegando não se acharem em harmonia com as condições do citado contracto e Vossa Magestade Imperial ordenou que a secção dos Negocios do Imperio do Conselho de Estado consultasse a tal respeito. É o que a secção vai ter a honra de fazer em cumprimento do seu dever. Quatro são os artigos impugnados a saber: 7—12—16—e 17—, notando-se que as duvidas relativas aos dous ultimos são de mera redacção.

« A primeira reclamação refere-se ao art. 7^o do Regulamento. Diz este artigo: « Se os proprietarios que tiverem de reedificar seus predios ou de nelles fazer obras novas forem embarçados pelos canos e galerias existentes nos seus terrenos, de modo a não poderem executar o plano das obras, participarão á Companhia, afim de mandar remover o embarço. No caso de desaccôrdo o Engenheiro do Governo decidirá, se alguma alteração do plano, as obras podem ser levadas a effeito sem prejuizo dos trabalhos da Companhia, ou se a Companhia deve remover os seus canos ou galerias. Nesta hypothese a despeza será por conta da Companhia, salvo se os proprietarios do terreno tiverem sido previamente indemnizados por ella. Da decisão do Engenheiro poderão as partes recorrer para o Governo Imperial. »

«Allega o representante da Companhia que este artigo importa a violação da condição 13.^a do contracto de 1857, concebida nos seguintes termos: «Qualquer discordancia que houver entre o Governo e os empresarios, ou entre estes e os particulares a respeito de seus direitos e deveres e seus respectivos interesses, será decidida sem mais recursos por arbitros nomeados dentro de oito dias.»

«Comparadas as duas disposições parece á Secção fóra de duvida, que ha fundamento na reclamação, porquanto, determinando o contracto, que qualquer discordancia, entre o Governo e a Companhia ou entre esta e os proprietarios de predios, seja decidida por arbitros, nomeados na fórmula indicada nos ultimos periodos da condição 13.^a sem mais recursos, e não se achando na mesma condição, nem em outra qualquer a menor limitação ou excepção que dê arbitrio ao Governo para decretar *jure proprio* diverso modo de resolverem-se as questões, claro fica que não pôde o mesmo Governo creal-o em Regulamento, nem de outra qualquer fórmula, sem prévia annuencia da Companhia, visto tratar-se de um contracto bilateral em todo o seu vigor.

«Entretanto, no art. 7.^o dispõe-se, embora em uma hypothese particular, que, em caso de desaccôrdo entre os proprietarios e a Companhia ácerca de pontos que versão sobre questões de direitos ou de interesses, seja juiz da discordancia e a resolva em primeira instancia um engenheiro, preposto do Governo, com recurso para este, que afinal decidirá o negocio.

«É isto o que a Secção entende que não se pôde fazer sem offensa do contracto, que é terminante na citada condição 13.^a A tanto não autorisava, nem podia autorisar a faculdade concedida na condição 23.^a, que só permite os regulamentos necessarios para a observancia das condições do contracto e não para alteração de qualquer dellas.

«Diz o zeloso e intelligente Engenheiro Fiscal defendendo a disposição do art. 7.^o, em sua informação de 8 de Abril de 1870, que ahi não se trata dos casos de discordancia entre os empresarios e os particulares, a respeito de

seus direitos, deveres e interesses, por motivo de interpretação do contracto, mas de tornar effectiva para a Companhia a obrigação de executar suas obras de conformidade com a legislação do paiz, attendendo aos direitos e *commodidade dos particulares*. Responde, porém, a isto com todo o fundamento o illustrado Conselheiro Director Geral da Secretaria de Estado dos Negocios da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, fazendo vêr, em seu parecer de 13 de Julho do anno passado, que obrigar a Companhia a remover seus encanamentos e á sua custa é impôr-lhe um onus, que não está expresso no contracto.

« Ora, desde que ha a imposição de um onus póde dar-se offensa de direitos e de interesses, e neste caso a solução sobre a discordancia ácerca de taes pontos só póde ser dada emquanto não fôr alterado o contracto pelos arbitros, de que trata a condição 13^a e na conformidade do que ali positivamente se prescreve. Releva aqui observar que algumas pessoas combatem a referida condição, considerando-a inconstitucional *suapte natura* e illegal por exorbitante das faculdades do Governo. Não se trata, porém, agora disto.

« Além de ter o assumpto já sido largamente discutido pelas secções dos Negocios da Justiça e Imperio do Conselho de Estado, quer no parecer da maioria dos Conselheiros que adoptarão aquella opinião, quer no voto separado desenvolvido pelo Conselheiro de Estado marquez de Sapucahy e com o qual conformou-se o marquez de Olinda, a verdade é que a mencionada disposição se acha no contracto desde 1857 e que até hoje não foi nem impugnada pela Assembléa Geral, á qual aliás fôra presente o contracto logo depois de assignado e publicado para a sua definitiva approvação, na parte dependente della, nem modificada por não menos de seis diversos ministerios nas differentes oppor-tunidades, que para isso tiverão, quando tratarão de alterar o contracto primitivo de accôrdo com a Companhia, em uma ou outra de suas clausulas, ou de conceder prorogações solicitadas pelos emprezarios.

« Não ha de ser, pois, no fim de 15 annos, que por mero

acto do Governo se ha de contestar a legitimidade do Juizo Arbitral, alterar-se o que se acha terminantemente estabelecido no contracto e substituir por outro o meio pactuado para a solução das discordancias que apparecerem entre o Governo e a Companhia e entre esta e os proprietarios.

« Isto só se poderá conseguir por mutuo accôrdo das partes contractantes. E se assim não se praticar, as reclamações hão de certo continuar com toda a sua força, e o protesto, que em nome da Companhia já fez o seu representante, ha de ser repetido e ir por diante com detrimento deste ramo do serviço publico, e quem sabe, se com exito prejudicial a outros respeito.... »—Sala das Conferencias da secção dos Negocios do Imperio do Conselho de Estado, 18 de Novembro de 1872.—*Visconde de Bom Retiro.*—*Marquez de Sapucahy.*—*Visconde de Souza Franco.* »

Esta consulta foi resolvida de accôrdo com as opiniões emittidas, em 11 de Janeiro de 1873. O ministro que a referendou foi o senador Francisco do Rego Barros Barreto. »

A secção de Justiça do Conselho de Estado em consulta de 12 de Dezembro de 1872 manifesta-se pelo modo seguinte:

« Mandou Vossa Magestade Imperial, por Aviso de 28 de Novembro proximo passado, que a secção de Justiça do Conselho de Estado consultasse sobre a materia do mesmo Aviso. Refere o citado Aviso, que, autorizado pelos Decretos Legislativos de 13 e 20 de Outubro de 1869, contractou o Governo Imperial com varios individuos, que mais tarde organisarão uma companhia, o serviço das capatazias, da armazenagem e da doca da Alfandega do Rio de Janeiro; outrosim, que entre as clausulas do contracto, a de n. 23ª prescreve que as questões entre o Governo e a companhia sobre intelligencia do contracto serão decididas por arbitros, um da nomeação do Governo, outro da companhia e o terceiro por accôrdo mutuo ou em falta deste sorteado.

« Em consequencia pergunta o Governo Imperial á secção de Justiça do Conselho de Estado: não ficou por essa clausula regularmente constituido o juizo arbitral, faltando o compromisso com os requisitos essenciaes do art. 8º, §§ 1º e 2º do

Decreto n. 3900 de 26 de Junho de 1867? O mesmo Aviso responde a este quesito, quando diz em seguida :

« É certo que o art. 9º desse Decreto determina que a clausula do compromisso sem a nomeação dos arbitros, ou relativos a questões eventuaes, não vale senão como promessa e fica dependente para sua perfeição e execução de novo e especial accôrdo das partes, tanto sobre os requisitos do art. 8º, como sobre as declarações do art. 10. »

« Assim que, conclue a secção de Justiça do Conselho de Estado: que a sobredita clausula 23ª do contracto não basta para constituir o juizo arbitral: porquanto, não ha juizo arbitral voluntario sem compromisso das partes; mas não ha compromisso perfeito e legal sem os nomes dos arbitros e sem uma contestação actual, ou sujeita á decisão dos mesmos arbitros. (Arts. 3º, 8º e 9º do citado Decreto.) Um compromisso abstracto ou sobre objecto eventual e sem os nomes dos arbitros que as partes querem, é o juizo arbitral necessario, que a Lei de 1866 abolio por inconstitucional.

« Assim que, dizia o relator da Lei Franceza de 1856, analoga á nossa: « autoriser les associés à engager par avance, et le plus sans réflexion, à faire juger par des arbitres inconnus, des contestations ignorées, c'était permettre de rétablir par une convention l'arbitrage forcé. »

« Não se póde conceber juizo arbitral voluntario quando os arbitros são nomeados, não pelas partes, mas pelos juizes, consequencia necessaria desses compromissos de futuro, feitos quando reinão as esperanças, mas para serem executados quando só ha resentimentos e desconfianças. Se as partes não nomeão seus arbitros, não ha juizo arbitral voluntario; a confiança pessoal delles é essencial. A Constituição do Imperio no art. 160 não autorisa juizes arbitros senão nomeados pelas partes. A nossa Ord., Liv. 3º, Tit. 16 tambem exige que os arbitros sejam nomeados pelas partes nos compromissos, e não podem ser ellas constrangidas a nomeal-os.

« Diz, porém, o Aviso: Segundo o Regulamento n. 3900 de 26 de Junho de 1867 será applicavel em todo o rigor a uma companhia organizada por Decreto do Poder Executivo, em virtude

de Lei e para executar um contracto que celebrou com o Governo? O relator da secção de Justiça do Conselho de Estado responde a este quesito com a disposição do paragrapho unico do art. 9º do dito Regulamento. « Esta disposição é extensiva aos estatutos das companhias ou sociedades anonymas. »

« Outrosim, a Lei que autorizou o Poder Executivo para esse contracto não falla do juizo arbitral, e, pois, não pôde o Poder Executivo, sem Lei expressa e terminante, restabelecer o juizo arbitral necessario, supprimido por incompativel com a Constituição. As jurisdicções são de ordem publica e não podem ser invertidas por quaesquer contractos.

« Terceiro.—As obrigações e direitos consignados nos estatutos daquella companhia não têm character de permanencia e immutabilidade, estabelecendo direito excepci nal que liga a companhia ao que foi alli estipulado? Este quesito está respondido com a solução do antecedente, solução que se resume no seguinte aphorismo : *privatorum conventio juri publico non derogat*. O contracto depende da vontade das partes, é verdade, mas em tudo que não é contrario á Lei. E, pois, a obrigação ou o *vinculum juris* só resulta do contracto legalmente feito. Assim que, não se pôde conceber esse direito excepcional, que o Aviso suppõe em contradicção de uma Lei expressa e relativa.

« Quarto.—As relações juridicas que nascem daquellas Leis e Decretos entram na ordem commun e no regimen do citado Regulamento n. 3900 de 1867? As relações juridicas que nascem daquella Lei não se referem ao juizo arbitral necessario de que ella não fallou expressamente. Não podia o Decreto exorbitar da autorisação da Lei, legislando elle mesmo, sobre o juizo que devia julgar o contracto, juizo que não podia ser senão o que está prestabelecido nas Leis. Nem o Decreto exorbitou. Referindo-se ao juizo arbitral, esse Decreto não podia ter em vista senão o juizo arbitral voluntario nos termos em que é admittido pelo Decreto n. 3900 de 1867.

« Quinto.—Essa promessa, porém, que tem de resolver-se no compromisso, deve cingir-se ás disposições do Decreto n. 3900, ou pôde reduzir-se a compromisso nos termos da clausula n. 23 citada, isto é, tirado por sorteio o terceiro arbitro? Se essa

promessa não obriga as partes, mas depende do compromisso, isto é, de novo e especial accôrdo das partes, é visto que este compromisso ou novo accôrdo não fica obrigado á clausula de sorteio que a dita promessa contém.

« Sexto.—Ainda mais, no caso de admittir a companhia o juizo arbitral pela maneira prescripta na clausula do contracto, poderá ella usar do recurso judicial contra a decisão final, allegando que o que se contém na referida clausula importa apenas uma promessa sem força obrigatoria para os contractantes? A affirmativa é evidente, porquanto na sobredita clausula não se vê convenção expressa sobre o não recurso, como exigem a Constituição do Imperio, art. 160, e o Regulamento art. 10, § 2.º Póde haver juizo arbitral com ou sem recurso, sendo que, no citado Regulamento está determinado, art. 62 e seguintes, o modo como se procede em um ou outro caso, modo consentaneo com a Ord. citada Liv. 3, tit. 16. É este o parecer do Conselheiro de Estado relator da secção de Justiça.

« O Conselheiro de Estado Visconde de Jaguarý em seu voto em separado assim se exprime. Sinto não poder concordar com o illustrado relator. O juizo arbitral pelo Codigo Commercial era voluntario ou necessario: voluntario o instituido pelo compromisso das partes, necessario o determinado pelo Codigo em certos casos. Assim, por força desta determinação o juizo arbitral era o unico competente nas questões de contractos de locação mercantil; em todas as questões sociaes suscitadas entre os socios, durante a existencia da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha; nas questões movidas sobre o pagamento dos salvados; na regulação, repartição ou rateio das avarias grossas e em outros casos. Conhecidos os inconvenientes do juizo arbitral necessario, a Lei n. 1350 de 14 de Setembro de 1866 dispoz o seguinte:

« Art. 1.º Fica derogado o juizo arbitral necessario estabelecido pelo art. 20 do Codigo Commercial, § 1.º O juizo arbitral será sempre voluntario mediante o compromisso das partes, § 2.º Podem as partes autorisar os seus arbitros para julgarem por equidade, independentemente das regras e fórmulas de direito.

« Art. 2.º Os processos começados antes desta Lei, estando já os árbitros nomeados e tendo aceitado, continuarão a ser instruídos e julgados segundo o Código Commercial.

« Art. 3.º O Governo dará o Regulamento necessario para a execução desta Lei. »

« Para execução desta Lei e em virtude della foi expedido o Regulamento n. 3900 de 26 de Junho de 1867, em que se funda o parecer do illustrado relator. Esta simples exposição demonstra que o citado Regulamento não pôde ter applicação ás questões derivadas de direitos e obrigações que não estão sujeitas ás disposições do Código do Commercio, como no presente caso de um contracto celebrado pelo governo com uma companhia puramente civil, a que indubitavelmente não se refere, apesar de sua generalidade, o § 2.º do art. 19 do título unico do dito código.

« Attendendo-se ás suas disposições vê-se claramente que serão excluidas da sua alçada as causas civeis, e com maior e especial razão aquellas em que fôr interessada a Fazenda Publica, que por Lei expressa têm juízo privativo, pois que no art. 21, a respeito de causa que se achar na 2ª instancia, determina que a petição para ajuntar o compromisso seja dirigida ao presidente do Tribunal do Commercio, quando é inquestionavel a competencia da Relação do districto para aquellas causas em 2ª instancia.

« Entendo, pois, que o citado Regulamento de 1867 nenhuma applicação tem a uma companhia, organizada por Decreto do Poder Executivo, em virtude de Lei, e para executar um contracto que celebrou com o governo, e resolvendo assim este quesito, todas as mais ficão prejudicados em minha opinião. Ainda no caso contrario não poderia acompanhar o illustrado relator nas opiniões expostas em seu douto parecer.

« A clausula 23ª do contracto de 4 de Dezembro de 1869 não é, em verdade, a instituição do juízo arbitral voluntario, mas tambem não importa o restabelecimento do juízo arbitral necessario, supprimido por incompativel com a Constituição pela Lei de 1866, como pensa o illustrado relator. É uma clausula compromissoria, que o proprio Regulamento de 1867 não

repelle, antes consagra no art. 9º, dependente como ella é por sua propria natureza, para sua perfeição e execução, de actos ulteriores. Não é compromisso constitutivo do juizo arbitral voluntario, mas é a promessa delle com seu valor proprio.

« Inepto seria o Regulamento se autorisasse esta promessa, deixando, ao mesmo tempo, a uma das partes a liberdade de consideral-a lettra morta, cousa futil. A doutrina de M. Hallo, referida por Dalloz, Repert de Jur., Tom. 4º pag. 504, tem toda applicação a esta questão, e a esclarece perfeitamente no seguinte trecho :

« Le compromis est un contrat nommé, qui a ses règles particulières ; la promesse d'en passer une est un contrat innommé, sujet aux règles générales des conventions. Ces règles générales defendent-elles de promettre le contrat avant le contrat même ? En d'autres termes, deux parties, arrêtant entre elles une longue succession de rapports d'affaires et prévoyant les contestations possibles, désirent se soumettre par anticipation à la juridiction arbitrale, sans constituer, *hic et nunc*, le tribunal arbitral, attendant pour cela que le cas se présente, pourquoi ne le pourraient-elles pas ?

« N'est pas faire violence à la liberté des conventions de les empêcher de se préparer d'avance, non pas encore par le choix des juges auquel il n'y a pas lieu, mais par le choix de la juridiction dont l'art. 1003 (entre nós a Constituição art. 160) les proclame maitresses ? On voit de l'inconvénient à soumettre des difficultés non encore nées à des juges inconnus..., mais, 1^{re} c'est là prendre un soin arbitraire, l'office du juge n'est pas de calculer, pour les parties les inconvénients des conventions qu'elles sont d'ailleurs maitresses de former, et de les en dégager par cette seule raison ; 2^{me} l'inconvénient disparaît dans la réalité, puis que le tribunal se constitue dès que la difficulté naît, c'est-à-dire, que le juge est connu dès qu'il importe de le connaître ; 3^{me} enfin, les choses futures peuvent être l'objet des conventions.

« Pourquoi la soumission anticipée à une juridiction ne pourrait elle pas précéder l'exercice actif de la juridiction

même ?.... Ajoutons, en terminant, que la chose compromise n'a point le vague et l'indétermination qu'on lui reproche, qu'elle s'applique à une opération certaine et communément aux difficultés que peuvent naître dans le cours de l'exécution de l'acte qui la contient, que, sous ce rapport encore, elle n'est point aussi éloignée des termes de l'article 1006 qu'on affecte de le prétendre.

« A Ord. do Liv. 3º, Tit. 16, citado no duto parecer não se oppõe a esta doutrina, nem a qualquer outra lei. Antes ao contrario do que assevera o illustrado relator, a consagra expressamente a Lei Novissima de 13 de Outubro de 1869, que, autorisando o Governo para fazer este contracto, no § 13 do art. 1º dispõe nestes termos: « As empresas estrangeiras serão obrigadas a ter representantes nas localidades em que tiverem seus estabelecimentos para tratar directamente com o Governo Imperial. As questões que se suscitarem entre o Governo e os empresarios, a respeito de seus direitos e obrigações, poderão ser decididas no Brasil por arbitros, dos quaes um será de nomeação do Governo, o outro do empresario e o terceiro por accôrdo de ambas as partes ou sorteado. »

« Ninguém dirá que a Lei que autorisou esta clausula nas empresas estrangeiras a quizesse prohibir nas empresas nacionaes. E se a clausula fosse inconstitucional e além disto cousa nulla e imprestavel, como pretendeu demonstrar o illustrado relator, a Lei o teria autorizado, principalmente tratando-se com estrangeiros? Entenda-se como se quizer o Regulamento de 1867, elle não póde valer mais do que a Lei de 1869; em conformidade com a qual foi redigida, ou antes da qual foi copiada textualmente a clausula 23ª do contracto de 4 de Dezembro do mesmo anno, que a companhia tem obrigação de cumprir. É este o meu humilde parecer.

« O Conselheiro de Estado Visconde de Nietheroy assim diz em seu voto em separado: Concordo com o juridico parecer do Conselheiro de Estado Visconde de Jaguary. Não póde ter applicação reguladora em o Juizo dos Feitos da

Fazenda o Decreto de 26 de Junho de 1867, que especialmente entende com o Juizo Commercial, e na especie em questão, até importaria a burla de uma clausula importante precisamente estipulada, em garantia de direitos da Companhia que contractou com o Governo o serviço das capatazias, da armazenagem e da doca da Alfandega do Rio de Janeiro.

« A clausula n. 23 que prescreve: « As questões entre o Governo e a companhia sobre intelligencia do contracto serão decididas por arbitros, um da nomeação do Governo, outro da companhia e o terceiro por accôrdo commum e, na falta deste, sorteado. »

« É de maxima importancia para a companhia contractante; importa o mesmo que collocar a companhia no mesmo pé de restricta igualdade com isenção de todas as prerogativas, que, de facto e de direito, teria a causa fiscal, já administrativamente e no fôro privativo dos Feitos da Fazenda.

« Ora, uma clausula desta ordem tem a natural e valiosa consistencia de condição fundamental sobre a qual apoiou a confiança dos que comprometterão os seus capitães na empresa; não pôde de qualquer modo ser nullificada sem quebra de essencial estipulação e, portanto, em flagrante contradicção da Lei do contracto. A mera disposição regulamentar para o Juizo arbitral do Commercio, nem pela razão da autoridade, nem pela autoridade da razão, tem força e applicação para o caso vertente.

« O contracto entre o Governo e a Companhia da Doca, autorisado pelos Decretos Legislativos de 13 e 20 de Outubro de 1869, não está ao par de qualquer acto commercial ou transacção entre commerciantes que porventura possa ser objecto de contestação no Juizo Commercial, e tanto escapa á competencia do fôro commercial, como propriamente tem outra natureza, relevancia e solemnidade, até por positiva determinação da Lei especial.

« Em relação á clausula de que se trata, é evidente que longe de constituir uma promessa vaga, dependente de ulterior accôrdo e renuncia de privilegios fiscaes e real concessão

feita de um lado e de outro, talvez condição — *sine qua non* — de accitação do contracto, e em todo o caso é o meio permittido expressamente pelo mesmo Acto Legislativo, que autorisou o contracto, e assim a sua legalidade é tão incontestavel, como inconcussa a providencia, não obstante qualquer consideração, ainda de ordem superior ás que se deduzem das formulas prescriptas pelo Regulamento Commercial, aliás não applicavel. Vossa Magestade Imperial, porém, Mandará o que fôr mais justo. »

« Sala das conferencias da secção de Justiça do Conselho de Estado, 12 de Dezembro de 1872.—*José Thomaz Nabuco de Araujo*.—*Visconde de Jaguaray*.—*Visconde de Nictheroy*. »

Esta consulta não foi resolvida.

Agora passamos a transcrever varias opiniões emittidas por alguns advogados, aliás muito competentes e illustrados, acerca da divergencia entre a companhia *Sorocabana* e o presidente de S. Paulo; questão, que, sendo muito debatida, deu lugar a conflictos, que forão resolvidos pelo Governo Imperial com audiencia do Conselho de Estado pleno.

PROPOSTA.

A companhia da via ferrea *Sorocabana* em 18 de Julho de 1871 contractou com o governo da provincia a construcção, custeio e gozo de uma estrada de ferro, que da fabrica de S. João de Ypanema se dirigisse á capital da provincia, garantindo o governo á companhia o capital de 4.000:000\$000.

No contracto encontrão-se as seguintes clausulas:

« 16.^a O capital da companhia, que tem a sobredita garantia de juro, só se comporá das seguintes verbas: 1.^a, dinheiro despendido com o levantamento de plantas, organização de projectos, explorações, orçamentos, annuncios, impressões, mappas, gazetas, portes de cartas, despezas de viagens para os trabalhos, e as demais necessarias para que a companhia possa levar a effeito a construcção da estrada, tudo sujeito ao exame que a presidencia julgar conveniente. »

« 36.^a Quando as questões entre o governo e a companhia Sorocabana versarem sobre conhecimentos technicos de engenharia, serão dicitadas por juizo arbitral do seguinte modo:

« Cada uma das partes nomeará para juiz arbitro um engenheiro. Se os dous assim nomeados não concordarem, combinarão as partes na escolha de um terceiro, que decidirá opinando por um ou por outro.

« Se, porém, não houver accôrdo nesta escolha, cada um nomeará um engenheiro, e dentre os dous aquelle que fôr escolhido pela sorte decidirá a questão, aceitando um dos laudos proferidos.

« Se as questões versarem, não sobre materia de engenharia, e sim sobre direitos e obrigações, e respectivos interesses das duas partes contractantes, o *juizo arbitral* será composto de homens formados em direito, pelo mesmo modo estabelecido na clausula antecedente.

« Fica entendido que só poderão ser nomeados arbitros, quer em um, quer em outro caso, pessoas que residão nesta provincia ou na capital do Imperio. »

« 37.^a Logo que haja divergencias entre o governo e a companhia, para decisão das quaes seja necessario juizo arbitral, qualquer das partes dará aviso á outra a respeito dessa necessidade, indicando ao mesmo tempo o nome do arbitro que tiver escolhido.

« Se dentro do prazo de trinta dias da data do aviso a outra parte deixar de nomear o seu arbitro e de intimar a respectiva nomeação á primeira, o ponto em questão será considerado como concebido, e abandonado pela parte que assim estiver em falta. »

« Tendo a companhia pago a uma casa commercial da côrte uma porcentagem para emissão de acções, responsabilisando-se a mesma casa pelas tres primeiras entradas por conta das ditas acções, apresentada esta verba de despeza á presidencia da provincia, não foi impugnada por muitos mezes; declarando, porém, afinal a mesma presidencia que a não computava no capital garantido á companhia no contracto de 18 de Julho de 1871.

« De accôrdo com o preceituado nos arts. 36 e 37 do dito contracto, declarou a companhia que não se conformava com a sua decisão e sujeitava a questão ao juizo arbitral, nomeando logo o seu arbitro.

« A presidencia levou mais de vinte dias sem responder ao officio da directoria da companhia Sorocabana, e afinal declarou a esta que não concordava em sujeitar a questão ao juizo arbitral, por ser ella da ordem daquellas que devem ser decididas administrativamente, deixando por isso de nomear arbitro por sua parte.

PERGUNTA.

« 1.º Em vista das clausulas 36ª e 37ª, pôde o governo da provincia de S. Paulo recusar-se ao juizo arbitral?

« 2.º Decorrido o prazo de trinta dias, deve ser addicionada ao capital garantido a quantia impugnada, visto ter o governo deixado de nomear arbitros dentro do mencionado prazo?

« 3.º Se o governo da provincia insistir na recusa do juizo arbitral, tem a companhia direito de accional-o no juizo contencioso?

« 4.º No caso affirmativo, é o juizo dos feitos da fazenda o competente para nelle intentar-se a acção?

« 5.º Não deve o pedido versar sobre a inclusão da quantia impugnada no capital garantido, ou deverá a companhia pedir, simplesmente, que a provincia seja compellida a sujeitar-se ao juizo arbitral?

« S. Paulo, 4 de Dezembro de 1872. »

RESPOSTAS.

« 1.º O governo da provincia de S. Paulo não pôde recusar-se ao juizo arbitral, á vista das clausulas 36ª e 37ª do contracto que a companhia da via ferrea Sorocabana celebrou com aquelle governo.

« 2.º Decorrido o prazo de trinta dias, sem o governo em

questão nomear arbitro, considera-se haver elle concordado com a outra parte.

« 3.º Se o governo persistir na recusa do juizo arbitral, a companhia tem direito de accional-o judicialmente.

« 4.º A acção deve ser proposta no juizo commum, excepto se em S. Paulo ha disposição legislativa mandando correr no juizo dos feitos da Fazenda Geral as causas em que fór interessada a Fazenda Provincial.

« 5.º O pedido deve versar sobre computar-se no capital garantido a importancia da porcentagem que a companhia teve de pagar pela emissão de acções, e não sobre sujeitar-se o governo da provincia ao juizo arbitral.

Rio, 10 de Dezembro de 1872.— *Z. de Góes e Vasconcellos.* »

« Ao 1º ponto:

« Em vista do teor das clausulas 36ª e 37ª, não pôde o governo provincial declinar do juizo arbitral, nem subtrahir-se a elle, para decisão da questão suscitada a respeito da garantia de juros sobre parte do capital.

« Ao 2º ponto:

« Decorrido o prazo de trinta dias, sem que o governo provincial nomêe seu arbitro, considera-se como concedido o ponto contestado *ex-vi* da clausula 37ª; e por conseguinte, como comprehendida na garantia de juros a quantia impugnada.

« Ao 3º ponto:

« Persistindo o governo provincial no anterior proposito, depois de ter deixado correr á revelia a provocação para o juizo arbitral, o recurso da companhia é accional-o perante os tribunaes civis.

« Ao 4º ponto:

« Embora sem bom fundamento, a competencia do juizo dos feitos para precessar as questões em que interessa a Fazenda Provincial está geralmente admittida e firmada pelos tribunaes superiores.

« Ao 5º ponto:

« Em minha opinião, a maneira de tornar effectiva a responsabilidade civil do governo provincial é a seguinte:

« Intimal-o pelo juizo dos feitos para nomear seu arbitro no prazo de trinta dias, com a comminação da clausula 37ª; decorrido o prazo sem que elle proceda á nomeação, é lançado, havido por confesso e condemnado de preceito. Resta executar a sentença.

« Este é meu parecer.

« Rio, 10 de Dezembro ds 1872.—*J. de Alencar.* »

« Ao 1.º A questão que se suscita entre o governo da provincia de S. Paulo e a Companhia Sorocabana é de saber: se a porcentagem paga a uma casa commercial da cõrte para operar a emissão de acções da mesma companhia se inclue nas verbas do capital, pelo qual a provincia se obrigou a garantir um certo juro: — questão que se converte nesta outra — se o governo da provincia *está obrigado* a pagar o juro estipulado pela verba despendida com a dita porcentagem. Reduzida a estes termos, é evidente que a questão entra na letra da clausula 36ª, e que, portanto, o Governo provincial não se póde subtrahir ao juizo arbitral.

« É de notar que a questão alludida nunca poderia ser administrativamente resolvida: porquanto a provincia (bem como o Estado) nos seus contractos com os particulares, figura como pessoa privada e não póde assumir o character de poder publico, para como juiz decidir questão em que é parte. Assim a questão, quando não deva ser pelo contracto submettida a juizo arbitral, deveria sel-o ao poder judiciario.

« Ao 2.º A parte segunda da clausula 37ª seria applicavel á hypothese, se o Governo provincial tivesse deixado passar silenciosamente os trinta dias: mas o dito governo entendeu, ainda que infundadamente, que a questão não era daquellas que devião ser decididas pelo juizo arbitral e ainda dentro deste prazo deu conhecimento á companhia deste modo de ver, declarando que por isso deixava de nomear arbitro por sua parte.

« Não se verifica, pois, a presumpção de abandono do direito

de sujeitar a questão ao juizo arbitral, presumpção que só poderia ser induzida do silencio por trinta dias. Ao demais, a clausula 37.^a impõe perda de direitos, e, pois, no caso de duvida se lhe deve dar a intelligencia que fôr mais benigna.

« Ao 3.^o Uma vez estipulado o juizo arbitral, nenhuma das partes se pôde subtrahir a elle. A parte que tem interesse em promover a decisão do litigio faz intimar a outra para vir a juizo nomear e approvar arbitros; se esta não comparece, a nomeação é feita á sua revelia: constitue-se assim o juizo arbitral, e a causa segue seus termos.

« Na hypothese vertente esta pratica pôde parecer inapplicavel, porque se estipulou que a nomeação seria feita fóra de juizo, designando cada uma das partes, independentemente da outra, o seu arbitro. Se por este motivo ou por outra razão de direito se entender que a alludida pratica não pôde ser acceita na especie, então em tal caso a recusa da provincia em nomear o seu arbitro importará renuncia do juizo arbitral; mas como nenhum litigio pôde ficar indeciso pela vontade de uma das partes, surge a competencia do poder judicial para tomar conhecimento e julgar a questão.

« Ao 4.^o Dado que a questão tenha de ser decidida pelo Poder Judicial, é competente o Juizo dos Feitos, se em S. Paulo vigora legislação provincial semelhante á geral, que regula a competencia do Juizo dos Feitos.

« Ao 5.^o No caso de prevalecer o alvitre de levar-se a questão para o Poder Judicial, devesa companhia na respectiva acção pedir « que seja a provincia condemnada a pagar o juro correspondente á verba despendida com a porcentagem, pelo fundamento que a dita porcentagem se comprehende nas verbas do capital, a que a provincia garantio o juro. »

« Em nenhuma hypothese a obrigação de sujeitar-se ao juizo arbitral pôde ser objecto de acção, porque ou o juizo arbitral se constitue á revelia da parte refractaria, ou então se entende renunciado, e, neste caso, ha lugar a acção judicial.

« Rio 12 de Dezembro de 1872. — *Laffayette Rodrigues, Pereira.*

« 1º É fóra de duvida, que não póde o Governo provincial de S. Paulo recusar-se ao juizo arbitral, ácerca da questão exposta, á vista das expressas e claras disposições das clausulas 36ª e 37ª do contracto de 18 de Julho de 1871.

« 2º Tambem é liquido que a quantia impugnada deve ser addicionada ao capital garantido, visto como a falta de nomeação do arbitro official, no prazo estipulado, importa a concessão do ponto controvertido.

« Nem se comprehende como possa haver impugnação a tal respeito, quando a clausula 16ª computa no capital garantido todas as despesas necessarias para que a companhia Sorocabana « possa levar a effeito a construcção da estrada », generalidade que abrange incontestavelmente as commissões devidas pela emissão das acções, maxime tendo-se responsabilisado o emissor por uma parte das entradas.

« 3º Desde que ha um contracto entre a companhia e o Governo, é no Juizo Contencioso que a questão deve ser resolvida.

« 4º É competente o Juizo dos Feitos da fazenda, na fórmula da Lei n. 272 de 29 de Novembro de 1841 e Instrucção de 12 de Janeiro de 1842.

« Nem obsta o que dispõe nos arts. 19, § 2º, artigo unico do Codigo Commercial e no § 2º do Regulamento 737, porquanto,—a competencia commercial ahi estabelecida diz respeito sómente ás questões sociaes dos socios entre si, e não ás que se possam dar com pessoas estranhas, e cujos contractos não sejam commerciaes.

« A garantia de juros dada pelo governo não tem character mercantil, porque falta-lhe o requisito essencial de ter sido concedida com o fim de lucro pecuniario.

« Em regra, dizem Goujet e Mergel, o Estado sempre se considera fóra da acção do direito commum (o mercantil), porque não obra por *especulação*, mas por interesse geral. (Vide Act. de Comm. n. 107.)

« 5º O pedido deve versar sobre ser o governo compelido a nomear o seu arbitro, sob pena de, não o fazendo

em trinta dias, a pagar os juros correspondentes á quantia impugnada.

« É este o meu parecer.

« Rio, 24 de Dezembro de 1872.—O advogado, *Afonso Celso de Assis Figueiredo*.

Agora passamos a transcrever um artigo da *Revista Juridica*, que, além de pugnar pelo juizo arbitral, estabelece e desenvolve o seguinte principio:

« A Administração, em virtude de contractos celebrados com qualquer companhia e nas questões voluntariamente submettidas a juizo arbitral, está sujeita ao Decreto n. 3900 de 26 de Junho de 1867 e á jurisdição commercial. »

I.

« A Administração, esta parte integrante do Poder Executivo, nem sempre funciona como autoridade; muitas vezes, na vasta esphera de sua actividade, a Administração contracta, assumindo a posição de parte, sujeitando-se ás leis reguladoras dos respectivos contractos.

« Esta doutrina é geralmante aceita pelos escriptores, como Cabantous (*Rép. sur le dr. adm.* n. 334) e foi entre nós sancionada pela Lei n. 242 de 29 de Novembro de 1841, art. 2.º e Provisão de 12 de Janeiro de 1842, art. 1.º. Nesta Lei e Provisão se manda correr no Juizo Privativo dos Feitos da Fazenda todas as causas civeis em que por qualquer modo a Fazenda Nacional fôr interessada.

« A instituição do Juizo dos Feitos da Fazenda não foi modelada pelos tribunaes extraordinarios, que forão o baluarte do despotismo, em tempos menos felizes do passado; o legislador que o creou, ou antes o restaurou, foi levado pela —conveniencia— de sujeitar a um juizo especial as muitas

questões em que a Administração figura como parte, embora subordinada ao regimen geral.

« Nem d'outra sorte pudera proceder o legislador á vista do expresso preceito da Constituição do Imperio, no art. 179, § 17, assim concebido:

« Á excepção das causas que por sua natureza pertencem a juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá fóro privilegiado, nem comissões especiaes nas causas civeis ou crimes.

« A Lei, pois, que, promulgada a Constituição, estabelecesse juizos privilegiados, não seria exequivel.

« A mente da Lei de 29 de Novembro de 1841 foi, pois, constituir um juizo privativo e improrogavel, não um juizo baseado em privilegio.

« Tão privativo e tão improrogavel como o Juizo dos Feitos da Fazenda, foi em 1850 creado o juizo especial do commercio, a que forão particularmente affectas as questões submettidas á legislação do commercio.

« Relevando notar que a especialidade da jurisdicção do commercio não parou só na 1ª instancia, como occorre com a dos Feitos da Fazenda, mas estendeu-se até uma 2ª instancia privativa das causas do commercio, pela organização dos Tribunaes do Commercio.—Cod. do Commercio, Tit. un., Lei n. 799 de 16 de Setembro de 1854 e Dec. n. 1597 de 1 de Maio de 1855.

« Daqui resulta que o legislador procurou tornar bem sensivel a especialidade da jurisdicção do commercio, destacando-a completamente das outras jurisdicções.

II.

« Dada, porém, uma divergencia entre a administração e uma sociedade anonyma, ácerca do cumprimento de uma das clausulas do contracto que entre si celebrárão, por seus representantes legaes, e sendo escolhido o meio arbitral para a

solução das duvidas emergentes; qual a lei reguladora do compromisso e mais termos do juizo arbitral, qual o juizo competente por onde deve correr o respectivo processo?

« Não nos parece difficil a solução destas duas questões: pensamos que o Decreto n. 3900 de 26 de Junho de 1867 é o que deve ser invocado para o caso; e consequentemente a jurisdição especial do commercio é por onde deve correr o processo competente.

« Provemol-o:

« Se para a decretação do Juizo Privativo dos Feitos da Fazenda o legislador consultou a conveniencia de proteger a Fazenda Nacional, equiparala ao interdito, e attendeu para a necessidade de acudir de prompto á cobrança de suas dividas activas em ordem a tornar effectiva a receita, e assim fazer face á despeza do Estado: por outro lado, em formar as duas especiaes instancias do commercio, o legislador não foi indifferente a considerações do maior momento, ponderando porventura o mesmo que exprimio o orador do tribunnato M. Delpierre, em França, na sessão de 4 de Setembro de 1807, por occasião da discussão do Codigo Commercial desse paiz, quando disse:

« Se o commercio faz florescer pequenos Estados e fracas cidades, o que não reserva a um vasto Imperio que tiver um governo habil e vigoroso, um sólo assaz fertil para alimentar seus habitantes e suas fabricas, e um povo cuja actividade e bravura podem encher o globo de suas agencias durante a paz e de seus trophéos quando em guerra!

« Com effeito, os favores liberalizados ao commercio assentão no maior desenvolvimento de suas forças activas e na prosperidade que ás rendas do Estado communica a maior expansão do commercio.

« Com sobejo motivo, pois, o legislador rodeou as causas do commercio das especiaes e saudaveis providencias, que em geral constituem a legislação mercantil.

III.

« Ha, porém, quem pretenda que a Fazenda nunca póde pleitear fóra do seu juizo privativo, por ser este privilegiado.

« Entre os que assim pensão está o illustrado Sr. Dr. Perdigão Malheiro. (*Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda*, nota 133.)

« O equívoco desta opinião está em confundir privilegio com especialidade ou qualidade privativa.

« O Juizo dos Feitos da Fazenda não é tal privilegiado, mas privativo; isto é, tem competencia exclusiva para tratar daquellas questões puramente civis — em que é a Fazenda interessada; tanto que, sendo a Fazenda interessada em qualquer processo crime, quando contra ella se haja delinquido, ninguém se lembrou de desaforar o delicto do juizo criminal para o dos Feitos da Fazenda, justamente porque o juizo criminal é especial e privativo das causas criminaes.

« Desde, portanto, que se levantar uma contestação entre a administração e uma companhia, sujeita á jurisdicção privativa do commercio, é claro que só esta jurisdicção tem competencia para resolvê-la, applicando a respectiva legislação.

« Accresce que o Fóro Fiscal foi restaurado em 1841 e o do Commercio foi constituido em 1850 e completado em 1854; é claro, pois, que a competencia no caso de duvida pertence á jurisdicção do commercio, pela regra —

Posteriora derogant prioribus.

IV.

« Dada a existencia de uma sociedade anonyma, e no exercicio de seus fins industriaes, occorrendo duvidas levantadas contra ella pela parte, que com ella contractou a administração; havendo accôrdo para que sejam resolvidas as duvidas pelo meio arbitral, qual o direito que governa o caso?

« É a Lei n. 1350 de 14 de Setembro de 1866, é o Decreto n. 3900 de 26 de Junho de 1867.

« Para chegar á evidencia logica desta conclusão, basta transcrever aqui o art. 5.º do citado Decreto n. 3900, que prescreve:

« A clausula de compromisso, sem a nomeação dos arbitros, ou relativa a questões eventuaes, não vale senão como promessa e fica dependente para sua perfeição e execução de novo e especial accôrdo das partes, não só sobre os requisitos do art. 8.º, senão tambem sobre as declarações do art. 10.º

« § unico. Esta disposição é EXTENSIVA AOS ESTATUTOS DAS COMPANHIAS OU SOCIEDADES ANONYMAS.

« Como se póde, pois, contestar que a Lei e Decreto que revogárão o juizo arbitral necessario, para tornal-o voluntario, têm inteira e exacta applicação á especie que discutimos?

« Ninguém, em boa fé.

« Que a jurisdicção commercial é a competente para nella correr o processo da lei, é o que não póde padecer séria impugnação,

« Effectivamente,

« O Codigo do Commercio no tit. unico e art. 18 diz:

« Serão reputadas commerciaes TODAS as causas que derivarem de direitos e obrigações sujeitos ás disposições do Codigo do Commercio, contanto que uma das partes seja commerciante.

« A mesma disposição reproduz o Regulamento n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 10.

« Estatue mais o Codigo citado no

« Art. 19. Serão tambem julgadas na conformidade das disposições do Codigo do Commercio e pela mesma fórmula de processo ainda que não intervenha pessoa commerciante.

.

« II. As questões de companhias ou sociedades, qualquer que seja a sua natureza ou objecto.

« Esta disposição também é reproduzida no citado Regulamento n. 737, art. 20, § 2.º

« Se, pois, uma sociedade anonyma, entidade eminentemente mercantil, contracta com a administração, e mais tarde esta suscita duvidas contra aquella, acerca do cumprimento do contracto, parece indeclinavel a competencia da jurisdicção commercial para dellas conhecer.

« Releva observar que palpitante fôra o absurdo de applicar-se no juizo dos feitos da Fazenda a legislação commercial.

« De quanto fica dito é de concluir:

« Que á legislação e jurisdicção do commercio é que devem ser sujeitas as questões, que suscitar a administração relativamente ao cumprimento de contractos celebrados com as companhias.— Dr. José da Silva Costa. »

XVI.

As opiniões emittidas acerca do juizo arbitral, quer nas consultas do Conselho de Estado, quer nas respostas dadas por varios advogados, dignos de toda a consideração e respeito, e finalmente o artigo publicado na *Revista Juridica* pelo Sr. Dr. Silva Costa, que tão importantes serviços tem prestado ao fóro brasileiro; todas estas opiniões, aliás autorizadas e competentes, levão-nos a crer, que os seus autores laborão em grande confusão de principios. Discordando, pois, procuraremos expôr a nossa opinião sem incorrermos nem participarmos do espirito dos principios que combatemos; assim procedendo, somos o primeiro a reconhecer que muitas vezes o erro está da parte dos que o arguem, sendo natural que as opiniões de que divergimos sejam as verdadeiras.

A consulta das secções do Imperio de 18 de Novembro de

1872, resolvida em 11 de Janeiro de 1873 julgou procedente a reclamação da companhia—City Improvements—por entender que, nos termos do contracto de 27 de Abril de 1857 as disposições do Regul. que baixou com o Decr. n. 4487 de 12 de Março de 1870 não se achão em harmonia com as condições do contracto, e tratando-se *de um contracto bilateral*, não pôde o governo *jure proprio* decretar diverso modo de resolverem-se as questões, sem annuencia da companhia.

Não trataremos, por emquanto, do juizo arbitral, chamando a attenção para a citada consulta, transcreveremos a condição 13^a do contracto de 1857, e tambem a conclusão da primeira parte da consulta já citada. Condição 13^a.—« Qualquer discordancia que houver entre o governo e os emprezarios, *ou entre estes e os particulares* a respeito de seus deveres e direitos e seus respectivos interesses, será decidida sem mais recursos por arbitros nomeados dentro de oito dias.

« Não ha de ser pois, no fim de 15 annos, que por mero acto do Governo se ha de contestar a legitimidade do juizo arbitral, alterar-se o que se acha terminantemente estabelecido no contracto e substituir por outro o meio pactuado para a solução das discordancias que apparecem entre o Governo e a companhia *e entre esta e os proprietarios*. Isto só se poderá conseguir por mutuo accôrdo das partes contractantes. E se assim se não praticar, as reclamações hão de certo continuar com toda a sua força e o protesto, que em nome da companhia já fez o seu representante, ha de ser repetido e ir por diante com detrimento deste ramo do serviço publico, e quem sabe, se com exito prejudicial a outros respeitos... »

Se é *bilateral* o contracto a que se refere a Consulta, é claro que não pôde comprehender as questões que se suscitam entre o contractante e terceiro, embora por occasião do contracto. A Lei por justiça e por dever não podia constituir a administração juiz de terceiros, porque, é um principio, que as convenções não podem ter effeito senão entre as partes contractantes, e que ellas por consequente não podem adquirir direito a um terceiro que não foi parte, a convenção é nulla, porque o terceiro não contrahio por ella obrigação

alguma.—A obrigação que nasce das convenções, e o direito que dellas resulta, sendo formadas pelo consenso e concurso das vontades das partes, não pôde obrigar um terceiro, cuja vontade não concorreu para formar a convenção.

Assim, pois, faltando o *vinculum juris*, é claro que, os particulares ou terceiros nada têm com as condições estipuladas, que não podem para com elles produzir effeito algum juridico; as questões entre a Companhia e os particulares têm um caracter *puramente privado*, que de modo algum podem ser reguladas pela administração em seus accórdos, é portanto claro, *que neste ponto*, as clausulas do contracto a que se refere a Consulta de 18 de Novembro de 1872 são nullas de pleno direito, e infundadas as reclamações da companhia, e as apprehensões manifestadas pelos illustres Conselheiros de Estado, que forão voto na consulta.

Esta opinião manifesta tambem o venerando relator da Consulta de 29 de Outubro de 1867 quando diz: « ponderada a materia, as secções reunidas não podem deixar de manifestar a convicção que ellas têm de que a 13ª condição do contracto carece de força legal para obrigar os particulares que não forão parte no contracto; porquanto, o contracto, não pôde valer *inter alios*, mas, só entre as partes que o celebrarão.— Só entre o Governo e a companhia. »

Segundo os principios geraes das obrigações, o contracto synallagmatico não é valido senão quando os contractantes são reciprocamente obrigados uns para com os outros.—Se, pois, uma das partes não se obriga em presença da outra, não ha contracto, mas, sómente um simulacro de contracto, que é nullo de pleno direito.

O Decreto n. 3900 de 26 de Junho de 1867, regulando o *juízo arbitral* estabelece que *só pode fazer compromisso quem pode transigir*. Assim se pode applicar aos arbitros, os mesmos principios que vigorão com relação ás *transacções*.

« Relativamente á doutrina das *Transacções*, encontramos no interessante livro *Motifs et Discours prononcés lors de la publication du Code Civil* os principios mais luminosos e philosophicos. O celebre Bigot Preameneu disse: « De todos os meios

de pôr termo ás desavenças, que nascem das variadas e infinitas relações entre os homens, o mais feliz nos seus effeitos é a *transacção*, quer dizer, o contracto pelo qual são terminadas as contestações existentes, e prevenidas aquellas que podem sobrevir.

« Cada uma das partes se desembaraça então de todas as prevenções; contrapesa de boa fé, e com o desejo de conciliação, a vantagem que lhe resultaria de um juizo favoravel, e a perda que uma condemnação lhe acarretaria; sacrifica uma parte da vantagem que poderia esperar, para não exprimentar toda a perda que seria de receiar; e até, quando uma das partes desiste inteiramente da sua pretensão, determina-se pelo grande interesse de restabelecer a união, e de subtrahir-se ás delongas, despesas e inquietações de um processo. — O duvidoso do direito, e a certeza de que as partes contrapesarão e pretendirão regularisar os seus interesses: taes são os caracteres que distinguem e constituem a natureza deste contracto. »

« Albisson, no relatorio que apresentou ao *Tribunado*, exprime-se nestes termos: « As transacções cujo caracter particular é pôrem termo aos processos, ou prevenil-os, merecem o favor da Lei, que deve essencialmente tender a conservar a paz entre os cidadãos. Com effeito, se os julgamentos põem termo ás contestações civis, se a prescripção as absorve, é certo que por vezes deixão pezares á parte vencida ou repellida, e semeião entre os contendores os germens de animosidade, que mais cedo ou mais tarde se desenvolvem de um modo funesto.

« A Lei communica-lhes e deve communica-lhes toda a força, pois que importa á sociedade que não se protraião as inquietações e perigos dos processos *finis solitudinis ac periculi litium*: mas nada póde a Lei sobre os resentimentos particulares, que a applicação, ainda a mais justa e imparcial, de sua autoridade póde occasionar. Não succede assim nas transacções; por meio dellas terminão ou abortão os processos; sendo aliás as proprias partes, conhecedoras dos seus respectivos direitos, que a si mesmas se fazem justiça, segundo o entendem, ou se deliberão por cansaço, ou por generosidade, ou seja a desistirem no todo ou em parte das suas pretensões, ou cederem dos seus direitos e libertarem-se, por meio de sacrificios offerecidos

e aceitos livremente dos incommodos e desassocego a que os deixaria expostos uma luta mais demorada. — Assim o effeito ordinario destas reconciliações é suffocar o espirito de dissensão, reunir familias que muito tempo estão discordes e renovar antigas amizades; de sorte que, quanto mais pudesse renovar-se este espectáculo tocante, tanto mais a sua influencia se tornaria sensível sobre a amenidade e doçura da vida social. »

Bousquet, encarando quasi sempre a legislação debaixo do ponto de vista moral, cita as expressões de Catelan, no conceito do qual as transacções são recommendadas por considerações poderosas de interesse publico e pela propria conveniencia dos particulares, segundo a regra: *multum lucratur qui a lite descendit*.

Se, porém, são evidentes as conveniencias que resultão de transigir, em materia de demandas, de processos, de questões sobre direitos e interesses, nem por isso devem ser postas de parte as precauções e limitações da Lei, tendo ambas as partes a faculdade de transigir, se não houver interesse publico que se opponha.

A transacção é incontestavelmente o contracto, pelo qual duas ou mais pessoas decidem por meio de concessões reciprocas uma contestação, sobre a qual disputão ou receião disputas. *Transigir* é essencialmente *contractar*. A primeira e a mais importante condição dos contractos é a capacidade de contractar, existente na pessoa dos contrahentes.

O Codigo Civil francez define a transacção — *un contrat par le quel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître*. As Leis romanas compendiaão em breves termos a natureza, objecto e demais circumstancias deste contracto, nas seguintes palavras: *Qui transigit, quasi de re—dubia et lite incerta neque finita, transigit*—(Lei 1ª D. de Transact.)—*Propter timorem litis* (Lei 2ª cod. tit.)—*Litigiis jam notis et prudentibus, seu postea.... movendis* (Lei ust. C. cod. tit.) Neste contracto é essencial e impreterivel a reciprocidade das concessões; e para o dizer na phrase do Direito Romano: *Transactio nullo dato, vel retento, vel promisso, minime procedit*. (L. 38 C. de transactionibus.)

As deliberações tendentes a *transigir*, *desistir*, ou *acceitar*

desistencia, devem recahir determinadamente sobre pontos expressos, por maneira que se consiga pôr termo a desavenças, não ficando em pé motivo algum ou origem de discordancia. Para evitar o perigo de não serem enumerados todos os pontos em que se concorda, e não venha a ficar um germen de questão e discordia, é que o art. 429 do Reg. Commercial n. 737 e o art. 8º do Decreto 3900 de 1867 exigem, *sob pena de nullidade, que o compromisso contenha o objecto da contestação sujeita á decisão dos arbitros.*

Sendo o compromisso equiparado a uma transacção, podem ser objecto d'elle todas as causas de qualquer natureza que sejam, comtanto que, a respeito dellas possam as partes transigir sem offensa das Leis, assim pois, não pôde transigir senão aquelle que tem a livre faculdade de dispôr dos seus bens, por isso que, na transacção se verifica uma verdadeira alienação. *Não pode, pois, transigir o Estado*, as corporações administrativas e Corporações moraes, tanto que são dispensados de conciliação nas causas em que forem partes, não sendo mesmo valioso o compromisso sobre negocios *em que é interessada a Fazenda Nacional.* Disposição Provisoria, art. 6º, e Instr. da Directoria do Contencioso de 10 de Abril de 1851.

Uma das faculdades mais importantes na ordem civil é certamente a de comprometter, porquanto, pelo compromisso, substitue-se juizes de sua escolha, áquelles que a Lei tem dado e cuja capacidade é reconhecida, abrevia-se ou supprime-se formalidades protectoras, renuncia-se á util garantia de dous grãos de jurisdicção, e muitas vezes a todas as vias de recurso contra a sentença.

Substitue-se juizes de direito commum, por juizes de equidade, para o que é indispensavel discernimento e plena liberdade, podem, pois, se obrigar os que têm a liberdade de se submeter a arbitros, donde se segue que os que não podem alienar, não podem comprometter, porque o compromisso tende a alienação.

Um compromisso é um contracto, deve surtir todos os effeitos, e como tal deve ser submettido a todas as regras estabelecidas pelas leis em materia de contracto. Se, pois, só se pôde comprometter sobre direitos de que se pôde dispôr livremente,

é claro que, do mesmo modo que seria injusto recusar, aquelle, a quem a lei autorisa dispôr livremente de um direito qualquer, a faculdade de submeter a arbitros a questão de saber se elle deve perder ou conservar este direito, e de que modo pôde usar d'elle; seria injustiça conceder esta faculdade a quem não pôde livremente dispôr de semelhante direito; o compromisso envolve uma verdadeira renuncia, ao menos condicional, porque obriga a quem o assigna a abandonar o direito em questão, se os arbitros o condemnarem a isso; seria permittir fazer indirectamente, o que a lei prohibe fazel-o directamente, comprometter sobre direitos de que se não pôde dispôr.

Na primeira ordem das pessoas, ás quaes a faculdade de comprometter tem sido interdicta, está a *administração do Estado*, que não pôde obrar senão por intermedio de seus representantes, porquanto, no compromisso pôde envolver-se interesses, que têm necessidade de uma protecção especial. O compromisso é um acto particular que deve ser irrevogavel, e assim, para sujeitar-se a arbitros, convém ter, não só a faculdade de estar em juizo, como tambem de consentir nos actos, cuja instrucção é confiada aos arbitros, do contrario é nullo de pleno direito por ter havido excesso de poderes, sem que dessa nullidade fique ferida a autoridade e enfraquecido o character dos arbitros.

As contestações que interessão ás pessoas a quem a lei não concede o exercicio de seus direitos não podem ser decididas por arbitros, porquanto, dar-se-hia grande contradicção nas leis, e uma inconsequencia, o compromisso é um attributo das jurisdicções, que são de direito publico. Assim, não se pôde comprometter a respeito de questões que dizem respeito ao Estado e á ordem publica, a razão desta disposição emana da propria natureza do compromisso, porquanto, os negocios meramente privados podem ser objecto de contracto, não podendo estipular-se sobre questões ou negocios que affectem a ordem publica. Por mais favoraveis que tenham sido as leis romanas aos arbitramentos e aos compromissos, ellas os tinham prohibido nas causas importantes, que, referindo-se á ordem publica, o seu julgamento não podia ser abandonado a

arbitros, que por mais instruidos não offerecem a mesma garantia, a mesma independencia que os juizes instituidos pela lei, e investidos de toda autoridade.

XVII.

A lei não deve ser mais solícita em proteger os direitos individuaes do que aquelles a quem mais immediata e directamente elles correspondem. Se estes renunciam á garantia, que para a segurança dos seus direitos podem exigir, e se o demonstrão pelo facto de a não reclamar, semelhante descuido não é imputavel ao legislador, que não deve considerar como incapazes de olhar para si todos os que compõem o corpo social, nem exercer sobre elles uma tutela perpetua; todos são senhores de pedir e estipular o que quizerem; mas, a lei não vem por um acto soberano supprir o seu silencio, nem interpretar a sua vontade; a lei respeita e dá força coactiva á expressão da vontade dos contractantes, mas não a supprime a completa; não suppõe que queirão garantia, quando não a estabelecem; não induz uma presumpção *juris et de jure* para dar ao seu silencio uma interpretação equivoca e forçada.

Não se pôde, porém, desconhecer, que ha pessoas e interesses, que requerem uma protecção mais immediata e mais continua vigilancia, e necessitam que a lei venha em seu auxilio, e que os defenda, já da sua propria debilidade e inesperienza, já dos perigos, que, quando nada podem fazer propriamente e tem de sujeitar a sua conducta a uma vontade estranha, podem sobrevir-lhes da parte daquelles, a quem a lei confia a sua defesa; em cujo caso se acha o *Estado*. A lei civil, que tão solícita se mostra em favor de pessoas que necessitam de uma protecção directa e especial, ficaria burlada e descobertos os interesses e direitos que a propria lei quiz proteger, se fossem transmissiveis, e por isso, só pôde ceder

direitos quem tiver capacidade para os alienar, o contrario seria deixar abandonados os direitos que a lei quer garantir, tomando precauções para que não seja illudido o seu preceito.

Em todos os tempos o *Estado, as provincias e os conselhos*, forão equiparados aos menores, e se lhes dispensou igual ou maior consideração, até ao ponto de se lhes conceder o beneficio da restituição *in integrum*, para que pudessem obter reparação dos prejuizos, que lhes sobreviessem por culpa dos que devião olhar pelos seus interesses, ou por fraude de outras pessoas.

Mello Freire. Inst. Jur. Civ. Lusit. liv. 2, tit. 13, § 9, Prim. linh., sob o Proc. Civ., nota 593, e Instr. do Cont. de 10 de Abril de 1851, art. 17.

A lei acolhe e ampara as pessoas juridicas e desvalidas, a que o direito dispensa uma protecção mais directa, para que não sejam prejudicadas.

Consentir que pessoas assim protegidas, e que, em regra geral, não têm capacidade para contractar, pudessem transigir, equivaleria a destruir a protecção a seu favor constituida; se a lei não attendesse á *capacidade civil* a sua obra seria incompleta, e muitas vezes não produziria o desejado effeito.

Geralmente entende-se que a simples clausula consignada nos contractos de que as questões entre o governo e a companhia sobre a intelligencia do contracto serão decididas por arbitros, basta para ter força obrigatoria; assim, porém, não entendemos.

Ainda mesmo que fossem applicaveis aos contractos com a Fazenda as disposições do Decreto n. 3900 de 26 de Junho de 1867, mesmo assim, convém notar, que elle exige, *sob pena de nullidade*, que se designe no compromisso o objecto do litigio e o nome dos arbitros, e assim, semelhante clausula é nulla como compromisso, não pôde valer senão como promessa de comprometter, e é sabido que todo acto pelo qual as partes convencionão submeter a arbitros qualquer questão que se suscitar, contém uma promessa, que é nulla em face da lei; na clausula compromissoria as partes não convencionarão sobre a escolha dos juizes, não ha entre ellas senão um projecto, e não uma convenção obrigatoria de arbitramento,

porquanto, as convenções não têm força de lei entre os que a têm feito, senão quando ellas são legalmente formadas, e uma convenção não é legal quando lhe falta uma condição exigida pela lei para a sua validade.

Obrigar em virtude de semelhante clausula a parte, que se recusa a constituir o tribunal arbitral, a aceitar por juiz o arbitro nomeado por seu adversario, e o que fosse nomeado pelo juiz, seria desconhecer o texto e o espirito da lei, que, exigindo que os arbitros sejam designados no compromisso, bem como o objecto do litigio, tem querido que, chamados a preencher uma missão toda de confiança, elles fossem escolhidos pelas proprias partes com perfeito conhecimento de causa.

Estes principios estão em completo accôrdo com o que estabelece o illustrado relator da Consulta do Conselho de Estado, secção de Justiça de 12 de Dezembro de 1872, quando ouvido sobre as questões mencionadas no Aviso de 28 de Novembro.

Autorisado pelos Decretos Legislativos de 13 e 20 de Outubro de 1869, contractou o Governo Imperial com varios individuos, que mais tarde organisarão uma companhia, o serviço das capatazias, da armazenagem, e da doca da Alfandega do Rio de Janeiro. Entre as clausulas do contracto, a de n. 23 preserve que as questões entre o Governo e a companhia sobre intelligencia do contracto serão decididas por arbitros, um da nomeação do Governo, outro da companhia e o terceiro por mutuo accôrdo, ou em falta deste sorteado. D'ahi a questão suscitada, se por essa clausula ficou regularmente constituido o juizo arbitral, faltando o compromisso com os requisitos essenciaes do art. 8º, §§ 1º e 2º do Decreto n. 3900 de 1867.

« Entende o illustrado relator que a clausula 23 não basta para constituir o juizo arbitral; porquanto, não ha juizo arbitral voluntario sem compromisso das partes, mas não ha compromisso perfeito e legal sem os nomes dos arbitros, e sem uma contestação actual, ou sujeita á decisão dos mesmos arbitros, art. 3, 8, 9, do citado Decreto. Um compromisso

abstracto ou sobre objecto eventual e sem os nomes dos arbitros que as partes querem, é o juizo arbitral necessario, que a Lei de 1866 aboliu por inconstitucional.

« Assim que, dizia o relator da Lei Franceza de 1856, analoga á nossa: « autoriser les associés à engager par avance, et le plus sans réflexion, à faire juger par des arbitres inconnus des contestations ignorées, c'était permettre de rétablir par une convention l'arbitrage forcé. »

« Não se póde conceber juizo arbitral voluntario quando os arbitros são nomeados, não pelas partes, mas pelos juizes, consequencia necessaria desses compromissos de futuro, feitos quando reinão as esperanças, mas para serem executados quando só ha resentimentos e desconfianças. Se as partes não nomearão seus arbitros, não ha juizo arbitral voluntario, a confiança pessoal delles é essencial. A Constituição do Imperio no art. 160 não autorisa juizes arbitros senão nomeados pelas partes. A nossa Ord. Liv. 3º tit. 16 tambem exige que os arbitros sejam nomeados pelas partes nos compromissos, e não podem ser ellas constrangidas a nomeal-os.

« Diz, porém, o Aviso: Segundo o Regulamento n. 3900 de 26 de Junho de 1867 será applicavel em todo o rigor a uma companhia organizada pelo Decreto do Poder Executivo, em virtude de Lei e para executar um contracto que celebrou com o Governo? O relator da secção de justiça do Conselho de Estado responde a este quesito com a disposição do paragrapho unico do art. 9º do dito Regulamento. Esta disposição é extensiva aos estatutos das Companhias ou sociedades anonymas.

« Outrosim, a Lei que autorisou o Poder Executivo para esse contracto, não falla do juizo arbitral, e, pois, não póde o Poder Executivo, sem lei expressa e terminante, restabelecer o juizo arbitral necessario, supprimido por incompativel com a Constituição. As jurisdicções são de ordem publica e não podem ser invertidas por quaesquer contractos.

« As obrigações e direitos consignados nos estatutos daquella companhia não têm character de permanencia e immutabilidade, estabelecendo direito excepcional, que liga a

companhia ao que foi alli estipulado? Este quesito está respondido com a solução do antecedente, solução que se resume no seguinte aphorismo: *privatorum conventio juri publico non derogat*. O contracto depende da vontade das partes, é verdade, mas, em tudo que não é contrario á Lei. E, pois, a obrigação ou o *vinculum juris* só resulta do contracto legalmente feito. Assim que, não se póde conceber esse direito excepcional, que o Aviso suppõe em contradicção de uma Lei expressa e relativa.

« As relações juridicas que nascem daquellas Leis e Decretos entram na ordem commum e no regimen do citado Regulamento n. 3900 de 1867? As relações juridicas que nascem daquella Lei não se referem ao juizo arbitral necessario, de que ella não fallou expressamente. Não podia o Decreto exorbitar da authorisação da Lei, legislando elle mesmo sobre o juizo que devia julgar o contracto, juizo que não podia ser senão o que está prestabelecido nas Leis. Nem o Decreto exorbitou. Referindo-se ao juizo arbitral, esse Decreto não podia ter em vista senão o juizo arbitral voluntario, nos termos em que é admittido pelo Decreto n. 3900 de 1867.

« Essa promessa, porém, que tem de resolver-se no compromisso, deve cingir-se ás disposições do Decreto n. 3900, ou póde reduzir-se a compromisso nos termos da clausula n. 23 citada, isto é, tirado por sorteio o terceiro arbitro? Se essa promessa não obriga as partes, mas depende do compromisso, isto é, de novo e especial accôrdo das partes, é visto que este compromisso ou novo accôrdo não fica obrigado á clausula de sorteio que a dita promessa contém.

« Ainda mais; no caso de admittir a companhia o juizo arbitral pela maneira prescripta na clausula do contracto, poderá ella usar de recurso judicial contra a decisão final, allegando que o que contém na referida clausula importa apenas uma promessa sem força obrigatoria para os contractantes? A affirmativa é evidente, porquanto na sobredita clausula não se vê convenção expressa sobre o não recurso, como exigem a Constituição do Imperio, art. 160, e o Regulamento, art. 10, § 2º. Póde haver juizo arbitral com ou sem recurso,

sendo que, no citado regulamento está determinado, art. 62 e seguintes, o modo como se procede em um ou outro caso, modo consentaneo com a Ord. citada, Liv. 3º, tit. 16. »

XVIII.

Invocando os principios estabelecidos na consulta de 12 de Dezembro, o fizemos *unicamente* com o proposito de dar mais força e autoridade á nossa argumentação, quando, fundado no Decreto de 1867 e na opinião de varios juriseconsultos, entendemos ser nullo o compromisso que não contiver os nomes dos arbitros e não designar o objecto em litigio, porquanto, como bem diz Malarmé, « os arbitros, não sendo juizes, não tendo nenhum character publico, convem que o compromisso lhes dê um titulo e as partes uma garantia contra os excessos do poder. » E realmente, a disposição entre uma convenção compromissoria e um compromisso não é estabelecida por nenhuma disposição de lei; as convenções não têm força de lei entre as partes senão quando ellas são legalmente formadas, e uma convenção não é legal quando ella é despida de condições expressamente exigidas por lei.

De modo diverso, porém, entendem alguns advogados, taes como os distinctos Srs. Conselheiros Zacharias de Góes e Vasconcellos, José de Alencar e Affonso Celso, e tambem o Sr. Dr. Lafayette Rodrigues Pereira, quando consultados sobre varias occurrencias havidas entre o Governo da provincia de S. Paulo e a companhia da via ferrea Sorocabana, opinarão que não é admissivel a recusa do juizo arbitral (nos termos a que se refere a proposta já transcripta no cap. 15) e que a companhia tem o direito de accional-o judicialmente.

Ainda que em termos menos rigorosos, parecem concordar com estes principios os illustres conselheiros de Estado Visconde de Jaguary e Nictheroy, que forão voto na consulta de 12 de Dezembro e que emittirão parecer em separado.

Assim dizem: « A clausula 23 do contracto de 4 de Dezembro de 1869, não é, em verdade, a instituição do juizo arbitral voluntario, mas tambem não importa o restabelecimento do juizo arbitral necessario, supprimido por incompativel com a Constituição pela Lei de 1866, como prova o illustrado relator. É uma clausula compromissoria, que o proprio Regulamento de 1867 não repelle, antes consagra no art. 9º, dependente como ella é por sua propria natureza, para sua perfeição e execução, de actos ulteriores. Não é compromisso constitutivo do juizo arbitral voluntario, mas a promessa delle com o seu valor proprio.

« Inepto seria o Regulamento se autorisasse esta promessa, deixando, ao mesmo tempo, a uma das partes a liberdade consideravel-a lettra morta, cousa futil. A doutrina de Mr. Hallo, referida por Dalloz, Repert. de Jur., Tom 4º, pag. 504, tem toda applicação a esta questão e a esclarece perfeitamente no seguinte trecho:

« Le compromis est un contrat nommé, qui a ses règles particulières, la promesse d'enposser en est un contrat innommé, sujet aux règles générales des conventions. Ces règles générales défendent-elles de promettre le contrat avant le contrat même? En d'autres termes, deux parties, arrêtant entre elles une longue succession de rapports d'affaires et prévoyant des contestations possibles, désirent se soumettre par anticipation à la juridiction arbitrale, sans constituer, *lie et nunc*, le tribunal arbitral, attendant pour cela que le cas se présente, pourquoi ne le pourraient-elles pas?

« N'est pas faire violence à la liberté des conventions de les empêcher de se préparer d'avance, non pas encore par le choix des juges auquel il n'y a pas lieu, mais par le choix de la juridiction dont l'article 1003 (entre nós Const., art. 160) les proclame maîtresses? On voit de l'inconvénient à soumettre des difficultés non encore nées à des juges inconnus... , mais, 1º, c'est la prendre un soin arbitraire, l'office du juge n'est pas de calculer, pour les inconvénients des conventions qu'elles sont d'ailleurs maîtresses de former, et de les en dégager par cette seule raison; 2º, l'inconvénient disparaît dans la

realité, puis que le tribunal se constitue dès que la difficulté nait, c'est-à-dire, que le juge est connu dès qu'il importe de le connaître; 3^{eme} enfin, les choses futures peuvent être l'object des conventions.

« Pourquoi la soumission anticipée à une juridiction ne pourrait-elle pas prendre l'exercice actif de la juridiction même?... Ajoutons, en terminant, que la chose compromise n'a point le vague et l'indétermination qu'on lui reproche, qu'elle s'applique à une opération certaine et communément aux difficultés qui peuvent naitre dans le cours de l'exécution de l'art qui la contient, que sous ce rapport encore, elle n'est point aussi éloignée des termes de l'article 1006 qu'on affecte de le prétendre. »

« A Ord. do Liv. 3, Tit. 16, citada no doudo parecer, não se oppõe a esta doutrina, nem qualquer outra Lei. Antes, ao contrario do que assevera o illustrado relator, a consagra expressamente a Lei Novissima de 13 de Outubro de 1869, que, autorizando o Governo para fazer este contracto, a qual no § 13 do art. 1.^o dispõe nestes termos: « As empresas estrangeiras serão obrigadas a ter representantes nas localidades em que tiverem seus estabelecimentos para tratarem directamente com o Governo Imperial. As questões que se suscitarem entre o Governo e os empresarios, a respeito de seus direitos e obrigações, poderão ser decididas no Brasil por arbitros, dos quaes um será de nomeação do Governo, o outro do empresario e o terceiro por accordo de ambas as partes ou sorteado. »

« Ninguém dirá que a Lei que autorizou esta clausula nas empresas estrangeiras, a quizesse prohibir nas empresas nacionais. E se a clausula fosse inconstitucional e além disto cousa nulla e imprestavel, como pretendeu demonstrar o illustrado relator, a Lei a teria autorizado, principalmente tratando-se com estrangeiros? Entenda-se como se quizer o Regulamento de 1867, elle não pôde valer mais do que a Lei de 1869, em conformidade com a qual foi redigida, ou antes da qual foi copiada textualmente a clausula 23 do contracto de 4 de Dezembro do mesmo anno, que a companhia tem obrigação de cumprir. »

Estes principios, embora emitidos por autoridades

competentes, não nos parecem procedentes, em vista das razões expostas nos capitulos anteriores, e pelo que expõe o eminente jurisconsulto, relator da consulta das secções de Justiça e Imperio do Conselho de Estado, de 29 de Outubro de 1867; sendo que o contracto approved pelo Decreto de 1857 e sobre que versa a consulta fôra celebrado muito antes da Lei n. 1350 de 14 de Setembro de 1866 e do Decreto n. 3900 de 1867, e o contracto com a companhia Sorocabana fôra celebrado em 1871, quando já havia sido derogado o juizo arbitral necessario.

Se é difficil, quando se trata de legislação, reformar principios e disposições que pelo espaço de tantos annos têm estado em observancia; esta difficuldade costuma ser na maior parte effeito do transtorno, que o novo direito introduz em muitas instituições, nos habitos adquiridos e nos costumes civis, que vêm a ser uma segunda religião nas nações. Um principio salvador sahe ao encontro de todas as difficuldades; é este: que cada facto seja examinado e julgado á luz da Lei, dos costumes e até das opiniões, erros e preoccupações do tempo, em que se verificou: principio que é a applicação pratica da antiga maxima, que declara que a Lei não deve ter effeito retroactivo.

Assim, pois, se á primeira vista parecem procedentes certos principios invocados na consulta de 29 de Outubro de 1867, é fôra de duvida que o juizo arbitral estabelecido em alguns contractos celebrados com a Administração não se funda nem nas Leis actuaes, silenciosas a este respeito, nem na opinião dos jurisconsultos; entendemos, pois, que ás frequentes divergencias e á incerteza da pratica devem substituir outras regras, preferimos a firmeza da Lei ao arbitrio, quer judicial, quer dos interpretes, e entendemos ainda que na sua origem se devem cortar questões, que pelo diverso modo por que são apreciadas e julgadas, podem diminuir o prestigio dos tribunaes.

Não é sem difficuldades a assimilação de um contracto fiscal e por assim dizer civil a um contracto mercantil, quando a natureza delles é essencialmente differente em character e effeitos; a essencia das cousas prevalecerá sempre, as complicações surgirão sem alcançar o seu fim. A Lei civil, como a mercantil, tem as suas obrigações indeclinaveis, de que não é licito separar-se

sem gravissimos perigos; e como as differenças profundas que muitas vezes, se dão entre ellas, não são caprichosas, mas antes se fundão em razões incontestaveis, segue-se que nada as fará desaparecer, ellas têm uma vida independente; querer confundil-as, tentando introduzir nas transacções civis os principios e fórmulas das commerciaes, é desnaturar o direito.

É principio corrente que toda a associação mercantil é regulada pela convenção das partes e pelas Leis particulares do commercio, só podendo applicar-se o direito civil em falta de Lei e usos do commercio.

A falta do cumprimento de um socio á convenção ou obrigação social presta aos socios restantes acção contra elle para o adimplemento da estimulação e composição do damno dahi resultante á sociedade — determinado por arbitradores commerciaes. E, realmente, é expresso que todo aquelle que reclama um direito ou que allega um facto, quer em apoio do seu direito, quer para contestar o direito de outrem, deve provar a existencia desse direito ou desse facto. A louvação ou arbitramento de partes no objecto controvertido em juizo serve de informação e prova ao julgador; os arbitros julgão privativamente das contestações entre socios, relativas á sociedade e suas dependencias, como juizes das duvidas sociaes.

Ferreira Borges, attendendo ás doutrinas de Pardessus, diz: « que a Inglaterra apesar do seu processo por jury e do seu jury especial em materias commerciaes muitas vezes lança mão do arbitramento, principalmente em questões sociaes entre socios; e com razão, porque a analyse e revisão de contas e documentos, de mui varia fórma e extensão que as comprovão; a combinação de artigos sociaes com ellas, com correspondencias, com transacções ás vezes complicadissimas em suas diversas relações, é tarefa impossivel a tribunaes, seja qual fôr a sua fórma, e ás pessoas que os compõem. »

Pardessus tambem diz: « Em caso de contestação entre os socios, sendo relativa a sociedade, quer durante a sua duração, quer depois da sua dissolução, os socios devem ser julgados por arbitros. Os contrahentes não são senhores de se subtrahir a esta jurisdicção especial, quer pelas convenções, quer por um

facto commun, comparecendo voluntariamente diante de juizes ordinarios, sendo a questão commercial. E é igualmente necessario que a discussão respeite as relações que a qualidade de socio estabelece perfeitamente entre os membros da sociedade. »

Justificando o processo arbitral forçado, diz ainda Pardessus: « O reccio que o vagar das formalidades judiciais causado pela compilação e multiplicidade de pormenores ou enormidade das despesas fizesse mal ao commercio, moveu o legislador a estabelecer a obrigação de serem as questões entre socios julgadas entre arbitros. »

Devilleneuve e Massé em seu *Diccionario Commercial* dizem o seguinte: « É sobretudo em materia commercial, onde a necessidade de terminar os litigios reclama celeridade, simplicidade e economia, que o julgamento por arbitros apresenta as maiores vantagens e deve ser empregado mais frequentemente; e foi esta consideração que moveu o legislador a estabelecer o arbitramento como uma jurisdição forçada em materia de sociedade commercial. »

Na exposição dos motivos do codigo commun francez se aponta ser o arbitramento um meio de atalhar a discórdia entre os individuos que compoem as sociedades, porém a razão que alli se encontra e de uma maneira explicita é — ser o arbitramento um modo particular, que assegura a prompta expedição dos negocios.

A pratica diaria encarregou-se de demonstrar o engano que então existia sobre as vantagens do processo arbitral, e o que aconteceu aos redactores do Codigo Commercial Francez e a grande numero de jurisconsultos deu-se tambem entre nós, como o demonstra o illustre relator da consulta de 29 de Outubro de 1867, já citada. A razão justificativa do juizo arbitral deixou de ser a brevidade e a difficuldade de examinar as contas, escripturação e correspondencia, porquanto a experiencia encarregou-se de demonstrar não haver processo mais moroso do que o arbitral.

Semelhante engano de apreciação é muito antigo e geral, porquanto Valin, commentando o art. 70 da Ordenança de França, de 1681, se exprime assim: « A Ordenança de 1673,

tit. 4.º, art. 9.º, depois de ter dito que o acto da sociedade conterá a clausula de sujeitar os socios a arbitros, accrescenta que no caso de se omittir esta clausula, um dos socios poderá nomear um arbitro para effeito de obrigar os outros a nomeal-os tambem pela sua parte. A razão deste arbitramento forçado, accrescenta o mesmo escriptor, é porque a decisão dos negocios de uma sociedade exige miudezas e discussões, nas quaes se não poderia entrar em um processo regular sem perigo de embaraçar os direitos das partes. »

Ferreira Borges, referindo-se ao cap. X art. 16 das Ordenanças de Bilbáo, diz na sua interessante obra *Sobre as sociedades mercantis*: « E porque no fim das companhias, estando se ajustando suas contas, se costumão suscitar entre os interessados dellas muitas duvidas e differenças de que procedem longos e custosos pleitos, capazes de arruinar a todos, como a experiencia tem mostrado, para evitar semelhantes damnos, para que taes duvidas, differenças e pleitos sejam decididos summariamente, se ordena que todos que formarem companhia hajão de pôr clausula na escriptura.... que se obrigão e submettem ao juizo de duas ou mais pessoas praticas, etc. »

Entre os jurisconsultos hespanhóes tambem se encontra esse pretendido erro. Tanto que toda a questão entre os socios era decidida por juizes arbitros, quer se tenha estipulado no contracto da sociedade, quer não; sob o fundamento de que o legislador com o estabelecer esta jurisdicção tem querido evitar ás partes os consideraveis gastos, sempre inherentes ás formalidades judiciaes, e accelerar a decisão dos negocios.

Dizem, entretanto, que os verdadeiros motivos do arbitramento forçado se reduzem: á esperanza de que os arbitros sirvão de conciliadores entre os *socios estrictamente taes*, e ao segredo que deve andar annexo ás sociedades. A este respeito nota muito judiciosamente um escriptor: Que o segredo e a esperanza de conciliação são verdadeiras chiméras, porquanto, desde que taes litigios começam, desapparece esse pretendido segredo e confiança dos socios entre si. »

« O arbitramento forçado, diz Troplong, invocando o juizo de muitos negociantes de Bordeos, é um antigo erro contra o

qual a experiencia nos tem premunido e convém destruir. O arbitramento é uma maneira de julgar tão defeituosa, tão despida de garantias, que deve-se deixar ás partes a faculdade de recorrer ou de repudial-o; por experiencia eu não aconselharia a pessoa alguma de se fazer julgar por arbitros; um tribunal que se julga mais equitativo do que as leis mais equitativas, me parece não se poder adaptar senão a um pequeno numero de questões de facto e a interesses mediocres. O movimento das sociedades commerciaes levanta questões muito importantes para que o conhecimento dellas deva ser forçosamente tirado aos tribunaes, e assim convém que as partes em seus accórdos prudentemente os previnão. »

E, realmente, a experiencia se encarregou de demonstrar os abusos; de todas as partes citavão-se em França sentenças arbitraes em que as leis tinham sido impudentemente violadas, os interesses os mais sagrados compromettidos; em que os arbitros ignorantes, pusillanimes, subornados, não tinham attendido senão a seus preconceitos, e dous annos bastarão para demonstrar os abusos nunca vistos na ordem judiciaria.

XIX.

O juizo arbitral necessario foi sempre considerado entre nós como illegal, como uma innovação que feria as leis e mudava a forma do processo, materia da maior importancia e da alçada do Direito Publico, como magistralmente o demonstra o illustrado relator da consulta do Conselho de Estado de 29 de Outubro de 1867, já citada no capitulo XV.

Não só os tribunaes não o reconhecião, como tambem não era o meio de melhor resolver as questões, muito principalmente as suscitadas nos contractos com a Administração, ainda mesmo *que semelhante meio fosse admissivel em casos taes.*

É manifesta a divergencia que existe ácerca de tão importante questão; as consultas do Conselho de Estado bem o

demonstrão; dahi a origem principal de todas as duvidas e mesmo de reclamações. Na consulta de Outubro de 1867 diz o seu digno relator, invocando o art. 160 da Constituição:

« As sentenças dos juizes arbitros serão executadas sem recurso, se assim convencionarem as partes. O art. 20 do Codigo Commercial estabelecendo o juizo arbitral necessario, respeitou esta disposição da Constituição, quanto á necessidade da convenção das partes para excluir o recurso. O mesmo se dá com o art. 413 do Regulamento n. 737 de 1850, que dispõe: « Nos casos em que o juizo arbitral é necessario só é de mister o compromisso, se as partes quizerem desistir dos recursos legaes ou impôr penas convencionaes, bastando sómente nos outros casos a louvação das partes. »

« Contra as opiniões manifestadas pelo relator da consulta de Outubro de 1867, já citada, se pronunciou o distincto Conselheiro de Estado o Sr. de Sapucahy, demonstrando, que o juizo arbitral, a que se refere o Decreto de 26 de Abril de 1857 é o de que trata a Constituição, que no caso em questão fôra creado por utilidade publica; e os juizos especiaes creados com este fim não se póde dizer que offendem a Constituição no art. 179, § 17.

« Que, sendo o referido contracto submettido ás Camaras, nenhuma voz se levantou para condemnar essa disposição illegal; e como no fim de tanto tempo sustentar-se em detrimento de uma companhia estrangeira, que sacrificou avultados capitães, confiando na boa fé do Governo, que tão importante parte do seu contracto é nulla, porque, além de carecer de legalidade que poderia ser sanada, é absolutamente inconstitucional?

« O digno relator da consulta não deixa de reconhecer que a materia é grave e gravissima, porque trata-se de um contracto que tem alguma relação internacional, visto como foi celebrado com uma companhia estrangeira, que, confiada na fé publica e na autoridade do nosso Governo, formou-se com avultados capitães.

« Entretanto, lembra que, o governo britannico fundado no art. 6º do Tratado de 1827, protestára contra o fóro commum, que não lhe parecia um substituto satisfatorio da Conservatoria; mas o Governo Imperial supprimio aquella anomalia

da nossa organização judiciaria e afinal o mesmo governo britannico cedeu de suas reclamações e protestos. Não pôde haver contracto contra as disposições da Lei e maxime contra as que são de ordem publica; não ha razão para que a nova lei não seja applicavel aos processos que depois della occorrerem, porque esta Lei mantem um principio constitucional e uma garantia individual. »

A Lei n. 1350 de 14 de Setembro de 1866 declara que os processos começados antes desta Lei, estando já os arbitros nomeados e tendo aceitado, continuarão a ser instruidos e julgados segundo o Codigo Commercial. Como bem nota o relator da consulta de Outubro de 1867, « só os processos começados antes desta Lei estão fóra da sua comprehensão »; para assim entender firma-se na autoridade de Dalloz.—Lois, art. 262.—« Attendu que le droit qui n'est pas définitivement acquis, n'est qu'une expectative qu'une loi nouvelle peut détruire sans retroactivité. Sans qu'il y ait retroactivité, a toute faculté de l'espèce prévue, qui ne se trouve élevée au rang d'un droit acquis par exercice qui en a été fait sous l'empire de la loi ancienne. »

E continuando diz: « Póde-se cobrir e amnistiar a illegalidade de um facto preterito e consummado. Reconhecer, porém, que o acto é illegal ou contra a Constituição, mas autorisal-o no futuro, é cousa repugnante. É principio de direito que, quando a lei amnistia os factos preteritos, prohibe os mesmos factos no futuro. *Cum lex in præteritum quid indulget, in futurum vetat. L. 22 ff. de leg.* »

De tudo quanto temos dito fica bem patente que não concordamos com as opiniões emitidas ácerca da pretensão da companhia Sorocabana e da companhia da Doca, porquanto, não vigorando o *juizo arbitral necessario*, as expressões genericas e abstractas — todas as questões e duvidas — tornão nullo o compromisso por não satisfazer a essencial designação do objecto, e provindo a competencia dos arbitros do compromisso, é claro que tudo o que processassem e julgassem, o farião incompetentemente, por faltar a fórmula determinada na lei; o completo desprezo dessa fórmula do processo induz nullidade.

São preterições de formalidades substanciaes, que importão a repulsa dos meios de conhecer a verdade, para se fazer justiça.

O julgamento é uma cousa e a fórma do processo é outra; a jurisdição sendo de ordem publica, o consentimento de submeter a arbitros as contendas suscitadas, não pôde ser encarada senão como uma promessa, que a lei não autorisa nem sanciona, e faltando o nome dos arbitros e a declaração das questões, o contracto não pôde ter effeito de subtrahir a causa a juizes naturaes.

Se a lei em alguns casos autorisa a renuncia de um direito geralmente estabelecido, convém que esta renuncia seja escripta e bem expressa, e que ella não possa resultar de uma surpresa ou de uma omissão voluntaria. Os arbitros recebem das partes que os escolhem um verdadeiro mandato, que devem observar com escrupulo; se elles excedem, não é mais como arbitros que obrão, é como usurpadores. O acto que elles qualificão de julgamento é uma empreza temeraria na ordem das jurisdições, uma violação manifesta do contracto formado entre elles e as partes; o que é radicalmente nullo.

XX.

As Intrucções de 4 de Setembro de 1773, § 2º, dizião: « que a experiencia tem mostrado haver nos arbitros um dos tres vicios — amor — odio — ignorancia. » E um notavel juriconsulto, citado por Dalloz, nota que o compromisso é a satyra da administração judiciaria, e aconselha que se deve obrigar os cidadãos a não reconhecerem por juizes senão os ministros da lei.

As leis prohibem o arbitramento nas causas em que intervem o ministerio publico. O arbitramento é prohibido ás pessoas que não têm o livre exercicio dos seus direitos, taes como nas causas da Fazenda, sobre objectos não susceptiveis de transacção. Era preciso assegurar a protecção devida á fraqueza e dar ás questões desta gravidade todas as garantias

que offerecem os tribunaes; além disto, na maior parte dos casos, se trata menos do direito privado que do direito publico, o qual as partes não podem derogar; permittir o arbitramento na applicação deste ultimo direito seria, na pratica, conceder a faculdade de derogar indirectamente.

No entender de Alfredo Blanche em seu *Diccionario Geral de Administração*, pelo compromisso duas ou mais pessoas submettem o julgamento de uma contestação a arbitros que ellas designão, substituem juizes de sua escolha aos juizes que lhes dá a Constituição. E continuando diz:

« A lei não podia conferir uma faculdade tão ampla senão ás pessoas que têm a livre disposição de seus direitos. O *Estado*, os departamentos, as communas e os estabelecimentos publicos não podem comprometter, porque os administradores, que estipulão em seu nome, não os representam senão com certas restricções: estes administradores não têm a livre disposição dos direitos do Estado. »

As regras de competencia sendo de ordem publica não podem ser validamente derogadas, nem por convenções particulares, nem por actos de administração. O principio da separação dos poderes não permite evidentemente deixar á apreciação dos tribunaes civis contractos administrativos, passados por um administrador para um serviço publico.

A nossa jurisprudencia administrativa preceitua que as difficuldades suscitadas entre os empreiteiros e a Administração competem à *jurisdição administrativa*, de preferencia á dos tribunaes, porquanto ao *contencioso administrativo* cabe resolver os debates levantados entre um particular e a Administração, funcionando como tal e representando interesses collectivos.

Assim pois, as condições de que as contestações suscitadas devem ser decididas por arbitros, sendo contrarias ás disposições da Lei, devem ser reputadas como não escriptas; e deste modo decidio o Tribunal de Cassação em um contracto, cuja clausula, derogando a regra de competencia, submettia a arbitros as contestações que se suscitassem acerca do contracto celebrado, por ser contraria á Lei. E realmente, o Estado estando

em minoria perpetua, seus agentes não podem se comprometter por elle.

Dufour, *Direito Administrativo*, tom. 1º, n. 194, diz: « Toda a convenção que tiver por fim derogar as disposições que consagraão a divisão dos poderes deve ser considerada como contraria á ordem publica, porquanto os ministros, não sendo senão representantes de um menor, que é o Estado, não podem, nos termos dos arts. 1003 e 1004, Cod. Civ., abandonar a arbitros as contestações, que a Lei os chama a regular. »

« Estes principios, diz Dalloz, tambem são accitos e reconhecidos pelo Tribunal de Cassação, quando, em uma questão suscitada em um contracto celebrado pelo prefeito de Paris, uma clausula estipulara que as contestações seriam submettidas a arbitros. No tribunal reconheceu-se a incapacidade do prefeito para consentir em semelhante clausula, isto é, para comprometter, e o mesmo Tribunal, considerandò que se tratava de um negocio administrativo, se declarou incompetente. »

Na *Collecção de Leis* portuguezas, anno de 1853, encontra-se a Portaria de 16 de Março, que considera nulla e sem effeito a clausula de um contracto, que estipulara que as questões supervenientes seriam decididas por arbitros, porque uma tal estipulação é contraria aos preceitos do art. 280 do Codigo Administrativo.

« Solon, em seu *Repertorio Administrativo*, tambem trata *ex professo* desta questão; demonstra á toda evidencia que, nas questões de competencia entre as autoridades administrativas e judiciaes, a acquiescencia das partes interessadas no processo não é sufficiente para attribuir a jurisdicção a qualquer dellas, porque estas questões, sendo de ordem publica, não podem depender de actos individuaes e de interesses particulares. »

Sendo a *jurisdicção* o direito de conhecer dos processos e de terminal-os por meio de julgamento, é claro que não podem renuncial-a os funcionarios administrativos, porque foi ella estabelecida no interesse da causa publica; e nem tão pouco os ministros, fazendo parte dos poderes publicos e exercendo-os em seu nome, podem alterar a ordem das jurisdicções.

(*Arrêt de Cass.* 2 de Dezembro de 1844; *Circ. do Ministro do inter.* (França), 10 de Abril de 1862, Serrigny, pag. 530, e *Jornal do Direito Administrativo*, de 1862, pag. 490.)

Poderíamos ir além na demonstração das contradicções e inconvenientes dessa jurisprudencia singular, que permite estabelecer-se o juizo arbitral nos contractos da Fazenda, não obstante a legislação prohibir expressamente, em todas as causas, além das que por excepção *ratione materiae* o Codigo Commercial admitte.

Basta o que está dito para que fique assignalada essa doutrina funesta que dá aso a infinitas questões, com grandes violações dos principios da ordem publica e dos direitos individuaes, menoscabo da hierarchia e confusão da jurisprudencia; em vez de unidade temos a anarchia, e os contractos com a Fazenda tornão-se verdadeiras aventuras ou jogos de azar.

El realmente, que fé pôde ter a legislação de um paiz, quando, não obstante a faculdade dada ao Governo pelos Decretos n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, art. 1º, § 2º e n. 2711 de 19 de Dezembro de 1860, cap. 10, permite o arbitramento em taes contractos?

Isto posto, laborão em uma nullidade insanavel os contractos celebrados pela Administração, estabelecendo o *juizo arbitral*.

É doutrina corrente que todo o poder politico não tem outros limites, dentro da respectiva esphera, senão os da lei do justo; isso mesmo constitue condições do mandato de cada um dos poderes, condições que aos seus respectivos agentes não é licito postergar, sem que por esse simples facto as suas decisões se achem incursas em uma insanavel nullidade.

Incorre em nullidade insanavel o contracto que um procurador celebrasse em nome do seu constituinte com evidente prejuizo deste, e que concedesse ao outro contrahente condições vantajosas, impondo ao seu constituinte sacrificios onerosos e de uma gravidade impossivel de calcular.

Nada poderá aproveitar terem os actos praticados sido

submettidos ao Corpo Legislativo, e por elle autorisados, porquanto não tem mais poder do que o governo para infringir as expressas disposições da lei fundamental. Taes autorisações e approvações não são mais do que abusos do Poder Legislativo, nem podem ter mais validade do que em direito os contractos celebrados por um mandatario infiel.

Laboulaye, nas suas *Cartas politicas*, assim se expressa: « É um grande erro crer que o Poder Legislativo não tem limites, o que é inadmissivel nos paizes que conhecem as condições da liberdade; como simples mandatarios elles são servidores e não senhores do paiz, e não podem exceder o mandato que recebem da nação, e sómente limitar-se ás raias traçadas pela Constituição. A Constituição, estabelecendo a divisão e a harmonia dos poderes, garante-lhes a independencia mutua e mantem o legislador nos seus justos limites; do contrario o Poder Legislativo tornar-se-hia absoluto, e a omnipotencia parlamentar, além de impossivel em um governo regular, daria logar a revoluções e a golpes de Estado »

A simples autorisação ou approvação do Poder Legislativo não bastão. Se certas questões pertencem, por sua natureza, a juizes particulares, não póde o legislador ordenar, a seu bel prazer, que ellas sejam levadas aos tribunaes civis, pela simplicissima razão de que a ninguem é licito ir de encontro á natureza das cousas. Não deve ficar ao arbitrio das partes, nem do governo, subtrahir á jurisdicção dos tribunaes civis as questões, sobre que elles podem decidir com inteira imparcialidade e com pleno conhecimento de causa.

Não obstante a *clausula arbitral* consignada em varios contractos celebrados com a Fazenda, e da jurisprudencia estabelecida por varias consultas do Conselho de Estado, os principios estabelecidos não têm sido desconhecidos pelo Governo nem tão pouco completamente repellidos pelo Conselho de Estado.

Suscitando-se duvidas entre o Governo e a Companhia City Improvements, declarara o ministro da agricultura ao

arbitro nomeado para decidir amigavelmente as questões pendentes, em Aviso de 10 de Janeiro de 1870: « Que não se referindo as condições 13 e 15 do contracto de 26 de Abril de 1857 ás formalidades estabelecidas na legislação commercial para o julgamento arbitral, e convindo além disso que haja toda a celeridade nos processos administrativos, a commissão a seu cargo deverá proceder por meio de simples conferencia dos arbitros. » (*Diario Official* n. 17 de 20 de Janeiro de 1870.)

A consulta do Conselho de Estado de 25 de Maio de 1864, tratando de um recurso dos ex-empresarios das obras da nova Casa da moeda, da deliberação do ministro da fazenda, que declarou nulla e de nenhum effeito a decisão dos arbitros, na avaliação das mesmas obras, diz: « Pertence sem duvida ao Governo entre nós, porque a lei o prescreve expressamente conhecer das questões que versarem sobre o cumprimento, interpretação, validade, rescisão e effeitos dos contractos celebrados com a administração da fazenda, e que tenham por objecto quaesquer obras ou serviços publicos a cargo da mesma administração. »

O que deu lugar á reclamação foi o Aviso expedido pelo Ministerio da Fazenda em data de 12 de Março de 1864, que: « Considerando da exclusiva competencia do governo pelo Ministerio da Fazenda e não dos arbitros, fazer a liquidação da somma devida aos empresarios, como a de qualquer outra divida passiva do Estado, e usando da attribuição conferida pelo art. 1º § 2º do Decreto de 29 de Janeiro de 1859, approvedo pelo art. 12 § 10 da Lei de 27 de Setembro de 1870, declarou nulla a decisão arbitral pelo excesso do compromisso. »

O Conselho de Estado, como se deprehende da consulta que passa a ser citada integralmente, entende que, no caso em questão, só ao Poder Judiciario cabe tomar conhecimento se houve ou não excesso na decisão arbitral.

N. 759.— Resolução de 25 de Maio de 1864.

Sobre o recurso dos ex-empresarios das obras da nova Casa da Moeda, da deliberação do Ministro da Fazenda, que declarou nulla e de nenhum effeito a decisão dos arbitros, na avaliação das mesmas obras.

« Senhor.— O Dr. Theodoro Antonio de Oliveira, Antonio Francisco Guimarães Pinheiro, ex-empresarios das obras da nova Casa da Moeda, recorrem para o Conselho de Estado da deliberação do Ministro da Fazenda, que declarou nulla e de nenhum effeito a decisão dos arbitros nomeados para avaliar as mesmas obras, na fórmula estipulada no contracto que celebrarão com o Thesouro, aos 24 de Agosto do anno passado.

« O contracto, a que os supplicantes se soccorrem, é do theor seguinte:

« 1.º A empresa entrega ao governo todas as obras no estado em que se achão, e renuncia aos direitos, que lhe foram estabelecidos pelos contractos da edificação, e a qualquer reclamação por prejuizos ou lucros cessantes ou outros, que porventura pudessem ter origem nos mesmos contractos, que ficão pelo acto da encampação nullos em todos os seus effeitos.

« 2.º O governo fica obrigado a pagar aos empresarios a importancia das obras feitas pelo seu justo valor, segundo avaliação que será feita em juizo arbitral, constituido por dous arbitros engenheiros nomeados pelo governo e dous outros de escolha dos empresarios; levando-se-lhes em conta todas as quantias que já lhes tiverem sido pagas por qualquer motivo, e as que estiverem devendo ao governo por virtude das condições 5ª, 25ª e 26ª do contracto primitivo.

« 3.º No caso de ser a avaliação inferior ás quantias recebidas, os empresarios entrarão com a differença para o Thesouro Nacional.

« 4.º Sobre a avaliação das obras, na qual os arbitros comprehenderão as despesas de primeiro estabelecimento, e outras que perante elles forem justificadas pelos empresarios e

reconhecidas pelo engenheiro fiscal, se lançará, a juízo dos mesmos arbitros, a título de beneficio razoavel aos emprezarios, uma quantia que não poderá ser inferior a 10 %. O juízo dos arbitros é definitivo e delle não poderá haver appellação.

« 5.º Se houver empate sobre alguns pontos da avaliação, liquidar-se-ha o mais, e submetter-se-ha a questão empatada á decisão de um outro arbitro nomeado pelo governo e accito pela empresa, o qual decidirá sem appellação.

« 6.º A avaliação das obras será feita por ordem da construção, levando-se em conta, para augmento ou diminuição, em relação ao valor actual, as oscillações de preço, attendendo-se a que a avaliação seja sempre referida á época em que foi feita a obra avaliada.

« 7.º As avaliações serão lançadas em protocollos e assignadas pelos arbitros.

« 8.º Terminada a avaliação e determinada a porcentagem da indemnização, que será regulada pelo gráo de difficuldade na construção, perfeição do trabalho e outras causas, que os arbitros julgarem attendiveis, o governo pagará o que fôr devido aos emprezarios.

« 9.º O sub-empreiteiro mestre de obras, Luiz Hosxe, assignará o respectivo termo de encampação em signal do assentimento a este acto dos emprezarios, sob as condições expostas, declarando-se que esta intervenção do dito sub-empreiteiro é feita a pedido dos mencionados emprezarios, e não porque seja elle reconhecido como parte legitima em relação ao governo para figurar neste contracto.

« Forão nomeados arbitros, por parte do governo, o tenente-coronel Christiano Pereira de Azeredo Coutinho e o Dr. Gabriel Militão de Villa Nova Machado, aos quaes se declarou, por Aviso de 10 de Setembro de 1863, que deverão proceder á avaliação das obras feitas na Casa da Moeda, na forma da condição 2.ª do citado contracto de 24 de Agosto.

« Em 24 de Fevereiro ultimo o tenente-coronel Azeredo Coutinho deu conta ao Thesouro de estar concluida a commissão, de que elle e os outros arbitros haviam sido encarregados, fazendo acompanhar esta communicação de um livro de actas,

do qual constão circumstanciadamente as decisões que tomárão, e as avaliações que fizerão.

« Nestas avaliações incluirão os arbitros, bem que separadamente, varios objectos avulsos; isto é, materiaes já apparelhados para serem empregados na construcção do edificio, materiaes não apparelhados, guindastes, escadas de mão, etc.

« Feito isto, deduzirão da importancia total das obras despezas de primeiro estabelecimento, materiaes avulsos e 12 % de beneficio, as quantias recebidas do Thesouro pelos empresarios, conforme a conta que lhes remettêra a Directoria Geral do Contencioso; e declarárão por fim ser o saldo a favor dos recorrentes de 227:723\$571.

« Resolvendo sobre o que fica exposto, expedio o Ministro da Fazenda em 12 de Março ultimo o Aviso seguinte á Directoria Geral do Contencioso:

« Visto o officio de 24 de Fevereiro ultimo do tenente-coronel Christiano Pereira de Azeredo Coutinho e a conta corrente com o saldo a favor dos ex-empresarios das obras da nova Casa da Moeda, protocollo das conferencias dos arbitros, planta e mais papeis que o acompanhárão, julgando os arbitros do governo e os dos ex-empresarios ser o dito saldo de 227:723\$571, differença entre a somma de 1,061:803\$906 (sendo 929:129\$941 do edificio, 11:319\$974 dos materiaes, 112:833\$989 da porcentagem de 12 % a favor dos ex-empresarios e 8:500\$ das desapropriações) e a de 834:080\$335, importancia despendida pelo Thesouro com as mencionadas obras;

« Considerando que o Governo, na fórma do contracto de encampação de 24 de Agosto do anno findo, não recebeu os materiaes avulsos e sim o edificio, e, portanto, que a elles não se podia estender a decisão arbitral; e por outro lado que, nos termos da legislação em vigor, e especialmente dos arts. 2º e 8º do mesmo contracto, era da competencia exclusiva do Governo pelo Ministerio da Fazenda e não dos arbitros, fazer a liquidação da somma devida aos ex-empresarios, como a de qualquer outra divida passiva do Estado, á vista da decisão arbitral sobre a avaliação das obras e despesas do art. 4º, levando em conta

todas as quantias que já tivessem sido pagas por qualquer motivo e as que estivessem devendo ao Governo por virtude das condições 5^a, 25^a e 26^a do contracto primitivo; e

« Usando da attribuição conferida pelo art. 1º § 2º do Decreto de 29 de Janeiro de 1859, approved pelo art. 12 § 10 da Lei de 27 de Setembro de 1860: tenho deliberado declarar nulla e de nenhum effeito a referida decisão arbitral pelo excesso do compromisso; e assim o communico a V. S. para sua intelligencia e para o fazer constar a quem convier. »

« É contra esta deliberação que os supplicantes recorrem.

« A secção de fazenda deixa de examinar se os arbitros nomeados para avaliar as obras da nova casa da moeda excederão ou não o seu mandato; e se no caso affirmativo, a sentença arbitral deve ser declarada nulla no todo, ou sómente na parte em que se deu o excesso, por entender que a decisão destas questões pertence ao Poder Judiciario.

« Ainda nos regemos, em materia civil, pela antiga legislação portugueza, que não conhecia a jurisdicção contenciosa administrativa moderna. É, pois, necessario lei especial para separar do Poder Judiciario e transferir para o Poder Administrativo a jurisdicção contenciosa que deve competir a este.

« Pertence sem duvida ao Governo entre nós, porque a lei o prescreve expressamente conhecer das questões que versarem sobre o cumprimento, interpretação, validade, rescisão e effeitos dos contractos celebrados com a administração da fazenda, e que tenham por objecto quaesquer obras ou serviços publicos a cargo da mesma administração.

« Mas não se trata agora dos primitivos contractos de obras celebrados com os recorrentes. Não se trata de cumpril-os, porque já forão desfeitos, e estipulou-se o seu não cumprimento. Não se trata tão pouco de interpretal-os, porque não ha duvida sobre nenhuma de suas clausulas. Não se trata de sua validade, porque forão annullados por mutuo accôrdo e nenhuma das partes pretende fazel-os reviver. Não se trata finalmente da sua rescisão, nem dos seus effeitos, porque já forão rescindidos e porque, annullado um contracto, não póde elle ter os effeitos, que seriam consequencia da sua validade.

« Se a jurisdição que a lei dava ao Governo era sobre contractos de obras, se esses contractos desapparecerão e não se pretende executar-os, se o mesmo Governo os annullou, se não é por causa delles, ou sobre elles que se move questão, parece innegavel ter caducado a jurisdição que a lei dava ao Governo.

« E com effeito não se controverte sobre nenhum contracto de obras, mas sobre um contracto de encampação ou antes sobre uma questão sujeita ao juizo arbitral, isto é, ao Poder Judiciario, porque a Constituição, collocando o seu art. 160 relativo aos arbitros, no mesmo titulo em que trata do Poder Judiciario, considerou-os como pertencendo a esse poder. Se ha, pois, excesso na decisão arbitral, só ao Poder Judiciario cabe agora tomar conhecimento delle.

« Commettido o negocio a arbitros pelos recorrentes e pelo Governo, não pôde este, a titulo de executar, reformar ou annullar a sentença dos arbitros. Se assim fôra, o juizo arbitral não passaria, em tal caso, de uma verdadeira illusão. O Governo não seria sómente parte e juiz ao mesmo tempo; seria tambem juiz do juiz. Semelhante procedimento, além de illegal, violaria a fé dos contractos, afugentaria os homens honestos de terem negocios com o Thesouro e acarretar-lhe-hia maiores prejuizos do que lhe pôde dar a leal e escrupulosa execução de seus compromissos.

« Julga, pois, a secção que o Governo não é competente para annullar a decisão arbitral, a que se refere o recurso; e como do requerimento dos recorrentes, vê-se que elles se contentarião com o Thesouro reconhecer a validade das avaliações dos arbitros, parece-lhe outrosim acertado que se lhes proponha um novo contracto e o distracto do de 24 de Agosto de 1863, obrigando-se o Governo a pagar-lhes, pelas ditas avaliações, a importancia das obras feitas na Casa da Moeda, e ficando ao Thesouro não só a liquidação da quantia que deve ser encontrada no pagamento das mesmas obras, mas ainda a escolha, entre os materiaes avulsos, dos que lhe convier, pagando-os pelo preço que fôr ajustado.

« Este meio é preferivel, no conceito da secção, a recorrer-se ao Poder Judiciario para annullar a sentença dos arbitros, sendo,

como é, incerta a decisão final; mas Vossa Magestade Imperial decidirá o que fôr melhor.

« Rio de Janeiro, 15 de Abril de 1864. — *Visconde de Itaborahy*. — *Candido Baptista de Oliveira*. — *Marquez de Abrantes*.

RESOLUÇÃO.

« Promova-se a rescisão do julgamento dos arbitros perante o Poder Judicial. (*)

« Rio, 25 de Maio de 1864. — Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador. — *José Pedro Dias de Carvalho*. »

« (*) Expedio-se á Directoria Geral do Contencioso o Aviso seguinte :

« Ministerio dos Negocios da Fazenda. — Rio de Janeiro, 22 de Junho de 1864.

« Illm. Sr. — Á vista das duvidas suscitadas sobre a validade da sentença arbitral, proferida em virtude do art. 2º do contracto de encampação de 24 de Agosto do anno findo, entre o Governo e os ex-empresarios da Casa da Moeda, e sobre a interpretação dos arts. 2º, 4º e 8º quanto aos materiaes direitos de consumo e despezas reclamadas pelos mesmos ex-empresarios, constantes do protocollo das conferencias dos arbitros, concordarão os ditos ex-empresarios com o Governo Imperial, em effectuar-se o distracto do referido contracto de encampação e celebrar-se um novo contracto, pelo qual devem entregar todas as obras e materiaes, que entrárão na avaliação dos arbitros ao Governo e este receber as obras e materiaes e obrigar-se a pagar-lhes a somma de 227:723\$571, como resultado do saldo de liquidação e ajuste final de suas contas com o Thezouro Nacional, em virtude dos contractos para edificação da Casa da Moeda, ficando extinctos todos os direitos, obrigações, acções e pretensões derivados e que se poderião derivar dos mencionados contractos, ou de quaesquer outros actos praticados em juizo ou fóra d'elle, de qualquer natureza que sejam, a respeito ou por motivo das ditas obras, e por este modo completamente terminadas as relações obrigatorias entre o Estado e os ex-empresarios por causa das mesmas obras: assim, portanto, o communico a V. S. para sua intelligencia e para que na directoria geral a seu cargo se lavre o competente termo de contracto.

« Deus guarde a V. S. — *José Pedro Dias de Carvalho*. — Sr. Conselheiro Director Geral do Contencioso.

XXI.

A experiencia e a pratica diaria se tem encarregado de demonstrar que a clausula arbitral estabelecida em varios contractos celebrados com a administração, depois de suscitar duvidas perigosas e funestamente prejudiciaes, tem a administração, usando da faculdade, que lhe dá a Lei, *reivindicado os seus direitos*, e, não obstante os protestos feitos contra a attitude tomada pela administração, têm os particulares se conformado com o direito e chegado a um accôrdo amigavel, sempre dictado pela autoridade administrativa.

O Aviso de 22 de Junho de 1864, expellido a Directoria do Contencioso, já citado no capitulo anterior, basta para demonstrar a procedencia do que temos dito, e para tornar ainda mais firme a nossa asserção passamos a transcrever todo o occorrido entre o governo e a companhia da Dóca da Alfandega com relação á *clausula arbitral*, cujo historico encontramos no relatorio apresentado pelo Exm. Sr. Ministro da Fazenda ao Poder Legislativo em 1873.

« Nas paginas 70 a 77 do relatorio de Dezembro acha-se o historico da questão suscitada por esta companhia até ao ponto em que o governo a convidou a nomear arbitro, para resolver-se, na fórma da clausula 23 do contracto de 4 de Dezembro de 1869 — se a mesma companhia estava ou não obrigada a augmentar seu capital com a somma necessaria para concluir as obras hydraulicas e internas da Alfandega, mencionadas naquelle e no contracto de 4 de Novembro de 1870.

« Aceito o convite, forão nomeados arbitres: por parte da companhia o Sr. conselheiro Zacarias de Góes e Vasconcellos e do governo o Sr. conselheiro Jeronymo Martiniano Figueira de Mello; propondo aquella para 3º arbitro, o Sr.

Dr. Caetano Furquim de Almeida e o governo o Sr. conselheiro de Estado Visconde de Abaeté.

« A Companhia pediu o sorteio entre os dous nomes lembrados para 3º arbitro, e bem assim a celebração do compromisso, que devia preceder ao julgamento arbitral.

« Para representar a Fazenda Nacional no preenchimento destas formalidades, foi nomeado o Procurador Fiscal interino do Thesouro, Sr. Dr. José Francisco Vianna, ao qual dei instrucções para celebrar o dito compromisso nos unicos termos em que deveria elle ser admittido, de conformidade com os pareceres das secções de Fazenda e de Justiça do Conselho de Estado; a saber:

« Que, não podendo dar-se ao Regulamento de 26 de Junho de 1867, concernente ao processo do juizo arbitral do commercio, mais valor do que á Lei de 13 de Outubro de 1869, que autorizou o Governo para contractar com as Companhias de Dócas, prescrevendo no art. 1º, § 13, que as questões entre o Governo e os empresarios poderião ser decididas por arbitros, nem devendo se considerar as companhias para esse fim organisadas fóra da competencia administrativa do Ministerio da Fazenda: a referida clausula, de serem as questões resolvidas por arbitros, uma vez admittida, como admittio a companhia da Dóca da Alfandega em seu contracto de 1869, não era simples promessa. Que essa disposição é de natureza inteiramente obrigatoria para as partes contractantes. Que, por conseguinte, não podia a decisão emanada dos arbitros, em virtude da mesma clausula, ficar sujeita a recurso para o Juizo Commercial, como preceitúa o sobredito Regulamento para as causas commerciaes e pretende a Companhia.

« A Companhia, por seu Advogado, o Sr. Dr. José da Silva Costa, recusou formalmente admittir estes principios e os combateu da seguinte fórma:

« Julga insustentavel a exigencia do Governo, porque, diz ella, foi este o proprio a firmar em documento irretractavel a opinião de que a companhia é uma sociedade anonyma, como a qualifica o art. 1º dos estatutos approvados pelo Decreto de 6 de Dezembro de 1869. Os actos concomitantes e consequentes da

companhia manifestão que ella é uma sociedade mercantil e não uma instituição civil; e, sendo assim, não pôde deixar de estar sujeita ao Regulamento de 1867, cujo art. 9º falla formalmente das sociedades anonymas; accrescendo que hoje não ha mais Juizo Arbitral necessario, e, valendo como promessa a clausula 23ª do contracto da companhia, nos termos do referido Regulamento, não pôde o compromisso deixar de conformar-se em tudo com as disposições do mesmo Regulamento.

« Finalmente, allegou a Directoria da Companhia que não pôde abstrahir do cumprimento do mandato que lhe deu a Assembléa Geral de seus accionistas, recommendando-lhe expressamente lançasse mão de todos os recursos e garantias pela Lei commercial admittidos.

« Depois disto tentou ainda o Procurador Fiscal interino chegar a um accôrdo com a Companhia e propôz-lhe a celebração do compromisso, omittindo-se neste as clausulas referentes ao direito de recurso da sentença arbitral e á competencia do Juizo dos Feitos, para homologal-o, estipulando que a sentença arbitral seria dada á execução depois de homologada, correndo o processo até então administrativamente.

« A Companhia, porém, não quer ceder de suas pretensões. Persistente na opinião de que o Juizo Arbitral a seguir é o do Regulamento de 1867, oppoz-se formalmente ao expediente proposto com as seguintes razões:

« 1.º Porque não comprehende como possa funcionar o Juizo Arbitral sem que seja devida e legalmente constituido perante a jurisdicção territorial competente.

« 2.º Porque, acceito o Juizo Arbitral voluntario, depende este do competente e imprescindivel compromisso.

« 3.º Porque a clausula do projecto de compromisso, relativa á decisão arbitral, suscita duvidas quanto ao direito de recorrer, do qual a companhia não abre mão.

« Consequente com estas intenções, a companhia apresentou, por sua parte, um projecto de compromisso, no qual limitava-se a declarar o objecto da contestação sujeita á decisão dos arbitros, os nomes destes, o prazo em que deverião dar sentença, a clausula de que não julgarião por equidade, mas sim conforme

os preceitos de direito, e a de que *em tudo o mais* se observaria a legislação em vigor.

« É claro que, por este modo, embora não se expresse no compromisso a condição do recurso, nem a do juízo por onde deve correr a questão, a companhia procuraria, em qualquer hypothese, fazer prevalecer suas opiniões em ambos esses casos: e assim nenhum resultado satisfactorio daria, antes seria origem de novas e duradouras contestações, o expediente tentado para se firmar a intelligencia dos contractos no ponto em questão.

« Esgotados inutilmente todos os meios de accôrdo e convindo cortar a difficuldade o mais brevemente possivel, porque o serviço de armazenagem e descarga da Alfandega, a cargo da companhia, está reclamando providencias, ouvi de novo a secção de fazenda sobre o melhor arbitrio a tomar e aguardo o seu parecer escripto para deliberação do Governo. »

Não sendo possivel chegar-se a accôrdo algum, entendeu o Governo, usando dos meios legais, dirigir á Directoria da Dóca o Aviso de 28 de Maio do corrente anno, que fôra considerado arbitrario, como consta da seguinte exposição apresentada pela Directoria da Dóca:

« Srs. accionistas. — A contensão de direitos entre a nossa companhia e o Governo Imperial, relativa á obrigação de concluir as obras da Alfandega, parece entrar em uma phase nova, por ter infelizmente o Ministerio da Fazenda abandonado por proprio arbitrio a posição de parte contractante, em que por utilidade publica se collocara, para assumir a de poder discricionario, resolvendo por si uma questão para a qual elle mesmo invocara o julgamento arbitral, estipulado em contracto.

« Do objecto da divergencia já estaes completamente informados; mas convém reproduzil-o em summa, para que bem aprecieis as occurrencias, posteriores á sessão da Assembléa Geral celebrada em 31 de Janeiro passado.

« A companhia ao organizar-se, recebendo as obras da Alfandega sem orçamento, sem nem uma estimação do despendio provavel, tendo pelo contrario declarado o engenheiro do Governo, iniciador da organização, que os trabalhos hydraulicos

encetados *não podião ser orçados*, obrigou-se *a despende com as obras a somma de 2,000:000\$* (Decreto n. 4438 de 4 de Dezembro de 1869, condição 2ª) *summa* que depois foi elevada a 2,500:000\$, sendo applicado o augmento a determinadas construcções (arts. 4º e 5º da proposta annexa ao Decreto de 4 de Novembro de 1870). Pretende, porém, o Governo Imperial que por aquellas estipulações ficou a companhia obrigada a concluir as obras, qualquerque seja o seu custo total.

« É digno de nota que, tendo a directoria exposto e sustentado o direito da companhia nos officios ao Exm. ministro e nos relatorios que vos têm sido presentes e ao publico, a refutação de seus arrazoados consta de pareceres do Conselho de Estado que se conservão secretos, e de uma exposição do Contencioso do Thesouro citada em documento official, mas tambem não communicada á directoria, que assim se vê condemnada sem ser convencida.

« A empreza que edifica com seus capitaes uma obra de utilidade publica e responde pela conclusão della, tem sobre as construcções realisadas direito de propriedade, que os actos organicos definem e regulão, estipuião, se o dominio e usufructo de tal propriedade será perpetuo, ou por quanto tempo tem de durar; decretão meios de amortisar o capital immobilisado; prescrevem quando e como revertereão as obras ao dominio do Estado.

« Nada disto se dispöz nos actos organicos desta companhia: pelo contrario, deixado ao Governo o direito de dissolver-a em qualquer tempo (clausula 18ª do contracto) dispõe-se sómente o pagamento das quantias que se houver empregado, e não se permite duvida que as obras são sempre propriedade do Estado. Os balanços da companhia não incluem no seu activo, nem podião incluir, um metro de cões ou molhe, ou um edificio da Alfandega.

« E assim pretende o Governo que uma associação reuna capitaes, construa uma obra, complete-a, custe o que custar, e não tenha sobre ella nenhum dominio ou direito de propriedade.

« O contrasenso é manifesto.

« E o absurdo sómente desaparece, considerando o nosso

fornecimento de fundos como um empréstimo, dotado com as rendas que somos autorisados a arrecadar.

« Empréstimo que até a somma de 2,500:000\$ era obrigatorio, mas que o Governo Imperial quer alargar indefinidamente sem augmentar na proporção necessaria a renda, que cobre seus juros e amortisação.

« Indefinidamente, porque nas incertezas que pairão sobre o custo dessas obras só Deus vê claro o futuro. Estimadas primitivamente as construcções em 1,444:000\$, depois em 5,000:000\$, tinham-se despendido até a organização desta companhia 8,297:000\$, ao que sommados 2,500:000\$, que a companhia empregou e 1,400:000\$ que o actual engenheiro julga ainda necesarios, elevará o custo a 12,157:000\$ se a presente estimação não falhar como as outras.

« A injustiça da pretensão do Governo não pôde ser mais clara.

« Estabelecida a divergencia, tomou o Sr. Ministro da Fazenda a iniciativa para a decisão arbitral, declarando em Aviso de 7 de Novembro de 1872 que do estado da questão « resulta desaccôrdo entre a companhia e o Governo sobre a intelligencia dos contractos e dá-se o caso previsto na clausula 23^a do de 1869 » e exigindo a nomeação dos arbitros.

« Annuindo a directoria á exigencia do Governo, na fôrma da vossa deliberação de 20 de Novembro do anno passado, recebeu o Sr. Procurador Fiscal do Thesouro ordem para entender-se com os directores e fiscaes da companhia ácerca dos termos do compromisso prévio exigido pelo art. 9.^o do regulamento n. 3900 de 26 de Junho de 1867 e de facto compareceu aquelle funcionario ás sessões da directoria de 18 de Janeiro e de 18 de Abril, nas quaes as duas partes não se acharão de accôrdo sobre certas clausulas do dito compromisso.

« Releva notar que os longos intervallos que têm retardado a solução não têm dependido de nós.

« A directoria responde sem perda alguma de tempo ás propostas e observações do Governo Imperial.

« O projecto do compromisso que a ella foi annunciado a 18

de Janeiro, sómente a 7 de Fevereiro o recebeu escripto e no mesmo dia motivou as suas objecções.

« Não recebendo comunicação alguma até 24 de Março, nessa data representou pedindo uma solução.

« E ao novo projecto de compromisso trazido a 18 de Abril pelo Sr. Procurador Fiscal do Thesouro, respondeu igualmente em acto successivo.

« Desde então só recebeu o Aviso de 28 do mez proximo passado, que é o objecto de vossa presente reunião.

« Mas antes de chegar ao estado actual da questão, convém ainda assignalar com clareza quaes os pontos de divergencia em relação ás clausulas do compromisso por lavrar.

« 1.^a Na minuta de 7 de Fevereiro se pretendia estipular (clausula 1.^a) « Da sentença arbitral não haverá recurso para os tribunacs ordinarios. »

« Ora, bem sabeis que a vossa deliberação de 20 de Novembro não nos deu poderes para annuir a esta estipulação.

« 2.^a Pretende o Governo que o fóro competente é o Juizo dos Feitos da Fazenda, e que o caso não se rege pelo Regulamento n. 3900 de 26 de Junho de 1867, fóra do qual pensa ao contrario a directoria que não ha possibilidade de Juizo Arbitral legalmente constituido.

« O fundamento principal desta pretensão do Governo Imperial foi declarado em sessão da directoria de 18 de Janeiro pelo Sr. Procurador Fiscal do Thesouro nestes termos: « O governo considera a companhia da Dóca da Alfandega uma sociedade civil e não commercial, e por isso não póde a questão ser regulada pelo Decreto de 26 de Junho de 1867. »

« Entretanto o art. 1.^o dos estatutos approvados pelo Decreto n. 4439 de 6 de Dezembro de 1869, diz: « A companhia da Dóca da Alfandega constitue uma sociedade anonyma. »

« Demais, sua vida e todos os seus actos a têm assim caracterisado: e o art. 9.^o do Regulamento citado dispõe expressamente que esse Regulamento tem applicação ás sociedades anonymas.

« 3.^a Insistindo o Sr. Procurador Fiscal, quando apresentou o ultimo projecto de compromisso, em excluir toda a idéa de

recurso da decisão arbitral, accrescentou como consta da acta de 18 de Abril, que a intenção do Governo era que os arbitros funcionassem e decidissem sem fórma alguma judiciaria, sendo afinal levada a sua decisão a juizo, para ser homologada.

« Esta proposição, a directoria nem a comprehende. Não vê como possa funcionar o Juizo Arbitral, sem que seja devido e legalmente constituido perante a jurisdição territorial, á qual por lei incumbem as diligencias preparatorias e consequentes á instituição do Juizo Arbitral.

« Quanto á competencia do fôro, sobre a qual não é licito ás partes transigirem, o tribunal competente a decidiria, e é questão que tambem não cabe no poder discricionario do Governo Imperial.

« A directoria da Companhia da Dóca não podia exceder as faculdades que lhe déstes, prescindindo de recursos legais; nem devia sancionar o principio que desnatura a nossa associação, negando-lhe o caracter de sociedade anonyma, o que annullaria os seus melhores direitos e garantias; nem pôde comprehender o processo arbitral confidencial e extrajudicial, quando a lei e regulamento que extinguirão o juizo arbitral necessario, regularão o voluntario, qual é o de que se trata.

« E para arredar todo o pensamento de que algum capricho de nossa parte houvesse estorvado a marcha do processo, em seguida offerece á vossa consideração o projecto de compromisso que apresentou ao Governo Imperial e foi por elle reputado inaceitavel. Tende a paciencia de o ler com meditação.

« Concordão as partes, etc.

« 1.º Que, tendo o Governo Imperial, pelo Ministerio da Fazenda, entendido que a Companhia da Dóca da Alfandega está obrigada a concluir a Dóca da Alfandega desta Corte e as obras internas desta, conforme os contractos approvados pelos Decretos ns. 4438 de 4 de Dezembro de 1869 e 4618 de 4 de Novembro de 1870, obrigação que repelle a companhia referida, por não a haver contrahido, estavam as partes compromittentes justas e contractadas, como por este instrumento

fazem certo, a sujeitar á decisão arbitral esta contestação, que fica sendo seu objecto.

« 2.º Que os arbitros são por parte do Governo o Sr. Conselheiro Jeronymo Martiniano Figueira de Mello e pela da companhia o Sr. Conselheiro Zacarias de Góes e Vasconcellos; e no caso de divergencia, o que a sorte designar entre os Srs. Visconde de Abaeté e Dr. Caetano Furquim de Almeida, devendo na falta do que fôr sorteado servir o outro cidadão, todos domiciliados nesta Córte.

« Os dous arbitros darão a sua decisão no prazo de 30 dias, só prorogavel por mais 20, precedendo expressa annuencia das partes compromittentes.

« Verificada a divergencia e tendo de intervir o 3º arbitro, fica este sujeito ao mesmo prazo e sua prorrogação precedente á mesma annuencia.

« 4.º Os arbitros julgarão conforme os preceitos de direito e não por equidade.

« 5.º Em tudo o mais se observará o disposto na legislação em vigor.

« Rio, 9 de Abril de 1873. »

« Repellido este compromisso pelo Governo Imperial a 18 de Abril, e sem que mais fosse ouvida a directoria, baixou com a data de 28 de Maio findo o seguinte Aviso:

« Illm. e Exm. Sr.—Havendo a directoria da Companhia da Dóca da Al andega da Córte communicado que esgotára seu capital realisado, sem que pudesse concluir as obras hydraulicas e as internas a que se obrigára pelos contractos de 4 de Dezembro de 1869 e 4 de Novembro de 1870, foi por este Ministerio declarado que cumpria á mesma companhia a conclusão das ditas obras, procurando para esse fim os recursos necessarios no capital de seus accionistas ou no credito da empresa. A companhia desconheceu esta obrigação e deixou de proseguir nas obras, as quaes, attenta sua urgencia, estão sendo continuadas á custa do Thesouro Nacional; e como esta providencia do governo era provisoria, emquanto não se

decidisse a questão suscitada sobre a intelligencia dos contractos, offereceu este Ministerio como meio de solução o arbitramento estipulado na clausula 23ª do citado contracto de 4 de Dezembro de 1869. Pretendendo a companhia que o arbitramento só vale como mais um recurso, que em tales casos lhe foi dado, podendo, se decahir do juizo arbitral, intentar o meio judicial; e não sendo semelhante pretensão admissivel, porque desconhece a competencia que tem este Ministerio pelo Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, art. 1º, § 2º, assim como a que deriva do de n. 2711 de 19 de Dezembro de 1860, cap. 10, tendo sido o arbitramento uma concessão feita á companhia no intuito de resolver mais prompta e amigavelmente tales questões: assim o declaro a V. Ex. para sua intelligencia e da directoria de que é digno presidente.

« E como não pôde continuar o estado de cousas, sem detrimento dos interesses publicos e particulares, que reclamão providencias sobre o serviço das descargas e da armazenagem da Alfandega da Córte, cumpre que a companhia responda no prazo de 10 dias, a contar desta data, se desiste daquella sua pretensão, quanto ao arbitramento, acceitando este meio estipulado no seu contracto como peremptorio, na intelligencia de que, se persistir no mesmo proposito, o governo, usando das suas faculdades legaes, cassará a autorisação que dera para organização da companhia, e transferirá os serviços ora a seu cargo, para a administração da Alfandega, reembolsando a dita associação do capital que tenha despendido nas referidas obras, com desconto do fundo de amortização.

« Deus guarde a V. Ex.— (Assignado) *Visconde do Rio Branco.*— A S. Ex. o Sr. visconde de Tocantins, presidente da Companhia da Dóca da Alfandega da Córte. »

« Incumbe-vos, Srs. accionistas, deliberar que resposta deve ser dada a esta intimação comminatoria do Governo Imperial.

« Tendes a resolver:

« 1.º Se consentis em prescindir de parte dos recursos e garantias que as leis nos offerecem, quando nossos direitos são ameaçados.

« 2.º Qual deve ser o procedimento de vossos mandatarios, caso a ameaça se torne facto realiado.

« Esperamos a vossa deliberação, mas sem prevenil-a a directoria em desempenho de sua missão não deve prescindir de expôr o seu parecer.

« O Aviso de 28 de Maio expõe incorrectamente as occurrencias da questão a que se refere.

« Attribute á directoria intenções que nunca manifestou.

« Suppõe ao governo imperial faculdades que legalmente não possue.

« Considera o Governo juiz e parte e substitue o arbitrio aos meios legaes de solver a contestação.

« A construcção da phrase:— « Tendo a directoria communicado que esgotára o seu capital sem que pudesse concluir as obras a que se obrigára pelos contractos.... » esta proposição ou nos attribue a confissão de que estamos obrigados a concluir as obras, ou dá por averiguado o proprio objecto da contestação, sobre o qual dissera o Aviso de 7 de Novembro — dá-se o caso previsto para a decisão por arbitros.

« Em um caso ha inexactidão de facto, no outro asseveração arbitraria e illogica.

« Contesta igualmente a directoria a seguinte affirmativa contida no Aviso: *a companhia pretende que o arbitramento só vale como mais um recurso, podendo, se decahir do juizo arbitral, encetar o meio judicial.*

« O processo arbitral é *um meio judicial.*

« Não exclue necessariamente o recurso para os Tribunaes de 2ª instancia, como é expresso na legislação.

« Ao que o juizo arbitral nunca póde ser equiparado é a um recurso, porque antes da sentença dos arbitros não ha decisão de que se recorra.

« Não tem applicação ao caso vertente o citado art. 1º § 2º do Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, que se insereve — *Do Ministro da Fazenda.*

« Tal disposição claramente regula attribuições administrativas, as quaes terminão onde começa a discussão de direitos

derivados de um contracto, allegados por uma parte e contestados por outra.

« Menos ainda o cap. 10 do Regulamento de 19 de Dezembro de 1860, segundo o qual a dissolução das sociedades anonymas pôde ser operada por Decreto do Governo, unicamente no caso em que a directoria accusada *de violação de Estatutos ou da Lei n. 1083* recusar-se a convocar a assembléa geral dos accionistas, ou esta não se reunir.

« A violação imputada dos estatutos não é um ponto averiguado, pois depende da intelligencia do contracto, que o Governo Imperial reconheceu duvidosa quando exigio a nomeação de arbitros na fórmula da clausula 23ª.

« Se o processo arbitral fosse perturbado ou embaraçado, haveria na legislação remedio para chegar-se a uma decisão competente, a qual em nenhum caso pôde ser substituida a arbitrio do poder executivo.

« No caso especial da Companhia da Dóca da Alfandega, tem o Governo faculdade para dissolver-a em qualquer tempo, mas essa faculdade se baseia unicamente na clausula 18ª do contracto; e essa impõe-lhe a condição de « completar o fundo de amortização com apolices da divida publica, *de modo que produza para os accionistas a renda de 8 % de todo o capital desembolsado.* »

« Esta renda de 8 % era a que produzião os capitaes empregados em fundos publicos nas vespersas da incorporação da companhia, e que o Governo Imperial garantio aos accionistas, alliciando-os a fornecer dinheiro para as obras da Alfandega, nas horas de apuros financeiros causados pela guerra do Paraguay.

« Assim a dissolução da companhia, pagando-lhe simplesmente o capital que despendeu, é a mais flagrante violação da fé dos contractos; e a directoria entende que deveis resistir-lhe com firmeza, depositando confiança no poder judiciario.

« Todavia aguarda a directoria o que houverdes de deliberar. »

Em vista do Aviso de 28 de Maio e não obstante a *energica* exposição, chegou a Companhia da Dóca ao reconhecimento

do direito, a um accôrdo amigavel, quando parecia, senão impossivel, pelo menos mui difficil semelhante solução.

Assim é que em 19 de Junho ultimo dirigio o Exm. Sr. Ministro da Fazenda o seguinte Aviso ao presidente da Companhia da Dóca:

« Inteirado da communicação contida no officio de 7 do corrente, cabe-me confirmar a V. Ex. por este meio o que de viva voz lhe manifestei, isto é, que o Governo *acceita a idéa de um accôrdo amigavel* para a dissolução da companhia, reembolsando-a do seu capital empregado nas obras da Alfandega em apolices da divida publica, ao preço de 90, vencendo estas juro do 1º de Julho proximo futuro em diante.

« E, comquanto V. Ex. me annunciasse verbalmente que a direcção da companhia, para esse fim competentemente autorisada, *se conforma com a proposição do Governo*, todavia, devo declarar-lhe ao mesmo tempo que, se aquella solução não fosse acceita, seguir-se-ia o arbitramento, nos termos da clausula 23ª do contracto de 1869, para decidir-se a questão suscitada, de estar ou não a companhia obrigada a concluir as ditas obras.

« Contando com a prompta annuencia da companhia ao pagamento acima proposto, nesta data expeço as ordens necessarias para que seja ella de prompto reembolsada do capital despendido, com deducção do fundo amortizado, demonstrado em suas contas e balanços, e se preparem as apolices destinadas ao pagamento, que será feito mediante termo assignado na Directoria Geral do Contencioso do Theouro, em que se obrigue a companhia por quaesquer differenças que possam apparecer no exame moral e arithmetico dos documentos que comprovão as referidas contas.

« Outrosim, communico a V. Ex. que, desde o 1º de Julho proximo futuro, se não fôr possivel antes, passará a ser desempenhado pela administração da Alfandega todo o serviço ora a cargo da companhia, para o que o chefe daquella repartição se entenderá com V. Ex. conforme as instrucções que receberá deste ministerio. »

Tambem em data de 19 de Junho ultimo foi dirigida á Directoria Geral do Contencioso a ordem seguinte:

« Remetto a V. S. a cópia junta do Aviso que nesta data dirijo ao presidente da directoria da Companhia da Dóca da Alfandega, communicando-lhe que o Governo está disposto a rescindir os contractos com ella celebrados, reembolsando-a do seu capital despendido, pela fórma no mesmo Aviso indicada, afim de que V. S., entendendo-se com o referido presidente, faça lavrar na directoria a seu cargo o termo a que me reporto naquelle Aviso, com a clausula de obrigar-se a companhia por quaesquer differenças que possuão apparecer no exame moral e arithmetico de suas contas, e que convém seja assignado antes de terminar o corrente mez, para que no dia 1.º de Julho proximo futuro possa a Alfandega tomar conta dos serviços, ora a cargo da sobredita companhia. »

Em cumprimento dos Avisos citados se lavrou o competente termo de rescisão dos contractos da Companhia da Dóca da Alfandega, e como consequencia da rescisão effectuada foi expedido o Decreto n. 5321 de 30 de Junho de 1873, o que tudo consta do *Diario Official* n. 148 e 149 de Julho do mesmo anno.

XXII.

É principio corrente nas sociedades modernas que o homem recahe debaixo do poder da lei como membro de um Estado, sem que para isso ella lhe peça o seu consentimento. A lei, garantindo ao homem o exercicio de certos direitos, impõe-lhe a obrigação de certos deveres, donde vem que ella póde ser invocada para tornar realisaveis os primeiros e exigiveis os segundos.

Entendemos que se devem respeitar todos os direitos e muito principalmente que não devem sacrificar-se os direitos

civis, invocando o nome do interesse publico; porém tão pouco é licito aos particulares deixar de fazer quanto, salvando os seus direitos, a sociedade exija para os conciliar com o bem geral.

Não obstante estes principios, o illustrado redactor da *Revista Juridica* quer no artigo já transcripto, quer na exposição apresentada á Companhia da Dóca, procura sustentar: « Que a administração nem sempre funciona como autoridade; quando contracta, assume a posição de parte, sujeitando-se ás leis reguladoras dos contractos. Que nos contractos celebrados com qualquer companhia e nas questões voluntariamente submettidas ao juizo arbitral, está sujeita ao Decreto n. 3900 de 20 de Junho de 1867 e á jurisdição commercial. »

Basta conhecer o estado da nossa legislação para avaliar a grande importancia que entre nós deve ter esta questão, não só debaixo do ponto de vista scientifico e theorico, mas tambem na pratica, onde tanto mais vezes deve suscitar-se quanto mais progredirem as relações commerciaes entre os membros da sociedade. Limitar-nos-hemos ao direito positivo, e não obstante havermos estabelecido algumas idéas geraes, neste labyrintho de opiniões, lamentamos que ainda entre nós reinem as trevas em um ponto, em que a jurisprudencia devera ter pronunciado o *fiat lux*.

Deixando, porém, esta divergencia de opiniões em que tudo se poderá encontrar menos um systema, examinaremos ainda qual a regra que deve ser admittida no nosso direito. Se ha na nossa legislação um ponto em que as opiniões deem uma boa idéa da torre de Babel, é por certo este.

Em vista, porém, do que temos dito nos capitulos precedentes, claro está que rejeitamos a applicação pratica de semelhante principio, assim interpretado, ainda que com elle concorde um jurisculto de reconhecida capacidade, o Sr. conselheiro Ribas, quando no 2º volume de seu *Curso de Direito Civil* á nota 46, tratando dos direitos que competem ao Ministerio da Fazenda, nos termos do Decreto n. 2343, diz: « *Esta disposição, porém, é especial aos contractos celebrados com a administração da Fazenda, de sorte que os que forem celebrados com os outros*

ministerios ou agentes subordinados a estes, continuação sujeitos ao Direito Commum. »

Em uma questão suscitada com o Ministerio da Agricultura, sendo consultadas as secções do Imperio e Fazenda do Conselho de Estado, opinou o Sr. de S. Vicente: « Que os contractos celebrados com esse ramo do Governo, emquanto não houver Lei especial em contrario, não têm outro caracter senão o de convenções voluntarias, regidas pelas leis civis e subordinadas ao juizo ordinario commum, que, emquanto não se organizar o Contencioso Administrativo e uma lei não der ao Governo competencia para por via de consultas do Conselho de Estado decidir as questões de interpretação ou outras que se derivem dos contractos que os particulares celebrem com elle, a unica autoridade é e continuará a ser a judiciaria. Antes disso ella será nessa relação apenas uma das partes contractantes, que não pôde impôr á outra sua opinião e sim pende como ella de um outro julgador. É um contractante e não um poder. O Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859 é especial á repartição de fazenda e não pôde ser destendido a outros ministerios, sem que intervenha lei nesse sentido.

« O contrario seria não só despojar o Poder Judiciario de suas legitimas attribuições, mas exercer entre os particulares um constrangimento illegal ou uma violação das garantias da propriedade. Que convém crear essa competencia especial a favor do Governo, mas isso é questão *de jure constituendo* e o que por ora vigora é a competencia ordinaria, que em taes casos a decisão do Governo pôde ser considerada illegitima e violenta e por certo não convém que os actos da administração sejam assim qualificados pela opinião. Nem o Conselho de Estado nem elles estão autorizados para tanto.

« O visconde de Itaborahy, referindo-se a este parecer, declara que mais de uma vez tem ponderado que o Conselho de Estado não pôde ter jurisdicção contenciosa senão nos casos expressos por lei. Com este parecer concordarão os Srs. conselheiros de Estado Sapucahy, Olinda, Souza Franco e Torres Homem. » (Consulta de 23 de Dezembro de 1867.— Resolvida a 7 de Março de 1868.)

Não obstante o que temos dito com relação ao *Contencioso Administrativo* tornaremos a tratar deste ponto em vista da confusão de principios manifestada nas opiniões, já citadas neste capitulo. Seguimos o conselho de Goethe que recommenda: « Quando se defender a verdade, não se deve temer de repetir e de multiplicar as palavras; deve-se lembrar que o erro nunca deixa de obrar, e que a cada passo seus effeitos desastrosos se repetem e se multiplicão. »

É principio corrente que a justiça está acima de tudo, e que não pôde ser sacrificada por poder algum ao que se chama interesse, conveniencias sociaes e utilidade dos povos; e que a legislação positiva nunca pôde transpôr os limites, tem de se circumscrever á extensão tragada pela philosophia juridica, sob pena de ser opposta á ordem social, que deve sempre ser protegida e desenvolvida.

O progresso é a principal Lei das sociedades modernas. Tanto na esphera moral como no mundo physico, tudo labora em uma perpetua mudança. O que era hontem conveniente e justo, poderá ser hoje inutil e vexatorio, as forças viris adquiridas nos combates da vida forcejão por estalar as faxas da primeira infancia. O systema de centralisação das forças de cada um na direcção suprema do Estado cahe a pedaços, á medida que a energia individual do cidadão collabora mais de perto nos grandes factos sociaes.

Vai longe o tempo em que o Estado era o unico empresario dos grandes trabalhos, e em que nos cofres communs da nação existia sómente o capital necessario ás empresas do grande vulto. O dinheiro de todos, concentrado por meio do imposto e não poucas vezes auxiliado até em sua deficiencia pelo tributo manual do operario, era então a unica alavanca sobre que pesava a mão do homem de Estado, quando tentava remover qualquer obstaculo do caminho da prosperidade publica.

Volverão os annos, e a revolução do tempo foi seguida pela revolução das idéas. O fundo exigido para o custeio das grandes empresas começou a robustecer-se pelo agrupamento voluntario das forças individuaes. A solicitação de

capitales para a formação de grandes companhias, quasi unicamente organisadas pela iniciativa dos governos e medradas á sombra de enormes privilegios, começou a ser condemnada em these geral, quando o estudo dos factos economicos mostrou a inconveniencia de transformar em regra o que apenas devêra constituir singularissimas excepções.

As instituições civis, succedendo-se de periodos em periodos, têm concorrido pelo seu progressivo aperfeiçoamento para o estado em que nos achamos, e que é um elo na grande cadeia do desenvolvimento indefinido da sociedade. Da luta entre os diversos interesses, que agitam as sociedades, têm surgido factos que a pouco e pouco se têm convertido em principios. A legislação inventa, mas é acompanhando o movimento das idéas e dos costumes, accitando o legado de cada geração e convertendo-o em regra geral.

O progresso, porém, não produz o augmento dos direitos dos cidadãos, importa umas vezes o reconhecimento desses direitos, outras o desenvolvimento das formas debaixo das quaes elles se manifestão; outras, finalmente, a maior perfeição nos meios praticos de os tornar effectivos. Nisto consiste o progresso da jurisprudencia, que para ser perfeita tem de acompanhar o desenvolvimento moral e material das relações sociaes, seja qual fôr a forma debaixo da qual elle se apresente em cada periodo da civilisação.

E assim, comquanto a constituição tenha abolido todos os privilegios, que não forem essencial e inteiramente ligados aos cargos, por utilidade publica, ha comtudo um principio de uma verdade incontestavel, que, fundado na jurisprudencia constitucional, permite ao poder legislativo conceder privilegios sempre que se verificar a condição de ser em utilidade publica.

XXIII.

Nunca o conselho de Goethe se tornou tão necessario como entre nós.

Um precedente é quasi sempre a origem de outros, e muitos precedentes fazem a Lei. O que hontem era materia de facto hoje é ponto de direito. Trazem-se exemplos para justificar as medidas mais perigosas, e quando os exemplos não quadraão, nem se conformaão exactamente, a analogia suppre o direito.

O primeiro dever das autoridades constituídas é o de procurarem entender bem as Leis para as applicarem e cumprirem em fôrma devida e sobretudo sem subterfugios. Por isso diz Bonnin: « É nas leis que o magistrado deve aprender a moral da Administração, para as observar razoavelmente, depois de as conhecer com discernimento; para as executar com boa fé e desinteresse e para as fazer observar com imparcialidade.

« A Administração não é um poder arbitrario; é uma autoridade legal, que do mesmo modo que a Justiça, é a resalva e o amparo dos cidadãos e da propriedade. As Leis administrativas protegem os cidadãos e a propriedade, e essas mesmas Leis protectoras da ordem publica, são ao mesmo tempo a fiança da probidade e das luzes da Administração. »

« Todos os Governos têm o seu principio fundamental; o do Governo Constitucional é a divisão e harmonia dos poderes do Estado, e ainda que a soberania no seu principio seja uma e indivisivel, porque não póde conceber-se vontade sem unidade, o seu exercicio contudo demanda uma justa distribuição; é nesta divisão e harmonia, que se dá a garantia contra os abusos de cada um delles; uma vez rompido este equilibrio por maneira que um só tenha preponderancia sobre qualquer dos outros, sujeitando-se á sua discrição, perdida fica a sua existencia e, em logar da liberdade regulada, ter-se-ha o absolutismo, segundo o elemento que mais preponderar.

A invasão de um sobre outro poder, causando profunda

desordem, profana o mais sagrado direito, que garante a liberdade e a propriedade. Tão graves, como funestas são as consequências deste mal, que bem merecem a atenção de todos. Para consolidar a união e estabilidade dos elementos que formão a essencia dos Governos Constitucionaes, é necessario que todos os poderes funcionem livre, regulada e independentemente para um fim commum; é preciso que nenhum delles exorbite dos limites constitucionaes; é indispensavel estabelecer uma reacção necessaria, que neutralise, quanto fôr possível, o principio da dissolução; cumpre que estes diversos elementos possam reagir uns sobre os outros, afim de se conterem, e reciprocamente equilibrarem. Nenhum poder, estabelecidos os limites da sua competencia, pôde adquirir maior expansão senão a conta da perda do outro: uma vez admittida ou tolerada a invasão, introduzida fica a anarchia e com ella todas as suas consequências.

Quando a verdade é postergada, a causa publica desprezada, a justiça abandonada, então se toca no perigoso extremo—a dissolução do corpo social. Não podendo a ordem social sustentar-se senão pelo equilibrio dos poderes, obediencia e execução das leis, e sendo toda a sociedade hyerarchicamente constituída e governada, reconhecida fica a necessidade de se conterem todos os elementos do corpo social e diversas autoridades, nos justos limites que a Constituição e Leis lhes têm assignado, respeitando-se reciprocamente.

Dispõe o art. 102 da Constituição que o Imperador é o Chefe do Poder Executivo e o exercita pelos seus Ministros de Estado. É realmente ao Chefe do Estado que compete regular e desenvolver a administração publica, que é o poder regulador, que domina todo o quadro social; não poderia abranger todas as necessidades publicas, se não tivesse *os ministros*, que, exercendo attribuições geraes e especiaes, lhe deixassem somente aquellas attribuições compatíveis com a sua alta missão.

Os negocios do Estado são repartidos entre os diversos ministros, cada ministro é, para os negocios que correm pela sua repartição, o delegado immediato do Imperador e provê ás necessidades do serviço, por intermedio de seus agentes.

O movimento parte do ministro e se propaga por uma transmissão do superior ao inferior; e é até ao ministro que se remontão, esclarecendo-se e completando, em cada grão, as reclamações. Deste modo consegue-se a unidade, que é a condição da rapidez e do poder

Estes principios não são desconhecidos pelo Sr. de S. Vicente, tanto que, em sua analy-e da Constituição, diz em o § 384: « Os differentes serviços dos ministerios, sua ordem, regularidade e detalhes, assim como a organização das repartições por onde elles se verificão, formão o corpo e objecto do direito administrativo, que comprehende tambem as relações que por occasião desses serviços se agitação entre a administração e os cidadãos. »

Assim, pois, sendo os ministros meros depositarios do Poder Executivo, não gozão, sob este aspecto, de immuniidade que os isente do recurso contra a lesão de direitos, por menos importantes que estes sejam; não ha na lei immuniidade, prerogativa, privilegio, que isente os ministros de representarem o papel de recorridos, e repugnaria muito á natureza das cousas que ficasse a parte, que se considera aggravada, reduzida á impossibilidade de interpôr recurso. A acção directa de cada ministro em sua repartição sobre pessoas e cousas, nas diversas relações em que ellas são submettidas á autoridade administrativa, é sempre a mesma, as funcções e deveres de cada ministro são os mesmos perante a Lei, visto que cada ministro dirige a repartição que lhe é confiada. (Serrigny, tom. 2º, n. 997.)

Dufour n. 172, tom. 1º, diz: « A acção ministerial com relação ao Contencioso Administrativo não offerece nada de particular em sua fórma. O Contencioso Administrativo tem sido vedado aos tribunaes e reservado aos ministros, pela razão de que as difficuldades que elle envolve devem ser resolvidas administrativamente. Os ministros estranhos á hierarchia dos poderes judiciarios não cessão de ser *administradores*, ainda mesmo quando elles decidem questões, em que os direitos privados se achão envolvidos. »

Serrigny, tom. 2º, n. 985 assim se expressa: « Não convém perder de vista o character essencial das funcções dos ministros.

Não são juizes propriamente ditos: são administradores que, no exercicio de suas attribuições, estão expostos a tomar decisões que ferem direitos privados. Geralmente enxerga-se nestes actos apparencias de julgamentos, por causa do modo de recurso introduzido contra elles perante o Conselho de Estado, recurso que se pratica á imitação da appellação judiciaria. A analogia na via do recurso não deve se estender ao processo nas fórmulas da instrucção. O unico fim da legislação é proteger os direitos privados que encontram os ministros em sua administração, dando aos interessados uma garantia especial, a do exame e da revisão perante o Conselho de Estado. Ir além e transportar para a instrucção dos negocios submettidos aos ministros as fórmulas judicias prescriptas pelo Código do Processo, seria embaraçar e tornar impossivel a administração. Os ministros devem conservar a liberdade de seus movimentos, sob a unica garantia de sua responsabilidade e do recurso para o Conselho de Estado. »

Cormenin em suas *Questões de direito*, tom. 1º, pag. 179, diz: « Ha decisões difficeis de distinguir o que ha de *contencioso* do que ha de *administrativo*, e de achar os *motivos* confundidos na narração dos factos e a *discussão das peças*. Algumas vezes estas decisões não são motivadas e não contém senão uma disposição bastante vaga. »

Serrigny, tom. 2, n. 986, pag. 340, protesta contra as criticas, que a este respeito formulão Macarel e Cormenin, e não descobre nesta falta de regras nenhuma lacuna a supprir. Fórmulas de processo seriam, em seu entender, exclusivas da liberdade de movimento e da espontaneidade de resolução que devem caracterisar a acção ministerial. « Sua applicação encontraria as mais graves difficuldades. Ha certas materias que são de antemão reconhecidas contenciosas, e que poder-se-hião submeter a fórmulas; mas em uma infinidade de casos, os ministros não sabem *a priori* se a decisão que se lhes pede constituirá uma decisão de natureza contenciosa, podendo ser objecto de um recurso para o Conselho de Estado, ou se ella será de natureza puramente administrativa. Elles não saberião se devem submeter a ás fórmulas traçadas

para os negocios contenciosos, ou tratá-la segundo as regras dos negocios puramente administrativos. »

« Não obstante os principios consignados na consulta de 23 de Dezembro de 1867, os principios expostos não podião deixar de ser acceitos e reconhecidos pelo Conselho de Estado. E em consulta de 22 de Outubro de 1856, sendo relator um grande estadista, de respeitada memoria, o visconde de Itaboraay, estabelece o seguinte :

« Entende a secção de accôrdo com o Dr. Procurador Fiscal do Thesouro que, quando o Decreto de 20 de Novembro de 1850 confere ao Tribunal do mesmo Thesouro o conhecimento e julgamento dos recursos interpostos dos chefes das estações fiscaes, só se refere aos recursos de materia contenciosa administrativa que pertence á repartição de fazenda e não teve por fim absorver a competencia contenciosa dos outros ministerios, no que diz respeito aos negocios a cargo de cada um delles. Assim é a secção de parecer que o presente recurso deve ser decidido pelo Ministerio do Imperio. »

« No parecer citado na consulta, diz o illustrado Sr. Conselheiro Arêas: « Tenho para mim que, quando o Decreto de 20 de Novembro de 1850 attribue ao Tribunal do Thesouro o conhecimento e julgamento dos recursos interpostos dos chefes das estações fiscaes, refere-se aos recursos de materia contenciosa administrativa, que toca á repartição da fazenda, e que não teve por fim absorver a competencia contenciosa de cada um dos outros ministerios, que respeita ao contencioso administrativo das administrações a seu cargo ; por este motivo é que entendo que o presente recurso da decisão da Thesouraria deve ser levado ao Ministerio do Imperio. »

Por todas estas considerações é que, de accôrdo com os principios do Direito Administrativo, ensina o distincto lente de Direito Administrativo, em Coimbra, o Sr. Dr. Justino Antonio de Freitas, em sua importante obra sobre o *Direito administrativo portuguez*, o seguinte: « Os contractos que os ministros muitas vezes celebrão, dentro das suas attribuições

com os empreiteiros ou fornecedores, devem ser feitos com a maior publicidade e concorrência; differem dos contractos ordinarios, porque são communmente acompanhados de um caderno de condições, de fiança ou deposito e firmados pela assignatura dos funcionarios contractantes; e as questões emergentes entre os contractadores particulares e o Estado pertencem ao *Contencioso Administrativo*. »

XXIV.

A acção dos ministros em suas relações com os administrados é por demais importante, e as questões que se suscitão nestas relações não o são menos.

Para gerir o patrimonio do Estado e para satisfazer ás necessidades publicas, a administração é levada a exercer os mesmos direitos e a recorrer ás mesmas estipulações que os particulares, usar dos diversos contractos do direito privado.

Nesta esphera de acção, é reservado a cada ministro *tratar* em nome do Estado; os ministros não entrão em contacto com os administrados senão para celebrar contractos, mas sua execução póde fazer nascer entre o Estado e os que com elles contractão certas difficuldades, certas duvidas, que demandem um esclarecimento, uma interpretação, uma solução.

Berriat-Saint-Prix,⁷ *Législation de la chasse*, pag. 98, diz: « É principio que, quando a lei confere um direito qualquer a um funcionario, e, sobretudo, se este direito entra no exercicio de suas attribuições, o exercicio deste direito não deve soffrer restricções senão as que são determinadas [por lei. »

Quando tratámos do *Contencioso Administrativo*, dissemos o que nos parecia conveniente no sentido de provar que, não obstante o Estado contractar com um particular, não podia sujeitar-se a lei privada, ao Poder Judiciario.

Os principios consignados na consulta do Conselho de Estado, secção de Justiça, de 22 de Dezembro de 1866, a que se referem o Aviso n. 44 de Janeiro de 1867 e outras disposições já citadas, demonstrão que infelizmente as idéas a este respeito estão ainda muito confusas entre nós, não obstante os esforços de todos os autores, que têm escripto sobre o direito administrativo.

A ordem e a luz nesta parte do direito administrativo ainda não chegarão entre nós ao estado que era para desejar, concorrendo em grande parte varios principios invocados e estabelecidos pelo Conselho de Estado, que são interpretados, mas não explicado o sentido, ficando a mesma obscuridade sem que se tenha conseguido dissipal-a.

É impreterivel a necessidade de penetrar bem a natureza dos actos, que mais claramente definão e caracterisem o Contencioso Administrativo, e nesse sentido transcreveremos alguns periodos de Cabantous, *Répétitions écrites sur le Droit Public et Administratif*, escriptor citado pelo distincto redactor da *Revista Juridica* em sustentação das opiniões que manifesta no artigo publicado na *Revista*, e já transcripto.

Tratando do Contencioso Administrativo, diz Cabantous n. 334: « No Contencioso Administrativo o litigio é sempre suscitado por um acto administrativo. Chama-se assim todo acto emanado da Administração, qualquer que seja a natureza ou a fórma. Na ausencia de um tal acto, ou se o litigio lhe é estranho, ha necessariamente Contencioso Judiciario, quando mesmo a Administração seja parte no processo ; mas não ha necessariamente Contencioso Administrativo todas as vezes que o debate se levanta ácerca de um acto administrativo. A este respeito convém fazer muitas distincções, quer em razão da natureza do acto, quer em razão do assumpto da contestação. »

Continuando diz o citado escriptor : « O Contencioso Administrativo abrange duas classes de materias, perfeitamente distinctas : umas, que lhe pertencem — por força da natureza dellas e sem necessidade de expressa designação; outras, ás quaes não póde estender-se senão em virtude da vontade

formal do legislador. Superfluo é que diligenciemos caracterisar as segundas. No que toca ás primeiras, cumpre dizer que comprehendem todas as reclamações fundadas sobre um direito e tendentes a reformar ou a interpretar um acto administrativo, propriamente dito; isto é, da applicação de Lei ou Regulamento a um individuo ou a um caso particular, e desta sorte *ficão excluidos os actos puramente regulamentares e os que se prendem com os contractos*. Mas, ainda nos limites que deixamos traçados, a applicação e as consequencias do acto administrativo escapão á jurisdicção administrativa, maiormente quando entrão em scena o direito de propriedade e da liberdade individual, ou outro direito qualquer, collocado pelas leis sob a guarda e no dominio exclusivo de uma jurisdicção judicial. »

Dos periodos citados e das palavras que muito pensadamente gryphámos, parecerá sem duvida que Cabantous entende ficarem fóra da jurisdicção administrativa contenciosa as questões provenientes de contractos celebrados com a Administração, mas assim não acontece, como procuraremos demonstrar.

As simples conjecturas, por mais plausiveis que sejam, não podem servir de base para demonstrar principios contra o que se acha definido nas leis, e que respeitão a assumptos positivos e incontestaveis; por isso, diz Cochin, citado por Merlin: « Le pays des conjectures est entrecoupé de mille routes obscures, dans lesquelles on se perd et on s'égare sans cesse: l'un est touché d'une circonstance à laquelle l'autre se trouve insensible. Souvent ces circonstances se combattent les unes et les autres: l'une parait favoriser un parti, l'autre semble lui être contraire. On s'épuise en raisonnemens pour les faire valoir; et tout le fruit de ces recherches hasardées est d'avoir enveloppé la vérité de tant de nuages, qu'elle devient inaccessible à la justice. »

E realmente, eis como se expressa Cabantous, n. 383: « La loi attribue aux conseils de préfecture la connaissance des contestations entre les entrepreneurs et l'administration sur le sens ou l'exécution des clauses de leur marché. Cette attribution

est une dérogation aux principes généraux, puisque le marché passé entre les entrepreneurs et l'administration ne constitue qu'un acte contractuel qui devrait, en cette qualité, être exclusivement soumis à la juridiction judiciaire; mais les motifs les plus sérieux ont motivé la dérogation dont il s'agit. Ces motifs sont pris de la nécessité d'une confection prompte et économique des travaux publics, condition incompatible avec les lenteurs et les frais de la procédure judiciaire. »

A este respeito diz muito bem a consulta do Conselho de Estado de 26 de Fevereiro de 1867: « A competencia administrativa, nas materias que abrange, apenas comprehende as questões entre a Administração e os arrendatarios, porque nessas é que predomina o interesse publico, pertencendo aos tribunaes judiciarios as questões que se moverem entre os mesmos arrendatarios e terceiros, por serem de ordem meramente privada. A Fazenda Nacional opéra como autoridade publica no interesse immediato e directo do Estado.

« A competencia administrativa não comprehende as questões de caracter privado, que se suscitem entre o contractante e terceiro, embora por occasião do contracto, porquanto a Lei não teve por fim constituir a Administração fiscal ou juiz de terceiros, e só sim dos interesses directos e immediatos do Estado. »

A prohibição feita aos tribunaes de apreciar os actos da Administração tem principalmente por fim constituir o poder administrativo, unico juiz da legalidade de seus actos. Dufour assim se expressa: « A prohibição feita aos tribunaes de julgar os actos administrativos e de embaraçar a execução não póde se estender senão a actos cuja execução não deve ser precisamente dos tribunaes. O tribunal, recusando-se applicar um regulamento, não pronuncia a sua annullação. Julga e declara pura e simplesmente que, depois do silencio ou da palavra expressa da lei, não se julga autorizado a prestar o auxilio solicitado; sem crear obstáculo á acção administrativa, recusa-se sómente auxiliar, deixa, como observa Merlin, procurar na autoridade, que lhe é propria, os meios de fazer executar seus actos. »

Não obstante estas considerações ha quem entenda ser o Poder Judiciario o unico juiz da legalidade dos actos da Administração, porquanto a Administração, prevalecendo-se da razão de Estado, forçaria a barreira das leis e praticaria o que ha de mais violento, principalmente nos contractos com ella celebrados; dahi a necessidade de que a justiça venha dominal-a, impôr-lhe um freio e garantir os que contractão com o Estado.

A este respeito diz Dumesnil, *Traité de la législation spéciale du trésor public, en matière contentieuse*, n. 54: « Não convém perder de vista que o Ministro é juiz e parte na causa do Estado que elle representa, e que, se lhe pertence reconhecer os direitos dos adversarios do Estado, lhe pertence igualmente o de contestal-os, porque, nos casos em que sua decisão é atacada perante o Conselho de Estado, é chamado contradictoriamente a mantel-a não mais como juiz, mas como parte interessada. »

A faculdade concedida pelas leis para a interposição do recurso é por si só uma garantia não só contra as violencias das administrações, como tambem em favor dos interesses particulares e dos direitos do Estado.

Um aresto do Tribunal de Cassação, citado por Dufour, estabelece o seguinte: « Se convém á ordem publica manter o principio fundamental da distincção entre as funções judicarias e as funções administrativas, não é menos essencial, no interesse da ordem publica, que as leis que têm estabelecido esta distincção sejam lealmente entendidas. A unica consequencia que resulta destas leis, é que os tribunaes são inhibidos de exercer as funções administrativas e de apreciar os actos da administração, de invalidal-os, modifical-os, parar ou suspender a execução; porém, quando o acto administrativo attribue a alguém a propriedade de um objecto, os tribunaes devem tomar conhecimento deste acto para lhe applicar os principios da legislação commum.

« Não se póde, sem abusar dos termos da lei, sustentar que ha necessidade para os juizes de submeter a causa á Administração, logo que uma das partes acha duvidas e pontos a interpretar no acto administrativo, invocado pela outra parte; seria com effeito deixar á discrição de um advogado temerario o direito

de suspender o curso da justiça, levantando duvidas contra a evidencia, sustentando que é necessario interpretar o que não apresenta equivoco nem obscuridade; pelo contrario e pela natureza das cousas e dos seus deveres, os tribunaes devem examinar-se ou não o acto que lhe é submettido envolve os direitos reclamados; devem em caso de duvida reenvial-o á autoridade administrativa; se, pelo contrario, o acto lhes parece não offerecer nem equivoco, nem obscuridade, nem duvida, devem, salvo o caso de conflicto legalmente suscitado, reter a causa e julgal-a. »

Do que temos dito, é claro que não podem os tribunaes estabelecer regras ou providencias com relação á Administração publica, porque os juizes apenas têm competencia para julgar os casos occurrentes segundo lhes fôr requerido, allegado e provado, e nunca para julgar as opposições e contestações tendentes a fazer invalidar um acto administrativo ou a determinar a sua extensão e effeitos, porque em regra os actos da Administração publica são revogaveis pelos tribunaes administrativos e não pelos judiciaes.

A competencia vem da lei, e as regras do direito em materia de competencia não devem ser ampliadas, nem applicadas fóra dos seus termos expressos. Nas questões de competencia entre as autoridades administrativas e as judiciaes, a acquiescencia das partes interessadas não é sufficiente para attribuir a jurisdicção a qualquer dellas, porque estas questões, sendo de ordem publica, não podem depender de actos individuaes, de interesses particulares.

Os contractos celebrados pelas Camaras Municipaes são em regra do dominio dos tribunaes, porque « as Camaras figurão nelles como proprietarias e como qualquer individuo particular e não como autoridades publicas, e a approvação dada a esses contractos é um simples acto de tutela, que não lhes muda a natureza. » (Dufour, tomo 3º, n. 446.)

Os contractos de venda, troca, etc., feitos pelo Estado, e as questões sobre propriedade ou posse pertencem exclusivamente aos tribunaes ordinarios, porque « todas as vezes que ha um litigio entre este e um particular sobre dominio de bens, o Estado

abdica a sua soberania para litigar como qualquer cidadão perante os tribunaes, sob a garantia dos quaes está toda a propriedade. » (Serrigny ns. 14 a 26 *Jornal do Direito Administrativo de 1865*, pag. 167.)

E Lebon a pag. 229 nos diz que: « O Conselho de Estado em França decidio que aos tribunaes administrativos competia julgar se em um contracto de cessão gratuita de bens, feita por um particular ao Estado, para obras publicas, se comprehendião mais ou menos bens, sendo o fundamento da decisão *que a cessão havia sido approvada por um Decreto, e que, portanto, só a Administração podia interpretar este e os contractos que a elle se referião.* »

XXV.

Já procurámos demonstrar a improcedencia das opiniões consignadas na consulta da secção de Justiça do Conselho de Estado de 22 de Dezembro de 1866, que considerão o Estado, quando funciona como pessoa civil, contractando com um particular a respeito de um direito individual, sujeito como qualquer cidadão á lei privada, ao Poder Judiciario. Estes principios tambem forão reconhecidos e acceitos pela respectiva secção do Imperio do Conselho de Estado em consulta de 3 de Junho de 1871 e pela secção de Justiça em consulta de 30 do Novembro de 1872, já citadas.

Procurámos igualmente provar o nenhum valor juridico da *clausula arbitral*, consignada nos contractos celebrados pela Fazenda Nacional, e em nossa demonstração discordám s da consulta das secções de Justiça o Imperio do Conselho de Estado de 29 de Outubro de 1867, da consulta da secção do Imperio de 18 de Novembro de 1872 e da consulta da secção de Justiça de 12 de Dezembro do mesmo anno, e tambem da opinião do Sr. Dr. Silva Costa, consignada em um artigo publicado na *Revista Juridica*, e finalmente das

opiniões de diversos advogados, manifestadas a respeito de varias occurrencias havidas entre o presidente de S. Paulo e a Companhia Sorocabana.

Depois de quasi completo este trabalho, suscitou-se uma grave e importante questão entre a companhia Sorocabana e o presidente da provincia de S. Paulo, que occasionou o conflicto havido entre o presidente e o Juiz dos Feitos da referida provincia; e declarando o presidente o conflicto de jurisdicção, foi ouvida não só a secção de Justiça do Conselho de Estado, como tambem o proprio Conselho de Estado Pleno.

É muito difficil e quasi impossivel, em vista do adiantamento deste trabalho, analysar novamente as opiniões consignadas nas consultas e confrontal-as com as anteriormente enunciadas; contentamo-nos em transcrever ambas as consultas e o fazemos com tanto mais prazer quanto os principios nellas consignados estão em completo accôrdo com os que estabelecemos e sustentámos, provando por este modo a procedencia das nossas opiniões e o nenhum fundamento das opiniões que combatemos.

Principiaremos pela consulta da secção de Justiça de 20 de Novembro de 1873, que assim se expressa:

« Senhor.—Mandou Vossa Magestade Imperial que a secção do Conselho de Estado dos Negocios da Justiça consulte com o seu parecer ácerca do officio junto, de 19 de Julho ultimo, e mais papeis relativos ao conflicto de jurisdicção declarado pelo presidente da provincia de S. Paulo ao Juiz dos Feitos da Fazenda Provincial, na questão suscitada entre a Companhia Sorocabana da estrada de ferro e o Governo da provincia sobre a garantia de juros da quantia de 150:000\$ despendida pelo presidente da mesma companhia a titulo de distribuição de acções.

« A secretaria expõe perfeitamente a materia na seguinte exposição: A presidencia da provincia celebrou com a Companhia Sorocabana em 18 de Junho de 1871 um contracto para a construcção de uma estrada de ferro entre a fabrica de S. João de Ipanema e a cidade de S. Paulo, garantindo o juro de 7 % sobre o maximo de 4,000:000\$. Estipulou-se no

contracto que todas as despesas necessarias para a realisação da estrada serão comprehendidas no capital garantido.

« A companhia, porque superabundassem no mercado da provincia acções de outras companhias, resolveu emittir parte de suas acções na Côrte; para o que, por seu turno contractou em 22 do mesmo mez com a casa viuva Lecomte, Goer & C., obrigando-se a pagar a porcentagem de 5 % sobre o valor da emissão.

« Comprometteu-se a casa Lecomte a passar 15,000 acções e, no caso de que não passasse, a fazer por sua conta as respectivas entradas, respondendo por nunca menos do valor nominal das acções. Tomando este alvitre a companhia fundou-se na condição 16ª § 1º do seu contracto, que é concebido nestes termos:

« O capital da companhia que tem a sobredita garantia de juros se comporá das seguintes verbas: 1ª, dinheiro despendido com o levantamento de plantas, organização de projectos, explorações, orçamentos, annuncios, impressões, mappas, gazetas, portes de cartas, despesas de viagem para os trabalhadores e as demais necessarias para que a companhia possa levar a effeito a construcção da estrada, tudo sujeito ao exame, que a presidencia julgar conveniente.

« A commissão de contas, nomeada pela presidencia, no exame, a que procedeu, glosou, além de outras verbas de despesas, a relativa ao pagamento de porcentagem á casa Lecomte. O acto da presidencia, expedido em virtude do parecer da commissão, é em resumo o que consta da comunicação dirigida por ella á companhia »:— Resolvi determinar ao Thesouro Provincial que não leve em conta do capital garantido á Companhia Sorocabana a quantia de 150:000\$, importancia da commissão dada á casa Lecomte pela emissão de 15,000 acções na praça do Rio de Janeiro, por ser injustificavel e impossivel, por muitas razões, de ser incluída no capital social garantido.

« Primeira, porque não está comprehendida na condição 16ª § 1º do contracto, visto como, por sua natureza especial,

não pôde ser considerada como necessaria para ser levada a effeito a construcção da estrada.

« Segunda, porque, não estando expressamente autorizada no contracto, só podia ser acceita pelo Governo e ainda assim sómente por equidade, se perante este fosse provado que circumstancias imperiosas, imprevistas, de força maior, exigirão que a directoria lançasse mão desse meio extraordinario.

« Terceira, porque, finalmente, a approvação tacita ou expressa da Assembléa Geral dos Accionistas não obriga o Governo ao pagamento do juro correspondente áquella despesa, por isso que, não se achando ella expressamente autorizada pelo contracto, a mesma assembléa podia impugnal-a, não devendo, portanto, ser outro o procedimento do Governo. »

« A companhia reclamou contra esta decisão e pediu que a questão fosse ventilada por arbitros, na fórma das condições 36 e 37 do contracto. Dizem estas condições:

« 36.—Quando as questões entre o Governo e a Companhia Sorocabana versarem sobre conhecimentos technicos de engenharia, serão decididas por juizo arbitral, do seguinte modo: cada uma das partes nomeará para juiz arbitro um engenheiro. Se os dous assim nomeados não concordarem, combinarão as partes na escolha de um terceiro, que decidirá, opinando por um ou outro lado. Se, porém, não houver accôrdo nesta escolha, cada um nomeará um engenheiro, e dentre os dous aquelle que fôr escolhido pela sorte decidirá a questão, accetando um dos laudos proferidos.

« Se as questões versarem, não sobre materia de engenharia e sim sobre direitos, obrigações e respectivos interesses das duas partes contractantes, o juizo arbitral será composto de homens formados em direito, pelo mesmo modo estabelecido na clausula antecedente.

« 37. — Logo que haja divergencia entre o Governo e a companhia para a decisão da qual seja necessario o juizo arbitral, qualquer das partes dará aviso á outra a respeito dessa necessidade, indicando ao mesmo tempo o nome do arbitro que tiver escolhido. Se dentro do prazo de 30 dias da data do Aviso, a outra parte deixar de nomear o seu arbitro

e de intimar a respectiva nomeação á primeira, o ponto em questão será considerado como concedido e abandonado pela parte que assim estiver em falta. »

« Não attenleu a presidencia á reclamação. Insistio a companhia, pedindo á presidencia que reconsiderasse o seu acto; e teve por despacho: « Não estando a questão comprehendida no referido contracto, não tem lugar o que requer. » Mais tarde, mudado o presidente que então administrava a provincia, tentou a companhia novo esforço, para que a questão terminasse independente do juizo arbitral, dirigindo em 28 de Dezembro de 1872 uma petição, na qual a presidencia proferio este despacho: « Susinto o acto da presidencia que recusou-se nesta questão pendente da decisão arbitral, pois que, tratando-se da fixação dos limites, (em referencia ao caso vertente,) do capital garantido, pertence o assumpto ao dominio da Administração e não ás relações convencionaes submettidas em toda extensão ao direito privado, base da competencia judiciaria.

« A mesma phrase do contracto, sujeitando ao julgamento por arbitros as questões relativas aos direitos, obrigações e interesses das partes contractantes, attribue-lhes a natureza restrictiva de direitos e interesses derivados do contracto, não podendo ampliar-se aos direitos e obrigações creados immediatamente pelas leis provinciaes, que concederão a garantia de juros. »

« Á vista disto, recorreu de novo a companhia á nomeação de arbitros, dirigindo á presidencia em 4 de Março ultimo um officio, communicando sua resolução, cuja resposta é resumidamente deste theor: « Sendo os empregos de trabalhos publicos da esphera da jurisdicção administrativa, o juizo arbitral não póde ser aceito na questão vertente. »

« Em seguida, isto é, a 20 do dito mez requereu a companhia ao Juizo dos Feitos da Fazenda que fosse citado o Procurador Fiscal para, no prazo de 30 dias, nomear de accôrdo com a presidencia, um arbitro, que por parte da presidencia examinasse e decidisse a questão entre esta e a companhia sobre a inclusão da garantia paga pela mesma á casa Viuva Lecomte, Goer & C. pela emissão das 15,000 acções na praça do Rio de Janeiro.

« O Juiz dos Feitos despachou: « Autoada, como requer » ; e pelo officio dirigido á presidencia, em 13 de Maio seguinte, julgou-se competente para tomar conhecimento do pleito. A presidencia respondendo, mandou cessar todo o procedimento ulterior no processo arbitral e levantando o conflicto de attribuição, sujeita-o á decisão do Governo Imperial. »

« Considerada a materia em todas as suas relações; e attendendo-se que de um lado a despeza com a distribuição de accções, da importante quantia de 150:000\$ a titulo de ter sido necessaria para ser levada a effeito a construcção da estrada de ferro, nem está na lettra, nem no espirito da condição 16^a § 1^o do contracto, e ao contrario sahe no todo fóra della, e é verdadeiramente caso omissio, que não póde ser julgado, nem pelas regras, nem pelo juizo do mesmo contracto, que, se imprevisamente ella se tornou necessaria, foi sómente para a organização da companhia, o que corre e não póde deixar de correr por conta do concessionario que devia calculal-a, e nunca a cargo da provincia que tal não podia esperar, quando garantio um tão elevado minimo de interesse, muito além do bastante para facil e naturalmente attrahir capitaes; que em todo o caso tal quantia não foi empregada na real e directa construcção da estrada e tão sómente servio de meio suppletorio dos capitaes do concessionario que, ou por mingoa dos capitaes proprios ou por falta de credito, se vio na necessidade de recorrer ao expediente que talvez nem cogitasse na concepção do seu plano, e muito menos fóra ou podia ser acceito por parte da provincia.

« Por outro lado attendendo-se que nem pela interpretação usual, nem pela doutrinal, que compete aos juizes, se póde achar no contracto razão para estender a disposição daquella clausula 16^a a uma especie de tal importancia e de natureza tal que era repugnante com a capacidade que inculcava o concessionario na occasião em que solicitava a concessão da empreza, visto como o ter á sua disposição capitaes sufficientes era condição essencial e como tal implicitamente entendida e reconhecida, tanto para pretender, como ainda mais para conseguir a privilegiada e favorecida empreza; que, ainda sendo caso

meramente imprevisto e omissão, que não é, porém, implicitamente excluído, e de tamanha importancia e gravidade demanda ou uma nova concessão ou uma interpretação authentica da Assembléa Provincial, não podendo o presidente da provincia dal-a, nem sob o pretexto de equidade; que é bem de ver que a admissão de avultadas despezas, se por ventura fossem facultadas, sendo precisas para a organização da companhia ou para emissão de acções, por sua importancia, gravidade e illimitação, para valer e ter vigor, devia ser designada expressa, clara e positivamente no contracto; que no contracto tal clausula não é explicita, e a sua exclusão é implicita; que a verba — o necessario para a construcção da estrada de ferro — não se póde traduzir em o — necessario para emissão de acções —; que a lei provincial autorizou uma grande concessão sob condição fundamental de que o concessionario tivesse a necessaria capacidade, isto é, os capitães necessarios; e era impossivel semelhante concessão a quem não tivesse esta habilitação, e tanto mais que, sendo o concessionario uma companhia anonyma, de direito, assim como de facto, devia ter a massa capitães bastantes para a construcção da estrada; que era até um contrasenso tratar com uma companhia que não é senão a representação de capitães e ao mesmo tempo admittir a hypothese da falta de capitães e suppôr autorizado o meio suppletorio de serem alliciados por favores extraordinarios, que não forão estipulados no contracto da concessão da empresa, quando tão miudamente erão designadas varias outras especies de mais reduzido e diminutissimo valor!

« E finalmente, attendendo-se que evidentemente falha a competencia da jurisdicção ordinaria do Contencioso Judiciario para julgamento e decisão desta especie, que, sendo um acto administrativo especial, determinado por outro legislativo provincial, sem quebra das constitucionaes faculdades de um outro poder, no que não fór de positiva infracção do direito commum, não póde ser subordinada á decisão judiciaria e ainda á mesma arbitral, que não foi nem podia ser admittida para esta especie, que verdadeiramente constitue uma questão prévia, inteiramente separada do que entende com a real construcção da

estrada, de ferro e que só e competentemente pôde ser decidida pela assembléa provincial, interpretando authenticamente o seu acto e de conformidade autorisando nova decisão da autoridade administrativa, que não a que ora tanto se conforma com a lettra e espirito do que fôra estipulado no respectivo contracto.

« Pelo que, opina a secção que nenhuma violencia ou quebra de direito soffreu a Companhia Sorocabana, recorrente, do acto do presidente da provincia de S. Paulo, que lhe denegou a applicação da clausula 16.^a § 1.^o do contracto, para participar da garantia de juro a quantia de 150:000\$ despendidos a titulo de distribuição de acções; assim como com regularidade inhibio o mesmo presidente á decisão arbitral, que não podia contemplar o caso questionado, justo e competentemente decidido administrativamente. »

« O Conselheiro de Estado José Thomaz Nabuco de Araujo opina do modo seguinte:

« O meu parecer é que: 1.^o Não ha o tal Contencioso Administrativo Provincial, que o presidente suppoz, e pelo qual se julgou autorizado para sustar e avocar uma causa pendente do Poder Judiciario (art. 179 § 12 da Constituição e Imperial Resolução de 22 de Dezembro de 1866.) 2.^o Quando o tal Contencioso Administrativo Provincial houvesse, elle não podia comprehender caso que não é technico da Administração, e que aliás se refere á parte consensual do contracto, sendo que nesse caso procedeu o presidente, não como poder, mas como parte contractante. (Henrion de Pansey, Laferrière, etc., etc.) 3.^o Todavia o juizo arbitral necessario está abolido, e não podem as partes restaural-o. (*Privatorum consensus juri publico non derogat.*) 4.^o As partes devem recorrer á acção ordinaria. »

« O Conselheiro de Estado visconde de Jaguary concorda com o parecer do Conselheiro de Estado relator.

« Vossa Magestade Imperial mandará o que fôr mais acertado.

« Sala das conferencias da secção de Justiça do Conselho de Estado, 20 de Novembro de 1873.—Visconde de Nitheroy.
—José Thomaz Nabuco de Araujo—Visconde de Jaguary. »

« Seja ouvido o Conselho de Estado.—Paço, 10 de Dezembro de 1873.—Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador.—*Manoel Antonio Duarte de Azevedo.* »

Reuniu-se o Conselho de Estado no dia 10, como fôra ordenado, sob a presidencia de Sua Magestade o Imperador, estando presentes os conselheiros de Estado marquezes de Sapucahy e de S. Vicente, viscondes de Souza Franco, de Muritiba, do Bom Retiro, de Jaguary e de Nietheroy e o Duque de Caxias, os quaes enunciarão os seus votos da maneira seguinte:

« O marquez de S. Vicente, com quem concordou o marquez de Sapucahy, disse: que já outr'ora manifestára sua opinião sobre o assumpto, de que se trata, e por isso resumirá, quanto possivel, os fundamentos do seu voto. A justiça é uma e unica, é dar a cada um o que é seu. Por causa, porém, da divisão fundamental dos poderes, quando a questão é entre os particulares, chama-se justiça commum e é entregue a juizes ordinarios. Quando, porém, é entre um particular e o Governo como tal, chama-se justiça administrativa e é confiada a juizes administrativos. Não entrará na questão da maior ou menor garantia que esta offerece ou póde offerecer; basta-lhe observar que, se os actos do Governo fôrem subordinados aos juizes ordinarios, estes constituirão o verdadeiro Governo e Administração, sacrificando por ventura o bem publico ao particular e guiando-se por apreciações estranhas e morosas.

« Cada forma de Governo, cada systema politico tem suas condições; o nosso como alguns outros demanda essa independencia governamental. Desde, pois, que existe uma justiça administrativa ou contencioso governamental, parece logico concluir que existe tanto para o Governo Geral como para os Provinciaes; a divisão dos poderes é a mesma e identicas todas as razões, que fundamentão a verdade pratica. Ora como a justiça em sua ultima face é negocio e necessidade geral, e não cousa puramente provincial, não sei por que denegar ao Conselho de Estado a competencia que a lei ou regulamentos lhe dão sem distincção. Consequentemente

a Secção cumpriu o seu dever de apreciar o conflicto sujeito, e tomando d'elle conhecimento interpoz seu parecer em conformidade dos verdadeiros principios. Elle concorda, pois, com as idéas da secção e pensa que as contrarias enervariam no todo a acção dos Governos provinciaes e estabelecerião uma desharmonia, desigualdade de direito e de administração impossivel de justificar-se, quer em face dos principios, como á vista das leis que temos.

« O vi-conde de Souza Franco disse: O Presidente da Provincia de S. Paulo foi por certo zeloso dos dinheiros provinciaes, quando procurou evitar o julgamento por arbitros, quasi sempre dispostos em favor dos interesses individuaes ou collectivos contra os do Estado, Provincias ou Municipios. Tinha, porém, sido a Presidencia quem demittira de si a interpretação de seu acto, tendo, em lugar da concessão para a construcção da estrada de Sorocaba á cidade de S Paulo, feito um contracto e havendo nelle estipulado que as duvidas entre o Governo provincial e a Companhia fossem decididas por arbitros.

« Estipulada esta condição, cabia ás partes fazer assignar o compromisso exigido. O que não cabia ao presidente era declarar por despacho seu, que a questão não estava comprehendida na clausula ajustada, e, bem que eu seja da opinião, que não está de accôrdo nisto com a maioria da secção e com o Presidente da Provincia, nem por isso deixo de reconhecer que, dada a estipulação e a duvida, não era a parte interessada a competente para a dissolver. Teria sido mais fundada a declaração de que, estando derogado o juizo arbitral necessario, elle Presidente não revalidava por novo accôrdo seu o julgamento por arbitros; e sustentando a decisão de não entrar a quantia disputada nas de que era devida a garantia de juros, usasse a companhia dos meios que melhor entendesse servirem ao seu allegado direito.

« Intentando a companhia acção arbitral, estava o Presidente da Provincia no seu direito levantando o conflicto de jurisdicção, que pelo § 4.º do art. 7.º da Lei n. 234 de 23 de Novembro de 1841 cabe ao Governo decidir. E digo que

cabe, porque, embora sobre interesses provinciaes, dá-se o conflicto entre autoridade administrativa geral, Presidente de Provincia, e o Juiz dos Feitos da Fazenda, tambem autoridade geral. A decisão me parece simples no ponto de vista de acção arbitral. O Juiz dos Feitos não a podia instaurar compulsoriamente, estando derogado o juizo arbitral necessario pela Lei n. 1350 de 14 de Setembro de 1866, e faltando, para que se tornasse voluntario, as condições do Decreto n. 3900 de 26 de Junho de 1867. Resolvida assim a questão do conflicto, cessa o andamento da causa arbitral e a companhia que use dos meios que lhe competirem. O Aviso de convocação do Conselho pleno ordena, porém, que se consulte: « Se existe ou não pelas instituições patrias o Contencioso Administrativo nas questões que suscitarem com a administração provincial sobre a execução de serviços creados em virtude de leis provinciaes. » É sabido que para iguaes serviços da Administração Geral existe o Contencioso Administrativo; logo, a Constituição o permite, e, pois, não veda para os serviços provinciaes.

« É facto que uma lei da Provincia do Rio de Janeiro o sancionou, e outras o têm adoptado em algumas provincias sobre serviços especiaes. As assembléas provinciaes legislão sobre obras publicas mencionadas no § 8º do art. 10 do Acto Adicional, e tendo pelo § 6º do mesmo artigo o direito de legislar sobre a renda, seu emprego e sua fiscalisação, não se lhe póde contestar o uso dos meios para que a renda seja bem empregada. As suas concessões ou contractos creão actos do Contencioso Administrativo: a ellas, pois, compete regular-os; e, pois, regular as decisões em casos iguaes ao de que se trata.

« Ha lei provincial que o regule na Provincia de S. Paulo? Ella deve ser cumprida. Se não ha, a assembléa provincial que a promulgue, para o que está autorisada. No entretanto o que parece menos inconveniente é que o Presidente da Provincia (emquanto Tribunal especial não fôr creado) continue no uso desta attribuição até que a lei o regule, visto que o Contencioso Administrativo está creado pela natureza das cousas, e dar-se-ha invasão do Poder Judiciario sobre o

Executivo Provincial, tomando aquelle a inspecção dos actos do Contencioso Administrativo, actos que, como este, forão praticados em execução de lei provincial. As attribuições do Poder Judiciario dependem dos codigos ou leis, segundo o art. 151 da Constituição do Imperio. As questões de natureza provincial ou local são as respectivas Assembléas Provinciaes as exclusivamente competentes para regular e os Presidentes das Provincias para executar os actos do Contencioso Administrativo no sentido que entenderem ou que a Assembléa Provincial lhe der.

« O visconde de Muritiba assim se exprimio: O quesito formulado no Aviso de 5 do corrente é se existe ou não pelas instituições patrias o Contencioso Administrativo nas questões que se suscitarem com a Administração Provincial sobre a execução de serviços creados pelas leis provinciaes. As palavras « instituições patrias » denotão não qualquer lei, mas aquellas que estabelecem medidas fundamentaes. O Contencioso Administrativo entre nós como em todos os paizes onde está admittido, apoia-se na divisão dos dous poderes do Estado: Administrativo e Judiciario, e na sua mutua independencia afim de não serem embaraçados um pelo outro, quando funcionão na esphera das suas respectivas attribuições.

« Neste sentido pôde dizer-se que o Contencioso Administrativo deve existir em virtude das suas instituições patrias tanto pelo que respeita á Administração Geral, como em relação á Administração Provincial, porque, nos negocios provinciaes, pela Lei de 12 de Agosto, que faz parte da Constituição, o Poder Provincial é tão independente e separado do Judiciario, como o é a Administração Geral no que pertence aos negocios desta ordem.

« Mas é certo que o Contencioso Administrativo abrange duas ordens diversas de negocios, uma, que por excepção expressa em lei é nelle comprehendida, e outra na competencia legal da autoridade administrativa, apesar de dever ser rigorosamente da attribuição judiciaria. Por exemplo, a materia de presas e de fornecimentos á tropa, a que se refere a Lei de 15 de Outubro de 1845, etc. Outra, que resulta das leis que regem a Administração, e as dos contractos que ella subscrive.

« Em ambas as especies a violação de um direito particular constitue o objecto do Contencioso Administrativo. Para qualquer das mesmas especies é indispensavel a intervenção da lei, determinando o julgamento pela autoridade administrativa nas questões que se suscitarem com os particulares. Não conheço entre nós materia alguma de Contencioso Administrativo que não esteja sujeita a esta condição. A questão, portanto, resolve-se, como a respeito do geral, pela seguinte fórmula: Existe Contencioso Administrativo provincial desde que uma lei provincial attribue á autoridade provincial administrativa a decisão das questões que apparecerem nos serviços creados por leis provinciaes. Ha numerosos exemplos desse Contencioso, determinados por leis provinciaes, quanto ás questões sobre lançamento de impostos, sobre os direitos dos professores da instrucção publica, aposentação de empregados e outras semelhantes.

« Não pude compulsar as diversas collecções das leis provinciaes, relativas ás obras publicas, mas recorde-me de que ha algumas conferindo aos Presidentes a decisão das questões suscitadas com os respectivos empregarios. Penso que, assim procedendo, as Assembléas provinciaes estiverão no seu direito ou pelo menos as suas leis neste sentido devem ser cumpridas, emquanto não fôrem annulladas pelo Poder Legislativo Geral.

« Sou daquelles que entendem que as attribuições conferidas a essas Assembléas sobre negocios exclusivamente provinciaes, importão o de usar de todos os meios necessarios para que elles se realizem.

« Em conclusão a minha resposta ao quesito do Aviso é affirmativa com a declaração já feita de haver lei provincial que commetta á respectiva Administração a decisão das questões que se levantarem entre ella e os particulares sobre a execução de serviços creados em virtude de leis provinciaes, como na verdade ha, até mesmo por adopção que essas leis fizerão de disposições geraes analogas, posto que sómente em parte.

« No entretanto, restringindo a questão ao caso do conflicto do Presidente da Provincia de S. Paulo; collijo do parecer da secção de Justiça não haver lei provincial que

estabeleça a competencia da Administração Provincial para decidir as questões oriundas do contracto com o empresario ; antes se vê ter o mesmo contracto aberto outro meio para decisão das ditas questões. Sendo assim, é minha opinião não dar-se ahi o Contencioso Administrativo ou, para melhor dizer, falta á Administração de S. Paulo o direito de pronunciar semelhante decisão por não estar para isso autorizada legalmente. Consequentemente a violação do direito que o empresario suppõe ter, só póde ser declarada pelo Poder Judiciario, por mais infundado que seja o pretendido direito, segundo demonstra a secção.

« O visconde do Bom Retiro leu o seguinte voto, que trouxe escripto : Senhor.—Achando-me de accôrdo nas conclusões do parecer da maioria da secção dos negocios da Justiça, penso em resposta ao primeiro quesito do Aviso de convocação da presente conferencia, que o conflicto deve ser resolvido de conformidade com a opinião do Presidente da Provincia de S. Paulo. Basta-me para este voto as razões constantes do parecer.

« Não houve com effeito questão entre a companhia e o Presidente, originada de nenhum direito lesado por virtude de inobservancia ou falta de cumprimento de qualquer artigo do contracto, mas proveniente de especie nova, creada por interesses offendidos, que fundão-se, não em clausula constante daquelle acto, porém na intelligencia forçada, que aos empresarios aprouve dar á letra e mente da disposição de uma lei provincial. Ora, tal intelligencia, com a qual, com razão, não concorda o Presidente, só poderia ser dada de modo authenticico, e, como é sabido, as interpretações authenticas das leis são da exclusiva competencia do poder que as faz ; e neste caso pertenceria á Assembléa Legislativa Provincial, equivalendo a novo favor e de grande alcance, feito á empresa, contra os interesses dos cofres da Provincia.

« Passando ao seguinte ponto : « Se existe ou não pelas instituições patrias o Contencioso Administrativo nas questões que se suscitarem com a Administração Provincial sobre a execução de serviços creados em virtude de leis provinciaes. »

« É pela affirmativa o meu voto, com quanto respeite muito a competencia, nestas materias, do illustrado autor do voto separado. Fundo-me nas seguintes razões :

« Temos depois do Acto Addicional, um poder provincial, firmado em bases seguras, bem discriminado, com todas as condições de legitimidade e independencia; verdadeiro poder, em uma palavra, no ambito constitucional que lhe foi traçado. Este poder que exerce funções importantes como governo, exerce tambem attribuições como administrador, e exerce-as, permittase-me a palavra que já esteve muito em voga, com autonomia.

« Ora, praticando como tal actos de administração em que é independente, não pôde, em meu modo de pensar, deixar de ter, como consequencia necessaria dos principios reguladores do assumpto, jurisdicção administrativa, graciosa e contenciosa. E então as mesmas razões que tornão indispensavel nas fórmulas de governo, como a nossa, a existencia dessa jurisdicção em completa independencia do poder judiciario nos negocios administrativos geraes, e pertencendo exclusivamente ao governo, e aos presidentes como delegados do Poder Executivo, devem determinar tambem a competencia e a independencia da jurisdicção administrativa provincial.

« Sem isto a administração das provincias ficaria muitas vezes manietada em sua acção, não podendo por si mesma e de prompto remover os embarços oppostos do uso de faculdades ou a tribuições inteiramente suas. Assim que, dispondo o poder provincial da força policial, arrecadando impostos provinciaes, despendendo dinheiro com diversos serviços ajustados pelos agentes da autoridade publica, contractando obras, fiscalizando-as, e tendo o dever de fazer executar as condições estabelecidas nos contractos, ou impostas pelas respectivas leis, tem frequentes occasiões de achar-se em luta com interesses ou direitos dos particulares, ou de cortar as collisões que se possam dar entre elles, e os das provincias, decidindo-se por estes de preferencia a bem da causa publica.

« Pôde na execução de leis provinciaes ou na dos

contractos e regulamentos dellas derivados, apresentar-se qualquer reclamando contra este ou aquelle acto pelo qual julgue seus direitos offendidos em face dos ajustes feitos, ou das leis em que estes se fundarão.

« Eis originado o Contencioso Administrativo Provincial. Contracta, por exemplo, o Presidente uma obra, não como particular ou simples pessoa moral, mas como administrador nem como trador da provincia e por virtude de lei provincial, lei que em nada depende do poder geral para ser executada, que não carece de sua approvação e até nem do seu consentimento, que enfim não pôde ser por elle revogado.

« As questões que d'ahi provierem, não se fundando á vista do exposto em titulo da alçada do direito commum, ou do Poder Judicial, nem derivando-se de lei ou acto do governo geral, mas tão sómente como já tive a honra de dizer, de outra jurisdição independente pelo Acto Addicional, não podem ser consideradas senão, como pertencentes ao Contencioso Administrativo Provincial.

« É contractada uma obra: chega a occasião do pagamento, o presidente recusa-o com o fundamento de não terem sido satisfeitas as condições ajustadas ou declaradas na lei, ou não haver sido fielmente observado o respectivo plano; reclama o empregado, declarando que tal decisão fere-lhe um direito, não chegam a accôrdo, não ha juizo arbitral prevenido para o caso ou não lhe é applicavel, a quem competirá a decisão ou o julgamento? Ao governo geral? Seguramente não, falta-lhe *in totum* a competencia pelo Acto Addicional. Ao Poder Judicial, como entende o nobre autor do voto separado? Tambem não.

« Os mesmos fundamentos são admittidos pelos mais notaveis escriptores da materia, que julgam em taes hypothèses repugnante a intervenção desse poder nas questões do Contencioso Administrativo Geral, são inteiramente applicaveis aos que dimanão de assumptos administrativos da exclusiva competencia do poder provincial.

« Estes fundamentos como ninguem ignora, são — a violação do grande principio da divisão e independencia dos poderes politicos, pela interferencia activa de outro poder em actos só

propios da jurisdicção administrativa;— o risco de embarçar aquella a esta jurisdicção a cada passo no exercicio de suas attribuições independentes, e a confusão da responsabilidade de dous poderes differentes, por um só e o mesmo acto; destruindo assim o judiciario muitas vezes a responsabilidade que exclusivamente devia caber ás autoridades administrativas em actos de sua total e exclusiva competencia, e finalmente, a consideração, que desde o momento em que o Contencioso Administrativo pertencesse ao Poder Judiciario, ficaria este, a ém da missão que já lhe é propria, de applicar as leis e principios do direito commu ás questões privadas, tambem com a de administrar.

« Uma decisão sua bastaria muitas vezes para impedir a abertura de qualquer estrada ou canal importante; a fundação de uma escola no lugar mais conveniente aos interesses da administração provincial, a aposentação de um professor em certas condições e em muitos outros actos em que é independente a administração provincial.

« Dahi resultaria infallivelmente essa confusão de negocios de natureza diversa, que tanto condemnão os escriptores do Direito Administrativo; e o inconveniente notado por Cormenin de ficar dentro em pouco confundida e anquilada a muitos respeito, a previdente separação constitucional dos poderes politicos; abrindo-se além disto as portas á longa serie de conflictos com suas inevitaveis demoras, e lutas desagradaveis, e, como elle accrescenta, até escandalosas. E tudo isto tanto se dá nos assumptos do Contencioso Administrativo Geral, como nos do Contencioso Administrativo que decorre de actos em que são independentes de qualquer outro poder, pelo Acto Adicional, a deliberação e acção do poder provincial.

« Destas ligeiras considerações deduzo a resposta affirmativa que segundo declarei ao começar a leitura do meu voto, dou ao segundo quesito. Satisfeito, por este lado, o meu dever, como me foi possivel, peço agora licença para accrescentar o seguinte: reconhecendo a existencia do Contencioso Administrativo Provincial; e entendendo que elle existe de direito desde a promulgação do Acto Adicional; isto é, por virtude da nova organização dada ás nossas provincias, e portanto,

independente de lei ordinaria, que não julgo necessaria, visto ser fundada na natureza das cousas e em lei constitucional; reconhecendo tambem que tem existido de facto o mesmo Contencioso, com sciencia e paciencia do Governo e das Camaras Legislativas, devo contudo confessar, lamentando, mas sem a minima intenção de censura, que até agora não se tenha tratado com efficacia de regular-o convenientemente.

« Alguns de nossos estadistas hão comprehendido, entretanto, esta necessidade; um delles, o illustrado Sr. Marquez de S. Vicente bem esforços para isto fez em 1866, acorçoado pelo Ministerio, quando propoz diversos projectos concernentes á materia, que forão objecto de repetidas conferencias do Conselho de Estado Pleno, em muitas semanas seguidas. E já anteriormente o finado e tambem muito illustrado Visconde de Uruguay havia feito sentir do modo o mais luminoso o quanto convinha regularisar-se esta importante materia, como se vê tanto do opusculo que escreveu em 1857 ou 1858, a convite do Marquez de Olinda, então presidente do Conselho de Ministros, como do seu *Ensaio de Direito Administrativo*, e especialmente dos estudos praticos que publicou sobre a administração das provincias.

« Demonstrando esse distincto estadista que as provincias tinham e não podião deixar de ter, no que era puramente provincial, seu Contencioso Administrativo, sentia que, apezar das difficuldades que era o primeiro a reconhecer, não estivesse o assumpto organizado, de sorte que offerecesse maior fiança aos direitos dos reclamantes. Com effeito, com toda a razão disse o Visconde de Uruguay, que os presidentes nas provincias são de facto, até agora de direito, os juizes unicos do Contencioso Administrativo Provincial.

« Não estão adstrictos a nenhuma fórma de processo, e até nem á audiencia obrigatoria dos interessados, como por vezes se ha visto praticar. E se nos negocios geraes dá-se de suas decisões recurso para o Conselho de Estado *ex vi* do art. 45 do Regulamento de 5 de Fevereiro de 1842, não acontece o mesmo se a questão é provincial. Dahi resulta, como tive occasião de notar em um dos meus pareceres, nas conferencias do Conselho de Estado, em 1866,

que, se o negocio é geral, embora verse a duvida sobre uma quantia muito pequena, ha recurso da decisão do presidente e até do Ministro para o Conselho de Estado. O mesmo se observa se a questão é judicial, porque, desde que excede o valor da causa de certa alçada, ha uma serie de recursos desde o juiz de 1ª instancia até o Supremo Tribunal de Justiça, além do processo com fórmãs que resguardão o direito; se, porém, se trata de Contencioso Administrativo Provincial, a nda que importe centenas ou milhares de contos de réis, e possa a decisão reduzir á miseria qualquer empresario, não ha por nossa legislação recurso do acto do presidente da provincia que o resolveu.

« Isto é o que a meu vêr não deve continuar assim por mais tempo; especialmente agora, quando o espirito de empresas de vias ferreas, que absorvem milhares de contos de réis, tamanho incremento vai tomando. Em outras nações de organização politica semelhante á do Brazil, as cousas se achão, nesta parte, melhor precavidãs. Ha, como se sabe, em França, Hespanha e Portugal Conselhos denominados de Prefeitura, que são Tribunaes Administrativos com attribuições proprias e recursos para o Conselho de Estado; conselhos de districto presididos pelos administradores ou governadores, tambem com recurso para a secção do contencioso do Conselho de Estado; e conselhos provinciaes presididos pelos governadores das provincias, e sempre com aquelle mesmo recurso.

« Reconheço como reconheceu se perante Vossa Magestade Imperial, nas conferencias de 1866, os embaraços com que lutamos para em todas as provincias crearem-se taes conselhos, ou tribunaes administrativos; mas, alguma cousa convem que se faça, neste sentido, ou seja acceitando-se o conselho do Visconde de Uruguay e começando-se pelas provincias mais importantes; ou declarando-se por lei geral, regulamentar do Contencioso Administrativo, que o recurso para o Conselho de Estado cabe tambem nas decisões dos presidentes que versarem sobre questões do Contencioso Provincial, excedentes de determinada alçada, não para que o poder geral tenha direito de ingerir-se na legislação e governo puramente provincial, mas só, para como fiscal de seus delegados, examinar

se a lei e a fé dos contractos forão por elles respeitadas, e providenciar a tal respeito do mesmo modo por que, apesar de se tratar, nas lides judicias, de interesses e negocios puramente provinciaes, são ellas, depois de julgadas pelos Juizes de Direito e Relações das provincias que as possuem, ou por outras dos respectivos districtos e ainda em muitas casos sujeitas a recursos para o Supremo Tribunal de Justiça.

« Emfim, trate-se sériamente de qualquer providencia que evite os graves inconvenientes, que o estado actual de cousas pode produzir, e já tem por vezes produzido sem remedio no tocante ao Contencioso Administrativo Provincial. O assumpto porém já vai fóra dos limites traçados no aviso de convocação. Abstenho-me, pois, das longas considerações e do desenvolvimento minucioso a que ainda se prestava. Nelle toquei apenas por connexão, e terminarei o que tenho a dizer, repetindo que adopto o parecer da maioria da secção pelas razões juridicas em que se basêa, e que felizmente concorrem na hypothese actual para evitar um preced nte, que, acceito iria autorisar em muitos casos nova especie de agiotagem, contra a boa fé e moralidade dos contractos, e em manifesto detrimento dos cofres publicos.

« O Visconde de Jaguary disse:—Sendo um dos signatarios do parecer da maioria da secção, está manifestado o meu voto. Entendo que ha o Contencioso Administrativo Provincial pela mesma razão por que ha o Contencioso Administrativo Geral. Quanto á censura feita pelo honrado Conselheiro Visconde de Muritiba, a applicação do principio ao caso vertente, tem ella resposta satisfactoria no parecer da secção, e nas observações que acaba de expender o honrado Conselheiro que me precedeu. Ainda quando não houvesse o Contencioso Administrativo Provincial, deveria ser mantido o acto do Presidente da Provincia de S. Paulo. Trata-se de uma lei provincial clara e positiva, cujo executor legitimo é o Presidente da Provincia que não podia consentir em ser substituido, a gosto da parte interessada, pelos tribunaes judiciarios. E se a lei fosse duvidosa, á Assembléa Provincial pertencia a interpretação authentica, sendo a doutrinal

da exclusiva competencia do Presidente da Provincia; a intervenção dos tribunales neste caso é acto tumultuario, que o Presidente da Provincia com boa razão nullificou.

« O Duque de Caxias declarou que concordava inteiramente com o parecer da secção de Justiça.

« O Visconde de Nietheroy disse: — Que em relação á hypothese do recurso da companhia Sorocabana, já deu o seu voto no parecer que escreveu como relator da secção dos Negocios da Justiça, e agora generalizando quanto á questão de principios, entende tambem que é incontestavel a faculdade que cabe ao Poder Executivo nos ramos de sua administração, de decidir administrativamente, firmando a intelligencia da lei que lhe incumbem executar e com precisa consistencia sustentando os actos proprios da sua execução, com repulsa de qualquer impertinente impugnação que se lhe opponha.

« Na antiga ordem das cousas não havia separação nem distincção propriamente dita entre os differentes ramos do poder publico; todo inteiro era do Rei e emanava d'elle por directa delegação; e quasi sempre servia-se dos magistrados, como dos agentes mais capazes, para as cousas do governo civil. Era assim que, em suprema instancia, não só julgava as causas judiciaes o Desembargo do Paço, como exercia a mais ampla acção no geral do governo e administração civil; e era constituido tribunal de graças presidido pelo Rei, que, segundo as circumstancias, até creava direito novo; e na magistratura inferior o governo escolhia commissarios designados em alçada, dispondo de poderes mais ou menos amplos, e incumbia-lhes de qualquer julgamento, inquirições e determinações que aprouvesse ao Soberano.

« A Constituição do Estado aboliu a antiga ordem, estatuiu a divisão e harmonia dos poderes politicos, como a primeira e essencial base dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias da Constituição. Assim, todos os poderes, delegações da nação, foram consagrados com a necessaria independencia e virtude propria, para cada um em sua orbita desenvolver a acção que lhe pertence, sem nunca ser avassallado por outro na actividade da sua competencia;

e o seria o Executivo ao Judiciario, se por ventura pertencesse exclusivamente a este decidir as contestações movidas aos actos do Executivo, baldo de força autorisada, propria para manter as suas competentes determinações. É pois o Contencioso Administrativo o predicado inherente ao poder executivo para autorizar-lhe a acção administrativa e habilitar-o a administrar com a firmeza e consistencia que ha mister.

« Ouvio com estranheza fallar que o Contencioso Administrativo tem sido creado por alguma legislação provincial ou pode ser assim creado! Não comprehendo que o poder provincial possa decretar acerca da organização politica constitucional dos poderes publicos; importaria isto o mesmo que admittir a mais dis-parada organização politica entre as provincias. A instituição e constituição dos poderes politicos do Imperio, só pela Constituição do Estado o podia ser e foi decretada com igual e inteira applicação para todo o Imperio; e não soffreu quebra com a reforma do Acto Adicional, que, longe de alterar a regra geral da facultada acção autorisada do Executivo, a applicou e para a administração provincial não só mantendo aos Presidentes das Provincias todas as attribuições que por lei geral lhes competirem, como ainda autorisando com especiaes, por exemplo: a de expedir ordens, instrucções e regulamentos adequados á boa execução das leis provinciaes, que de per si envolvem virtualmente o exercicio do Contencioso Administrativo.

« Era tão repugnante, que a esphera do poder provincial chegasse a instituições de tal ordem, que o mesmo Acto Adicional determina, art. 3º, que só por acto do Poder Legislativo Geral po erá ser decretada a organização de uma segunda Camara Legislativa Provincial, a pedido da sua assembléa. Aliás, nem era exequivel a decretação do Contencioso Administrativo por acto provincial; visto como não póde conter-se na provincia o seu desenvolvimento pratico, dimanando na capital do Imperio o tribunal superior para julgar os recursos, o que não póde ser objecto de decretação provincial. Não tem havido legislação especial ácerca do Contencioso Administrativo; o que ha de regulamentar a este respeito é feitura do executivo.

« Ninguém, porém, ainda contestou a competencia destes regulamentos que autorisão os recursos de certos actos do Governo e Presidentes das provincias proporcionando salutaes garantias ás partes interessadas contra as abusivas decisões; e aliás, em nada prejudica-se o direito que possa ter a parte para recorrer ao Poder Judiciario, que na sua independencia e autorisada esphera de jurisdicção não é nem pôde ser embaçado por quaesquer decisões administrativas, emquanto por lei não forem determinadas a força e efficacia do caso julgado de taes decisões.

« Cumprindo, porém, o seu dever com juridico criterio devem os respectivos juizes se abster de acceitar por materia de sua competencia o que sahir fóra da esphera das contestações entre os particulares, e não fôr de positiva infracção do direito commum. O que actualmente praticamos, tomando conhecimento do recurso interposto, bem demonstra a pratica do Contencioso Administrativo, contra o que o recorrente, longe de protestar, foi o proprio a pedir applicação.

« Assim como o nobre Conselheiro discrepante se contradiz, emquanto nega o Contencioso Administrativo, e em recurso que cabe por virtude d'elle, julga e condemna o feito do Presidente da provincia que não estaria sujeito ao seu conhecimento e extreme de censura devia subsistir, se não fóra a competencia de julgar-o por virtude do Contencioso Administrativo! Sem assignalar razão alguma nega o mesmo Conselheiro o Contencioso Administrativo Provincial que em tudo e por tudo subsiste a par do geral. Com a mesma semrazão e incongruencia assevera que o Presidente sustou e avocou uma causa pendente do Poder Judiciario; quando em verdade não fóra ella intentada perante a jurisdicção contenciosa do competente juiz, que tão sómente foi requerido para solemnisar a nomeação dos arbitros, que aliás o mesmo nobre Conselheiro reconhece que por lei não podião ser admittidos e nem podia ser dado ás partes restaural-os! Desautora o Presidente da provincia e o rebaixa a simples parte contractante, porque praticara um acto de seu officio e executando uma lei provincial que ordenou que o Presidente contractasse a estrada,

assim o acto official que lhe cumpria executar e executou, é considerado razão de perda dos predcados e faculdades que lhe pertencem como administrador da provincia! E, quanto mais, era necessaria a acção autorisada do administrador para prover que fosse regularm nte executado o contracto que tanto interessa á provincia e lhe custa, no que entende com isto mesmo lhe é retirado o character publico e toda a força moral e official!

« Em um contracto celebrado com uma companhia anonyma, que só representa os capitães necessarios, admitte, por questão a suscitar-se e debater-se, a não existencia de uma parte dos mesmos capitães e a necessidade de havel-os mediante condições onerosas que não forão estipuladas. Não, tal questão não era consensual do contracto que absolutamente o excluia, visto como de sua natureza era até para ser objecto de acção criminal, sendo manifesta a fraude do agente da companhia, e bem patente o proposito de usurpar os dinheiros da provincia. O Presidente sem sahir da regra da esphera das suas attribuições podia até ordenar ao Promotor Publico que promovesse acção criminal; por menos se tem processado e pronunciado estellionatarios! Por fim o nobre Conselheiro discrepante opina que as partes devem recorrer á acção ordinaria; é conselho que jámais acceitará a parte recorrente que bem comprehende que em juizo jámais auferirá o que pretende, e só esperava agcitar por decisão e traça administrativa.

« Conclusão.— Dos votos acima transcriptos dos oito Conselheiros de Estado presentes á conferencia, manifesta-se que o Conselho de Estado em sua maioria é o da secção da Justiça, sendo apenas divergentes dous Conselheiros, um totalmente, outro com certa declaração. Consequentemente são resolvidos affirmativamente os dous quesitos do Aviso de 5 do corrente, approvando o procedimento do Presidente de S. Paulo, na questão do conflicto de jurisdicção com o Juiz dos Feitos da capital, e ficando assentado que existe pelas instituições patrias o Contencioso Administrativo Provincial nas questões que se suscitarem com a administração provincial, sobre a execução de serviços em virtude de leis provinciaes.

« Vossa Magestade Imperial em sua sabedoria resolverá como houver por bem.

« Sala das conferencias do Conselho de Estado, no Paço de S. Christovão, em 10 de Janeiro de 1874.— *Marquez de Sapucahy.*— *Visconde de Souza Franco.*— *Visconde de Nitheroy.*— *Visconde de Bom Retiro.*— *Visconde de Jaguaray.*— *Visconde de Muritiba.*— *Duque de Caxias.*— *Marquez de S. Vicente.*

« Como parece.— Paço, 21 de Fevereiro de 1874.— Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador. — *Manoel Antonio Duarte de Azevedo.* »

De accôrdo com as duas consultas, que acabão de ser citadas, uma, da secção de Justiça do Conselho de Estado, e a outra do Conselho de Estado Pleno, foi expedido o importante Aviso dirigido ao Presidente da provincia de S. Paulo, em data de 28 de Fevereiro, concebido nos termos seguintes:

« Illm. e Exm. Sr.—Forão presentes a Sua Magestade o Imperador o Officio de V. Ex. n. 99 de 19 de Julho do anno passado, e mais papeis relativos ao conflicto de jurisdicção, que V. Ex. declarou ao Juiz dos Feitos da Fazenda, por admittir este a companhia Sorocabana de estrada de ferro a nomear e approvar arbitros que julgassem a pretensão, que sustentava, de haver garantias de juro da quantia de 150:000\$, despendida pelo presidente da directoria em distribuição de acções.

« Consta dos referidos papeis que V. Ex. e seu antecessor não attenderão á reclamação da companhia Sorocabana, por não estar aquella despesa incluída no capital especificado na Condição 16ª, § 1º do contracto entre a companhia e o Governo da provincia, visto que não podia ser reputada necessaria para a construcção da estrada; e recusarão-se a convir no juizo arbitral para a decisão da questão, por ser esta da esphera da jurisdicção administrativa, em razão de versar sobre a fixação dos limites do capital garantido, referir-se á execução de uma empresa de trabalhos publicos, e ter por objecto direitos e interesses derivados

imediatamente, não do contracto, se não da lei provincial, que determinou o capital e estabeleceu a garantia de juros para a mencionada empresa.

« E o mesmo Augusto Senhor, tendo ouvido o seu Conselho de Estado, com cujo parecer se conforma, manda declarar a V. Ex. que procedeu regularmente, obstando ao processo arbitral, que se instaurava no Juizo dos Feitos da Fazenda, e resolvendo que a controversia é da competencia da jurisdição administrativa.

« Deliberando que não fosse levada em conta do capital garantido á empresa a quantia despendida em emissão de acções, exprimirão V. Ex. e seu antecessor o sentido obvio da Condição 16ª, § 1º do contracto feito com a companhia, que não autorisa a suscitada duvida.

« Mas quando ella se pudesse suggerir, não seria a controversia da esphera da jurisdição civil, porque V. Ex. tratava de dar á lei precisa intelligencia para sua execução, interpretando as clausulas legaes do contracto celebrado com a companhia, de fixar os limites do capital que lhe era garantido, e de determinar as condições geraes de existencia de uma empresa de trabalhos publicos, assumptos que escapão á competencia do Poder Judiciario. Excluir da contestação em tal caso a jurisdição administrativa, fôra transferir a execução da lei das mãos do Presidente da provincia, a quem incumbe esse dever, para o Poder Judiciario, quando não se trata de materia propria do direito privado.

« Por estes fundamentos houve por bem Sua Magestade o Imperador, que a V. Ex. compete decidir a questão suscitada pela companhia Sorocabana da estrada de ferro, e que deu lugar ao conflicto de jurisdição.

Deus guarde a V.Ex.—*Manoel Antonio Duarte de Azevedo.*»

Em vista do exposto e das ponderações feitas, diremos com um publicista: « É preciso que todos reconheçam e saibão que o Estado, a Administração, têm cumprido a sua missão social desde que colloca os particulares na situação de bem poderem ver os negocios que lhes interessão. Um systema que

tivesse a pretensão de lançar por terra, de confundir mesmo, os principios que regulão as competencias, que extremão as raias entre a autoridade judiciaria e administrativa, e que tornasse a Administração na dependencia do Poder Judiciario ou pelo menos sem a liberdade de acção, que lhe é propria; só teriamos como resultado favorecer o entorpecimento geral e deter e estorvar o movimento material e intellectual do paiz.»

XXVI.

Infelizmente ainda não podemos dizer que entre nós é uma realidade, e cada vez se torna mais effectivo o respeito pela independencia do poder judiciario da parte da Administração, e pela independencia do poder administrativo da parte da justiça.

A razão principal é a que muito judiciosamente observa um escriptor portuguez: « Apenas promulgada a lei em vez de se procurar entendel-a para a respeitar e cumprir, ergue-se uma cruzada exploradora de hypotheses absurdas e julga-se feliz o primeiro que, pronunciando o — *inveni* — póde desperdiçar subtilizas, com que, contrariando a razão e o bom senso, possa concorrer para o descredito ou odio das leis, as quaes nos povos da raça latina não encontrão o respeito quasi religioso, com que as acolhe a raça germanica. »

É fóra de duvida que o poder executivo, encarregado de executar as leis, deve funcionar com inteira independencia do poder legislativo e do poder judicial. Ora, essa independencia desaparece, desde que a um tribunal judicial fôr confiada a jurisdicção para decidir, se foi applicada com justiça ou interpretada com acerto alguma disposição legal da ordem administrativa.

Assim, pois, se quizermos que a separação dos poderes publicos seja uma realidade, devemos forçosamente admittir que

deve haver tribunaes para decidir todos os negocios puramente civis e tribunaes privativos para decidir sobre o contencioso da Administração.

É principio fundamental que os actos administrativos não podem ser annullados, reformados, nem interpretados, senão pela propria Administração; do contrario ficaria a acção administrativa privada da liberdade e impossibilitada de desempenhar os deveres que a Constituição impôz ao poder executivo, quando o incumbio da execução das leis e regulamentos, e de dar protecção e impulso aos interesses sociaes.

Pugnando pelas prerogativas da Administração e sem pretensões de infallibilidade, lamentamos entretanto que ainda entre nós seja necessario discutir a existencia do *Contencioso administrativo*, quando em outros paizes semelhantes principios já se não discutem, porque ninguem os impugna, nem os contraria.

Ainda ultimamente na camara temporaria teve lugar uma interpellação, em que, discutindo-se o procedimento do Ministerio da Fazenda e do Conselho de Estado com relação aos terrenos do Caminho Novo em Porto Alegre, se accusou o respectivo Ministro, attribuindo-se-lhe haver invadido as raias do poder judiciario.

Não podemos, por emquanto, emittir juizo se foi ou não procedente a accusação; a questão ainda não teve solução final, o que nos impossibilita de colligir as principaes peças do processo e fazer uma exacta exposição do facto; além disso, versando a questão entre a Camara Municipal e o Governo sobre terrenos considerados de marinha, ser-nos-hia mesmo difficil encerrar a questão sobre todas as suas faces, no estado de adiantamento em que está este trabalho; entretanto, aguardamo-nos para tratar da questão em outro trabalho, que tambem pretendemos publicar, mas que ainda se acha em esqueleto; por emquanto enviamos aquelles que quizerem estudar e examinar a especie, para os discursos proferidos pelo Sr. Ministro da Fazenda e pelo illustre parlamentar o Sr. Dr. Silveira Martins, nas sessões de 19 e 20 de Junho do corrente anno.

Mencionaremos, entretanto, um facto, que, sendo da competencia administrativa, o tribunal da Relação da Côrte

julgou os tribunaes judiciais com jurisdicção para tomar conhecimento e resolver.

Antes de transcrever as sentenças e allegações publicadas na *Gazeta Juridica* n. 78 de Abril do corrente anno, citaremos a consulta do Conselho de Estado, secção do Imperio, de 8 de Agosto do anno findo e tambem o Aviso expedido pelo Ministerio da Agricultura ao Procurador da Corôa, em 29 de Dezembro do anno findo.

« A secção do Imperio do Conselho de Estado, sendo consultada sobre os papeis relativos ao embargo feito pela Companhia de Carris de Ferro do Jardim Botânico ao proseguimento das obras da linha de trilhos para os morros de Santa Thereza e de Paula Mattos, assim se expressa:

« Principia expondo os papeis submettidos ao seu exame: Contra-fê de um mandado de embargo e de execução expedido pelo Juiz de Direito da 1.^a vara civil da Côrte, a requerimento do presidente da Companhia de Carris de Ferro do Jardim Botânico, na construcção de trilhos a que procedião os emprezarios da linha ferrea para Santa Thereza.

« 2.^o Diversas petições do presidente da Companhia supradita de Trilhos para o Jardim Botânico, contendo reclamação e protestos contra a empreza para o morro de Santa Thereza, antes da concessão e posteriormente a ella; contendo além disto as informações da secção respectiva da Secretaria de Estado dos Negocios da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, e do Engenheiro Fiscal da companhia reclamante e protestante. »

« Começando por esta segunda parte, reconheceu a secção dos Negocios do Imperio do Conselho de Estado que estão já indeferida a reclamação e não acceito o protesto; e, no sentido da secção, com motivo justificado. A reclamação não tinha fundamento por não ser a companhia reclamante offendida em seus direitos, como está demonstrado. O côrte de seus trilhos por outros é expressamente previsto e autorizado na condição 5.^a do Decreto n. 3633 de 12 de Abril de 1866: a prohibição de trilhos lateraes com outro destino que

não o Jardim Botânico não constitue clausula expressa nas condições do privilegio, e sendo este de direito restricto, não pôde ser entendido senão conforme seus termos, em que tal prohibição não se acha expressa.

« Quanto aos protestos, além de não serem meios de pedir, inadmissiveis no caso de que se trata, em que o reclamante os apresenta á autoridade superior, perante a qual tinha os meios ordinarios de reclamação e de recursos, forão devidamente desacceitos. Nenhuma disposição, nem mesmo expressão dos decretos de concessão e suas clausulas, autorisa o protestante para considerar como parte o Governo na qualidade de contractante. Os decretos e clausulas contém concessões do Poder Administrativo e não contracto bilateral entre elle e o reclamante.

« Passando á questão de embargo, são precisas algumas observações preliminares, que a secção pede venia á Vossa Magestade Imperial para os expôr. O embargo de obra nova, ainda quando a jurisdicção administrativa não se distinguia da judiciaria, com todas as prerogativas que cabem a poderes independentes, tinha limites de competencia e regras especiaes de processo.

« Competia ao senhor ou possuidor da propriedade violada ou offendida. A Companhia de Trilhos para o Jardim Botânico não se tornou pela concessão proprietaria de terreno e ruas percorridas por seus trilhos; sua posse limita-se á do uso da passagem de seus carros e conservação de seus trilhos, posse que lhe não foi turbada. Era necessario reconhecer primeiro a extensão dos direitos da reclamante, resolver qual a autoridade competente para decidir; e a secção não tem presentes os documentos precisos para apreciar o procedimento do juiz do embargo.

« Se passar como regra que o juiz pôde conceder tão amplamente embargos em obras da administração geral, provincial e municipal, de sorte que a commodidade geral seja embaraçada no uso das ruas e praças publicas pela commodidade de algum ou alguns e seus interesses particulares, se o embargo fôr concedido ao objecto, e que trilhos

passem juntos ás portas de suas casas ou armazens, para que lhe tirem a posse em que têm estado de conservar á porta da sahida a carroagem que o espera, á dos armazens os vehiculos em carregamento; a commodidade publica será sacrificada á particular.

« Assim, a commodidade de trilhos para diversos pontos será sacrificada ao interesse, que possam ter algumas companhias, de afastar a concorrência de outras, a protelação mesmo será manejo proficuo. A secção parece que a respeito do embargo, acto do Poder Judicial independente, o Governo nada tem a fazer senão deixar que as partes o discutão, e fazer estabelecer conflicto de jurisdicção na occasião competente para que se decida a questão de competencia..... »

Esta consulta tem a data de 8 de Agosto de 1873. Foi relator o Sr. visconde do Souza Franco e votos os Srs. marquez de Sapucahy e visconde de Bom Retiro.

Não foi resolvida; mas, de accôrdo com as opiniões emitidas, expedio o Ministerio da Agricultura em data de 29 de Dezembro ultimo o Aviso sob n. 89 ao Procurador da Corôa, assim concebido: « Sua Magestade o Imperador ha por bem determinar que V. Ex. à vista do parecer junto da secção do Imperio do Conselho de Estado e mais papeis que o acompanhão, relativamente ao embargo opposto pela Companhia de Carris de Ferro do Jardim Botânico ao proseguimento das obras da empresa Carris de Ferro de Santa Thereza, proceda de conformidade com a Lei n. 124 de 5 de Fevereiro de 1842, segundo os principios estabelecidos no referido parecer da secção dos Negocios do Imperio do Conselho de Estado.

« Outrosim determina o mesmo Augusto Senhor que V. Ex. proceda de igual modo a respeito do embargo opposto pela Companhia Rio de Janeiro Street Railway ao proseguimento das obras da linha de carris de ferro da Villa Isabel »

Agora passamos a transcrever o despacho do juiz, a minuta de agravo interposto pela Companhia de Carris de Ferro do Jardim Botânico, a contra-minuta do juiz *a quo* e o Accordão da Relação da Côte, dando provimento ao agravo e firmando

o principio que: « Os privilegios uma vez concedidos fixão sua intelligencia e contestações concernentes da competencia judiciaria, embora uma das partes tenha recorrido ao Contencioso Administrativo e este se julgue competente para tal fim. »

Compenetrado de que na interpretação das leis e na sua applicação deve ter-se muito em vista a intenção do legislador, o *espírito da lei*, o qual consiste no complexo de todas as determinações individuaes, de todas as circumstancias especificadas, em que o legislador concebeu a lei e quiz que ella obrigasse, e do fim e razão que o moverão a estabelecê-la; e finalmente, lembrado da maxima romana:—*nullum simile idem atque adeo non exemplis sed legibus judicandum est*—, que manda julgar segundo a lei e não pelos *arestos*, é que muito pensadamente citamos todas as allegações em favor da competencia judiciaria, porquanto cada *especie* deve ser acompanhada ou revestida de circumstancias particulares, que a limitem, que a caracterisem, afim de que se possa apreciar devidamente a legalidade da decisão proferida pela autoridade judiciaria e os fundamentos com que se busca contestar a competencia da autoridade administrativa, nos casos a ella sujeitos, e o modo por que se torce a lei, usando de falsas cores, de subterfugios e principios contra a jurisdicção administrativa; apezar de não poderem ser applicados á nossa organização, porquanto cada povo tem uma indole especial e privativa, necessidades e conveniencias diversas, um modo de existir *sui generis*.

Entretanto é forçoso confessar que a utopia com os seus encantos tem posto em duvida todos os principios, mesmo os mais acceitos, e que dizem respeito á divisão e harmonia dos poderes, bases sobre que assentão os governos livres; e assim procuraremos fazer desaparecer a anarchia, que, grassando nos principios, já vai passando para o dominio dos factos.

Aggravo de petição n. 3617.

Aggravante, a Companhia de Carris de Ferro do Jardim Botânico.

Aggravados, os concessionarios da linha de Carris para Santa Thereza.

DESPACHO.

« Verificando que a reclamação de direitos adquiridos, que, por meio da presente acção, sustenta a autora, não se refere a um direito politico ou individual nascido da lei, e que pertence ao direito commum e á ordem civil ou penal, para que possa ser decidida por este juizo e esteja fóra do alcance do Poder Executivo, mas sim a um direito que tem sua origem em actos administrativos puramente discricionarios, e cuja reclamação e discussão pertence ao Contencioso Administrativo, por ser o Contencioso Judicial incompetente para conhecer e decidir da materia pertencente ao Contencioso Administrativo, cabendo-lhe sómente subordinar o Poder Administrativo no caso de figurar este como mero particular (marquez de S. Vicente, *Direito Publico*, § 407; visconde de Uruguay, *Direito Administrativo*, vol. 1º, pags. 91 e 95, n. 2; Lei n. 124 de 5 de Fevereiro de 1842, art. 24, e n. 268 de 3 de Outubro de 1859; Dalloz, *Répert. v. Compétence*, ns. 11 e 12): julgo incompetente este juizo para a presente acção e mando se expeça mandado de levantamento do embargo, pagas as custas pela autora, a quem se intimará esta decisão.

« Rio, 4 de Fevereiro de 1874.— *Andrade Pinto.* »

MINUTA DE AGGRAVO.

« Senhor.— Contra uma escandalosa usurpação pelo Poder Executivo contra o Judiciario, vem reclamar a agravante Companhia de Carris de Ferro do Jardim Botânico, usando da

faculdade que lhe confere o art. 15, § 1º do Decreto de 15 de Março de 1842.

« Basta expôr a questão para fazer comprehender que, com razão e juridicamente, é devido provimento ao presente recurso, e em bem de firmar a indisputavel competencia, nesta causa do juizo civil; e para que seja, neste sentido, corrigido o despacho de fl. 36, pelo qual o illustrado e muito honrado Sr. Dr. juiz da 1ª vara civil desta Côrte se julgou sem jurisdicção.

« A companhia aggravante tem seus titulos de concessão da linha de Carris de Ferro de sua empresa, bem como tem seus titulos á de semelhante serviço de Santa Thereza.

« Aquella, fundada em seus documentos constituintes, se considerou prejudicada por uma obra que a outra está construindo.

« Tratava-se, pois, de *obra nova*; e a primeira chamou a juizo a segunda, offereceu os seus artigos de nunciação; fôrão estes recebidos, não appareceu excepção de incompetencia, materia de que se trata antes de tudo, e essa outra parte contendora, reconhecendo o juizo, apresentou a sua contestação, que tambem foi recebida, e assim se levou a causa ao estado de litispendencia, tudo ante o poder judiciario, que até esse ponto não se considerou incompetente!

« Pelo despacho de fl. 33 se mandou que se seguissem os termos da causa.

« Demorados os autos em cartorio, intervierão as férias do fôro e a aggravante aguardava a oportunidade para produzir a sua prova e preparar os autos para sentença final.

« Foi, porém, apenas concluidas as férias, sorprendida a mesma aggravante com o despacho de fl. 36, pelo qual o douto juiz se julgou incompetente!

« Indagada a razão desse venerando despacho, ainda maior foi a surpresa, verificando-se que, por um Aviso *gracioso* do Ministerio da Agricultura, de 29 de Dezembro proximo passado (de que ainda se não tem conhecimento, por não ter sido publicado), e em protecção da outra parte litigante, fôra ordenado ao Exm. Sr. Procurador da Corôa que interviesse no

processo, disputando competencia sob o pretexto de que a materia era administrativa e se devia pôr termo ao mesmo processo, *avocada* por tal modo a causa para o juizo do poder executivo!

« Já o abuso da legislação dos Avisos, isto é, das usurpações do legislativo pelo absoluto Poder Executivo, se tem feito sentir e com gravissimos inconvenientes do systema politico que rege o Imperio!

« Agora se ostenta uma usurpação contra o judiciario e pelo mesmo absolutismo do governo!

« E com que fundamento?

« Examinemos:

« Diz o Exm. Sr. Procurador da Corôa, seguramente em obediencia áquelle *gracioso* Aviso, que, em presença do disposto nos arts. 24 e seguintes do Decreto n. 124 de 6 de Fevereiro de 1842, o Poder Judiciario é incompetente na causa agitada!

« Mas esses artigos citados tratão dos negocios puramente administrativos.

« No rigor do direito o negocio é administrativo simplesmente quando se acha em condições especiaes de dependencia absoluta de despacho administrativo, até que, findo elle, chegue a constituir direito. Attingindo a taes condições, as partes que se suppoem com elle adquirido, passam a fazel-o effectivo ante o juizo commum, que é o Poder Judiciario.

« O citado Decreto, acto do Poder Executivo, não pôde já-mais ser entendido senão limitadissimamente, quando possa ser applicado á materia jurisdiccional.

« A discriminação das competencias, a definição das jurisdicções, a distincção para julgamento, são da exclusiva attribuição do Poder Legislativo.

« E quando um conflicto appareça entre os dous poderes, e quando neste caso ambos são partes, não é licito, não é decente, não é legal e nem pôde ser tolerado, que um dos poderes se constitúa, por seu unico arbitrio, o juiz da propria contenda.

« No caso presente o mais que o executivo podia fazer era

pedir providencias, esclarecimentos das leis e definição das jurisdições ao Poder Legislativo.

« Trata-se de uma questão de *obra nova*; os contendores são ambos particulares; as forças dos contractos por cada um delles celebrados dão logar á contenda.

« Neste caso quem será o competente ?

« O judiciario ou executivo ?

« Ninguém, que attender ás regras da jurisprudencia e á materia da causa, poderá censentir que o Governo se arrogue, nesse caso, a vir avocar a si questões da natureza da de que se trata.

« Um embargo de obra nova ante o Ministerio da Agricultura seria uma extravagancia juridica, seria um dislate de tal força, que provocaria o riso, se, como neste caso, não produzisse a mais dolorosa impressão, por vêr como se perverte o systema politico adoptado no Imperio, como se abastarda uma forma de Governo, como se ataca de frente a independencia dos Poderes de que dependem a ordem e a segurança publica. Será a contenda entre duas companhias particulares, e sobre direitos por ellas adquiridos, da competencia do *Contencioso Administrativo*, sómente porque os direitos dessas companhias se fundão em actos praticados pelo Governo ?

« Se assim fosse, teriamos que as reivindicações fundadas em cartas de sesmarias, e outras acções semelhantes, deverião ser tratadas ante o Poder Executivo e por este julgadas sempre, especialmente, que o direito dependesse de uma intelligencia qualquer do titulo, base da acção.

« Isto não era só um absurdo, seria de um perigo extremo dos direitos do cidadão, importaria o aniquilamento das garantias da propriedade e o aviltamento do Poder Judiciario.

« Sabe a aggravante que maiores commettimentos prepara o Governo, em bem de passar a outros os inconcussos direitos que a ella assistem por seu contracto.

« E o Aviso que, nestes autos, surgiu *tão voluntario*, deixando vêr claramente a aberta e desnaturada protecção a uma das partes litigantes, é a prova mais evidente da disposição sinistra em que se acha o Governo.

« Concedido um privilegio, ficou elle como direito constituido da alçada judiciaria commum.

« Pretender o Governo que todas as questões com terceiros, e que nasção desse direito, sejam de sua exclusiva alçada, é desguarnecer absolutamente de garantias esse direito.

« Sobre as concessões de carris urbanos tem já o paiz presenciado, com tristeza, a mais revoltante pratica administrativa. Essas concessões se encontram e se matão á medida que se multiplicão!

« Nellas o governo tem chegado ao abuso de constituir uma renda forçada (por seu unico arbitrio), elevando-se assim a Poder Legislativo, aliás o unico competente para crear receita e despeza.

« Se se tolera a actual pretensão do Governo, de chamar a seu conhecimento exclusivo a apreciação dos direitos e privilegios já concedidos, quando em luta com interesses de terceiros, veremos que as concessões, factos consummados e constituindo propriedade, irão sendo nullificadas conforme aos novos pretendentes protegidos fôr sendo mais conveniente.

« Isto será uma ameaça armada sempre contra a propriedade, e fará desaparecer a confiança precisa para o emprego de capitães em empresas de utilidade publica.

« E os exemplos do mal de tão nefanda ameaça já vão sendo sentidos, e disto podia a aggravante apontar tristissimos factos, que desgraçadamente já têm sido autorisados pelo Governo.

« O Aviso citado é manifesta protecção á parte com quem entende a aggravante!

« E onde a legitimidade de tal Aviso?

« Está por ventura o juizo *a quo* avaliando administrativa-mente algum processo, para constituir direito, ainda sem effectividade, por dependencia de despacho do Governo?

« Não.

« Trata-se do embargo de uma obra nova, e desta ninguem com fundamento legal poderá fazer materia administrativa, unica e no rigor da palavra, de que cura o Decreto, tão pouco azadamente invocado pelo Ministerio da Agricultura em protecção dos felizes concessionarios da empresa Santa Thereza.

« Avalie, portanto, Vossa Magestade Imperial a importancia dos factos que fazem objecto do presente agravo, e em respeito á Constituição do Imperio, já tão illudida pelo Poder Executivo, mantendo a independencia do Poder Judiciario, por tal modo atropellada, digne-se de dar provimento á actual petição, mandando que, reformado o despacho recorrido, seja o juiz *a quo* considerado competente na presente causa.

« Assim o esperamos. — Rio, 7 de Fevereiro de 1874. — O advogado, *Joaquim Saldanha Marinho*.

CONTRA-MINUTA DO JUIZ A QUO.

« Senhor.— Julgo não ter feito agravo á aggravante com a decisão aggravada.

« Esta decisão é a mesma que na mesma data dei na acção de embargo de obra nova requerido pela Companhia Rio de Janeiro Street Railway contra a Companhia da Villa Isabel, recebendo a excepção de incompetencia de juizo por esta opposta ao mesmo embargo.

« Tendo-me julgado incompetente nessa causa, seria contradictorio se sustentasse conflicto, não me reconhecendo incompetente no presente, só porque nella não foi apresentada a excepção. Ao demais, com o despacho aggravado, dei logar a este recurso para um tribunal superior, que, no caso de affirmar a competencia, com maior autoridade sustentará o conflicto.

« Aos fundamentos do despacho aggravado, com que conclui pela incompetencia do Contencioso Judiciario para decidir dos direitos envolvidos no presente embargo, accrescentarei agora o proprio facto de não ter sido averbada essa incompetencia, pois, se a empresa, cuja obra foi embargada, não se apressou em articular a excepção, sujeitando-se ás delongas deste pleito, desarmou a Administração para coagil-a a dar conta da obra no prazo convencionado, inconveniente este que é justamente uma das razões que aconselham a necessidade de não attribuir ao conhecimento do Poder Judiciario as contestações sobre actos administrativos.

« Aquelles para que n o Contencioso Administrativo não

passa de uma usurpação feita á Justiça ordinaria, não podem contestar que existe elle no nosso paiz em face dos Decretos ns. 124 de 5 de Fevereiro de 1842, art. 24 e n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, art. 3.º Ora, uma vez reconhecida sua existencia legal, não padece duvida que é da sua alçada a questão que se tem de resolver entre as duas partes contendoras, embora fosse encabeçada em uma acção de embargo de obra nova.

« Certamente o Poder Administrativo não se julga competente para decidir uma causa de embargo de obra nova. Por isso não avoca esse processo; mas reclama e impede que o Poder Judiciario, sob a fôrma de uma acção judicial, seja procurado como o competente para decidir sobre a extensão de favores concedidos pelo Poder Administrativo.

« Vossa Magestade Imperial decidirá como fôr melhor, em sua costumada justiça. — Rio, 10 de Fevereiro de 1874.—
Caetano José de Andrade Pinto.

ACCORDÃO.

« Accordão em Relação, etc. Dão provimento ao agravo, visto os autos; porquanto, não se tratando neste processo senão da acção de embargo de obra nova, articulada pela companhia agravante a fl. 14 e já contestada pelos agravados a fl. 31, é indubitavel a competencia que exclusivamente pertence ao Poder Judiciario para o conhecimento e definitiva decisão da causa, em que nos presentes autos são partes litigantes a companhia agravante e os agravados.

« E nem para determinar a incompetencia do Juiz *a quo* no caso vertente, podem ser acceitos os fundamentos adduzidos no despacho de fl. 36 e na minuta da sua sustentação a fl. 45 v., visto como, quaesquer que sejam as questões administrativas que se prendão á acção proposta contra os agravados, estas não mudão a natureza da intentada acção de embargo de obra nova e muito menos podem tornar illegitimo o unico poder reconhecido pela Constituição do Imperio, como exclusivamente competente para administrar Justiça ás partes litigantes, na acção constante dos autos.

« Dando, portanto, provimento ao agravo interposto do despacho a fl. 36, mandão que o Juiz *a quo* reforme o dito despacho, julgando-se competente para conhecer da causa, que mandão prosiga em seus ultteriores e finaes termos ; e assim decidindo, condemnão os aggravados nas custas. Rio, 24 de Fevereiro de 1874.— *Pereira Monteiro*, presidente interino.— *Sayão Lobato*.— *Azevedo*. — *Gouvêa*. »

Em vista do exposto, não resta duvida que o juiz *a quo* obrou legal e juridicamente, julgando-se incompetente para tomar conhecimento da questão entre a Companhia de Carris de Ferro do Jardim Botânico e os concessionarios da linha de carris para Santa Thereza, porquanto, desde que os concessionarios da linha para Santa Thereza effectuavão as obras e assentamento dos trilhos segundo o alinhamento e planta approvados pelo Governo, já se deixa vêr que o Poder Judiciario é incompetente para conhecer da materia, não cabendo em taes casos *o embargo*, porquanto a questão é da competencia dos tribunaes administrativos.

Requerer o embargo, em vez de allegar perante a autoridade administrativa competente a inconveniencia da autorisação concedida e de usar dos recursos legaes, é proceder illegalmente, porquanto não se trata de expropriação, nem de damnos, e assim o Poder Judicial para entrar na apreciação da questão tem de desrespeitar a concessão feita pela autoridade administrativa, proferindo uma decisão que vá implicita e indirectamente annullar a mesma concessão, o que não se pôde admittir, porque é uma invasão de um dos poderes do Estado, e que nullifica as disposições do direito vigente.

« Os poderes publicos, diz Schützenberger, na sua interessante obra— *As leis da ordem social*, são órgãos do Estado, exercem as diversas funções do poder social unico indivisivel. Cada relação da ordem social e cada poder tem sua natureza propria, suas funções particulares, seu fim definido e seus principios especiaes. A homogeneidade dos elementos que constituem o Estado, e a acção collectiva e

concordante dos poderes publicos, são tão necessarias á vida do Estado, como a acção collectiva e concordante dos órgãos é necessaria á vida do homem. »

Assim, o Tribunal da Relação, tomando conhecimento do aggravo e dando provimento, procedeu incompetentemente, contra o direito escripto e claro, que estabelece e regula os principios do *Contencioso Administrativo*. Mas este facto não pôde passar sem reparo, porquanto muito convém que não continúe a reproduzir-se tão escandalosa violação da lei. Os trabalhos publicos são motivados pelas necessidades do Estado e por interesses collectivos da sociedade. O poder social é o unico competente para fazer parar e para fazer executar medidas de interesse geral. As attribuições da soberania são indivisiveis, inalienaveis.

Toda concessão parcial dos direitos da soberania enfraquece o poder social, que não pôde abdicar de suas prerogativas em proveito de um interesse privado; não pôde, sem violar um principio fundamental, transformar um direito de soberania em um direito privado. As transacções que desnaturão os direitos publicos e que deslocão a acção dos poderes publicos são uma causa certa de desordem.

É verdade que o Ministerio da Agricultura, logo que teve conhecimento do facto, ouviu a respectiva secção do Imperio do Conselho de Estado, e expedio o Aviso de 29 de Dezembro de 1873, já citado, ao Desembargador Procurador da Corôa.

Correndo, porém, a acção de embargo no juizo inferior e não na Relação, fôra mais curial e juridico que a ordem dirigida ao Desembargador Procurador da Corôa o tivesse sido ao Dr. Procurador dos Feitos, por intermedio do Ministerio da Fazenda; deste modo a acção não iria por diante, o embargo não teria lugar, porquanto seria logo suscitado o conflicto e reivindicado o imperio da lei.

O nenhum procedimento do Procurador da Corôa diante do Accórdão da Relação bem confirma o que acabamos de dizer; e realmente, não podendo embargar-se os Accórdãos, que tomão conhecimento dos aggravos interpostos, e nem

tão pouco sendo permittido interpôr revista de despachos sobre provimento ou não provimento de aggravos (Decisão do Supremo Tribunal de Justiça, publicada no *Diario Official* n. 112 de 7 de Maio de 1874); já se deixa ver que, indevida e incompetentemente foi a recommendação, consignada no Aviso, feita ao Procurador da Corôa, que, pelo seu procedimento nesta questão, bem se depreheende faltarlhe os meios legaes para fazer valer os direitos da autoridade administrativa e cumprir a recommendação feita no citado aviso.

Depois de proferido o Accórdão e effectuado o embargo, não nos consta ter o Ministerio da Agricultura tomado providencia alguma, não obstante os conflictos poderem ser levantados em todo o estado da causa e muito principalmente, como no caso em questão, em que o conhecimento e decisão da causa proposta em juizo são por lei da competencia das autoridades administrativas, e a acção intentada ter por fim explicar o sentido e força de um acto administrativo nos objectos da competencia legal da Administração.

Este Accórdão não pôde passar sem reparo; firma uma doutrina, que, além de envolver uma usurpação manifesta de attribuições, que por lei não competem ao Poder Judicial, ha de no futuro causar embaraços ao livre exercicio da Administração, porquanto todo o principio falso produz effeitos funestos. Não basta estabelecer doutrinas; convém demonstrar a possibilidade de sua applicação; das vantagens que resultão da pratica dos principios é que se pôde ajuizar a sua efficacia; as provas da experiencia são decisivas em materia juridica e social, são a demonstração a mais evidente de sua realidade e de sua efficacia.

O Accórdão e com elle os principios em que se funda, levados ás ultimas consequencias, acabarão por desconhecer certos principios estabelecidos no interesse geral da sociedade; e sob o fundamento de que o direito de propriedade é inviolavel contestarão ao poder social o direito de impôr sacrificios ao direito privado e de exigir mesmo o abandono

deste direito em nome do interesse publico, embora se observem as fórmulas legais, que regulão *as desapropriações*.

Convém não esquecer que a Administração é um dos órgãos da força social, que tem a ardua e difficil missão de iniciar medidas de segurança, de bem-estar e de salubridade; a iniciativa de semelhantes trabalhos é um acto de grande alcance, uma das mais importantes attribuições administrativas, porquanto o estudo, a concepção e a applicação de semelhantes medidas competem á Administração.

A unidade de concepção e de direcção dos trabalhos publicos é de uma importancia incalculavel, que não deve ser compromettida por alterações que embaraço e difficultão o livre exercicio das attribuições do poder encarregado da direcção dos trabalhos; assim é que ao Poder Legislativo apenas compete votar ou negar os creditos necessarios para execução dos trabalhos, exigindo nessa occasião os documentos e esclarecimentos necessarios da autoridade competente; as modificações technicas improvisadas pelos corpos deliberativos alterão e destroem a economia dos projectos; taes iniciativas desnaturão o principio da responsabilidade, compromettendo as vantagens que resultão da divisão dos poderes.

Se isto se dá com relação ao Poder Legislativo, quer geral, quer provincial, que na concessão dos meios pecuniarios tem o direito de ponderar bem as vantagens da obra projectada, do plano traçado e de impedir a sua realização, negando os meios pedidos, casos unicos em que em taes negócios se admite a intervenção do Poder Legislativo; já se deixa vêr que em hypothese alguma deve ser tolerada a intervenção do Poder Judiciario em semelhantes assumptos, muito principalmente no caso em questão, em que este poder arrogou a si o direito de fixar os limites das concessões feitas, ampliando-os e restringindo-os.

Nem sempre se presta attenção para as causas principaes dos soffrimentos dos povos, occasionados muitas vezes por erros juridicos e administrativos; geralmente se desconhece que os actos de gestão de cada administração especial são regulados por

principios *sui generis*, que a sciencia administrativa deduz dos dados da experiencia, e que o direito administrativo torna obrigatorios. As decisões proferidas contra a jurisdicção administrativa, comquanto não se fundem em disposições de lei, são, pelo menos, toleradas e a todo o momento invocadas e produzem maior mal do que geralmente se comprehende e pensa.

Hoje, politicamente fallando, quasi nenhuma conquista temos a fazer; temos as bases, sobre que se firmão os governos livres, se achão clara e sabiamente estabelecidas na Constituição; felizmente, não temos mais necessidade de constituirmo-nos; em vez das preocupações politicas, cuidamos da iniciativa intelligente do progresso e das reformas, e nesse intuito os partidos vão subordinando seus rancores pessoaes aos interesses reaes do paiz; em vez de fazermos appello ás paixões e de inventarmos utopias, buscamos achar a solução pratica e séria de um ou outro problema administrativo; já não temos mais necessidade de tudo concentrar na Administração.

É verdade que a tendencia geral é toda para o desenvolvimento moral e intellectual e para os melhoramentos materiaes, tanto que o publico critica a autoridade administrativa, que persiste em velhos erros e em habitos rotineiros, o que muito concorre para o descredito da Administração; porquanto não deve ella, falseando sua missão toda benefica, proteger interesses, em vez de dar o exemplo da iniciativa e das reformas. É entretanto preciso, e muito convém, que a autoridade administrativa se previna contra subtilezas, que teem por fim alterar a confiança dos cidadãos para com a legalidade dos actos do poder social, que os contractos celebrados pela autoridade administrativa confirão direitos adquiridos e irrevogaveis; que a convenção seja uma realidade, muito principalmente tendo sido celebrada mediante propostas apresentadas, segundo as bases estabelecidas pela propria Administração.

Não devem as administrações, depois de acceita a proposta e celebrado o contracto, consentir em alterações

quanto ao plano e traçado das obras e alterar as clausulas dos contractos, substituindo-as por outras, muitas vezes menos onerosas.

Esta pratica algumas vezes adoptada pelas administrações, além de ser prejudicial á propria Administração, viola a jurisprudencia que regula a especie, a qual não admite que sejam modificadas as clausulas do contracto, quando muito, autorisa a rescisão mediante as penas estabelecidas no proprio contracto.

É preciso finalmente que a concorrência exigida nos contractos celebrados com as administrações seja uma realidade e não um simulacro; é preciso que a autoridade administrativa não seja exposta a suspeitas e a commentarios; que não seja alterada a confiança a que ella tem direito; para isso, muito convém que o concorrente apresente a sua proposta, tendo plena sciencia de que a lei é igual para todos, e que as condições acceitas nunca serão alteradas, seja qual fôr a posição e categoria do contractante, tornando ainda mais firme a convicção de que a moral administrativa é uma realidade entre nós.

XXVII.

Continuemos a analyse da consulta da secção de Fazenda do Conselho de Estado de 30 de Novembro de 1872, que sustenta: que a acção executiva só é applicavel ás dividas de impostos e aos alcances dos thesourciros; e pronuncia-se contra o principio: que na execução de uma sentença administrativa passada em julgado não pôde conhecer o poder judiciario, a quem só cumpre executar.

Não resta hoje a menor duvida de que a mais bella e ultima descoberta moral do seculo passado foi sem duvida a divisão dos poderes, a differença de administrar e julgar, e a França, que a fez, lhe deveu logo a ordem, o melhoramento e prosperidade

publica, em todos os ramos. Em um governo constitucional a divisão e harmonia dos poderes politicos é o principio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias constitucionaes. É do equilibrio e independencia destes poderes que nasce a belleza, a ordem e felicidade das nações. -

Infelizmente a citada consulta denota que o principio constitucional ainda não é uma realidade entre nós; e certos principios nella estabelecidos, em vez de concorrerem para o aperfeiçoamento social pela fiel execução das leis, fazem pelo contrario, com que o preceito constitucional se torne letta morta, e a lei seja entendida segundo o modo de ver de cada um dos seus executores.

Não transcreveremos a consulta de 30 de Novembro de 1872 já citada no capitulo 9º, nem tão pouco faremos o historico da questão; para dar uma idéa do occorrido passamos a transcrever alguns Avisos e principiaremos pelo de 17 de Março de 1870, dirigido pelo Ministerio da Agricultura ao da Fazenda, concebido nos seguintes termos:

« Com o Aviso de 16 do mez passado tive a honra de remetter a V. Ex. a consulta por cópia das secções reunidas dos Negocios do Imperio e Fazenda do Conselho de Estado de 23 de Dezembro de 1867, e o parecer, tambem por cópia, do empregado do Thesouro Nacional Braz da Costa Rubim sobre o merecimento dos balanços da Companhia Brasileira de Paquetes mandados organizar por este ministerio no presupposto de que a referida companhia, destruindo o resultado do exame feito na escripturação dos seus livros e por ella combatido, demonstrasse á luz da evidencia a importancia dos lucros liquidos no anno de 1865.

« Nessa occasião declarei a V. Ex. que dera ordem ao director geral dos correios para que intimasse a mesma companhia a entrar para os cofres publicos com a quantia de 430:875\$760, em que se calculáram os lucros liquidos pertencentes ao Estado no anno de 1865, segundo a clausula 13ª do contracto de 17 de Dezembro de 1859.

« Em officio de 22 do mez proximaemente findo participou-me

o presidente da directoria da companhia, que ella não podia obedecer á intimação recebida pelas seguintes razões:

1.^a A clausula do contracto de 1859, da qual o Governo derivava o direito á quantia reclamada, fôra alterada ob e subrepticamente, sendo que, quando tal facto se não tivesse dado, ao gerente signatario desse contracto faltárão os poderes precisos para acceitar a mesma clausula.

« 2.^a Não estando ainda approvedo pelo Poder Legislativo o contracto de 7 de Maio de 1863, pelo qual foi revogada a clausula 13.^a do de 1859, não era justo o acto do Governo, mandando recolher ao Thesouro a mencionada quantia.

« 3.^a A irregularidade commettida pelas administrações anteriores no lançamento da receita e despeza da companhia era causa de não exprimir a somma a importancia dos lucros liquidos excedentes de 12 % no anno de 1865.

« 4.^a A clausula 13.^a do contracto de 1859 não pôde ser applicavel aos lucros resultantes dos ajustes especiaes para serviço da guerra.

« 5.^a Ao Poder Judiciario e não ao Governo, que não pôde ser juiz e parte ao mesmo tempo, incumbe reconhecer se é ou não fundada a pretensão do Governo.

« Considerando que na ausencia de provas de ob e subreptição ou excesso de poderes por parte do gerente da companhia, a assignatura dos contractantes dá ao contracto os elementos precisos para a sua validade;

« Considerando que as novações feitas em 18 e 27 de Dezembro de 1866 e 19 de Dezembro de 1867 nos contractos anteriormente celebrados com o Governo dispensão hoje a approvação das clausulas 3.^a e 6.^a do contracto de 1863 pela Assembléa Geral;

Considerando que a companhia brasileira se oppoz a uma nova liquidação dos lucros liquidos verificados de 1863 em diante, e por meios tortuosos pretendeu nullificar-os durante o tempo em que vigorou o contracto de 1859, como se vê do parecer emitido pelo referido empregado Braz da Costa Rubim;

« Considerando que a somma de 430:875\$760 deve exprimir a exactidão dos lucros liquidos excedentes de 12 %.

no anno de 1865, visto o exame feito nos livros da companhia;

« Considerando que a clausula 13^a do contracto de 1859 não faz distincção entre lucros ordinarios e extraordinarios procedentes de ajustes especiaes feitos por motivo da guerra do Sul;

« Considerando que, pertencendo ao Contencioso Administrativo a decisão desta questão, não é possível que deixe de ser executada a Resolução Imperial de 7 de Março de 1868, proferida sobre a mencionada consulta;

« Considerando, finalmente, que a companhia, oppondo-se á intimação que lhe foi feita administrativamente para poupar-lhe maiores despesas, declina da competencia do Governo sob o pretexto de que não pôde ser juiz e parte ao mesmo tempo, quando é certo que pelo facto de ser parte contractante não perde a iniciativa que lhe compete, como poder publico, na execução dos contractos que celebra em beneficio da sociedade; rogo a V. Ex. se digne de expedir as necessarias ordens para que seja cumprida pelo Juizo dos Feitos da Fazenda a mencionada Resolução Imperial, remettendo a V. Ex., para melhor esclarecimento da causa, as cópias dos ajustes feitos em 1866 e 1867. »

O Aviso citado torna bem patente qual o procedimento da companhia para com o Governo; pelas razões expendidas no Aviso, foi pelo Ministerio da Agricultura dirigido ao da Fazenda o Aviso de 17 de Março: « Declarando que, não tendo a Companhia Brasileira de Paquetes entrado para os cofres publicos com a quantia de 430:875\$760 em que se calcularão os lucros liquidos pertencentes ao Estado no anno de 1865, em vista da clausula 13^a do contracto de 1859, houvesse de expedir as necessarias ordens para que pelo Juizo dos Feitos se tornasse effectiva a mencionada decisão. »

Ácerca da requisição feita forão ouvidas as directorias de Contabilidade e do Contencioso, e em vista dos pareceres emittidos foi pelo Exm. Sr. Ministro da Fazenda mandado que se remettersse conta para juizo, afim de ser cobrada executivamente; o que effectuou-se, extrahindo a directoria de

Contabilidade a certidão n. 4114, serie KK, que foi remet-tida á do Contencioso p ra os fins convenientes.

Antes de ser remettida a conta para o Juizo dos Feitos, julgou a directoria do Contencioso dever reconsiderar a materia e, enten-dendo não ser conveniente que se enviasse para o Juizo dos Fei os certidão da divida, nesse sentido representou ao Exm. Sr. Mi-nistro da Fazenda, que, achando procedentes as razões expendi-das, dirigio ao Ministro da Agricultura em 28 de Janeiro de 1871 o Aviso seguinte :

« Reconhecendo não ser de origem fiscal a divida de 430:875\$750 exigida pelo Ministerio a cargo de V. Ex., da Companhia Brasileira de Paquetes a Vapor, como se vê do parecer junto por cópia, com o qual me conformo, prestado a tal respeito pela directoria geral do Contencioso do The-souro, devolvo por isso a V. Ex. os papeis relativos a esta questão, afim de que se sirva dar suas ordens para promo-ver-se por parte desse Ministerio, pelos meios competentes e usando da acção ordinaria que no caso couber, a solução das obrigações contrahidas pela dita companhia para com a Fazenda Nacional. »

A respeito deste Aviso e do parecer da directoria do Conten-cioso foi ouvida a secção do Imperio do Conselho de Estado, cuja consulta se acha transcripta no capitulo IX. Entendendo a respectiva secção que se devia propôr a acção no Juizo dos Feitos, ficando sua direcção a cargo do Ministerio da Fazenda pela directoria do Contencioso, em vista dos arts. 2º e 12º da Lei n. 242 de 29 de Novembro de 1841 e Regulamento em vigor, expedio o Ministerio da Agricultura ao da Fazenda o Aviso de 26 de Outubro, nos termos da consulta.

Submettida novamente a questão ao Ministerio da Fazenda e sendo ouvida a directoria do Contencioso sobre a natureza da acção, que devia ser proposta pela Fazenda, opinámos que, em vista do occorrido, a divida de que se trata devia ser cobrada *executivamente*; as razões em que nos baseámos não calárão no espirito do muito digno director do Conten-cioso, que, divergindo da nossa opinião, fôra de parecer que se devia propôr a *acção ordinaria*.

Consultada a secção de Justiça do Conselho de Estado, foi de parecer, que a *acção ordinaria* era a cabivel em ca-os taes, sendo que o *executivo só é applicavel ás dividas de impostos e aos alcances dos thesoureiros*. (Consulta de 30 de Novembro de 1872, já citada no capitulo IX.)

Para tornar mais clara a sua argumentação, cita o illustrado relator da consulta varios arestos, taes como a decisão do Supremo Tribunal de Justiça na revista n. 8108, recorrente a Fazenda, e recorrido o major Antonio Pereira de Abreu; o Accórdão de 22 de Novembro de 1859, nas execuções da Fazenda contra Novaes & Pas-os; os Accórdãos de 31 de Março e 25 de Agosto de 1858, na execução da Fazenda contra Monteiro Irmão & Ca-tilho; os Accórdãos de 12 de Dezembro de 1871 e 14 de Agosto de 1872 proferidos na execução contra o major Antonio Pereira de Abreu; e finalmente invoca o principio acceito pela consulta das secções de Fazenda e Justiça do Conselho de Estado, de 17 de Abril de 1861: « Se o Poder Judiciario é competente para, a pedido da Fazenda, mandar proceder á penhora, é competente para mandar levantar-a. Aliás seria um cêgo instrumento ou um mero executor. »

Todos estes arestos forão por nós citados integralmente e analysados nos capitulos IX a XIV. Seria fastidioso reproduzir as diversas especies que derão logar aos arestos citados e ainda mais as nossas reflexões com relação a cada uma das especies.

Entretanto é preciso não esquecer-se que é da essencia do direito administrativo e dos tribunaes administrativos regular as relações entre a Administração, seus agentes e os particulares; e para fiel observancia de tão salutar principio aconselha Chauveau: « que, se em um processo civil ou criminal apparecerem duvidas sobre o sentido e significação de um acto administrativo, a Justiça não póde interpretal-o; deve este incidente ser remettido á Administração para ella propria o resolver, porque a Autoridade Judicial deve respeitar as decisões da Autoridade Administrativa, ainda quando incompetentemente proferidas. »

Os arestos citados bem demonstrão que não pequenos golpes tem soffrido a jurisdicção administrativa; para cada caso busca-se uma razão, que justifique a indebita intervenção da Autoridade Judiciaria; assim é que, umas vezes sustenta-se que semelhante intervenção não é cabivel senão quando a divida provém de impostos e de alcances de thesoureiros, outras vezes quando a divida versa sobre negocios da exclusiva competencia da Autoridade Administrativa, *reconhecidos como taes*, justifica-se a ingerencia da Autoridade Judiciaria, allegando-se que, se o Poder Judiciario é competente para a pedido da Fazenda mandar proceder á penhora, é competente para mandar levantar-a; aliás seria um cego instrumento ou um mero executor.

Contra a procedencia de semelhante argumentação nos referimos ao capitulo XIV e para elle chamamos particular attenção pelas importantes citações nelle feitas.

Reconhecemos a independencia do Poder Judiciario e respeitamos suas decisões, mas esta independencia não é tão absoluta como parece ao illustrado relator da consulta de 30 de Novembro de 1872, não é sem limites, postos pela mesma Constituição, que creou os poderes igualmente independentes, os quaes se devem respeitar mutuamente, sustentando os actos uns dos outros. Entretanto, querendo a citada consulta defender a acção do Poder Judiciario, estabelece theorias que tornão o Poder Judiciario juiz de todos os poderes, e nullifica a instituição do Juizo Administrativo. Procuraremos remover as consequencias de semelhantes principios, que, além de inadmissiveis, serão funestos ao proprio Thesouro.

É por demais sedico que a acção directa de cada ministro em sua repartição sobre pessoas e cousas, nas diversas relações em que ellas são submettidas á autoridade administrativa, é sempre a mesma, as funcções e deveres de cada ministro são as mesmas perante a lei, visto que cada ministro dirige a repartição que lhe é confiada. A jurisdicção do Ministerio da Agricultura para proferir a decisão de que se trata é incontestavel; a sua lei organica e diversas leis e regulamentos lh'a concedem.

Ao Ministro da Fazenda como representante do Tribunal do Thesouro incumbe principalmente a administração, a arrecadação e contabilidade da receita e despesa, fazer efectiva e real a fiscalização, presidir e acompanhar por assim dizer toda a gerencia da receita e despesa publica, inspecionar a arrecadação, distribuição e contabilidade de todas as rendas publicas, decidir todas as questões administrativas que a taes respeito possam occorrer. (Lei de 4 de Outubro de 1831.) É claro que não pôde, senão nos limites de suas attribuições, apreciar nem envolver-se em decisões proferidas por outro ministro, porque em casos taes não é autoridade superior da Administração, nem pôde julgar por lh'o vedar lei especial que regula a materia.

Não ha disposição alguma que autorise os ministros a reformar actos uns dos outros; quando legitimamente proferidos, das decisões ministeriaes cabe recurso para o Conselho de Estado e não para outro ministro. Intimada a decisão, a companhia não interpoz recurso algum e limitou-se a responder de um modo pouco usual nos estylos officiaes figurando-se não uma parte perante a Administração, mas, um outro poder, usando de expressões menos respeitadas e contestando a decisão por meio de officio, quando devia fazel-o por meio de petição de recurso para o Conselho de Estado. (Ordem n. 365 de 6 de Agosto de 1863).

Remettida a conta para o Ministerio da Fazenda, comquanto não seja autoridade competente para tomar conhecimento da decisão proferida contra a companhia, nenhuma allegação foi por ella feita. A decisão, tendo passado em julgado, tomou um character de sentença definitiva. A companhia nada allegou; a questão estava definitivamente terminada e reconhecido o direito da Fazenda, á indemnização exigida pelo Ministerio da Agricultura.

Não obstante o principio seguido pela Administração e adoptado em todos os seus regulamentos que, proferida a decisão só pôde ser revogada pela autoridade superior, por meio de recurso, entendeu o Ministerio da Fazenda desistir da acção *executiva* e mandar intentar a acção *ordinaria*, a qual

nos parece inadmissivel em casos taes, porquanto dá logar a controverter-se em juizo questões já decididas pelas autoridades administrativas em materia de sua competencia, e dahi a perturbação no exercicio das suas funcções e o grande inconveniente de ficar sujeita uma decisão administrativa á apreciação do Poder Judicial, quando aliás a decisão havia sido proferida com toda a competencia, o que acarretará a destruição da reciproca independencia que a lei estabelece.

Se um ministro puder apreciar a legalidade da decisão proferida por outro ministro ou a Autoridade Judiciaria tomar conhecimento de decisões administrativas competentemente proferidas, não haverá direitos adquiridos e firmes e sim vacillantes ou duvidosos; perderão toda a força as deliberações administrativas, ninguem as respeitará e executará, esperando que outra posterior revogue a anterior e concela o que a principio foi negado; a administração tornar-se-ha um cahos.

O simples receio de não ser bem succedida a Fazenda não justifica a propositura da *acção ordinaria*, porquanto, se é procedente ou não a acção executiva, e a divida que se cobra, compete á companhia allegar em sua defesa, usando dos meios legais, por ser negocio de seu interesse, e nunca á Administração, que nada tem que aventurar idéas, tanto mais quanto, pelo simples facto *de passar em julgado* a decisão proferida contra a companhia, só no Juizo dos Feitos da Fazenda pôde a mesma companhia defender o direito que lhe assistir e obter provimento, se fôr de justiça a sua pretensão, usando para esse fim dos meios e recursos legais.

Não ha segundo direito em questões de competencia; nas execuções da Fazenda as certidões ou conhecimentos fazem as vezes de sentença passada em julgado, e o juiz não é competente para julgar se as dividas são verdadeiras; é sabido que, segundo se expressa Pereira e Souza, *Primeiras Linhas Civis*, nota 573, o *caso julgado* faz do branco negro. Tirar em taes casos a fórmula executiva é dar uma flagrante infracção de lei, porquanto a ninguem é licito inverter, antepôr, preterir ou substituir a ordem e formalidades constitutivas do processo

contencioso e das acções, assim como a jurisdição e competência, que só podem ser exercidas em conformidade das leis.

Desde que a divida é liquida e sem condição, e nada ha que se deva primeiro liquidar, quer pela natureza do titulo, quer pela confissão ou revelia do réo, não pôde caber a *acção ordinaria* e muito principalmente no caso a que se refere a consulta de 30 de Novembro de 1872.

Em sustentação dos principios que defendemos, invocamos os consignados na consulta da Secção de Fazenda do Conselho de Estado de 16 de Abril de 1847: *Sobre a exigencia do Juiz de Direito Crime da Côte, de examinar os livros do Thesouro Publico Nacional, para esclarecimento do processo de responsabilidade de um ex-empregado do mesmo Thesouro*. Nesta consulta forão votos os viscondes de Olinda, e de Abrantes, Honorio Hermeto Carneiro Leão, Manoel Alves Branco, Caetano Maria Lopes Gama e Bernardo Pereira de Vasconcellos.

« Nella reconheceu-se o principio de que na suprema direcção e fiscalisação da receita e despesa, regulando a administração, arrecadação e contabilidade da Fazenda Nacional, nos termos da Lei de 4 de Outubro de 1831, não pôde ingerir-se autoridade estranha, de qualquer classe ou graduação que seja. Que no exame requisitado deve o juiz abster-se de tomar conhecimento da parte administrativa, e se no exame apparecer alguma questão administrativa, deverá recorrer ao Governo para resolver.

Propôr acção ordinaria contra a companhia, não obstante todos os precedentes, é negar credito e fé aos calculos e contas correntes; seria um transtorno de toda a ordem, se, constituidas cada uma das repartições debaixo de autoridades especiaes, fossem os seus actos inspeccionados por autoridades de jurisdição estranha. A passar o precedente, o Poder Judiciario aniquilará todo o Poder Executivo e Administrativo e com elle a Constituição do Imperio.

A administração de Fazenda já não poderá exercer aquílla suprema vigilancia e fiscalisação sobre a administração financeira do paiz, as suas attribuições baldar-se-hão, annullar-se-hão, e muito principalmente a nobre e ardua missão de verificar,

arrecadar e administrar os dinheiros e valores do Estado nos termos do Decreto n. 736 de 1850 e art. 170 da Constituição.

As expressões *pura e liquida* não se applicão sómente ás dividas de impostos propriamente ditas, e sim a todas as dividas, que a lei véda aos tribunaes tomar conhecimento, só admittindo-se qualquer opposição antes de extrahir-se a certidão; a duvida, a contestação da parte nada influem; as certidões têm sempre força de sentença passada em julgado.

A passar o precedente estabelecido pela consulta de 30 de Novembro, já citada, nunca haverá divida reconhecida liquida, nem sentença que possa ter execução, desde que o reconhecimento ficar a arbitrio do devedor, se a mesma questão passada em julgado administrativamente puder ser discutida novamente perante a Autoridade Judiciaria. Os direitos em litigio não terão termo, e cada vez surgirão mais duvidas e incertezas em presença de decisões encontradas de autoridades distinctas.

O Decreto n. 2548 de 10 de Março de 1860 dispõe nos arts. 38, 39 e 40 o seguinte:

« Se qualquer Juizo ou Tribunal de Justiça conhecer de alguma questão que deva ser ou tenha sido decidida pelos Tribunaes e jurisdições administrativas, na fôrma deste Decreto, as autoridades competentes promoverão immediatamente o conflicto de jurisdição, nos termos do Regulamento n. 124 de 5 de Fevereiro de 1842. »

« Os juizes e tribunaes, a quem por qualquer fôrma forem presentes as decisões do Tribunal do Thesouro e Thesourarias de Fazenda, não poderão tomar conhecimento dellas, interpretal-as ou revogal-as, devendo remetter sem prejuizo da execução as duvidas que occorrerem á Autoridade Administrativa competente, se lhe parecerem competentes.

« Nas execuções das decisões referidas no artigo antecedente, não se admittirão liquidações ou compensações e descontos, feitos judicialmente; podendo os interessados requerer á autoridade administrativa competente o que entenderem a bem do seu direito. »

Para melhor esclarecimento e demonstração dos principios

expostos, invocamos ainda a importante consulta das secções de Justiça e Fazenda do Conselho de Estado de 21 de Novembro de 1864, já citada no capitulo XIV.

XXVIII.

As idéas contra a jurisdição administrativa, filhas dos velhos erros e preocupações do passado, não poderão vingar, não obstante a omnipotencia dos parlamentos, porquanto, supprimindo-se o juiz, não se extingue a materia, e a refórma cifra-se em ultima analyse em uma transferencia de attribuições. E nesta transformação geral não póde deixar de soffrer a jurisdição civil, que não está preparada para receber esta extensão de attribuições, porquanto, qualquer que seja a fórma de Governo, haverá sempre uma administração encarregada de mandar e obrar em nome do Estado, que examine, julgue e decida as pretensões e direitos individuaes; a *jurisdição administrativa* não é, pois, uma creação arbitraria e sim um facto necessario e inevitavel.

Se, pois, ao Poder Executivo compete a deliberação e ao Judicial a execução, já se deixa ver que o juiz, não obstante a consulta de 30 de Novembro, não póde deixar de ser executor cego da lei, e a ella deve sujeitar-se a razão. Quer na jurisdição administrativa, quer na judicial, contra as sentenças ou decisões iniquas, a lei tem estabelecido recursos; esgotados elles, já não ha remedio, nem a conveniencia publica o consente, porque deve haver um termo ás demandas, e de outro modo estabelecia-se um processo *infinitem*. Se a companhia perdeu o direito de usar dos recursos, só de si deve queixar-se.

É claro e sabido de todos que o bom methodo e leal execução da lei, é quem ministra a unica e verdadeira garantia da genuina applicação dos principios de justiça que ella encerra. As fórmulas são as que estabelecem esse methodo, são meios coercivos, que a lei tem estatuido e prestabelecido para

regular os actos e termos que devem ser empregados no procedimento civil e criminal; são foraes, que assignão a linha e direcção que a justiça deve seguir, ou precauções salutaes, que encadeião o arbitrio e os abusos, que esclarecem a verdade e protegem a innocencia, e os meios de defesa, assim como de convicção, debatendo-os reciproca e solemnemente.

A administração da justiça seria desordenada, se não fosse subordinada no seu exercicio a regras e formalidades fixas, e esta é a razão por que em todas as nações ha leis que regulão o processo, isto é, o methodo e fórma, segundo os quaes as partes e os juizes devem proceder: aquellas para obter, e estes para fazer justiça. O processo traça de antemão e com firmeza a estrada que a justiça deve percorrer, e esta, encadeada e captiva em suas fórmulas, não póde jámais desviar-se dellas, porque são estas fórmulas a garantia mais firme e segura da execução das leis.

« As formalidades do processo, diz um escriptor, assegurão a liberdade dos cidadãos, porque garantem a defesa dos seus direitos. Ellas dão força ás sentenças, porque são a maior segurança da sua imparcialidade; revestem a Justiça de magestade, porque testemunhão a prudencia e sabedoria de seus actos.»

Assim, pois, é claro que, preteridas as formalidades legaes, o processo é nullo, porque a violação da lei, e o que se faz contra os seus preceitos nada vale; ou por outra phrase, não ha processo, porque este não é senão o complexo dessas mesmas fórmulas e tramites legaes. Sendo verdadeiros estes principios, é claro que a *acção ordinaria* proposta pela Fazenda contra a Companhia de Paquetes não tem fundamento juridico, por atropellar as fórmulas e solemnidades de direito, e tambem porque desattende decisões que passarão em julgado, a que se devião prestar obediencia.

A acção ordinaria aconselhada pela consulta de 30 de Novembro, sendo um grande golpe dado na jurisdicção administrativa, apenas poderá ser citada como aresto para justificar-se as invasões do Poder Judiciario, mas nunca poderá impedir que a Administração, que o Poder Administrativo reivindiquem os seus direitos, porquanto o que se obra contra a fórma da Lei

e a sua expressa determinação é nullo, e o que é nullo nunca passa em julgado, nem pôde produzir effeitos válidos, muito principalmente não sendo lícito prescindir das prescripções legais, nem alterar e transformar a competencia das jurisdicções e das acções.

Ao Poder Judiciario, quando ha direito constituido que regula qualquer objecto, só resta conferil-o; sahir fóra destes principios é injuridico; e o Poder Judiciario carece de autoridade e competencia para emendar ou reformar a quantia que foi julgada dever a companhia. Se o debito verificado era illegal, injusto e excessivo, devia a companhia recorrer á autoridade administrativa superior para que a injustiça fosse reparada; esta questão, porém, não podia ser ventilada em juizo, porque é alheia da jurisdicção do Poder Judicial.

É manifesta a incompetencia do Poder Judiciario para decidir e tomar conhecimento de questões da competencia do Poder Administrativo, a quem compete o mesmo conhecimento mediante o recurso da autoridade administrativa inferior para a superior. Estes principios, além de consignados no Alvará de 17 de Dezembro de 1790, na Ord. do Liv 2º, Tit. 52, §§ 1º e 10, Liv. 4º, Tit. 78, § 5º; Lei de 22 de Dezembro de 1761, Tit. 3º, §§ 9º e 10, nas Instrucções da Directoria do Contencioso de 31 de Janeiro de 1851, art. 33, achão-se ainda especificados de uma maneira positiva e terminante no art. 39 do Decreto n. 2548 de 10 de Março de 1860.

A independencia das autoridades administrativas em relação ás judicias é tanto uma realidade, que é prohibida não só toda a ingerencia das autoridades nos outros poderes politicos, a que ellas não pertencem, como tambem as Leis preceituão que nenhum magistrado ou funcionario administrativo pôde ser perturbado no exercicio das suas funcções, pela autoridade judicial, nem por qualq uer outra. Art. 38 do citado Decreto.

Não resta duvida que a consulta de 30 de Novembro nega ao Contencioso Administrativo, jurisdicções estabelecidas por Lei para decidir e julgar as questões contencioso-administrativas, tão soberanamente como o Poder Judicial; a força e autoridade de sentença das decisões das mesmas jurisdicções, e

assim instaura um processo exorbitante contra a propria Lei ou o Poder Legislativo !

O illustrado relator da consulta de 30 de Novembro, tratando do *caso julgado*, já disse em um notavel trabalho: « Em França a maxima *Res judicatá pro veritate habetur* não é somente um principio de ordem publica, é do proprio interesse da magistratura, porque dahi vem todo o seu prestigio, todo o seu orgulho, toda a sua força moral, toda a fé que ella inspira. « O que faz os exercitos fortes, dizia em sua estréa no Corpo Legislativo o Ministro do Interior Mr. Pinard é o respeito da disciplina; o que faz as nações fortes, livres, é o respeito de si, é tambem o respeito do Poder. O que faz a grandeza da magistratura de França é o respeito da Lei sem duvida, mas é tambem o respeito da *cousa julgada*. » Todos estes respeitos se ligão por mais de um elo; se se offende, ha um receio que não se abalem todos os outros. »

« Sobre o *caso julgado* tambem se expressára o Sr. Dr. Ferreira Vianna, com aquella erudição e clareza que tanto distinguem os seus escriptos: « Não conheço na terra, com a nossa organização judicial, poder algum com a autoridade para annullar os effeitos de uma sentença passada em julgado, quaesquer que sejam as suas nullidades; e a razão é que o caso julgado é a verdade reconhecida, e sobre a qual a Lei não quer que assente discussão ou investigação nova; é o limite racional e necessario de todos os pleitos, e que tanto por amor da ordem publica como da tranquillidade individual deve ser respeitado.

« O caso julgado póde ser conhecido unicamente por amor da Lei, porém os seus effeitos em relação ao processo ou acção em que foi proferida a sentença, e a respeito das partes ficão em inteiro vigor, e o caso julgado é tal que até affronta os principios da razão, fazendo do *quadrado redondo*. »

Por isso diz tambem um dos mais distinctos lentes da Faculdade de Direito do Recife, o Sr. Dr. Paula Baptista, em seu compendio de *Pratica do Processo*: « As palavras *cousa julgada* indicão uma decisão, que não pende mais dos recursos *ordinarios*; ou porque a Lei os não concede (segundo a Lei das Alçadas), ou porque a parte não usou delles nos termos fataes e peremptorios da Lei, ou porque já forão esgotados. O effeito de

umatal decisão é ser tida por verdade; assim, todas as nullidades e injustiças *relativas*, que porventura se commettessem contra o direito das partes, já não são susceptíveis de revogação. »

Reconhecemos os limites e o prestigio de uma consulta do Conselho de Estado, mas, apesar de toda a sua força, não se pôde invocal-a contra o caso julgado, nem autorisa a se reviver um processo findo ; a prevalecer a doutrina da consulta de 30 de Novembro « a sociedade será a incerteza, como judiciosamente disse o Sr. Dr. Ferreira Vianna, não haverá direito firmado, consciencia tranquilla e nem futuro garantido. A sociedade entrará no cahos. »

A decisão administrativa que passou em julgado, toma um character de sentença definitiva ; recorrer em taes casos aos meios ordinarios, além de inadmissivel, se ia contra enter em juizo questões já decididas pelas autoridades administrativas em materia da sua competencia, o que occasionará a perturbação da autoridade administrativa no exercicio das suas funções e a Administração ficará privada dos meios de fazer effectiva a cobrança das rendas nacionaes.

De um erro só podem nascer erros ; a jurisprudencia da consulta de 30 de Novembro nada menos importa do que declarar que as decisões administrativas podem ser o facto mas, nunca a lei ou o direito, em que se deve basear a sentença, que entre a Administração e os particulares sómente o poder judiciario é que deve decidir as contestações emergentes.

A este respeito diz Foucart : « A autoridade administrativa não tem menos necessidade de independencia que de unidade. Se na esphera da acção que lhe é reservada pela Constituição, ella encontrasse obstaculos, que ella não pudesse vencer, ou que fossem sómente de natureza á embarçar a sua marcha, todas as suas attribuições ficariam em perigo, a ordem social comprometida e a responsabilidade dos seus agentes impossivel. »

Serrigny, em seu tratado sobre a organização e competencia em materia contenciosa administrativa, assim se expressa : « Os actos emanados da Administração adquirem pela expiração do prazo do recurso a mesma força que o julgamento dos tribunaes. Eis a razão por que se diz que os ministros

têm uma especie de jurisdicção analogá á dos tribunaes; suas decisões tomão por sua natureza, pela via de recursos admissivel contra ellas e pelos effeitos que ellas produzem, uma côr, uma apparencia de julgamento. » (T. 3º pag. 186.)

Dufour assim se expressa: « A coisa julgada tem perante o Corpo Legislativo, assim como perante os tribunaes uma força contra a qual nada pôde prevalecer. As condemnações e decisões emanadas das autoridades administrativas, nos casos e materias de sua competencia, importão hypotheca do mesmo modo e condição que as das autoridades judicias. »

As decisões administrativas, sendo tambem a lei e o direito, não podem deixar de ser respeitadas pelos tribunacs judiciais, porque, como bem diz Savigny: « A autoridade da coisa julgada não é uma consequencia nem um predicado exclusivo do exercicio das funções judicias. »

Já o visconde de Uruguay demonstrara magistralmente que ás autoridades judicias não pertence o Contencioso Administrativo e os regulamentos fiscaes, que regulão a cobrança dos respectivos impostos, preceituão que, concluido o lançamento de que procede a certidão, que serve de base á execução fiscal, expedidos os respectivos conhecimentos para a sua arrecadação, nem mesmo ás autoridades administrativas é permitido alterar as collectas ou substituir os collectados por outros que o não sejam.

Esgotados os recursos legais, a ninguém senão a si devem os contribuintes imputar o descuido em que cahirão, não cabendo ao poder judiciario conhecer dos embargos oppostos, sem se dar uma flagrante infracção de lei, porquanto a sentença que passou em julgado faz do branco negro, como se expressa Pereira e Souza *Primeiras Linhas Civis*, nota 573, e a certidão do lançamento, que se executa, faz as vezes de sentença passada em julgado.

Os conhecimentos das quantias em divida, que hão de ser exigidas por execução administrativa, têm força de sentença passada em julgado e não podem mais ser discutidas perante os tribunaes, sem offensa da Ord. do liv. 3º, tit. 75, § inicial e sem usurpação de alheia jurisdicção.

A legislação portugueza de 1856 contém uma Portaria expedida pelo Ministerio da Fazenda ao Procurador da Corôa, em data de 21 de Outubro, fazendo vêr: « Que já algumas vezes questões da competencia da jurisdição administrativa, sendo levadas aos tribunaes judiciais, hão sido nelles decididas, o que não aconteceria se os agentes do Ministerio Publico tratassem de propôr opportunamente a excepção declinatoria e fizessem as convenientes communicações aos Governadores Civis para o levantamento dos conflictos, nos termos estabelecidos no citado capitulo 9º do Decreto de 9 de Janeiro de 1850; e, considerando quanto convém á governação publica que se mantenha a competencia das jurisdições e com ella a independencia dos poderes politicos do Estado, manda recommendar ao referido magistrado que faça expedir as ordens e instrucções necessarias aos agentes do Ministerio Publico, sobre o modo por que se devem haver nestes casos, e para que lhes faça sentir a grave responsabilidade em que incorrem pelas omissões ou irregularidades que praticarem em um objecto tão ponderoso. »

Na citada legislação tambem se encontra a Portaria de 30 de Maio de 1862, concebida nos seguintes termos: « Constando por officio do Ministerio da Justiça que o parcho e coadjutor de Albergaria a Velha são demandados perante o juiz ordinario do respectivo julgado, a requerimento de Manoel Ferreira dos Santos, que exige a restituição da congrua que foi obrigado a pagar-lhes por execução administrativa, e que o juiz ordinario se julgara competente para conhecer da acção intentada, não obstante haver sido deduzida nos autos a excepção de incompetencia, fundada em que não podião as justiças desfazer o que estava ordenado pelos tribunaes administrativos dentro dos limites da sua jurisdição; e sendo certo em vista dos arts. 10 e 11 da Lei de 20 de Julho de 1839, confirmada pela de 8 de Novembro de 1841, que o arbitramento e derrama das congruas são actos de administração, com processo e recursos proprios e especiaes para os tribunaes administrativos, e que a sua cobrança contenciosa se faz pelo mesmo modo que a dos impostos para o

Thesouro Publico, art. 12 da primeira lei, donde resulta que os conhecimentos pelas quantias em divida, que têm de ser exigidas por execução administrativa, têm força de sentença passada em julgado e não podem mais ser discutilas perante as justças, sem offensa da Ord., liv. 3º, tit. 75, § inicial e sem usurpação de alheia jurisdição; dispondo tambem o Codigo Administrati o no art. 356: « Que nenhum magistrado ou funcionario administrativo possa ser perturbado no exercicio das suas funcções pela autoridade judicial, perturbação que se dá quando esta se arroga o direito de conhecer das questões já decididas pela autoridade administrativa, em materias da sua competencia, como diz o regulamento do Conselho de Estado de 9 de Janeiro de 1850, art. 107; e convindo pôr cobro á inversão dos principios de competencia e de jurisdição praticada pelo juiz ordinario de Albergaria a Vel a: determina Sua Magestade El-Rei que o governador civil de Aveiro, tendo em vista as disposições dos arts. 105 e seguintes do citado regulamento e especialmente o art. 113, levante logo conflicto de jurisdição positiva. »

Não tendo o poder administrativo meios coercitivos de reduzir os julgados a effeito contra a vontade dos condemnados, não tem remedio senão recorrer á autoridade judiciaria competente e requisitar a força e auxilios necessarios para tornar effectiva a decisão, applicando a lei completa á obra da lei, e assegura a ordem na sociedade. Por isso diz Merlin: « A execução definitiva é o cumprimento puro e simples das disposições encerradas em um julgamento, sem que seja permittido alterar na execução. »

Attendendo aos principios expostos é que a Ordem de 13 de Outubro de 1859 preceitúa: « Que o caso julgado administrativamente obsta á demanda judicial e dá logar a conflicto. »

XXIX.

É um principio incontestavel que o juiz, antes de tomar conhecimento de qualquer questão, deve certificar-se de sua competencia e jurisdicção, e hoje que se achão divididos os poderes, devem as autoridades conter-se dentro da esphera das suas attribuições que lhes estão marcadas; a p evalecer os principios da consulta de 30 de Novembro não haverá divisão, mas sim confusão de poderes.

A questão a que se refere a consulta, versa sobre um contracto, em que interveio a Administração; é um acto todo administrativo, cuja apreciação não compete ás autoridades judiciais e sim ás autoridades e tribunaes administrativos, com recurso para o Conselho de Estado. Se, pois, todas as reclamações contra os actos administrativos fundados nas leis e regulamentos administrativos não são da competencia dos tribunaes judiciais, é claro que a propositura da acção ordinaria por parte da fazenda não se concilia com os principios e jurisprudencia que regulão as prerogativas da Administração no exercicio da jurisdicção administrativa-contenciosa.

No estado em que se collocou a Companhia de Paquetes para com o Governo, e tendo passado em julgado a decisão proferida pelo Ministerio da Agricultura, nada mais competia do que tornar-se effectiva a decisão, e em vez de intentar-se a acção ordinaria devião os agentes da Fazenda oppôr-se a qualquer embargo que dissesse respeito á cousa julgada, allegando incompetencia e falta de jurisdicção do juizo e a excepção *rei judicata*, estabelecendo o conflicto, caso fosse necessario, porquanto o *caso julgado* tambem produz effeito de execução apparelhada.

Mesmo em juizo, no fôro commum, não se póde intentar uma segunda acção pelos mesmos fundamentos da primeira, sendo entre as mesmas partes e sobre a mesma cousa ou

objecto, sem que a sentença proferida naquella primeira acção e que passou em julgado seja previamente rescindida, porque lhe obsta a excepção de caso julgado. (Ord. liv. 3^o, tit. 75), não podendo ter lugar a rescisão *senão por documentos novos que destruão a prova feita*, que servio para o julgado anterior.

Proceder de modo diverso e arguir nullidades contra a materia dos mesmos julgados, requerendo-se de uma maneira que não tem apoio na lei, por meio de um recurso sobre liquidação dos julgados, a revogação dos mesmos julgados, além de inadmissivel será sophismar-se a lei, o que alterará o mecanismo ou systema do processo judicial.

As leis fiscaes só admittem em suas execuções embargos que não tenham sido allegados na causa principal, taes como os modificativos ou in'ringentes do julgado; observando-se no seu processo e julgamento as disposições especiaes das execuções fiscaes e as geraes do *Direito Civil*. (Ord. liv. 3^o, tit. 65, § 2^o, tit. 84, § 8^o, tit. 87, § 1^o e 2^o, Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3^o, § 7^o, combinada com a Ord. liv. 3^o, tit. 87, §§ 4^o e 10^o, e liv. 2^o, tit. 52, § ultimo.)

Estes principios que vigorão nas execuções fiscaes não são *leoninos* como geralmente se entende; é a mesma jurisprudencia observada no fóro commum e ensinada pelos praxistas.

O meu illustrado mestre, o Sr. conselheiro Dr. Paula Baptista, em seu compendio de *Theoria e Pratica do Processo* assim se expressa no § 208: « São admissiveis nas execuções *civeis*: 1^o, embargos de nullidade do processo e da sentença, (Ord. liv. 3^o, tit. 75, pr.; tit. 87, § 1^o); 2^o, de nullidade da execução, (Ord. cit., tit. 87); 3^o, os que não têm effeito *resolutorio* e apenas concernem á execução, bem como os de *compensação, novação, transacção, pagamento, pacto do non petendo, retenção, mora'oria*, etc., não tendo sido allegados e decididos na causa principal ou sendo superveniente ao julgado (Ord. cit.); 4^o, os que se fundão em algum direito especial, como os de *restituição*, (Ord. liv. 3^o, tit. 41 pr. e § 4^o, etc.); 5^o, os *infringentes do julgado*, (tit. 87, §§ 2^o e 3^o).

E continuando, diz: « Esta Lei exige que o executado

jure que a materia dos embargos veio ao seu conhecimento depois *do julgado*, ou seja soldado ou rustico, em lugar onde não ha advogado, ou seja revel não citado pessoalmente. A razão é porque estes embargos, que realmente são um meio extraordinario de opposição *ao julgado* para supprir a falta ou a insufficiencia da defesa por motivos inculpaveis, se não devem converter em um meio ordinario de defesa contra a autoridade da *cousa julgada*. »

Quanto ás causas fiscaes dispoem a Ord. liv. 3º, tit. 25, e a Lei de 22 de Dezembro de 1761, que a materia de defesa só pôde consistir em mostrar quite e paga a divida em sua totalidade ou em parte, apresentando logo conhecimento authentico da respectiva repartição ; ou então provando illegitimidade de pessoa, ou nullidade do processo. A Ord. liv. 2º, tit. 52, liv. 4º, tit. 78 ; Lei de 22 de Dezembro de 1761, Alvará de 16 de Dezembro de 1790 e Instrucções do Contencioso de 31 de Janeiro declarão positiva e terminantemente que não são admissiveis defesas constantes de materia que envolva conhecimento da divida, por não competir elle á Autoridade Judiciaria e sim á Adminisrativa.

A decisão preferida pelo Ministerio da Agricultura contra a Companhia de Paquetes adquirio a força de sentença passada em julgado, não podendo a questão sobre que ella versa ser novamente discutida ; assim, pois, nos parece que a propositura da acção ordinaria por parte da Fazenda carece de fundamento juridico, tanto mais quanto a Fazenda só prova *de modo ordinario* quando se trata de questões de propriedade e posse.

A jurisprudencia da consulta de 30 de Novembro no intuito de justificar a propositura *da acção ordinaria* vai de encontro aos principios que regulão a jurisdicção e competencia e tambem ao preceito constitucional da divisão dos poderes ; porquanto, pondo em duvida *o caso ulgado administrativamente*, admitte, *aconselha* que seja novamente discutido pelos meios ordinarios, invertendo a ordem das jurisdicções e estabelecendo um recurso, que altera o nosso mecanismo administrativo e a competencia dos juizos, autorisando por este meio a

revogação e nullidade dos mesmos julgados, violando disposições de leis por demais claras e terminantes.

Contra semelhante jurisprudencia protesta a consulta das secções de Fazenda e Justiça do Conselho de Estado de 21 de Novembro de 1864, já citada no Capitulo XIV, que energicamente se pronuncia contra os principios hoje acceitos pela de 30 de Novembro de 1872; então era o Poder Judiciario que ia de encontro ás decisões administrativas, que desconhecia a *jurisdição administrativa contenciosa*; hoje é a propria autoridade administrativa duvidando de um acto por ella praticado, de uma decisão por ella proferida com toda a jurisdição e competencia!

Semelhante precedente fará com que a autoridade judiciaria se julgue competente para intervir e decidir de todas as questões financeiras e administrativas, já não haverá razão para se lhe negar o mesmo direito nos demais casos, não obstante os principios e garantias constitucionaes que sustentão a divisão e harmonia dos poderes constitucionaes.

É preciso, porém, fazer cessar semelhante doutrina, que, partindo de um principio falso, só póde crear erros, e no meio desse labyrintho tudo prevalecerá, tudo imperará menos o *caso julgado*; a opinião manifestada na consulta de 30 de Novembro nada mais é do que a subversão e transtorno completo de todos os principios do direito.

A acção é um remedio de direito para proseguir em juizo o que é nosso; por meio della se debatem os direitos e obrigações dos litigantes e o juiz competente profere a sua decisão.

Se a execução é o meio de tornar exequivel essa decisão, a que proposito e para que fim se intentar um novo pleito sobre a acção já terminada, quando já se não tratava de debater e apreciar os direitos e obrigações dos litigantes, que estavam declarados e definidos, mas tão sómente de levar a effeito essa sentença?

A sentença, segundo Pereira e Souza, nota 571, passa a ser cousa julgada e produz todos os effeitos juridicos, quando, cabendo na alçada do juiz, não ha della recurso, quando, cabendo o recurso, as partes não o interpuzerão no prazo legal. Os seus effeitos são: fazer direito

entre as partes (Ord. liv. 3º, tit. 81); ser irretractavel (Ord. Liv. 3º, Tit. 66, § 6º); ser tida por verdade; terminar o officio do juiz. (Pereira e Souza, § 281, e Mello Freire, § 14.)

Convém notar que tem logar a acção de nullidade e rescisão de sentença entre outros casos: quando se tiver julgado por um ou mais documentos que depois se provar erão falsos, e cuja falsidade não tenha sido allegada na causa, em que se tiver proferido a sentença rescindenda. (Lobão Exec., § 219); quando sobrevier um ou mais documentos novos, que destruão a prova, que servio para o julgamento anterior, sem que sejam coadjuvados por prova testemunhal e que a parte não interessada não pudesse ter ao tempo em que se proferio a sentença rescindenda. (Lobão Exec., § 217.)

Nestas condições pôde o executado embargar a sentença na execução ou rescindir-a por acção de nullidade; não podendo haver mais duvida quanto á decisão proferida contra a companhia, continuamos a pensar que a jurisprudencia da consulta de 30 de Novembro, além de incompleta e defeituosa, se acha em desharmonia com o direito, e que o Ministerio da Fazenda, acceitando-a, frustrou completamente a decisão do Ministerio da Agricultura, em vez de lhe dar acção e movimento; o direito fiscal além de já ser um cahos, dentro em pouco compôr-se-ha de uma legislação sem nexo e sem unidade.

O processo ordinario tem logar em todas as causas, *excepto* aquellas a que a lei marca um processo especial, taes são *as causas de Fazenda*. A maioria dos autores segue a opinião — que as causas por sua natureza summarias podem transformar-se em ordinarias, convindo ás partes; mas Lobão, *Acções Summarias*, § 4º, nota *in fine*, abandona a opinião que seguiu nas *Segundas Linhas Civis*, nota 8. E no *Tratado das Acções Summarias*, prefacio e § 18 *in fine* diz: « Que os processos devem ser summarios, pela urgencia publica, pelo favor da pessoa e pela celeridade que exige a natureza da causa.

Um notavel jurisconsulto portuguez o Sr. Dr. Duarte Nazareth depois de enumerar em seus *Elementos do Processo Civil*, as causas que por sua natureza particular e segundo a fórma

da legislação e praxe antiga seguem o processo summario, accrescenta: « Processão-sé summariamente alguns incidentes tanto das causas principaes, como nas execuções, e todas as causas que, por lei especial ou por uma pratica constante, fundada na analogia de direito, têm uma ordem diversa das ordinarias. (Lobão, *Acções Summarias*, Pereira e Souza, Tomo 4º, Cap. 1º e 2º.)

« O processo executivo é excepcional, e como repugnante ao processo natural e social, só deve ser admittido nos casos em que a lei muito expressamente o determina. (Mello Freire liv. 4º, tit. 7º, §§ 4º e 5º e tit. 23, § 3º, e tit. 9º, § 3º, Corrêa Telles, *Interpretação das Leis*, § 76.)

« O processo executivo é aquelle em que, sem proceder citação — nem audiencia do devedor, se começa logo pe a penhora em seus bens. E tambem se diz executivo aquel e processo, que começa pela citação ao devedor para dentro de um certo prazo pagar ou nomear bens á penhora. »

Execução é o acto pelo qual o juiz competente leva a effeito o requerimento da parte, a sentença exequivel ou o titulo com força de sentença. (Pereira e Souza, *Primeiras Linhas Civis*, § 383, Moraes, de execut., liv. 4º, tit. 22, § 1º).

Sendo a execução um acto judicial para tornar effectivas as decisões proferidas em juizo competente e as obrigações constantes de titulo com execução apparelhada, está subordinada a regras e formalidades leaes que nella devem observar-se. O complexo destas formalidades é o que se chama processo de execução. (Nazareth, *Processo Civil Portuguez*, § 613 e Pereira e Souza, nota 758.)

Não resta duvida que pelo nosso Direito Administrativo cada ministro é o liquidador da despesa que respeita aos serviços comprehendidos na sua repartição, tendo apenas o Ministerio da Fazenda a attribuição de rever a liquidação da divida tanto activa, como passiva do Estado, nos termos do Decreto de 20 de Fevereiro de 1840, Lei de 18 de Setembro de 1845 e Decreto de 18 de Setembro de 1845, Decreto de 26 de Fevereiro de 1862, Lei de 28 de Julho de 1865 e Decreto de 24 de Dezembro de 1870.

Esta attribuição porém, não impede que a acção directa de cada ministro em sua repartição sobre pessoas e cousas, nas diversas relações em que ellas são submettidas á autoridade administrativa, seja sempre a mesma; as funcções e deveres de cada ministro são as mesmas perante a lei, visto que cada ministro dirige a repartição que lhe é confiada. Nenhum ministro, mesmo o da Fazenda, apesar da importante missão que lhe é confiada, pôde apreciar nem envolver-se em decisões proferidas por outro ministro, porque em tal caso não é autoridade superior da Administração, nem pôde julgar por lh'o vedar a lei especial que regula a materia.

Em vista destes principios e tendo passado *em julgado* a decisão proferida pelo Ministerio da Agricultura contra a companhia, tomou um character de sentença definitiva; ao Ministerio da Fazenda nada mais cumpria do que providenciar no sentido de se promover a execução e nunca entrar na apreciação quanto ao modo por que forão interpretadas as clausulas do contracto e se é ou não procedente a divida exigida pelo Ministerio da Agricultura. A acção ordinaria em casos taes não envolve só violação do caso julgado, é tambem inadmissivel, porque, violando os principios de jurisdicção e competencia, occasiona a perturbação da autoridade administrativa no exercicio das suas funcções, e com ella o *desequilibrio social*.

XXX.

Já demonstrámos a differença que existe entre a autoridade administrativa e a judiciaria, que a unidade, liberdade e independencia de cada uma dellas para que se tornem uma realidade, faz-se preciso não só que uma se abstenha de entrar no dominio da outra, como tambem que ambas respeitem os seus diversos actos.

Por esse lado é ainda inadmissivel a propositura da acção ordinaria, porquanto, sujeitando a decisão do Ministerio da

Agricultura á apreciação do Poder Judiciario, proferida com toda a competencia, fica destruida a reciproca independencia que a lei estabelece. Se o Ministerio da Fazenda é incompetente e não tem jurisdicção para tomar conhecimento da decisão proferida pelo Ministerio da Agricultura, com mais véras o Poder Judiciario, porquanto a jurisdicção vem da Lei, e em pontos de competencia jurisdiccional é preciso seguir á risca as disposições das leis, e não assumir uma competencia, que, não se podendo fazer nem crear, tornão-se arbitrarios os principios em que ellas se fundão.

A competencia dos juizes vem da natureza das causas, mas a competencia dos recursos vem da qualidade dos juizes, de cujos actos só pôde tomar conhecimento o seu legitimo e immediato superior de jurisdicção homogenea, porque de outra maneira teriamos que a incompetencia de um juiz daria competencia a outro que não fosse seu superior para lhe emendar os seus actos, o que é um absurdo, porquanto uma cousa é a competencia do juiz para conhecer de qualquer causa, e outra cousa é a competencia do recurso.

Em face do direito constituido não resta duvida que as decisões administrativas dadas definitivamente e passadas em julgado têm execução como qualquer sentença, cujo cumprimento deverá ser pedido perante as justças locaes, como se fôra de uma sentença judicial. Se a decisão foi injusta, mas passou em julgado, não pôde haver recurso nenhum; ainda que em casos taes fosse admissivel o recurso, porque não havia de ser antes administrativo dentro da mesma esphera, do que judicial, que pela mutua independencia se não podem annullar um ao outro? Para que a acção ordinaria aconselhada pela consulta? O que ha de fazer aqui o Poder Judicial? Annullar a decisão administrativa proferida pelo Ministerio da Agricultura? É tanto impossivel como o Poder Administrativo annullar uma sentença *judicial*.

Se a companhia tivesse interposto algum recurso, certamente não teria o Ministerio da Agricultura remettido todo o processado ao da Fazenda para que, procedendo á liquidação e inscripto o debito no respectivo livro da divida activa se promovesse a

cobrança pelos meios judiciaes; desde que não houve allegação alguma, nem mesmo *incompetentemente* perante o Ministerio da Fazenda, qual o fundamento das apprehensões da Directoria do Contencioso, quanto ao bom exito da acção executiva, que se devia intentar contra a companhia? Esta apprehensão se não compraz nem com o espirito, nem com a litteral disposição da lei.

Nos termos da Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3º, §§ 2º, 5º e 9º, e Instrucções do Contencioso de 31 de Janeiro de 1851, art. 3º antes de requerer, deve o Procurador da Fazenda examinar cuidadosamente se a certidão está em devida fôrma, isto é, se a divida foi devidamente liquidada, e passada a certidão por pessoa competente.

Se, pois, verificada a legalidade da conta extrahida contra a companhia, e se com este documento entra a Fazenda em juizo com sua intenção fundada de facto e de direito (Lei de 22 de Dezembro já citada); e se é tal a força que assiste ás certidões ou contas correntes, que a citada Lei muito expressa e terminantemente só admitte defesa consistente em quitações liquidas e puras, não admittindo discussão no Juizo Contencioso Judiciario do merito das contas em relação á certeza da divida, verificada e provada em juizo competente, não prevalecendo a razão muitas vezes allegada de que as decisões são proferidas sem audiencia das partes, porquanto em todo o caso e a todo o tempo pôde neste mesmo juizo instaurar-se a reclamação de direito para reforma da conta, mantendo por esta fôrma sempre illesa a ordem das jurisdicções, como tanto convém á causa publica, como, pois, com semelhante titulo ou documento vai a Fazenda demandar a companhia pelos meios ordinarios?

A ordem do processo e a fôrma dos juizos são de direito publico e não podem alterar-se pela vontade das partes (Pereira e Souza, § 8º). Estes principios, ainda que não tivessem *rigorosa* applicação com relação á Fazenda Nacional, não autorisavão a que, obtida uma sentença, se pedisse a sua execução pela via ordinaria, porquanto, já o libello não podia ser a base da acção e nem o juiz teria a faculdade de rejeital-o (Pereira e Souza, nota 265, Ord. liv. 3º, tit. 20, § 16). Hoje trata-se de cumprir o *julgado*, cuja rescisão não compete ás autoridades

judiciaes, que não podem infringil-o, porque o caso julgado tem força de execução apparelhada.

Tirar, portanto, a fôrma executiva é violar a lei, porquanto a ninguém é licito inverter, antepôr, preterir ou substituir a ordem e formalidades constitutivas do processo contencioso e das acções, assim como a jurisdição e competência, que só podem ser exercidas em conformidade das leis vigentes, e a sentença *passada em julgado* faz do branco negro (Pereira e Souza, *Primeiras Linhas Civis*, nota 573).

Ainda mesmo admittindo-se que o Ministerio da Fazenda fosse competente para entrar no conhecimento, se foi boa ou má a decisão proferida pelo Ministerio da Agricultura, convém notar que, ha dous despachos diametralmente oppostos, um reconhecendo competente a acção executiva, outro opinando pelo meio ordinario. Se é principio corrente que a sentença contra sentença, proferida pelo mesmo julgador, não tem validade (Ord. liv. 3º, tit. 75), o que é seguido pela Administração em todos os seus Regulamentos; e proferida a decisão só pôde ser reformada pela *autoridade superior*, é claro que o Ministerio da Fazenda, reformando o seu primeiro despacho, embora fundado no parecer da Directoria do Contencioso, firma um aresto de grande alcance, pelos inconvenientes que resultão ainda mesmo acceitando-se a legislação civil; segundo a Ord., liv. 3º, tit. 66, § 6º, dada sentença definitiva, não tem mais poder para a revogar o juiz que a proferio, e nem mesmo o *successor no officio*, no qual não é trespassado mais poder do que o outro tinha, como é expresso na Ord., liv. 3º, tit. 65, § 6º; assim, pois, seja-nos licito dizer, a decisão foi proferida nulla e incompetentemente, porquanto já havia findado a jurisdição do Ministerio da Fazenda, que não podia julgar de novo uma questão, que já estava julgada.

Ainda que o caso julgado administrativamente perdesse a força executiva, como acontece com as sentenças do Poder Judiciario, pelo lapso de 30 annos, mesmo assim o seu conhecimento competeria exclusivamente aos tribunaes e juizes administrativos; a questão não deixaria de ser da esphera do Contencioso Administrativo. Seja qual fôr o caso, não comprehendendo

como a Fazenda, não se tratando de questões de propriedade e posse, deduzo o seu direito pelos meios ordinarios, ou, *ainda melhor*, peça a execução de um julgado por meio de acção ordinaria, podendo por este modo envolver a Fazenda em uma serie indefinida de acções.

A execução não é mais do que um meio de assegurar os effeitos das decisões, reduzindo o condemnado á obediencia do julgado. São, pois, titulos executorios e base do processo de execução:— a carta de sentença, o mandado executivo ou de solvendo e o auto de conciliação. O titulo *executorio*, segundo Delvincourt, *Cours de Cod. Civ.*, tom. 2º: « É o titulo, cuja execução póde ser effectuada nos bens do devedor, por um simples mandado, sem que seja preciso obter-se um julgamento. »

O systema da nossa legislação foi sempre constante e inalteravel em não admittir indistinctamente o meio executivo para todas as causas da Fazenda, mas só para aquellas em que ella entrava com sua *intenção fundada e liquidada*, isto é, em que no ingresso da execução a dívida era certa e liquida, á vista dos conhecimentos ou certidões de livros, que para esse fim tinham por si força probativa; e sem isto a via executiva não se empregava nunca no fôro. Além do Regimento das Contos, no cap. 47, do Alvará de 16 de Dezembro de 1774, § 4º, e do de 9 de Setembro de 1621, a Lei de 22 de Dezembro de 1761, no tit. 3º, §§ 2º, 4º, 5º e 6º, estabelece a este respeito as mais claras e decisivas regras.

E poder-se-ha dizer que a decisão do Ministerio da Agricultura, toda fundada nos contractos celebrados entre a companhia e o Governo, e nos exames procedidos nos livros da mesma companhia, e depois de passada em julgado a mesma decisão, inscripta a dívida nos livros do Thesouro e extrahida a conta competentemente assignada, não tenha semelhante titulo os requisitos que a lei exige, afim de ter authenticidade e força bastante para poder servir de base á execução, fazendo as vezes de sentença passada em julgado? Só conhecemos a consulta de 30 de Novembro que sustenta a acção ordinaria em semelhante caso, mas convem não perder de vista, que não se funda em uma só disposição de Lei, e sim em varios arestos,

para desattender decisões que passarão em julgado, recusando-lhe a devida obediencia.

O illustrado e eximio jurisconsulto, relator da consulta de 30 de Novembro, sustenta que a Administração figura não como Poder Administrativo, e sim como particular, que não se trata de uma divida activa de character administrativo fiscal e sim de character e direito commum e privado, e, portanto, se não pôde usar do meio executivo, visto a companhia não assumir o character de um contribuinte, nem de agente ou responsavel fiscal.

As dividas fiscaes têm um processo especial, que não é lícito alterar, sem flagrante infracção de Lei; remettidos os conhecimentos para serem ajuizados, não compete a juiz examinar se a divida é bem cobrada; não pôde julgar do pedido, apenas cumpre-lhe *executar os conhecimentos*, que têm força de sentença.

A Directoria do Contencioso, em officio n. 161 de 30 de Setembro de 1852, assim se expressa: « A razão por que os Procuradores Fiscaes e seus Solicitadores nada provão, nem podem provar de modo ordinario, como expressou o Decreto de 14 de Julho de 1759, só procede relativamente aos processos executivos, em que a Fazenda Nacional entra sempre com a sua intenção fundada em direito *para transferir nos réos o encargo da prova*, nos termos dos estatutos de 16 de Dezembro de 1756, Cap. 17, § 6º; Decreto de 14 de Julho de 1759, Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3º, §§ 5º a 9º. e não assim *das causas civeis de outra natureza, ordinarias ou summarias*, em que a Fazenda fôr autora ou ré, e em que a sua intenção ou defesa tiver de ser fundada em direitos e acções provenientes de actos ou contractos *meramente civis*, regulados pelas disposições geraes do direito civil, a que em tal caso é sujeita; pois que nessas deverão os processos seguir a fôrma estabelecida para a generalidade das causas, e serão ambas as partes obrigadas a satisfazer as regras communs, salvo os privilegios de que goza a Fazenda Nacional.»

Não se diga que as expressões *causas civeis ordinarias ou summarias* referem-se ás dividas que não são de impostos, e, portanto, não podem ter, como estas, o processo executivo. Contra semelhante interpretação protestão as Instrucções da Directoria

do Contencioso de 31 de Janeiro de 1851 e o officio n. 295 de 6 de Agosto de 1861, tambem da Directoria do Contencioso, que, combinados com as Instrucções tambem da Directoria do Contencioso de 10 de Abril de 1851, bem demonstrão que as expressões *causas civeis* não pôdem comprehender a cobrança da divida activa, que se effectua por meio do processo judiccario executivo; interpretação, que se deprehe de da Circular de 10 de Fevereiro de 1851 tambem do Contencioso, que diz: « Em cumprimento do dever que me impõe o art. 26, § 3º do Decreto de 20 de Novembro de 1850, para regularidade do serviço a bem dos interesses da Fazenda Nacional, *no que é relativo á cobrança da divida activa do Imperio*, por meio do processo judiccario executivo, na fórma das Leis, tenho organizado as Instrucções para os Procuradores do Juizo da Fazenda, de que lhes remetto um exemplar para seu conhecimento e execução....»

Convém notar, porém, que a Directoria do Contencioso em officio n. 67 de 12 de Março de 1863 emitta a seguinte opinião: « Resulta, porém, deste e das cópias de dous requerimentos feitos por Vm. ao Juiz, assim como do respectivo despacho, estar Vm. persuadido de que toda e qualquer divida do Estado deve ser cobrada por acção executiva; e pensar, pelo que parece, o mesmo juiz que para os alcances não se deve propôr esta mesma acção com a unica differença estabelecida pelas Instrucções de 31 de Janeiro de 1851, arts. 4º e 5º, mas a chamada propriamente de *assignação de dez dias*. A semelhante respeito cabe-me dizer-lhe:

« Que nem todas as dividas do Estado se cobrão pela via executiva, mas sómente aquellas, que são *certas e liquidas* e têm origem fiscal; e que indubitavelmente são accionados por este meio os devedores, por alcances em que forem achados na qualidade de thesoureiros, recebedores, collectores, etc., na conformidade da Lei de 22 de Dezembro de 1761, citadas Instrucções de 31 de Janeiro de 1851 e outras muitas disposições fiscaes. É isto mesmo o que diz Pereira e Souza, sendo que os dez dias de que falla este autor, são os mesmos que, na fórma da Lei de 1761, se assignão aos devedores demandados por acção executiva. »

Entretanto eis como se expressa a Directoria do Contencioso, em officio n. 723 de 30 de Agosto de 1867. « Tendo chegado ao meu conhecimento, á vista de uma relação das causas da Fazenda Nacional, pendentes no Tribunal da Relação de Pernambuco, enviada pelo respectivo Procurador da Corôa, que fôra reformada uma sentença proferida pelo Juiz dos Feitos dessa provincia, contra o Dr. José Angelo Marcio da Silva, por ajuda de custo indevidamente recebida, em um processo executivo, com o fundamento de que esse meio só é applicavel ás dividas provenientes de tributos, impostos, contribuições e multas, cumpre-me declarar que, embora *a minha opinião e a praxe de julgar dos demais districtos sejam contrarias ao fundamento desse accórdão, pois que admittem o executivo sempre que a divida á Fazenda Publica, qualquer que seja a sua origem, é certa e liquida*, convém propôr contra o referido Dr. Marcio da Silva a acção ordinaria, exigindo os esclarecimentos precisos da Thesouraria e do Ministerio do Imperio por intermedio do Thesouro, se preciso fôr; o que lhe communico para sua intelligencia e execução. »

Apezar desta divergencia de opiniões não podemos concordar com o principio de que nem todas as dividas do Estado, embora certas e liquidas, uma vez que não tenham origem fiscal, não podem ser cobradas executivamente; não conhecemos uma só disposição que justifique semelhante modo de pensar, e se algumas vezes se tem proposto a acção ordinaria, o que é raro, é para evitar conflictos, porque é sabido que a Fazenda nunca se apresenta como articulante para haver as suas dividas.

As Instrucções do Contencioso de Janeiro de 1851 assim dispoem no art. 31: « Nas execuções fiscaes não se admittirão liquidações ou compensações e encontros feitos judicialmente; pois que, quando os executados entenderem ter direito á nova liquidação da divida por que se lhes move a execução, ou a ser-lhes abonada qualquer quantia, de que se digão credores á Fazenda Nacional, deverão requerer ao Thesouro e ás Thesourarias respectivas e apresentar em juizo as decisões, que lhes forem favoraveis, com a reforma das contas ajuizadas.»

XXXI.

Não resta duvida que nenhuma autoridade tem a faculdade de alterar ou reformar os seus proprios actos, e que, ainda mesmo que não houvesse disposição especial e positiva, vigore a regra geral de direito, que faz terminar todas as funcções do juiz com a sentença definitiva. Se fôra licito emendar a primeira deliberação, não poderia negar se-lhes o direito de fazer o mesmo quanto á segunda e terceira, e assim successivamente, donde viria que pelos julgados administrativos nunca se formaríam direitos, o que é manifesto absurdo.

Em vista das considerações expostas continuemos a demonstrar que não basta que a divida seja de impostos para que seja cabivel o meio executivo, e que para entender-se de modo contrario é preciso confundir-se a acção que compete á Fazenda com o privilegio da Fazenda em concurso de credores. Os fundamentos dos privilegios fiscaes são bem ponderados no preambulo da Lei de 22 de Dezembro de 1761. Ahi se diz: « que, sem se fazer effectiva e prompta a entrada *das rendas publicas* não é possivel manter o importante andamento do serviço publico.» Querer que ella não teve em vista os demais devedores da Fazenda, é querer que a excepção tenha força de annullar e limitar a regra geral, quando pelo contrario a confirma, visto que o fim da Lei é obviar e acautelar os embaraços e gravames que soffre a Fazenda em sua arrecadação.

A legislação não faz differença alguma entre as dividas de impostos e aquellas que não têm essa origem; a Fazenda goza do privilegio de ter sempre a sua intenção fundada para haver de seus devedores aquillo que para com ella se achão obrigados. Que a Fazenda tem o privilegio executivo para a cobrança de toda e qualquer divida do Estado, desde que *é certa e liquida*, já assim dispunhão a Ord., liv. 2^o, tít. 52 e 53, Alvará de 27 de Setembro de 1814, Decreto de 29 de Outubro de 1818

Regimento da Fazenda, Caps. 209 e 210, e a Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3º.

A Lei das eleições, de 19 de Agosto de 1846, art. 127, já havia declarado que: « As portarias do Ministerio do Imperio e das Presidencias de provincias, e os actos das autoridades collectivas competentes em materia eleitoral, impondo multas, *terão força de sentença passada em julgado.* »

O Ministerio do Imperio em Circular do 1º de Fevereiro de 1852 declarára que: « Devendo as certidões das actas de que faz menção o art. 127 da lei citada, reputar-se *como sentença passada em julgado*, em termos de aparelhada execução para a cobrança das multas de que trata o mesmo artigo, e sendo o processo respectivo summario e de natureza civil, *posto que mera e vigorosamente executivo*, aos Juizes Municipaes a quem couber a sua execução, não compete mais do que fazer effectivo o pagamento da multa, sem que possam entrar no conhecimento da justiça ou injustiça com que fôra imposta, por estar isto fôra da sua jurisdicção e alçada; não lhes sendo licito, portanto, admittir outros embargos que não sejam os de paga e quitagões da multa, ou os que se oppuzerem ao modo da execução, como se pratica nos processos summarios das execuções fiscaes. »

O officio n. 660 de 16 de Agosto de 1854, expedido pela Directoria do Contencioso, é concebido nos seguintes termos: « Enviando a Vm. os officios e cópias constantes da relação inclusa, que acompanharão os Avisos do Ministerio da Guerra, de que tambem remetto cópia a Vm., todas sobre a multa em que se achão incurso Adriano Corrêa Bandeira & C., pela mora havida na entrada de fornecimento contractado com o Governo, e ficando assim satisfeita a requisição constante do seu officio de 10 de Maio ultimo: *tenho a ponderar sobre o assumpto de que se trata que, sendo a discussão não só sobre a justiça como sobre as formalidades da imposição de tal multa, da exclusiva competencia da autoridade administrativa, deve Vm. repellil-a com toda a opposição juridica que puder fazer, afim de que se torne effectiva pelos meios judiciarios.* »

A Directoria do Contencioso tambem em officio n. 595 de 16

de Novembro de 1854 declara que: Tendo diversos devedores de multa por falta de registro de terras *sido alliviados pelo juizo*, quando justificarão que não possuem as ditas terras; que semelhante procedimento não parece regular, porquanto as autoridades judiciais, na conformidade do direito e á vista do que dispõe a Circular do 1.º de Fevereiro de 1852, só podem declarar os particulares desobrigados do pagamento da multa por quitação e paga, conforme a Lei de 22 de Dezembro de 1761; que ao Presidente da Provincia, visto ser administrativo o assumpto da imposição ou relevação da multa e consequentemente de sua competencia, é que compete alliviar os multados pelos motivos indicados e allegados pelas partes. »

O Ministerio do Imperio em Aviso de 20 de Agosto de 1864, dirigido ao da Fazenda, declara o seguinte: « Parecendo-me conveniente alterar-se a pratica, até hoje seguida, de serem cobradas pelo juizo das execuções criminaes as multas, que deixão de ser pagas pelos infractores de algumas disposições do Regulamento de 17 de Fevereiro de 1854, annexo ao Decreto n. 1331 A da mesma data, adoptando-se para ellas o que se acha estabelecido a respeito de outras multas, que fazem parte, como aquellas da receita do Estado, *as quaes são cobradas executivamente pelo Thesouro Nacional*; rogo a V. Ex. se digne de expedir as necessarias ordens para que assim se observe, á vista das relações das referidas multas que, pelo ministerio a meu cargo, fôrem enviadas ao dos negocios da Fazenda. »

O Ministerio da Agricultura em Aviso n. 292 de 5 de Agosto de 1868 declara: « Que não é licito ao Poder Judiciário alterar as multas impostas pelo Governo ás companhias anonymas, que, por occasião de executar as decisões administrativas, *deve limitar-se ao simples exercicio de sua missão, que não pôde ser outra, nesse caso, senão a de prestar á Administração o necessario concurso para a effectividade daquellas decisões*, porquanto, importando manifesta usurpação de attribuições, semelhante procedimento tenderia a perturbar o equilibrio e a harmonia, que devem reinar entre as differentes jurisdicções. »

O art. 752 e seguinte do Regulamento das Alfandegas de 19 de Setembro de 1860, tratando da execução das decisões administrativas e da liquidação e execução das multas impostas em virtude do Regulamento das Alfandegas e Mesas de Rendas, declaram que: « *Tornada irrevogavel a decisão e findo o prazo da intimação, será a multa cobrada pelo meio executivo, que pertence á Fazenda Publica.* »

Este principios tambem são applicaveis aos infractores das Leis e Regulamentos do Sello, cujas multas em que incorrerem, serão arrecadadas, nos termos do Regulamento em vigor, pelo meio executivo. Não se diga que este meio só é applicavel ás multas por infracção dos regulamentos fiscaes, e tambem que é uma prova da pressão da autoridade administrativa sobre a judicaria. A semelhantes reflexões oppomos o Decreto n. 4181 de 6 de Maio de 1868, que preceitua nos arts. 1º, 3º e 5º:

« Que as certidões das actas dos Tribunaes do Jury, Camaras Municipaes, Juntas de qualificação, Mesas e Collegios Eleitoraes; as cópias authenticas das deliberações dos Ministros de Estado e dos Presidentes de Provincia ou das decisões de quaesquer outras autoridades administrativas ou judicarias, singulares ou collectivas, por que conste a imposição de multas, que nos termos do art. 27 da Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 devão ser applicadas á Fazenda Publica. »

« Findo o prazo do artigo antecedente, as multas não satisfeitas serão inscriptas nos livros competentes do Thesouro e Thesourarias de Fazenda, expedindo-se logo as certidões precisas *para a cobrança executiva pelo Juizo dos Feitos.* »

« Que a disposição do art. 27 da Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 não alterou o disposto na legislação até então em vigor, a respeito da execução, liquidação, commutação e outras providencias concernentes ás multas impostas como penas pecuniarias no Codigo Criminal e Leis respectivas. »

O art. 100 do Regulamento que baixou com o Decreto n. 3135 de 13 de Novembro de 1872 para a execução da Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871, tratando das multas

impostas por infracção do Regulamento, preceitua que: « As multas serão cobradas executivamente, remettendo-se para esse fim as certidões ás repartições fiscaes. »

Quanto á pressão exercida sobre o Poder Judiciario, esta allegação, além de infundada, não procede, porquanto, se não existissem razões que se fundão no principio fundamental da separação dos poderes, bastava attender-se para a disposição do citado Decreto de 6 de Maio de 1868, donde se depreheende que a autoridade administrativa fiscal não pôde absolver nem entrar na apreciação da legitimidade das multas impostas pelos Presidentes do Jury, cabendo-lhes apenas inscrevel-as e expedir as respectivas certidões para o Juizo dos Feitos; só podendo tomar conhecimento de qualquer reclamação a propria autoridade judiciaria, que impoz a multa, uma vez que não tenha passado em julgado a decisão.

O projecto eleitoral, que presentemente se discute na Camara temporaria consagra no art. 17: Que dos despachos que impozerem as multas comminadas no art. 9.º haverá recurso dentro dos prazos que marcar o regulamento do governo: para o juiz municipal, quando fõrem impostas pela junta parochial; para o juiz de direito, quando impostas pela junta municipal, ou pela meza da assemblea parochial; para o presidente da provincia, quando impostas pelo juiz de direito; para o ministro do imperio, quando impostas pelo presidente da provincia; finalmente para o Conselho de Estado, na forma do respectivo regulamento, quando o acto fôr do ministerio do imperio. *Esgotados os recursos, serão as multas cobradas executivamente pelos agentes fiscaes da fazenda nacional. »*

A proposição da Camara, que se discute no Senado, relativa ao recrutamento dispõe no art. 6.º—«...que as multas serão impostas administrativamente pelo ministro da guerra na corte, e pelos presidentes nas provincias, com recurso, com suspensão para o mesmo ministro, ouvidos previamente os interessados. *A sua cobrança se fará executivamente em virtude de ordem superior. »*

Todas estas disposições bem mostram que o *executivo* não

é só applicavel ás dividas de impostos ou contribuições legalmente lançadas; é tambem applicavel ás multas e penas pecuniarias, comminadas por lei ou preceito judicial em favor da Fazenda Nacional. (Correia Telles, Man., § 553.)

Não resta duvida que a acção executiva tem sido algumas vezes contestada, entendendo-se não ser applicavel a toda e qualquer divida do Estado, provindo em grande parte essa divergencia de falta de homogeneidade em applicar-se a lei, que tem sido interpretada e applicada de modos diversos.

A este respeito assim se expressa o distincto juriconsulto e infatigavel escriptor Sr. Dr. Perdigão Malheiro no *Manual do Procurador dos Feitos*, nota 218, obra por muitos titulos recommendavel: « Se este procedimento executivo tem logar contra qualquer devedor ao Estado, por obrigações provenientes de contractos ou de outra origem, que não rigorosamente fiscal, é grave questão. A generalisação deduzida das leis romanas e do nosso direito a tal respeito parece decidir pela affirmativa. E com effeito: as disposições do Dig. *de jure fisci*; e do Cod. *quando fiscus vel privatus, de privilegio fisci, de conveniendis fisci debitoribus* e outras são concebidas em generalidade tal, que parecem fundamentar a applicação do mesmo processo summarissimo á cobrança de todas as dividas, ainda provenientes de contractos, contanto que certas e liquidas. »

Entretanto a Ordem n. 169 de 10 de Maio de 1856, fundando-se na Imperial Resolução de Consulta da Secção de Fazenda do Conselho de Estado declara: « Que é da competencia do Thesouro e Thesourarias a imposição da pena de multa aos escriptores do Contencioso judicial, que deixarem de remetter em devido tempo as relações dos processos sujeitos ao pagamento da dizima, e que tal multa deve ser cobrada executivamente na forma da legislação em vigor.

A Ordem n. 348 de 20 de Outubro de 1856 manda cobrar executivamente, e pelos meios judiciaes, as multas impostas pelas Capitancias dos Portos. As Instruções de 2 de Julho de 1840 e Ordem n. 237 de 1840 mandão cobrar executivamente os salarios de africanos livres. A Directoria do Contencioso

em officio de 10 de Janeiro de 1853 assim se expressa: « Que a respeito do que tem occorrido nos *processos executivos* para cobrança dos salarios de africanos livres e tem dado motivo á questão da competencia do juizo a que pertence, admittir justificações do fallecimento, fuga ou qualquer outra occurrencia a respeito dos mesmos africanos, para serem alliados da obrigação do pagamento dos salarios de seus serviços os arrematantes delles, tenho a communicar-lhe que, não achando contradicção nas decisões da Relação, de que enviou as cópias, a primeira que julgou o Juizo dos Feitos da Fazenda com a legal competencia para o Contencioso Judiciario nos processos executivos intentados para a cobrança do salario dos africanos livres, e a segunda que houve por competente o Juiz Municipal a respeito do que é unicamente administrativo quanto aos mesmos africanos, regulado pelas Instrucções de 29 de Outubro de 1834 e 19 de Novembro de 1835, me julguei na necessidade de manifestar a minha opinião a este respeito, na proposta que apresentei ao Tribunal do Thesouro, exigindo a conveniente providencia. Advertindo, porém, que se me representa mui digna de nota a incoherencia e illegalidade com que o Juiz dos Feitos da Fazenda, contra a doutrina do Accórdão da Relação em opposição ás leis por que se regulão as execuções da Fazenda Nacional, admittio e attendeu, em alguns processos executivos pelos salarios dos africanos livres, embargos de materia, outra que não de quitação e paga restricta e unicamente consentida pela Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3º, § 9; ainda em inteiro vigor pela disposição do art. 79 do Decreto de 20 de Novembro de 1850, de materia cujo conhecimento e julgamento são por emquanto privativos da autoridade encarregada da administração das pessoas dos ditos africanos. »

Os fóros dos terrenos de marinhas tambem são cobrados executivamente nos termos da Ordem n. 193 de 1851, art. 7º. Sobre esta materia poder-se-ha consultar com vantagem um folheto contendo as principaes peças da acção intentada contra os herdeiros de Geraldo José da Cunha sobre o processo executivo para cobrança dos fóros dos terrenos onde se acha

construido o trapiche Cleto; e tambem as consultas do Conselho de Estado, secção de Fazenda, de 27 de Maio de 1850, resolvida a 30 do referido mez e anno, de 27 de Maio de 1846.

As indemnizações de despezas feitas pelas capitánias dos portos, a bem de particulares, tambem são cobradas executivamente nos termos do Decreto n. 447 de 1846, art. 121. As despezas feitas com tratamento de colonos no hospital de Santa Isabel tambem se cobrão executivamente, nos termos dos officios de 31 de Janeiro e 29 de Agosto de 1847, *Diario* de 13 de Março de 1857. As taxas por licenças e faltas dos professores e directores de collegios na Córte tambem se cobrão executivamente, nos termos do Aviso de 3 de Julho de 1858 e Ordem da Directoria do Contencioso n. 352 de 24 de Julho. As dividas á Typographia Nacional tambem se cobrão executivamente, nos termos da Portaria de 26 de Outubro de 1861; os arrendamentos de terrenos diamantinos e as respectivas multas tambem se cobrão executivamente, (Aviso n. 14 de 16 de Fevereiro de 1864.) O prego da venda das terras devolutas tambem se cobra executivamente, (Aviso n. 499 de 17 de Novembro de 1868.) A multa por falta do registro de terras tambem se cobra executivamente, (Aviso n. 149 de 3 de Abril de 1860.)

« Muitas outras dividas existem, diz o *Manual do Procurador dos Feitos*, nota 218, « que, comquanto não se possam dizer que sejam de tributos ou de origem restrictamente fiscal, são comtudo dividas fiscaes no sentido generico. É entretanto praxe constante *cobrarem-se executivamente* todas e quaesquer dividas do Estado, ainda mesmo as indemnizações por delicto, nos termos da Resolução do Conselho de Estado de 31 de Janeiro de 1857, *uma vez que a divida seja certa e liquida por documentos incontestaveis, por ser esta a condição essencial do procedimento executivo.* »

Finalmente a Directoria do Contencioso em officio n. 729 de 30 de Outubro de 1857, referindo-se á relação dos processos diversos, diz: « *Que devia ser executiva a acção por assignados da Alfandega, como já foi declarado por Ordem do Thezouro de 2 de Novembro de 1855, a qual é sem duvida mais*

adoptavel para as letras passadas a favor da Fazenda; que não é possível atinar com a razão por que se intentarão acções de libello e assignação de dez dias por letras da Alfandega, alcances liquidados, etc., quando é fóra de duvida que a acção competente em taes casos é a executiva. »

Na consulta do Conselho de Estado Pleno de 3 de Abril de 1855 assim se expressão alguns conselheiros de Estado, em sustentação do privilegio da Fazenda: « Das disposições do art. 79 do Decreto de 20 de Novembro de 1850, que determinou que no processo executivo das dividas da Fazenda Nacional se observe, no que fôrem applicaveis, as disposições da Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3º, d'qual pensão poder deduzir, pelas excepções do seu art. 14, existencia da regra geral do privilegio da Fazenda, qualquer que seja a especie e origem de suas dividas activas; do Alvará de 27 de Setembro de 1814, que concedeu ao Banco do Brazil, creado pelo Alvará de 12 de Outubro de 2808, que fôsem cobradas as quantias que se lhes devessem, assim do mesmo modo com que se cobrão as dividas fiscaes, e que fôsem reputadas em tudo e por tudo como taes, procedendo sem differença alguma á sua cobrança e arrecadação..... »

Esta importante consulta ficou empatada por quatro votos contra quatro, em virtude do que, por Imperial Resolução de 25 de Abril de 1855, foi remettida ao Corpo Legislativo, mandando-se entretanto que a Fazenda *proseguisse o seu direito* perante os tribunaes.

Com mais desenvolvimento trataremos de tão importante questão; por emquanto limitamo-nos a transcrever trechos isolados, com referencia á questão que ora nos occupa, que não é menos importante do que o privilegio da Fazenda, e por isso tem inteira applicação á parte final da consulta do Conselho de Estado, secção de Fazenda, de 29 de Dezembro de 1854, que diz: « materias de tão alta importancia para a Fazenda Nacional devem ser entendidas e executadas conforme os dictames da sã razão, escudada em consideração de publica e particular utilidade, pelo aprofundado e esclarecido

exame da verdadeira mente do Legislador, pelas regras imprescriptiveis de uma luminosa hermeneutica, que não por subtilzas e aereos apices de direito, que menos consolidão do que desgarrão a opinião dos encarregados de administrar a justiça. »

Não é da nossa intenção fazer applicação destas palayras ao illustrado relator da consulta de 30 de Novembro de 1872, a quem respeitamos e prezamos por muitos titulos. Entendemos, porém, que, contra a acção summaria executiva, que por direito compete á Fazenda, não póde servir de argumento um ou outro julgado dos Tribunaes. « As leis interpretativas ou declaratorias produzem de ordinario grandes damnos e por isso devem ser promulgadas com muito estudo e cuidado. »

É verdade que o Aviso de 7 de Dezembro de 1872, dirigido pelo Ministerio da Fazenda á Directoria do Contencioso, assim dispõe: « Tendo sido ouvida a secção de Justiça do Conselho de Estado sobre a seguinte questão, suscitada em parecer de 28 de Novembro de 1871, da Directoria do Contencioso a seu cargo: se, considerando-se a Fazenda Nacional credora da extincta Companhia Brasileira de Paquetes a Vapor, pela importancia de 430:875\$750, deveria proceder-se contra a mesma companhia *executivamente*, ou antes propôr-lhe pelo Juizo dos Feitos acção ordinaria para coagil-a, depois de ouvida e convencida, ao pagamento da somma supra indicada; foi a dita secção de Justiça de parecer, com a qual Sua Magestade o Imperador houve por bem conformar-se por Immediata Resolução de 4 do mez corrente: 1º, que não compete o executivo á divida de que se trata, senão acção ordinaria; 2º, que é competente para julgar a acção o Juiz dos Feitos. »

Em sustentação dos principios que defendemos, invocamos ainda o art. 2º do projecto apresentado ao Corpo Legislativo, em 18 de Julho de 1851, pelo doutissimo jurisconsulto o Sr. conselheiro Nabuco, relator da consulta de 30 de Novembro de 1872, a que se ref re o Aviso transcripto.

« É o Governo autorizado para determinar e extremar o

Contencioso Administrativo e regular o respectivo processo sob as seguintes bases :

« § 1.º As decisões das Autoridades Administrativas, nos casos de que trata o paragrapho seguinte, e em todas as materias de sua competencia, cuja execução depender do Poder Judiciario, serão independentemente do — cumpra-se — executadas como sentenças passadas em julgado, sem que possam tomar conhecimento dellas, revogal-as ou interpretal-as os Juizes e Tribunaes, que remetterão sem prejuizo da execução as duvidas occurrentes ás mesmas Autoridades Administrativas, quando lhes parecerem procedentes.

« § 2.º São da exclusiva competencia das Autoridades Administrativas: 1º, as indemnizações; 2º, a liquidação da divida publica passiva; 3º, a liquidação, remissão, rebate, moratoria, prescrição da divida activa da Fazenda Nacional, proveniente de impostos, contractos ou alcances de thesoureiros, collectores e recebedores; 4º, a interpretação, prorrogação e decisão de contractos de emprezas de obras publicas, arrematação de rendas, engajamento de serviços, fianças, depositos, compra de generos e fornecimento para o serviço publico, aforamento e arrendamento de bens nacionaes, salvas, neste ultimo caso, as questões de propriedade; 5º, as multas fiscaes, apprehensões ou contrabandos apprehendidos em flagrante; 6º, o lançamento, isenção e restituição dos impostos, o conhecimento e decisões de todas as questões e duvidas que se suscitarem por parte dos collectores e collectados, ou contribuintes, relativas não só ao direito e modo do lançamento e cobrança, e á obrigação de satisfazer o imposto, como tambem á quota delle.»

E, finalmente, contra a disposição do Aviso de 7 de Dezembro de 1872, aliás fundada na consulta de 30 de Novembro, resolvida a 4 de Dezembro do mesmo anno pedimos venia para citar as juridicas reflexões de um dos nossos mais eminentes e illustrados estadistas o Sr. visconde do Rio Branco, quando ministro da Fazenda em 1861, que se achão consignadas no relatorio apresentado ao Corpo Legislativo.

« Com effeito, duvidas subsistem a respeito de pontos importantes, que só podem ser solvidas por uma declaração do

Corpo Legislativo. Sendo liquido competir á Fazenda Publica o privilegio do executivo, quando a divida provém de impostos, multas, alcances de thesoureiros e outros responsaveis, contractadores, seus socios, sub-conductores, etc., tem-se contestado todavia a sua procedencia nos casos em que a divida é proveniente de contracto e outra origem não enumerada, *quando aliás a legislação fiscal conspira para a applicação do privilegio executivo á cobrança de toda e qualquer divida do Estado*, desde que fôr certa e liquida nos termos de direito. (Ord. liv. 2º, tits. 52 e 53, Alv. de 27 de Setembro de 1814, Dec. de 29 de Outubro de 1818, Regul. da Fazenda, Caps. 209 e 210, e Dec. n. 447 de 19 de Maio de 1846, art. 121.) »

E finalizando diz: « Accresce ainda a necessidade de facultar-se á Autoridade Administrativa o meio de usar do conflicto de attribuição, quando no caso couber, se em juizo suscitarem-se questões administrativas ou já decididas pelos juizes e tribunaes administrativos. É claro que o conflicto será inefficaz, se a autoridade judicial proseguir nos ultteriores termos do processo, emquanto a materia fôr discutida perante as jurisdições competentes, e que os direitos em litigio se acharão afinal na mesma duvida e incerteza, donde tinham partido em presença das decisões encontradas de autoridades distinctas. »

XXXII.

A independencia dos poderes não é contraria á sua divisão. A divisão consiste na distribuição das attribuições ; a independencia exige que nenhum poder invada as attribuições dos outros ou as contrarie. Assim, o Poder Judicial julga todos os casos, mas segundo as leis feitas pelo Poder Legislativo, leis que não póde julgar ; o Poder Executivo cumpre todas as leis do Poder Legislativo e todas as sentenças do Poder Judicial sem as poder alterar ou revogar ; e o Poder Legislativo faz leis, examina se se cumprirão as feitas, mas

não infirma nem invalida nenhum dos actos dos outros poderes.

Estabelecida a independencia dos poderes, é claro que, assim como uma sentença do Poder Judiciario não pôde ser destruida por um acto do Poder Legislativo, nem do Executivo, do mesmo modo um acto do Poder Executivo não pôde ser nullificado pelo Poder Judiciario, e nem tão pouco os actos emanados do Poder Legislativo, porquanto, como bem diz o Aviso n. 48 de 30 de Janeiro de 1865, dirigido pelo Ministerio do Imperio: « Não cabe nas attribuições do Poder Judiciario negar-se a cumprir Leis Provinciaes, por entender que excedem á competencia das Assembléas Provinciaes, ou são inconstitucionaes, visto que a sua missão é applicar as leis aos casos occurrentes, podendo sómente para este fim interpretal-as doutrinalmente no empenho de descobrir o seu verdadeiro sentido. » Este Aviso é fundado na consulta do Conselho de Estado, secção do Imperio, de 23 de Novembro de 1864.

A prevalecerem os principios da consulta de 30 de Novembro e a doutrina do Aviso de 7 de Dezembro de 1872, o Poder Judiciario será competente para eximir de prestar contas a quaesquer agentes fiscaes, e por este modo aniquilará todo o Poder Executivo e Administrativo e com elle a Constituição do Imperio.

Trata-se de uma questão sobre a qual nada pôde determinar a Autoridade Judicial, perante quem não se ventila se os demandados são ou não de direito obrigados á quantia exigida. A ordem das jurisdições é de Direito Publico e não pôde ser invertida pelos particulares, nem *ainda* pelos Juizes (Pereira e Souza, § 23). O citado escriptor em sua nota 32 accrescenta: « D'aqui vem que não deve um juiz intrometter-se na jurisdição alheia, nem podem as partes submeter-se a uma jurisdição, que não tem poder de conhecer de seus negocios. (Ord. liv., tit. 5º, § 8º, tit. 12, § 5º; liv. 2º, tit. 48, § 2º, liv. 3º, tit. 85, § 2º, liv. 3º, tit. 49 § 2º, liv. 3º, tit. 87, § 1º.

É principio corrente ensinado por Merlin, Henrion de Pensey, Cormenin, Bousquet, Chauveau Adolphe, Carré, etc., que: « A jurisdição e competencia das autoridades provém

immediatamente da lei e não póde estender — se além dos determinados limites que a mesma lei prescreve. Em questões de competencia não valem argumentos a *contrario sensu*, mas sómente disposições de leis expressas e positivas, pois que a competencia envolve um direito designado por lei, a incompetencia envolve nullidade no julgado. » Bousquet assim se expressa: « A Administração tem só o direito de interpretar os actos que emanão della, tem só o direito de estatuir sobre contestações cuja solução depende da interpretação destes actos. » Este principio, diz Favart de Langlade, é o fundamento da jurisdição contenciosa administrativa. »

A Directoria do Contencioso e mesmo o Ministerio da Fazenda, reconhecendo quanto convém á Administração que se mantenha a competencia das jurisdições, tem por diversos actos recommendado que se preste sobre este assumpto, aliás da mais alta importancia, a mais séria attenção, porquanto essas questões, sendo levadas aos tribunaes judiciais, têm sido decididas nelles.

A Directoria do Contencioso em officio n. 55 de 10 de Março de 1851 declara que: « Supposto seja bem pronunciada por direito a incompetencia do Poder Judiciario para o conhecimento e decisão de materia meramente administrativa, será conveniente, no caso de continuar a autoridade judiciaria a conhecer da materia administrativa, participar ao Presidente da Provincia para ordenar o processo do conflicto, nos termos do Regulamento de 5 de Fevereiro de 1842, art. 24 e seguintes; e interpôr o recurso para o Conselho de Estado, na fórma do art. 45 do dito Regulamento, quando o Presidente tome alguma resolução contraria. »

A Ordem do Thesouro n. 30 de 31 de Maio de 1851 assim diz: « Que tanto o Juizo da 1.^a vara como da 2.^a instancia exorbitarão manifestamente de sua competencia e jurisdição, absolvendo a Domingos Marques Alves do pagamento de direitos e multa a que havia sido condemnado administrativamente, como fiador do mestre da sumaca *Hortencia*, por não ter exhibido no prazo legal certidão de descarga no porto para onde despachava, visto que semelhante materia, sobre ser de sua natureza

fiscal e por isso administrativa, já estava completamente terminada pela jurisdição administrativa, *não cabendo ao Juiz dos Feitos da Fazenda mais do que fazer effectiva a cobrança dos direitos e multa pelos meios executivos, na conformidade da conta que lhe foi remettida pela Thesouraria*, mas que, já tendo passado em julgado as referidas sentenças, e por isso não tendo mais logar formar-se o processo de conflicto de jurisdição, como se deveria ter feito, nos termos do art. 24 e seguintes do Regulamento de 5 de Fevereiro de 1842, só poderá o Sr. Procurador da Corôa, Soberania e Fazenda Nacional oppôr embargos de nullidade á execução da sentença por se terem proferido os julgados contra a expressa disposição da Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3º, § 9º, usando para isso dos meios convenientes com auxilio do privilegio da *restituição in integrum*, que compete á Fazenda Nacional; convindo todavia que, nos termos do art. 18 da Lei de 18 de Setembro de 1828, interponha recurso de revista, para de futuro firmar-se a jurisprudencia a esse respeito. »

A Directoria do Contencioso em officio n. 393 B de 24 de Abril de 1854, tratando do conflicto de jurisdição a que se refere a Ordem de 31 de Março de 1851, diz: « Nem seja motivo de haver uma decisão administrativa proferida nos tribunaes competentes, em ultima instancia; segundo os principios que regulão esta materia, os conflictos podem ser levantados, não só quando o conhecimento e decisão da causa proposta em juizo forem por Lei da competencia das autoridades administrativas, mas tambem quando as acções tiverem por fim controverter em juizo as questões já decididas pelas autoridades administrativas em materia de sua competencia, ou nellas se discutir, ou fôr necessario explicar o sentido e força de qualquer acto administrativo nos objectos da competencia legal da Administração.

« E porque tambem os conflictos podem ser levantados em todo o estado da causa, assim em 1ª como em 2ª instancia, se alguma das partes recorrer da sentença; venho representar a V. Ex. sobre a necessidade de ordenar-se ao Presidente da Provincia que proceda nos termos do art. 24 do Regulamento de 5 de Fevereiro de 1842, afim de que, se forem consideradas

improcedentes as razões em que a Autoridade Judiciaria firma sua jurisdicção, se levante o conflicto nos termos do art. 25, observando-se ulteriormente o art. 26 e seguintes do citado Regulamento. »

A Directoria do Contencioso, em officio n. 521 de 5 de Junho de 1854, dirigido ao Desembargador Procurador da Corôa, na Relação do Maranhão, assim se expressa: « Sendo manifestamente incompetente o Accórdão proferido pelo Tribunal da Relação dessa provincia, nos autos em que a Fazenda Publica contende com José Antonio da Silva Guimarães, como thesoureiro da primeira das loterias concedidas a favor do convento de S. Antonio, porquanto, além de ser o assumpto da competencia exclusiva da Administração, estava já decidido em 1.^a instancia na Thesouraria, em 2.^a e ultima no Thesouro pelas Ordens de 23 de Abril e 13 de Outubro de 1853; espero que V. S., caso sejam desprezados os embargos, que oppôz ao Accórdão, interponha o recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça. »

A Directoria do Contencioso tambem representou ao Ministerio da Fazenda em um longo e importante officio de 3 de Junho de 1854, sob n. 522, que depois de fazer o historico de toda a questão, assim se expressa: « Este Accórdão não pôde passar sem reparo; ha de no futuro causar embaraços ao exercicio das acções judicarias do Thesouro, e, o que é mais, envolve uma usurpação manifesta de attribuições, que por lei não compete ao Poder Judicial.....

« Por outro lado o Accórdão se arroga attribuições, que são da competencia administrativa. O Accórdão exorbitou quando julgou a Fazenda Publica carecedora da acção, por não lhe dar a lei faculdade de cobrar o imposto de tal loteria. A incompetencia é manifesta, porquanto a questão da responsabilidade pelo imposto se acha decidida pela Thesouraria em 1.^a instancia e pelo Tribunal do Thesouro em 2.^a e ultima, nas Decisões citadas de 23 de Abril de 1853, e que estão incorporadas em direito.

« O Procurador da Corôa oppôz embargos ao Accórdão. Officio nesta data a esse funcionario, que, no caso de serem

desprezados os embargos, interponha a revista, recurso este que me parece não estar excluído, attentos os privilegios da Fazenda, pelo art. 32 do Regulamento de 15 de Março de 1842, combinado com o art. 7º das Instrucções de 12 de Janeiro de 1842, notando-se que nesta demanda o valor é de 1:600\$ e não excede a alçada das Relações, conforme o novissimo Decreto de 30 de Novembro de 1853, que fixou em 2:000\$ aquella alçada; por esta fórma se poderá manter a questão na téla judiciaria, afim de não deixar passar em julgado o Accórdão.

« Mas ao mesmo tempo rogo a V. Ex. se digne ordenar ao Presidente da Provincia, que levante o conflicto nos termos do Regulamento de 3 de Fevereiro de 1842, e, como suscitado este, fica a Autoridade Judiciaria inhibida de conhecer do feito até decisão do Conselho de Estado, temos que, ao passo que se reivindica a competencia administrativa, fica o Thesouro livre e desembaraçado para poder depois propôr as acções necessarias contra o syndico do convento, caso a Assembléa Geral não torne extensiva ás ditas loterias a isenção da Lei citada de 1850. »

De accôrdo com os principios expostos e no intuito de evitar contestações e conflictos sempre desagradaveis, foi expedido o Decreto n. 2548 de 10 de Março de 1860, que dispõe o seguinte:

« Art. 38. Se qualquer Juizo ou Tribunal de Justiça conhecer de alguma questão que deva ser ou tenha sido decidida pelos tribunaes e jurisdicções administrativas, na fórma deste Decreto, as autoridades competentes promoverão immediatamente o conflicto de jurisdicção, nos termos do Regulamento n. 124 de 5 de Fevereiro de 1842.

« Paragrapho unico. Os Procuradores Fiscaes podem e devem interpôr recurso para o Conselho de Estado, por intermedio da Secretaria de Estado dos Negocios da Fazenda, das decisões dos Presidentes de Provincia que, nos termos da 2ª parte do art. 26 do citado Regulamento, declararem não ter logar o conflicto. »

« O conflicto é sem duvida o meio concedido ao poder amovivel e responsavel para se defender contra as invasões do

poder inamovível e irresponsável. Em linguagem administrativa a palavra *conflicto* designa essencialmente a dificuldade resultante da declaração de competência ou incompetência que as Autoridades Judiciais e Administrativas fazem a propósito do conhecimento de um determinado negocio. » — « O fim dos conflitos é dar vida e força ao principio da separação e independência dos Poderes Judicial e Administrativo e evitar a confusão dos mesmos Poderes. » — « Não basta, pois, como observa Cormanin, que a lei impuzesse aos dous poderes a obrigação de marcharem sempre independentes e separados; era indispensável estabelecer regras fixas e terminantes para obstar a essa confusão. »

O Decreto n. 222 de 9 de Setembro de 1842 mandou vigorar o Regulamento n. 124 de 5 de Fevereiro de 1842; neste regulamento está determinado quem póde levantar os conflitos, em que circumstancias, em que causas, a fôrma do processo, etc. Dupin dizia: « Se ha na nossa legislação alguma cousa que se assemelhe a um *firman*, é por certo um *conflicto*. Desde que elle apparece na ordem judicial, o juiz não tem senão que obedecer, sob pena de se tornar criminoso. »

O Sr. de S. Vicente—*Direito Publico*, § 517, assim se expressa: « *Conflicto* é a controversia ou debate que se eleva entre duas autoridades em relação á sua competência, para conhecer ou não de um assumpto. Quando se eleva entre autoridade de ordem administrativa e outra de ordem judiciaria, toma o nome de *conflicto de attribuição*. Quando se eleva entre autoridades da mesma ordem, como entre dous juizes, tem o nome de *conflicto de jurisdicção* ou *questão de competência*. Em todo o caso o *conflicto* ou *questão de competência* importa muito não só no interesse das partes, como á *ordem publica* a divisão e limites dos poderes. »

As pessoas que quizerem aprofundar a materia dos *conflictos*, apontamos: Alfred Blanche, *Diccionario Geral de Administração*; Vivien, *Estudos Administrativos*; Cormanin, *Direito Administrativo*; e Bavoux, *Dos conflictos*. Em vista, porém, do que ensinão estes escriptores é manifesto que os *conflictos* podem ser levantados, não só quando o conhecimento e

decisão da causa proposta em juízo fôrem por lei da competenciadas autoridades administrativas; mas também quando as acções tiverem por fim controverter em juízo as questões já decididas pelas autoridades administrativas em materia de sua competencia, ou nellas se disenter e fôr necessario explicar o sentido e força de qualquer acto administrativo nos objectos da competencia legal da Administração.

Convém, pois, não se perder de vista que não é só o poder judicial que tem regras fixas e invariaveis de competencia e de organização; mas também a Administração as tem, pela natureza das cousas e pela especialidade caracteristica da missão que lhe é confiada. E por isso diz De-Gerando: « Todas as competencias são de ordem publica; mas o que regula a competencia entre as duas autoridades, judiciaria e administrativa, pertence a uma esphera ainda mais elevada; tem por missão garantir a distincção dos poderes; mana do direito publico, toma um caracter politico, é um acto de governo. »

A consulta de 30 de Novembro de 1872 consigna principios inadmissiveis, quando aconselha que seja devolvido aos tribunaes o conhecimento de certas questões; mas a Administração com o auxilio do Conselho de Estado tem constantemente *repellido* a competencia dos tribunaes e *firmado a sua* em casos taes, que só devem ser decididos pela Administração, e não pelo Poder Judicial, que não pôde nem deve ter ingerencia em semelhantes quest es.

E, realmente, considerar necessaria sentença do Poder Judiciario para julgar-se liquido o direito da Fazenda ao pagamento da quantia de 430:875\$750, é negar a validade das decisões administrativas em consequencia da qual se passou a certidão para se instaurar a acção competente contra a companhia!!

A consulta de 30 de Novembro, sustentando varios principios iniciados pela Directoria do Contencioso, firma uma jurisprudencia extraordinaria, excepçional, de que se não encontra exemplo na legislação fiscal. Como se deprehende das Instrucções da Directoria do Contencioso de 31 de Janeiro

de 1851 e da Lei de 22 de Dezembro de 1761, Tit. 3º, §§ 5º a 9º, a Fazenda nada prova, nem pôde provar de modo ordinario; e nestas leis se acha clara e positivamente determinado qual o procedimento do Procurador Fiscal quando as dividas lhe não parecerem perfeitamente liquidadas, nem as contas e certidões passadas com as formalidades legais; devendo devolver as respectivas contas com as duvidas, que se lhes offerecerem.

Convém notar que estas disposições têm referencia aos Procuradores dos Feitos, quando as certidões lhes forem remetidas para serem ajuizadas; mas, concedendo igual direito aos Procuradores Fiscaes, muito principalmente ao do Thesouro, as duvidas devem ser submittidas á Directoria de Contabilidade; mas, reconhecer regular a certidão e opinar pela propositura da acção ordinaria, é uma jurisprudencia que não podemos comprehender, e por essa razão não concordamos com ella.

Ha casos em que a Fazenda tem usado da acção ordinaria para haver o pagamento de certas dividas, mas, depois dos tribunaes se haverem pronunciado contra a acção executiva, como já demon-trámos, precedendo allegações oppostas pelo executado. Assim é que, tendo se effectuado no Arsenal de Marinha de Pernambuco varios concertos em um prélo pertencente a Manoel Figueirôa de Faria, tempos depois se extrahio a conta e se remetteu para juizo para ser cobrada executivamente a importancia dos concertos; o executado oppoz embargos á sentença e requereu arbitramento do preço por que era executado, os embargos forão desprezados, mas, foi deferido o arbitramento, o que tendo logar foi confirmado pela Relação, ficando muito reduzido o preço pedido pelo Arsenal e tacitamente reformada a conta extrahida pela Thesouraria, toda fundada na conta remettida pelo Arsenal.

Submettido o occorrido á Directoria do Contencioso, foi respondido em officio n. 739 de 23 de Novembro de 1866 nos seguintes termos: « Immittida de novo a questão na tela judiciaria pelo sobredito recurso do que Vm. lançou mão, espero que, na discussão dos embargos, defender os interesses da

Fazenda e que da decisão do Juiz interporá para o Tribunal Superior os recursos, facultados por Lei, afim de que fique bem claramente estabelecido se o Juiz dos Feitos e o tribunal da Relação, como me parece, entenderão que a divida não era liquida, por não ser *determinado* o prego do contracto, dos concertos, mas sim *determinavel*, e, portanto, devendo ser fixado por arbitramento judicial, pois que o autor da encomenda se obrigara a pagar pelos ditos concertos o *estipendio que lhe fôsse determinado*; caso este em que é manifesta a contradicção de julgar-se procedente o meio executivo, para cobrança de uma divida da Fazenda, que aliás e ao mesmo tempo não se julgava liquida e certa. »

Como se deprehende deste officio, parece realmente uma anomalia que, sustentando-se a acção executiva, se pronuncie a favor do arbitramento, mas, ainda assim, esta incoherencia juridica tem a attenuante de não ser bem firmada a competencia administrativa em uma questão toda de facto, que, se não podia dizer ser liquida e pura a divida á Fazenda, pelo menos era contestavel o pagamento exigido. Não queremos com isto dizer que tenha sido regular a decisão proferida; notaremos entretanto que, *mesmo neste caso*, a Fazenda foi a Juizo com sua inengão fundada de facto e de direito, deixou ao executado o direito salvo de allegar o que lhe parecesse conveniente.

Quanto á divida exigida da Companhia de Paquetes, a que se refere a consulta de 30 de Novembro de 1872, além de ser outra a jurisprudencia e a solução de qualquer duvida competir ás autoridades administrativas, occorrêrão circumstancias que se não derão com relação á divida a que se refere o officio da Directoria do Contencioso n. 739, já citado.

Entre o Governo e a Companhia de Paquetes houve grande e renhida discussão não só nos respectivos tribunaes administrativos até o Conselho de Estado, como tambem na imprensa, o que se pôde ver dos *Diarios Officiaes* ns. 76 e 81 de Abril de 1870 e do Aviso de 17 de Março tambem de 1870, expedido pelo Ministerio da Agricultura ao da Fazenda.

O direito da Fazenda á quantia de 430:75\$750 ficou p'ena e

exuberantemente provado, e ainda que estivesse em litigio não competia á Fazenda ir deduzir o seu direito pelos meios ordinarios; se a divida não era liquida, em vez de remettê-la para juizo, devia pedir-se novos esclarecimentos ao Ministerio da Agricultura; mas, sem nada reflexionar-se, extrahir-se a certidão da divida e com este titulo ir haver pelos meios ordinarios o pagamento da divida, é julgar o Poder Judiciario competente para conhecer de materia da exclusiva competencia das autoridades administrativas, para decidir e attender ás reclamações das partes interessadas, quando é a Administração a unica autoridade competente com os recursos para os Tribunaes administrativos, sendo mesmo de rigoroso dever suscitar-se o conflicto de jurisdicção, sempre que se der a inversão aconselhada pela Directoria do Contencioso e pela consulta de 30 de Novembro de 1872.

Ainda uma vez diremos: « Não contestamos que as repartições publicas estão ligadas como quaesquer particulares ás convenções ou contractos com ellas celebrados; uma tal doutrina seria contraria a todos os principios de ordem publica. As questões de conveniencia administrativa não podem ser avaliadas como o são e devem ser as questões judiciaes. Ponderão com o administrador razões que pouco ou nenhum peso devem ter no juizo da autoridade judicial. Para esta a fraude deve ser cabalmente provada: para aquelle a simples necessidade de a prevenir justifica plenamente o acto administrativo.

« A autoridade judicial tem sempre diante de si pessoas ou cousas privadas e a administrativa sempre a sociedade; aquella não crea o direito, mas applica a lei aos casos por ellas previstos e a factos preexistentes, fundando suas decisões em titulos e testemunhos authenticos, em regras escriptas e absolutas; entretanto que esta, dando muitas vezes por seus actos nascimento ao direito, consulta a utilidade geral e o interesse da ordem publica, como se exprime De Gerando: prevê o futuro, dá-lhe remedio e estatue. »

Os principios da consulta de 30 de Novembro de 1872 só podem ser acceitos nas nações menos adiantadas, onde o progresso da sciencia administrativa ainda se não podia bem

compreender, nem tão pouco a necessidade da instituição da jurisdição administrativa.

Entretanto, não conhecemos acto algum de legislação ou de praxe, antigo ou moderno, que autorise a opinião contraria á nossa; taes duvidas ou conflictos confirmão a necessidade de um código administrativo, no qual se encontrem bem discriminadas e definidas as attribuições e alçada do que é de mero imperio ou puramente administrativo, o que é contencioso administrativo e o que é rigorosamente judicial.

A consulta do Conselho de Estado de 30 de Novembro, no intuito, sem duvida, de pôr uma limitação ao chamado arbitrio do Poder Administrativo, evitando que seja coarctada a acção do Poder Judiciario, nem por isso deixa de in orrer nos mesmos princípios que procura combater, fazendo o Poder Judiciario superior do Administrativo, ou do Executivo, o que seria um absurdo; para remover as consequencias de taes ares-tos, que, além de inaceitaveis, serão funestos á Administração, muito principalmente ao proprio Thesouro, continuaremos a demonstrar que de modo algum procede a jurisprudencia da consulta de 30 de Novembro de 1872.

XXXIII.

A jurisprudencia da consulta de 30 de Novembro de 1872 parece confundir o que é administrativo com o que é judicial, e, o que ainda é mais notavel, seja-nos licito dizel-o, toda esta confusão teve origem no Thesouro, autorisando a invasão no administrativo pelo judiciario, apezar dos principios que regulão a ordem das jurisdições entre os dous poderes.

A consulta do Conselho de Estado não se firma em uma só disposição da Lei e sim em argumentos de indução, em ares-tos, que nem ao menos têm a força de consequencia necessaria, que nada menos importaria do que a revogação de tantos Decretos, aliás bem claros e explicitos; Decretos expedidos,

não simplesmente em virtude da faculdade geral que tem o Governo de os expedir para a boa ordem do serviço publico, mas em virtude de autorisações legislativas especiaes.

Não resta duvida que ao Ministerio da Fazenda por si ou pelo Thesouro compete a fiscalisação da divida activa do Estado, mas esta fiscalisação não vai ao ponto de julgar os actos dos outros Ministros, limita-se á liquidação e execução das dividas transmittidas pelos outros Ministros. Se a pretexto de liquidar pudesse o Ministerio da Fazenda tomar conhecimento das decisões dos outros Ministros, destruida ficaria a independencia dos Ministros entre si, hypothese que se não póde sustentar sem quebra da dignidade dos outros Ministros.

A jurisprudencia do Thesouro, apoiada e reforçada pela consulta de 30 de Novembro, estabelece um recurso da decisão dos outros Ministros; e quaes serão as consequencias? Pelo menos a instituição de um recurso ordinario de Ministro para Ministro; não fallando nos abusos e nos escandalos que hão de apparecer, já não haverá prazo para a interposição do recurso; proferida a decisão pelo Ministro da Agricultura ou por outro, a parte recorrerá para o Thesouro, *que poderá ou reformar a decisão proferida ou, ainda melhor, ir liquidar o direito da Fazenda nos Tribunaes.*

Convém notar ainda que, depois do Ministerio da Agricultura haver dirigido ao da Fazenda o Aviso de 17 de Março, a Companhia de Paquetes não interpôz mais recurso algum, nem mesmo perante o Ministerio da Fazenda; foi pelo Thesouro liquidada a divida e extrahida a conta para ser ajuizada. Antes de ser remettida para o Juizo dos Feitos a certidão da divida, entendem a Directoria do Contencioso expôr ao Ministerio da Fazenda suas apprehensões a respeito do bom exito da acção executiva, e neste sentido deu a 3 de Julho de 1870 um longo parecer, e de accôrdo com este parecer dirigio em 28 de Janeiro de 1871 o Ministerio da Fazenda ao da Agricultura um Aviso, reconhecendo não ser fiscal a divida exigida da companhia e devolvendo todos os papeis relativos á questão, afim de dar as ordens no sentido de se promover por parte do Ministerio da Agricultura, pelos meios competentes e

usando-se da acção ordinaria que no caso couber, a solução das obrigações contrahidas pela dita companhia para com a Fazenda Nacional.

Do Aviso citado se deprehende que tanto o Ministerio da Agricultura como o da Fazenda se julgavão incompetentes para demandar a companhia e haver o pagamento da quantia de 430:875\$750. Esta occurrencia podia dar logar ao conflicto de *jurisdicção*, nos termos do art. 29 do Regulamento de 5 de Fevereiro de 1842, mas o Ministerio da Agricultura, ouvindo a secção do Imperio do Conselho de Estado, cuja consulta foi resolvida em 16 de Outubro de 1871, expedio o Aviso de 26 do referido mez e anno ao Ministerio da Fazenda, declarando que: « pertencendo ao Thesouro a attribuição de propôr e sustentar em juizo as causas, em que a Fazenda Nacional é interessada, devem ser devolvidos ao mesmo Thesouro todos os papeis, afim de ser examinada a questão, aconselhado o recurso judiciario pela Directoria do Contencioso e intentada contra a extincta companhia perante o Juizo dos Feitos da Fazenda a acção ordinaria competente. »

A consulta da secção do Imperio, a que se refere o Aviso do Ministerio da Agricultura, se acha citada integralmente no Capitulo 9º; na parte final assim se expressa a consulta: « Quanto ao primeiro ponto o Thesouro pela sua Directoria de Contabilidade é o mais habilitado e competente para fixar definitivamente a somma. E quanto ao direito, a secção do Imperio já na consulta de 16 de Novembro de 1866 declarou que julgava sufficiente o que tinha expendido para mostrar que o contracto de 1863 era o que estava em vigor. Desta declaração e do mais do parecer resulta a duvida que a secção ainda conserva, sobre o vencimento da causa intentada perante as justças do Imperio.

« Por outro lado seria ella incompetente para aconselhar a propositura da acção, cuja responsabilidade cabe á Repartição da Fazenda, incumbida de propôr e sustentar em juizo as causas em que a Fazenda é interessada. A Directoria do Contencioso da Fazenda é a que, em vista dos documentos e mais provas que reuna, póde aconselhar que se intente ou não a

acção ordinaria competente, para o que devem ser devolvidos todos os papeis ao Ministerio da Fazenda. »

Resolvida a competencia do Ministerio da Fazenda e devolvidos os papeis ao Thesouro, não teve logar nova liquidação, ficou subsistindo a que deu logar a extrahir-se a conta n. 4114, serie KK, que pela Directoria de Contabilidade foi remettida á do Contencioso; tratou-se apenas de estudar qual a natureza da acção que devia ser proposta pelo Jui o dos Feitos, opinando a Directoria do Contencioso e com ella a secção de Justiça do Conselho de Estado, em consulta de 30 de Novembro de 1872, que não cabia a acção executiva e sim a ordinaria, e neste sentido expedia a Directoria do Contencioso as precisas ordens ao Procurador dos Feitos da Fazenda, em cumprimento do Aviso do Ministerio da Fazenda de 7 de Dezembro de 1872.

Agora perguntaremos: qual o fundamento da acção ordinaria tão aconselhada?

Seria para liquidar e fixar o debito? Mas este processo é da competencia do Ministerio da Agricultura ou, como diz a consulta da secção do Imperio, do *Thesouro pela Directoria de Contabilidade*. Para interpretar as clausulas dos contractos celebrados entre o Governo e a companhia?

Mas estas questões, como temos procurado demonstrar, são da competencia exclusiva da Administração. As regras de competencia, sendo de ordem publica, não podem ser válidamente derogadas, nem por convenções particulares, nem por actos de administração. O principio da separação dos poderes não permite evidentemente deixar á apreciação dos tribunacs civis contractos administrativos, passados por um administrador para um serviço publico.

A nossa jurisprudencia administrativa preceitúa que as difficuldades suscitadas entre os particulares e a Administração competem á jurisdicção administrativa de preferencia á dos tribunacs, porquanto ao *contencioso administrativo* cabe resolver os debates levantados entre um particular e a Administração, obrando como tal e representando interesses collectivos. E assim, sendo a jurisdicção o direito de conhecer dos

processos e de terminal-os por meio de julgamento, é claro que não podem renunciar a os funcionarios administrativos, porque ella foi estabelecida no interesse da causa publica; e nem tão pouco os Ministros, fazendo parte dos poderes publicos e obrando em seu nome, podem alterar a ordem das jurisdicções. (Serrigny, pag. 530, e *Jornal do Direito Administrativo*, de 1862, pag. 490.)

Admittindo, porém, que não esteja liquido o direito da Fazenda, e que seja competente o Poder Judiciario para julgar das liquidações, com que base foi requerido o sequestro a que se refere o Aviso do Ministerio da Fazenda de 5 de Dezembro de 1872? Como simples segurança, *visto bastar presumpção sufficiente da divida que se vai liquidar?* Mas, contra semelhante meio aconselhado por praxistas, parece se pronunciar o Supremo Tribunal, quando em Accórdão de 10 de Novembro de 1866 diz: « Vistos, expostos e relatados estes autos de revista civil, entre partes, recorrentes o Dr. Domingos de Oliveira Ribeiro e outros e recorrida a Fazenda Nacional, concedem a revista pedida, já pela nullidade manifesta do processo, como pela injustiça dos Accórdãos de que se recorre; porquanto, *sendo illiquida a conta corrente de fl. 5, que servio de base ao meio executivo a fl. 2, já por não ser extrahida dos livros fiscaes, como era necessario para que a recorrida pudesse ter nella a sua intenção fundada segundo a Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3º, §§ 2º e 5º, já por estar errada, como reconheceu o mesmo despacho de fl. 299 v., é claro que não podia servir de base aos sequestros, os quaes pre-suppoem contas correntes liquidas e incontestaveis..... »*

O Accórdão do Supremo Tribunal de 20 de Maio de 1865 ainda vem em auxilio dos principios que defendemos, porquanto diz: « Vistos, expostos e relatados os presentes autos de revista civil, entre partes, recorrente a Fazenda Nacional e recorridos João Ferreira de Ulhôa Cintra e outros, concedem a revista pedida por nullidade do Accórdão. *Porquanto é direito estabelecido pelas leis fiscaes, que o processo executivo é o meio competente para a Fazenda Publica haver o que lhe é devido pelos que della recebem dinheiros, e que as certidões extrahidas*

dos livros do Thesouro e das Thesourarias são base para o processo. Outrosim, é pelas mesmas leis firmado que estas certidões têm a mesma efficacia, ou sejam os debitos formulados por contas tomadas aos devedores ou á sua revelia, verificando-se por ella alcance seu. É finalmente doutrina recebida e não contestada que a outras prescripções fiscaes estão sujeitos todos os que receberem dinheiros da Fazenda Nacional para despezas do serviço publico.

« Dos autos consta, por certidão extrahida dos livros da Thesouraria da provincia de Minas Geraes, que o tenente-coronel Felippe Joaquim da Cunha, ex-commandante das divisões militares do Rio Doce, recebera da Fazenda Publica os prês destinados ao pagamento das praças destacadas sob seu commando, e que, não os tendo integralmente satisfeito, fôra em tomada de contas reconhecido estar alcançado na quantia de 11:420\$236, que, junta á de 10:535\$164 de juros contados, monta em 21:955\$400, ora demandada aos seus herdeiros, da qual os condemna a sentença. *Contra esta exigencia da Fazenda Publica não procede a incompetencia allegada do processo executivo, porque, se era meio competente para ser demandado o ex-commandante das divisões do Rio Doce pelos dinheiros que recebera da Fazenda Publica, tambem o é para com seus herdeiros, que succedem-lhe em direitos e obrigações; accrescendo que pelo recebimento dos embargos tiverão os mesmos todos os meios de defesa. Tambem não pôde ser caracterizada de illiquida a conta por inducção tirada do documento offerecido pelos recorridos, porque esse documento, narrando os embaraços occorridos nas contas prestadas pelo ex-commandante das divisões do Rio Doce, declara achar-se liquidada até Novembro de 1841 a quantia de 3:380\$280 e mostra que a commissão pedira informações para continuar a liquidacão; e consta que forão-lhe ministradas as informações pedidas, e que tivera logar a conclusão da tomada de contas; assim, a falta de liquidez irrogada á conta pelo Accórdão recorrido, que reformou a sentença da primeira instancia, não podia recahir ao menos sobre a quantia reconhecida pelo documento organizado sobre bases offerecidas pelo proprio ex-commandante. E porque o*

accórdão recorrido, julgando desobrigados para com a Fazenda Publica os recorridos do pagamento da quantia exigida, tinha contravindo ás leis fiscaes que dão intenção fundada e provada á Fazenda para demandar aos seus devedores por contas extrahidas de seus livros, concedem a revista pedida, por nullidade manifestada do Accórdão. »

Os Accórdãos citados demonstrão que, se decisões existem desconhecendo a força de uma conta extrahida dos livros fiscaes e autorisando a que em juizo se procedão a novas liquidções, controvertendo-se questões já resolvidas administrativamente, estes factos só por inversão da jurisprudencia administrativa e fiscal se podem dar e que, portanto, foi legal o sequestro ordenado nos bens da companhia, porque a divida já se achava mais que liquidada; mas, como consequencia legitima e immediata, a acção proposta não podia nem devia ser outra senão a executiva.

A conta extrahida contra a companhia foi mais que liquidada; suscitou-se questão que foi muito debatida entre o Governo e a Companhia como prova o Aviso de 17 de Março de 1870 e, por fim, a Companhia, sempre batida em brecha, não quiz conformar-se com a decisão proferida e, sendo-lhe feita a intimação, declinou da competencia do Governo, sob o pretexto de que não póde ser juiz e parte.

A propositura da acção ordinaria não envolve só inversão na ordem das jurisdicções, envolve tambem inversão nas posições que devião ser tomadas pela companhia, quer em juizo, quer perante a Administração; tacitamente reconhece a procedencia das allegações da companhia, expostas no Aviso do Ministerio da Agricultura; finalmente reconhece a incompetencia da Administração para decidir e resolver taes questões. Em todo o processado nota-se grande confusão de principios, assumindo o Governo a posição que competia á companhia, mesmo em juizo, porquanto a Fazenda nada prova de modo ordinario, nem é articulante, (Instrucções do Contencioso de 31 de Janeiro de 1851); aos particulares competem a prova e a obrigação de se apresentarem em juizo, provando o nenhum fundamento da intenção da Fazenda.

Com relação á Fazenda Provincial de Pernambuco deu-se o seguinte facto: Tasso & Irmão obtiverão a liquidação de suas contas feitas pela Thesouraria Provincial; feita a liquidação, verificou a Thesouraria achar-se errada; depois de novamente liquidado e verificado o debito em 16:951\$525, diminuirão a cifra para 15:211\$898, e, depois de estar a causa em juizo, soffreu ainda a conta liquidada nova emenda, baixando o pedido a 14:484\$650. Em primeira instancia foi Tasso condemnado a pagar a quantia de 14:484\$650, appellou da sentença e nas razões allegou: haver exhibido na Thesouraria recibos de impostos relativos aos exercicios incluídos na conta, sommando em mais do que se pede na acção, etc.

Ouvindo o Procurador da Corôa o Sr. Desembargador Domingues da Silva, disse: « É da mais rigorosa justiça a confirmação da sentença appellada, attentos seus juridicos fundamentos. Quando se houver de julgar, melhor desenvolverei meu parecer. »

O Sr. Desembargador Rigueira Costa em seu relatorio disse: « A Fazenda Provincial intentou acção executiva contra Tasso & Irmão para pagamento da quantia de 15:211\$898, importancia do imposto de liquidos espirituosos, que por occasião do exame de suas contas se verificou restarem durante os exercicios de 1862 — 1863 até 1865 — 1866. Feita a penhora, vierão Tasso & Irmão com os embargos a fl. 11, allegando em defesa a materia que delles consta.

« Destes embargos teve vista o Procurador Fiscal, que os impugnou, offerecendo as informações a fl. 55, dadas pela contadoria respectiva; depois do que, feitos os autos conclusos, o juiz, desprezando o allegado por Tasso & Irmão, julgou a penhora por sentença, condemnando os mesmos na quantia de 14:484\$650, ultimamente liquidados e mais nas custas, como tudo se mostra de sua sentença a fl. 59. Tasso & Irmão vierão a esta sentença com os embargos a fl. 62, os quaes, depois de dizer o Procurador Fiscal, forão afinal desprezados pela sentença a fl. 66, de que Tasso & Irmão appellarão para este Tribunal, onde arazoarão pela maneira constante a fls. 73—75. Tendo assim visto e relatado estes autos na fórma da lei. »

O Sr. Desembargador Doria, na qualidade de Procurador da Corôa, disse o seguinte : « Á Fazenda Publica cabe certamente o procedimento executivo contra seus devedores de impostos, contribuições, alcances de thesoureiros, recebedores, etc. É isto de direito antiquissimo desde a Ord. do liv. 2º, tit. 52, tit. 53, § 1º, Regimento dos contos, e Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3º, § 60.

« Mas para que lhe seja permittido esse procedimento executivo, é preciso mostrar que a sua intenção está fundada e liquida de facto e de direito, nos termos da Lei, já citada, de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3º, §§ 2º, 5º e 9º, isto é, contas correntes, extrahidas dos livros da fazenda ou fiscaes, que mostrem com certeza e a toda a luz o alcance liquido do devedor, devendo ser essa conta extrahida por certidão para ter força de escriptura publica, (Regulamento da Fazenda, Cap. 176.) Só assim se pôde dizer que a Fazenda entra com sua intenção fundada e liquida de facto e de direito.

« Ao contrario, não provando o alcance liquido por conta regular e exacta, extrahida dos livros fiscaes, não lhes cabe a acção executiva contra seus devedores, (Nota 218 do *Manual do Procurador Fiscal, Repertorio das Leis da Fazenda* por A. Suzano, nota á pag. 297.) Ora, a conta de fl. 3, que servio de base para se requerer mandado executivo contra os appellantes, não é certamente a que a lei exige, porque ella não convence qual seja o alcance liquido dos appellantes, em cada um dos exercicios e impostos. Demais, consta dos autos que a escripturação, donde se extrahio a conta de fl. 3, não é regular (fl. 56 v.), e que a propria Thesouraria, reconhecendo erros e excessos na conta de fl. 3, como se vê de fl. 57 v., reduzio-os para menos. Por estas simples considerações e pelos fundamentos das razões de appellação a fl. 73, que reputo procedentes, entendo que é de justiça reformar-se a sentença appellada. »

Talvez cause especie neste processo funcionar duas vezes o Procurador da Corôa; convém, porém, notar que o Desembargador Domingues, que então era Procurador da Corôa, prometteu desenvolver o seu parecer, quando houvesse de ser

julgada a causa, e tendo deixado de o ser, já não podia representar a Fazenda no julgamento, e não devendo a Fazenda ficar sem representante, nada mais natural do que submeter a questão á apreciação do novo Procurador da Corôa, mesmo para que elle ficasse habilitado a tomar parte no julgamento da causa. Feitas estas considerações que nos parecerão necessarias, passamos a transcrever o Accórdão da Relação.

« Accórdão em Relação, etc. Que vistos, expostos e discutidos estes autos, julgão procedente a appellação interposta, attenta a incompetencia da acção, porquanto á Fazenda só cabe o procedimento summario executivo, sendo liquida a divida, caso que se não verifica na especie dos autos, pois que a conta que a esse procedimento serve de base, não foi extrahida, como manda a lei, dos livros fiscaes, senão de certos dados deixados pelo respectivo agente, em que se notão irregularidades, como reconhece a propria Thesouraria, (documento a fl. 55) donde se vê que não pôde merecer fé, para autorisar um procedimento odioso e violento, qual é o executivo, pelo que e mais dos autos julgão nullo todo o processado, salvo á Fazenda o direito de liquidar em acção competente e fórma ordinaria, e pague a mesma Fazenda as custas em que a condemnão. »

Todas as peças citadas e tambem as razões de appellação fôrão publicadas no *Jornal do Recife* n. 292 de 5 de Dezembro de 1873.

Sem duvida aquelles que sustentão que o Poder Judiciario têm o direito de envolver-se em questões da competencia da Autoridade Administrativa, sob pena de nullificar-se, tornando-se mero instrumento, mero executor, applaudirão o procedimento da Relação de Pernambuco e enxergarão nelle o unico remedio efficaz de obrigar os cidadãos contra os erros e prepotencias da autoridade administrativa fiscal.

Nós, porém, que contestamos semelhante direito ao Poder Judiciario, entendemos que o Tribunal da Relação julgou incompetentemente. Ignoramos, entretanto, qual tenha sido o resultado desemeilhante decisão; em vista, porém, do parecer do Desembargador Procurador da Corôa e do Accórdão, não se nos dá de affirmar que a decisão passou em julgado, sem que fossem

interpostos os recursos legaes no intuito de sustentar a autoridade da lei na ordem judiciaria.

A especie não é nova, quasi sempre se dão destes abusos praticados pela Autoridade Judiciaria; não reproduziremos o que temos dito, apenas nos limitamos a chamar a attenção para o capitulo XIV e a transcrever o officio n. 839 de 14 de Novembro de 1854, dirigido pela Directoria do Contencioso ao Procurador da Corôa de Pernambuco.

« O Procurador Fiscal dessa Provincia transmittio a S. Ex. o Sr. Ministro da Fazenda a cópia authentica do Accórdão, proferido pelo Tribunal da Relação dessa provincia nos autos em que a Fazenda Publica contende com José Hygino de Miranda, fiador do ex-collector da comarca da Boa Vista.

« E o mesmo Exm. Sr., considerando que os fundamentos do referido Accórdão erão improcedentes, não só pelos motivos expendidos no officio, por cópia incluso, do sobredito Fiscal, como porque entrârao na apreciação da maneira por que tinha sido organizada a conta, e da lotação sobre que se baseara a mesma conta, materia aliás da competência exclusiva dos Juizes e Tribunaes administrativos, perante os quaes devia o fiador disc. tir o seu pretendido direito, ordenou-me que officiasse a V. S., afim de fazer-se ao Accórdão, de que se trata, toda a opposição juridica que as circumstancias lhe aconselharem, e que o seu zelo e intelligencia lhe suggerirem, implorando-se o *beneficio de restituição*, caso seja necessario para obter-se a reforma do sobredito Accórdão. »

O Poder Judiciario, sendo incompetente para reformar as decisões administrativas, não pôde ser taxado de instrumento, mero executor da Autoridade Administrativa, porquanto no foro commum este principio é tambem observado pelo Poder Judiciario, tanto que a Ord. do liv. 3º, tit. 87, § 4º preceitúa que o Juiz deprecado não pôde conhecer dos embargos oppostos ás precatorias, mas deve remettel-os ao Juiz deprecante com citação da parte, o que tambem observa Pereira e Souza, nota 202; Lobão, *Seg. Línha.*, nota 202; Corrêa Telles, *Man. do Proc. Civ.*, § 129.

A Directoria do Contencioso em officios ns. 613 e 614 de 22

de Julho de 1854 declara « que o Juiz deprecante, onde foi contrahida a obrigação do devedor para com a Fazenda, é o competente para conhecer dos embargos que se offerecerem, quando não incluirem notoria ineptidão ou incurialidade do mesmo precatório ou notoria falta de jurisdição do Juiz deprecante. » Igual disposição consagra o officio n. 790 de 20 de Outubro de 1854 também da Directoria do Contencioso.

A Directoria do Contencioso em officio n. 631 de 25 de Outubro de 1866 declara: « que, embora, na fórmula da Ord. liv. 3.^a, tit. 87, § 12, o juiz executor tenha a escolha de conhecer dos embargos oppostos pelo executado ou remettel-os ao juiz que deu a sentença, não pôde, todavia, exercer a faculdade de escolha no caso de entenderem os embargos com a coisa julgada, e muito especialmente sendo incompetente para conhecer originariamente da causa principal, como é o Juiz Municipal para as materias que respeitão á Fazenda Publica. »

E, finalmente, a Directoria do Contencioso em officio n. 756 de 10 de Outubro de 1854 declara: « que se não deve consentir na demora da execução dos precatórios, quando os executados allegarem materia da competencia administrativa, visto que, sendo o conhecimento de tacs e lammações da exclusiva competencia das Autoridades Administrativas, a ellas se deve dirigir, correndo todavia a execução, visto que só é attendivel para o effeito de a suspender a quitação liquida e pura, de que trata a Lei de 22 de Dezembro de 1761. »

Em vista do exposto, se a Relação, absolvendo a Tasso & Irmão, obrou incompetentemente, tomando conhecimento de negocios da exclusiva competencia da Autoridade Administrativa, esta decisão não trará consequencias tão nocivas e prejudiciaes á jurisdição administrativa como a jurisprudencia da consulta de 30 de Novembro de 1872; naquelle caso, pôde, com o *beneficio de restituição*, a Fazenda reivindicar os seus direitos e aniquilar a injuria feita á lei; no caso da consulta de 30 de Novembro, não.

Não se poderá jámais dizer que ha luta entre a Administração e o Poder Judicial; infelizmente ha uma deploravel confusão, que pôde levar-nos á anarchia. O espirito de independencia,

que é uma das maiores preocupações das sociedades modernas, tem penetrado em todos os seus elementos e se tem introduzido em todas as funcções, mesmo nos tribunaes; dahi a jurisprudencia da Consulta de 30 de Novembro, que nada menos contém do que proclamar a justiça livre dos embaraços da lei, a pretexto de proclamar-se a independencia do juiz; libertando-o de um jugo, aliás necessario, sujeitão as partes a seus caprichos, a suas vontades.

Os deveres dos juizes e os limites de seus poderes são claramente definidos; a lei não é do seu dominio, elles não são senão o interprete; compete-lhes applicar as leis taes quaes ellas são, sem que possam raciocinar sobre os inconvenientes que enxergão em sua execução litteral e sobre os aperfeiçoamentos de que ellas são susceptíveis. Estes principios são entretanto destruidos pela jurisprudencia da consulta de 30 de Novembro, quando sustenta que na applicação da lei o juiz deve fazel-o como entender, ora restringindo, ora ampliando, ficando por este modo reduzida a nada a acção da lei. Se a lei tem vicios ou é insufficiente, aperfeiço-se ou reforme-se, mas este alvitre não compete aos tribunaes, que não podem tomar nem directa nem indirectamente parte no exercicio do Poder Legislativo.

Ao Poder Legislativo e sómente a elle pertence o direito de constituir as leis, e é á vista dellas que o dever do juiz consiste em uma execução fiel e em um respeito absoluto; por isso diz Champonière: « Onde a lei é respeitada, onde o juiz nos limites dos seus poderes a applica religiosamente, faz a luz e faz calar os debates; onde, porém, o magistrado é julgado com poderes do applicar, como entender, a lei, as decisões tornão-se contradictorias e fica não só e-palhado o erro, como introduzidas a perturbação e a desordem. »

Basta olhar-se com alguma attenção para as decisões judi-
ciarias e conhecer-se-ha que a principal causa da incerteza e
contradicção nas decisões em materia fiscal provém do espirito
de independencia e do desejo de modificar a lei. Estes prin-
cipios perturbadores de toda a jurisprudencia tornão-se mais
sensíveis na applicação das decisões administrativas, porque
a lei é menos conhecida e os juizes a considerão, além de

incompleta, fóra das regras do direito, sem duvida porque as leis administrativas têm mais ligações com o Direito Publico e com a acção governamental.

XXXIV.

É incrível que depois dos trabalhos e investigações de Macarel, Cormenin, Bavoux, Foucart, Degerando e Laferrière ainda hoje se ponha em duvida a jurisdição administrativa contenciosa; entretanto é força reconhecer que mesmo entre nós ainda existem duvidas, como temos demonstrado; assim é que a consulta n. 427 da secção de Fazenda do Conselho de Estado, de Maio de 1856, examinando se os tribunaes de justiça podem conhecer de causas da Fazenda Publica e se o que dispoem as leis e ensinão os publicistas francezes pôde ser applicavel á nossa administração fiscal, diz:

« Na antiga monarchia, de que nos separámos, o conhecimento de todos os pleitos entre a fazenda real e os particulares foi por longo tempo da competencia dos tribunaes de justiça. A Lei de 22 de Dezembro de 1761 passou dos ditos tribunaes para o Conselho de Fazenda unicamente a jurisdição contenciosa a respeito da divida activa ou da cobrança e arrecadação das rendas do Estado. As causas relativas á divida passiva e outras ficárão como d'antes aos referidos tribunaes, embora houvesse fóro privilegiado ou privativo da Fazenda.

« Prevaleceu no Brasil independente esta legislação até que a nossa Lei de 4 de Outubro de 1831, organisando o Thesouro Publico e extinguindo o Conselho de Fazenda, tornou a passar pelo art. 91 para os juizes territoriaes, com recurso para as Relações, a mesma restricta jurisdição contenciosa que exercia o conselho extinto. Voltárão, portanto, ao estado primitivo todas as causas relativas á fazenda publica, conhecendo dellas absolutamente os juizes e tribunaes civis e considerando-se extinto o fóro privilegiado que dantes havia.

« A experiencia de dez annos mostrou a necessidade de reviver esse fôro privilegiado, e pela Lei de 29 de Novembro de 1841 foi restabelecido o Juizo dos Feitos da Fazenda, com appellação para as relações dos districtos a respeito de todas as dividas do Thesouro Publico. Progredindo a nossa administração fiscal, attendeu-se depois á conveniencia de sujeitar a liquidação, cobrança e pagamento de certas dividas da Fazenda á acção mais expedita do juizo administrativo contencioso.

« Neste sentido pelo art. 51 da Lei de 18 de Outubro de 1845 foi estabelecido: que os documentos comprobatorios das dividas militares, provenientes de vendas de generos e fornecimentos á tropa, fossem apresentados ás estações fiscaes dentro de um anno da data do contracto, e que a sua liquidação se fizesse administrativamente com recurso para o Conselho de Estado.

« Tambem no mesmo sentido a Lei de 4 de Julho de 1850 e o Decreto de 20 de Novembro desse anno, reformando o Thesouro Nacional e não se contentando com a legislação existente, declarou, art. 79: que no processo executivo das dividas activas se observassem, no que fossem applicaveis, as disposições do Tit. 3º da Lei de 22 de Dezembro de 1761.

« Deste breve resumo collige-se: Que a respeito de todas as dividas activas provenientes de impostos publicos cabe o conhecimento dellas ao juizo administrativo contencioso, exercido pelas autoridades fiscaes, verbal, mercantilmente de plano, pela verdade sabida, sem dependencia alguma dos tribunaes de justiça. Que, porém, a respeito das dividas passivas só estão sujeitas ao mesmo juizo administrativo as militares provenientes de fornecimento á tropa. Que a respeito de todas as outras dividas passivas ainda cabe o conhecimento dellas ao contencioso judicial, mediante o Juizo dos Feitos e tribunaes de justiça.

« Longe está a secção de contestar a sabedoria da legislação fiscal da França e a solidez das doutrinas de varios expositores do direito administrativo francez; mas acredita que, emquanto nossas circumstancias forem differentes das daquelle paiz, não podemos admittir os principios do seu codigo

administrativo e as opiniões dos seus publicistas. Alli se acha estabelecido, ha 60 annos, e tem sido organizado e melhorado por varias leis um juizo administrativo, voluntario e contencioso com attribuições mais ou menos definidas, com processos e instancias proprias e distinctas dos tribunaes de justiça.

« Aqui, porém, em vez disso ainda nos achamos no difficil trabalho dessa organização; tanto assim que, á excepção de varias disposições incompletas dos regulamentos das alfandegas, consulados e recebedorias a respeito de contrabandos ou tomadias; do contencioso das repartições fiscaes nos limites do Tit. 3º da Lei de 22 de Dezembro de 1761 e do art. 51 da Lei de 18 de Outubro de 1845 e das attribuições conferidas modernamente ao Conselho de Estado sobre prezas e indemnizações, conflictos entre as autoridades e abusos do poder ecclesiastico; quasi nada mais ha que dê fé entre nós de um juizo administrativo regular.

« Em França as leis não permitem que os tribunaes de justiça possam conhecer das causas, que envolvão interesses da natureza e ordem administrativa ou versem sobre questões relativas ao dominio ou proprias do Estado, ás contribuições e contabilidade publicas, ás dividas em geral, etc. Entre nós, como já se demonstrou, os juizes e tribunaes de justiça pela legislação ainda existente podem conhecer de causas da Fazenda, salva a limitação já notada das Leis de 22 de Dezembro e 18 de Outubro.

« Assim, pois, não podemos dizer com Degerando: que aos tribunaes civis não compete conhecer de acções que tenham por fim declarar ao Estado devedor de particular algum; nem com Cermenin: que as sentenças dos ditos tribunaes são declarativas e não constitutivas de credito a que o Estado fique obrigado. E tanto menos podemos dizel-o quanto na propria França casos ha, como apontados por Solon, 2138 nota 3ª, em que aquelles tribunaes deixão de ser incompetentes para causas que envolvem interesses fiscaes e quanto alli mesmo, como observa Laferrière no seu recente curso, liv. 1º, cap. III, faltão ainda principios, que possam servir de base definitiva para a competencia da jurisdicção administrativa. Á vista do

exposto creê a secção que pelo menos não será prudente applicarmos ás nossas questões fiscaes no estado em que ainda nós achamos os principios da legislação e as doutrinas dos publicistas francezes. »

Dahi sem duvida a opinião emitida pelo illustrado Sr. Conselheiro Ribas, quando, no 2º volume de seu curso de *Direito Civil* á nota 46, referindo-se ao Decreto n. 2343 de Janeiro de 1859, diz: « Esta disposição, porém, é especial aos contractos celebrados com a administração da Fazenda, de sorte que os que forem celebrados com os outros ministerios ou agentes subordinados a estes, continuão sujeitos ao *Direito Commum*. »

Todos estes principios, se erão procedentes e verdadeiros em 1856, hoje não têm applicação, porquanto ahi estão para protestar contra elles não só os Decretos de 29 de Janeiro de 1859 e de 10 de Março de 1860, mas tambem o Decreto n. 2926 de Maio de 1862, que não podia ser desconhecido pelo Sr. Conselheiro Ribas, a Circular n. 253 de Agosto de 1864; e muito principalmente a importante Circular da Direcção do Contencioso n. 306 de Julho de 1866, já citadas no Capitulo VI.

Traçados os limites da competencia administrativa e estabelecidos os meios de manter illesa essa attribuição, quando os tribunaes de justiça pretenderem tomar conhecimento de questões administrativas, que são: *excepção de incompetencia e conflicto de jurisdicção com recurso para o Conselho de Estado*, perguntaremos: não ficarão todos estes meios completamente inutilisados e com elles a jurisdicção administrativa contenciosa com a propositura da acção ordinaria perante os tribunaes?

Esta acção é incompativel com o procedimento administrativo, consagrado pelas leis já citadas, visto que este exclue aquella; qualquer que seja a sua natureza, a liquidação não póde realizar-se senão mediante os tramites marcados nas leis e regulamentos concernentes ao systema da contabilidade publica; assim, pois, a applicação da acção ordinaria importa, não só illegalidade notoria, como insanavel nullidade;—é subversiva da ordem das jurisdicções e dos principios de competencia estabelecidos no interesse da ordem publica.

A consulta de 30 de Novembro, querendo proclamar a mais completa independencia e liberdade de acção do Poder Judiciario incorre, nos mesmos erros que procura combater e fal-o de uma maneira ainda mais pernicioso e subversivo. Se o poder administrativo não pôde dictar a lei nem impôr as suas decisões ao judiciario, como explicar-se a ordem dada ao Procurador dos Feitos, de accôrdo com a consulta do Conselho de Estado, para propôr a acção ordinaria contra a companhia? Mas, dir-me-hão, esta ordem é a um agente da Fazenda e não ao juiz; é verdade; mas, se o juiz, usando da faculdade que lhe é conferida por lei, considerar improcedente a acção intentada e incompetente o juizo não só pela natureza da causa como por ser improrogavel a jurisdicção administrativa, que não pôde ser alterada por vontade das partes, qual deverá ser a attitudo do Procurador dos Feitos? Cruzar os braços diante de semelhante julgamento e deixar que o Poder Judiciario nullifique as ordens que administrativamente lhe forão dirigidas? Estabelecer o conflicto em casos taes? Mas, conflicto de que?

E se o Procurador dos Feitos pensar de modo contrario ao Conselho de Estado e á Directoria do Contencioso no que respeita ao desempenho de suas obrigações e ao Contencioso da Fazenda?

Se o Inspector da Thesouraria, como preceitúa a Ordem de 7 de Julho de 1842, não pôde dar ordens, nem direcções officiaes ao Procurador Fiscal, no que pertence ao desempenho de suas obrigações, e principalmente no que é relativo ao Contencioso da Fazenda Publica, que a lei pôz a seu cargo, devendo só representar contra o mesmo Procurador Fiscal pela prevaricação, omissão ou negligencia em que o considerar comprehendido e colligir os documentos para se lhe fazer effectiva a responsabilidade;

Se o Procurador dos Feitos é responsavel á Fazenda pelos prejuizos que lhe possa causar. (Ord. liv. 1º, tit. 48, §§ 10 e 17, Ord. liv. 2º, tit. 26, § 24, e Dec. n. 160 de 9 de Maio de 1842, art. 27). é claro que, para que se possa tornar effectiva a responsabilidade, é preciso que haja liberdade de acção; do

contrario, praticará actos sem razão nem liberdade, sem intelligencia, sem espirito, sem movimento d'alma.

É verdade que o Procurador dos Feitos é subordinado ao Procurador Fiscal do Thesouro mas esta subordinação não vai a ponto de serem tudo e por tudo accessoriado pela Directoria do Contencioso. Se não pôde propôr acção ou intentar opposição por parte da Fazenda, sem ordem do Thesouro, salvo havendo perigo na móra, caso em que deverá fazer a communicação immediatamente depois de tomadas as providencias necessarias. (Instrucções do Contencioso de 10 de Abril de 1851, art. 4º e Ord., Liv. 1º, tit. 48, §§ 15 e 16), a razão é porque sem mandato e sem informações, por via de regra, não se pôde procurar ou advogar por outrem.

A mesma razão não milita quando as informações não são de facto, porque neste caso só deve a Directoria do Contencioso dal-as quando o Procurador as pedir, se assim o entender necessario. (Instrucções de 12 de Janeiro de 1842 e de 10 de Abril de 1851, tambem do Contencioso, e Decreto n. 736 de 1850.)

Destas disposições se depreheende claramente que, sem que o Procurador dos Feitos peça, não deve o Director do Contencioso dar instrucções que sejam obrigatorias, mesmo porque estas disposições limitão a autoridade do Director do Contencioso ás instrucções e esclarecimentos que fõrem necessarios para solver as duvidas que occorrerem ao Procurador dos Feitos, evitando por este modo que elle se veja na dura contingencia de requerer contra seus principios e sustentar semelhantes actos com razões, que não são filhas de sua propria convicção. A sua missão é dar execução ás leis e regulamentos e independente de ordens e instrucções superiores, porque do contrario seria converterem-se em simples canaes de transmissão de ordens, abdicando a iniciativa e deliberação propria.

Não queremos com isto sustentar que as autoridades subalternas não devem obedecer ás superiores quando as ordens destas fõrem dadas em assumptos que não são da sua competencia, o que em tacs casos importaria: poderem os subalternos decidir do merito das ordens que se lhes expedem, o que seria a anarchia

no governo do Estado, que se tornaria assim impossivel, pois as autoridades subalternas poderiam a cada momento dispensar-se da obediencia ás ordens superiores sob o pretexto de que não estavam convencidas da justiça das ordens expedidas.

Já se vê que neste ponto discordamos dos principios consignados na Circular n. 306 de 19 de Julho de 1860, dirigida pelo Ministerio da Fazenda aos Inspectores de Thesourarias em que declara: « que o Governo está disposto a proceder rigorosamente contra aquelles que cumprirem ordens dos Presidentes, autorizando despezas, quando não estiverem revestidas de todas as formalidades exigidas pelo Decreto de 7 de Maio de 1842. » Em muitas outras Ordens declara o Ministerio da Fazenda que as Thesourarias não devem cumprir ordens das presidencias, ainda mesmo com a clausula expressa de responsabilidade. »

A responsabilidade da autoridade superior cobre a da inferior. (Batbie, tom. 3º, n. 270), e por isso, se o superior ordenar alguma cousa que pareça contraria á lei, deve o inferior cumprir, porquanto, se as autoridades inferiores pudessem recusar-se a cumprir as determinações das superiores, de que discordassem, ter-se-hia estabelecido a anarchia como regra de administração. A este respeito — suscitão os escriptores de Direito Administrativo a questão, se a autoridade superior pôde fazer cumprir as ordens que lhe pareçam *uteis*, posto que não sejam *ordenadas nas leis* ?

Em sentido negativo pronuncia-se Laferrière, tom. 2º, pag. 670, Serrigny, *Revue du Droit Franc.* 1849, pag. 246, e Dufour, tom. 1º, n. 409. Estes escriptores entendem que as autoridades superiores não podem substituir-se ás inferiores, nem deliberar em vez destas; salvo o caso de ser o acto *ordenado por lei* e negar-se a autoridade inferior a pratical-o.

A Ordem da Directoria do Contencioso transmittida, ao Procurador dos Feitos, não nos parece de accôrdo com a jurisprudencia reguladora da materia; entretanto nunca aconselharemos a desobediencia em casos taes, quando as determinações não fôrem autorizadas por lei, porque em caso algum compete á autoridade inferior discutir e decidir do merito das decisões

para as cumprirem ou não, segundo lhes parecerem regulares ou irregulares.

Se a ordem para a propositura da acção ordinaria não emanasse do Ministerio da Fazenda, tendo precedido audiencia das respectivas secções do Conselho de Estado, não opinariamos pelo conflicto entre o Procurador Fiscal do Thesouro e o dos Feitos, mas diriamos que antes de cumprir a ordem, se lhe parecesse contraria á lei, deveria representar respeitosa-mente ao Governo e mesmo interpôr o recurso para o proprio Governo e para o Conselho de Estado, como um recurso supremo, um *ultimum præsidium*.

Em nosso humilde entender a praxe geralmente seguida de ouvir-se em tudo e por tudo o Conselho de Estado em negocios contenciosos e no que respeita á applicação das leis e regulamentos administrativos, se não é erronea, é pelo menos de subido inconveniente. Reconhecemos a necessidade da audiencia do Conselho de Estado, quando se trata de determinar certas regras nos limites fixados por uma lei especial e muito principalmente na confecção de regulamentos, que têm de ser expedidos pela Administração.

A este respeito diz um deputado em um projecto apresentado ao Corpo Legislativo Francez em 1840: « Os trabalhos desta ordem completão e supprem a legislação, nos detalhes complicados onde ella não pôde se *envolver*, organisão os serviços publicos, tração á Administração em todas as suas partes as regras que ella deve seguir. O concurso do Conselho de Estado pôde garantir que se conservará na confecção destes regulamentos a unidade de vistas, de principios e as boas tradições administrativas. Os diversos Ministerios, qualquer que possa ser seu zelo e sua experiencia, não terião nem a generalidade de vistas, nem o tempo necessario para cumprir tão grande missão. »

Vivien em seus *Estudos Administrativos*, com a autoridade de sua longa experiencia, emitta a seguinte opinião: « Assegurar a unidade da applicação das regras administrativas; impedir que, por casos semelhantes, as soluções não variem com as divisões ministeriaes; dar pela redacção a ordem, a

simplicidade, a clareza que são os meritos essenciaes e muito poucoa preciaados; tal é o objecto da intervençã do Conselho de Estado. Os regulamentos da administração publica devem-se limitar em encerrar cada poder em sua esphera. Do mesmo modo as leis não devem conter artigos puramente regulamentares, assim como os regulamentos não devem admittir disposições de pura execução, que devem ser deixadas á apreciação da Administração. Convém igualmente evitar de inserir disposições copiadas na Constituição ou nas Leis. Esta transposição as enfraqueceria diminuindo sua autoridade. Os cidadãos que achão uma disposição em um simples Decreto não sabem sempre que ella é revestida da sancção da lei; o Governo mesmo poderia se enganar nos Decretos ultiores e modific-a como puramente regulamentar. »

Se o Thesouro não é accessor das Thesourarias (Ordens de 15 de Setembro de 1847) e de 28 de Julho de 1852, e se é principio corrente que as autoridades administrativas, nas decisões que proferirem, podem interpretar e applicar as leis como entenderem, sob sua responsabilidade, é claro que não pôde a autoridade administrativa, qualquer que seja a sua ordem e jerarchia, solicitar da autoridade superior explicações sobre o verdadeiro sentido das leis, porque taes explicações podem crear difficuldades na resolução dos recursos interpostos, porque em taes casos a decisão dos mesmos recursos tem de regular necessariamente as dos juizes recorridos, e seria um absurdo, que por outras instrucções ou decisões pudessem elles nullificar suas proprias decisões e collocar os juizes recorridos em uma terrivel collisão; para saberem qual das decisões deverão cumprir.

Assim, pois, a missão das autoridades administrativas nos negocios contenciosos submettidos ao seu exame é decidir, não podendo pedir instrucções á autoridade superior a pretexto de que a questão é controvertida, porque o conhecimento e apreciação da necessidade ou desnecessidade de regulamentos, e a obrigação de prover aos inconvenientes, que da falta delles podem prover, são funcções do governo e não dos julgadores, nem mesmo do Conselho de Estado, que não pôde legislar, mas apenas applicar o que se acha estabelecido na legislação

em vigor, á qual se deve subordinar em todas as suas phrases, pelo principio de que os actos pendentes se regulão e ultimão pela lei vigente ao tempo da sua conclusão.

Finalmente, os recursos são meios de direito tendentes á re-fôrma das decisões ou julgamentos, não podendo os tribunaes de injustiça julgar as opposições e contestações tendentes a fazer validar um acto administrativo ou a determinar sua extensão e effeitos; ainda neste ponto é improcedente a jurisprudencia da consulta de 30 de Novembro, porquanto, quando ha na lei recursos ordinarios e designada na lei a autoridade competente para conhecer delles, não deve o Governo ingerir-se no assumpto, nem assumir a responsabilidade da decisão.

Se as disposições regulamentares e os Decretos expedidos, quando approvados por lei, tomão um character de disposições legislativas (Dufour, tom. 1º, n. 45; Trolley, tom. 1º, pag. 166) e se taes regulamentos e decretos publicados tornão-se obrigatorios tanto para o governo como para os cidadãos, e só perdem esta força sendo modificados ou revogados por um modo geral (*Aresto do Tribunal de Cassação* de 15 de Dezembro de 1836; Dufour, tom. 1º, n. 720, e Serrigni, *Des Réglem. municip.* ns. 34 e 35) é claro que, ainda que os decretos e regulamentos expedidos não tenham sido autorizados nem approvados por nenhum acto legislativo, o Conselho de Estado, em meras consultas, em certos e determinados casos, não pôde dispensar a sua execução, nem aconselhar ao Governo que não cumpra semelhantes leis e regulamentos, sob pena de tornar improficuas as leis existentes.

E releva observar ainda, que a jurisprudencia da consulta de 30 de Novembro deita por terra as disposições vigentes, e com ellas as que regulão e mantêm a distincção entre a declaração do credito e a criação do titulo, e a sua verificação ou liquidação administrativa, sem que se possa, em vista de semelhante preterição, recorrer ao art. 7º, § 4º da Lei de 23 de Novembro de 1841 e art. 24 e seguintes do Regulamento de 5 de Fevereiro de 1842, ficando nullificado o meio legal do conflicto de jurisdicção, instituido para reivindicar em taes casos a competencia da autoridade administrativa.

XXXV.

Quanto mais estudamos a jurisprudencia da consulta de 30 de Novembro e com ella a propositura da acção ordinaria, tanto mais descobrimos nella a subversão dos principios constitutivos do nosso direito constitucional e da jurisprudencia administrativa, e dahi as seguintes consequencias: violação do grande principio da divisão dos poderes; intervenção do Poder Judicial na Administração; a cada passo embaraçada a Administração; e ficar a mesma Administração sem responsabilidade, sendo envolvida com o Poder Judicial.

Estas consequencias demonstradas a toda evidencia pelo illustrado visconde de Uruguay em seus *Ensaíos sobre o Direito Administrativo*, por si bastão para tornar inaceitaveis os principios da consulta de 30 de Novembro, que não têm hoje o mesmo fundamento que outr'ora, filhos dos tempos em que sómente se preocupava dos interesses e direitos do individuo, não dos da sociedade, e em que a fascinação pelas theorias sobre a independencia do Poder Judicial fazia com que se não visse fora d'elle nem garantias, nem justiça. Ouçamos a este respeito o visconde do Uruguay:

« Assumptos de natureza contenciosa administrativa crão levados ao Poder Judicial, e este, porque não tinha outros, os decidia segundo as regras e doutrinas, pelas quaes resolvia os casos ordinarios, *secundum acta et probata*, unicamente. Dahi resultavão decisões que verificavão o *summum jus, summa injuria*, e que não podendo levar em conta considerações de conveniencia e interesse publico, crão, por aquelles que não conhecião ou abstrahião do direito estricto, havidos como hostis á nova ordem de cousas e como obstaculos postos á Administração.

« Dahi nascêrão tantas, tão consideraveis e taes condemnações da Fazenda Publica, que a Assembléa Geral entendeu, para fazer parar a torrente, dever adoptar contra o Poder

Judicial, ao qual contradictoriamente entregava todo o contencioso administrativo, a disposição do art. 31 da Carta de Lei de 24 de Outubro de 1832, o qual diz assim : « Não será inscripta, nem paga divida alguma que respeite á perda de particulares, por motivo de guerra interna e externa, sem authorisação da Assembléa Geral. »

« O mesmo aconteceu em França. No anno 8º da Republica Franceza, o Conselheiro de Estado Roederer, expondo, como orador do Governo, perante o Corpo Legislativo, os principios da nova organização administrativa, dizia : « Sous le régime qui a précédé la révolution une grande partie du contentieux de l'administration était portée devant les tribunaux, qui s'étaient fait un esprit contraire à l'intérêt du Trésor public. Leur partialité détermina l'Assemblée Constituante à réunir le contentieux de l'administration avec l'administration elle même. »

« Esta disposição era um attentado contra o Poder Judicial, cuja independencia violava abertamente, arrogando-se o legislativo a faculdade de revêr e inutilisar decisões soberanas e independentes. Em logar de reconhecer-se a impropriedade do Poder Judicial para decidir certas questões, de sujeital-as ao contencioso administrativo rodeado de certas garantias e formalidades, mas sujeito á fiscalisação das camaras, procurava-se o remedio na violação flagrante da independencia de outro Poder !

« As indemnizações pedidas á Fazenda Publica, provenientes de actos administrativos, o erão perante os Tribunaes Judiciaes, inconvenientes e improprios para a apreciação desses actos e para as averiguações indispensaveis, abrindo assim larga brecha ao Thesouro. »

« Quantos contos, dizia o senador B. P. de Vasconcellos, não pagámos pelas prezas do Rio da Prata, em que se respeitou muito reverentemente o principio da autoridade judiciaria, o caso julgado ! Passámos pela humilhação, vimo-nos na necessidade de discutir em segredo e de autorisar o Governo a resolver essa questão. Julgo que a nossa Administração não vai bem, que lhe faltão muitos meios para desempenhar

seus deveres. Eu pego ao senado que attenda á grande dívida que todos os dias se vai augmentando pelas sentenças dos tribunaes, sem culpa delles. Eu já disse; são muitas vezes obrigados a julgar pelo allegado e provado e vão condemnando a Fazenda Publica. Ora, em cinco ou seis causas, que neste momento me occorrem á memoria, é a Fazenda Publica condemnada a pagar perto de 2.000:000\$. Quando apparecerem essas reclamações de tomadas feitas no Rio Grande, Pará e Maranhão, haverá Thesouro que pague todas essas condemnações? Havemos de esperar que passe uma lei que remedeie este mal, e entretanto hão de os tribunaes ir julgando e decidindo?

« O Corpo Legislativo já reconheceu isso, mas o remedio que applicou não tem sido efficaz; tem chamado a si essas questões, que lhe tem roubado um tempo muito precioso, e as partes vem sempre a alcançar aquillo que pretendem. E qual tem sido o resultado? É duas ou tres vezes terem sido desattendidos os pretendentes depois de discussões calorosas, em que muitos não têm querido tomar parte; afinal sempre se manda cumprir a sentença, sempre se manda pagar aquillo que o tribunal julgou. »

O Marquez de Pombal já havia notado na Lei de 22 de Dezembro de 1761: « Que a sujeição, em que a arrecadação das mesmas rendas se achava aos *meios ordinarios dos processos e delongas dos pleitos*, havia reduzido os paizes em que prevalecia tal systema á impossibilidade physica e por si manifesta; que, sendo as entradas de seus erarios litigiosas e deferidas para termos tão incertos, como o são sempre os fins dos pleitos..... etc., etc. »

Se todas as reformas por que têm passado o Thesouro e as Thesourarias têm os respectivos decretos restaurado as disposições da lei já citada, mandando-as observar no processo executivo pelas dividas activas da Fazenda, é claro que a liquidação só pôde ser administrativa, cabendo a execução ao contencioso judiciario.

Convém, portanto, não perder de vista que, desde o momento que se acceitar como verdadeiro o principio de que a Fazenda

deve deduzir o seu direito e liquidar as suas dividas activas perante os tribunaes e pelos meios ordinarios, não haverá razão para se negar os mesmos meios quanto ás dividas passivas, e a necessidade de firmar-se a jurisprudencia a este respeito é tanto mais evidente quanto depois da guerra com o Paraguay tem-se tornado frequentes as reclamações por indemnizações.

O visconde de Uruguay em uma nota á pag. 295 da obra já citada, diz: « Pelas consultas de 13 de Dezembro de 1844, das secções de Fazenda e Justiça do Conselho de Estado, de 24 de Outubro de 1845 e 3 de Janeiro de 1846 e outras da secção de Fazenda e Resoluções Imperiaes sobre ellas tomadas, reconheceu-se que ao Governo, ouvido o Conselho de Estado, competia decidir sobre outras indemnizações, que não as provenientes de prezas. A lei diz—sobre questões de presas e indemnizações.

« Entretanto, uma simples ordem do Ministro de Fazenda, que fôra voto em uma daquellas consultas, dando explicações a um Procurador Fiscal (Ordem n. 211 de 22 de Setembro de 1853) decidio-se que o art. 7º, § 3º da Lei do Conselho de Estado só trata das indemnizações que resultão de prezas e que é fôra de duvida que o Juizo dos Feitos é o competente para conhecer das causas sobre indemnizações que não versarem sobre prezas. »

O senador Vergueiro assim dizia na sessão do senado de 13 de Julho de 1846: « Eu entendo que pertence ao Poder Executivo o conhecimento destas questões, e que mal collocado está elle no Poder Judicial. Disse-se que é uma usurpação, e eu tambem assim a considero. Está usurpada pelo Poder Judicial esta attribuição. Na verdade vê-se que o Poder Executivo desde o seu principio tem tido muito pouco cuidado em sustentar as suas attribuições; não só tem consentido usurpações do Poder Judicial; mas tambem do Legislativo. O Poder Legislativo tem entrado na applicação da lei ao facto, o que lhe não pertence; mas, comquanto reconheça que tem havido usurpação a respeito dessas attribuições, nem por isso digo que o Poder Executivo as deve exercer arbitrariamente.... Parece que se quer que o Governo vá já

julgar as prezas e indemnizações; a isto não posso dar o meu assenso, por entender que, sendo negocio grave tratando-se de *interesses* individuaes, é necessario estabelecer as convenientes regras para o exercicio desta attribuição.... Quizera que houvesse Tribunaes administrativos para tomar conhecimento desses negocios, mas, emquanto a lei os não estabelece, o que cumpre fazer? O Poder Judicial está nessa posse, vai continuando; por assim praticar não se lhe pôde fazer increpação; a omissão tem sido do Corpo Legislativo, que não tem feito lei, que extirpe esses negocios. »

O illustrado Sr. conselheiro Arêas, sendo consultado sobre o direito a indemnizações, que possa ter o empreiteiro de uma *obra publica* por damnos emergentes da falta de cumprimento por parte do Governo ás estipulações, e se a indemnização se reconhece administrativamente diz: « A competência administrativa é hoje geralmente acceita e recebida. As indemnizações são: puramente discricionarias, convencionaes ou legaes; as primeiras são um favor, uma equidade da Administração, esta pôde concedel-as ou negal-as. As ultimas é que constituem *direitos* ou *direitos adquiridos*, e consequentemente dão logar a questões contenciosas entre os particulares e a Administração.

« O principio entre nós é que sómente á Administração compete conhecer das questões e acções tendentes a declarar o Estado devedor. Esta é a disposição da Lei do Conselho de Estado de 23 de Novembro de 1841, art 7º § 3º. Na discussão da lei, no senado, disse-se positivamente que ella tinha por fim subtrahir ao conhecimento do Poder Judicial as questões de indemnização e as acções tendentes a declarar o Estado devedor.

« Depois de hesitações na jurisprudencia dos Tribunaes Francezes, é a doutrina que alli vigora, aliás de ha muito ensinada pelos autores mais distinctos do Direito Administrativo. Fôra longo citar estes autores. O Estado é reponsavel perante os tribunaes sómente no que respeita ao Estado como *pessoa privada* e não como *pessoa publica*. O Ministerio da Fazenda entre nós, sempre que tem tido conhecimento de

acções semelhantes, propostas em juízo, tem mandado levantar o conflicto de jurisdição; as partes têm reconhecido a competência e os processos têm parado.

« O conselheiro Ferraz, quando Procurador Fiscal do Thezouro, tendo noticia de que corria em juízo uma acção contra a Fazenda por indemnização de prejuizos em fornecimentos á tropa, declarou ao Procurador Fiscal do Maranhão o seguinte, em officio de Abril de 1854:

« E porque a materia discutida, sendo relativa á indemnização proveniente de contractos que tenham por objecto serviço publico, e a divida de fornecimentos feitos á tropa entra na esphera do contencioso administrativo, e, como tal, compete o seu conhecimento exclusivamente aos juizes e tribunaes administrativos, cumpre que dê noticia do que occorre ao Sr. Presidente da Provincia, requisitando que se proceda ulteriormente nos termos do art. 24 do Regulamento de 5 de Fevereiro de 1842, afim de suscitar-se o conflicto de jurisdição, na forma dos arts. 25 e seguintes. »

« As razões que justificão em theoria a competencia administrativa são por demais sabidas, para que as exponhamos aqui. Este assumpto não é mais duvidoso em face do art. 1º § 2º do Decreto de 29 de Janeiro de 1859, approvedo pelo art. 12 § 10 da Lei de 27 de Setembro de 1860. Este decreto attribue exclusivamente ao Ministro da Fazenda: « Conhecer das questões que versarem sobre o cumprimento, interpretação, validade, rescisão e *effeitos* das fianças e dos *contractos* celebrados com a administração da Fazenda, que tenham por objecto quaesquer rendas, *obras* ou *serviços publicos* a cargo da mesma administração. »

« É evidente, portanto, que as indemnizações legaes, reclamadas pelos arrematantes de obras publicas, são decididas por via contenciosa, isto é, pela administração da Fazenda, decreto citado, com recurso para o Conselho de Estado, (Regulamento de 5 de Fevereiro de 1842, art. 46). A liquidação, em todo o caso, ainda mesmo quando o direito do credor é declarado pelo Poder Judicial, é da competencia exclusiva da jurisdição administrativa. (Decreto de 22 de Novembro de

1851, art. 1º, § 12; Decreto de 20 de Novembro de 1850, art. 2º, § 10.) »

O visconde de Uruguay, em sua obra já citada sobre o Direito Administrativo, diz: « A liquidação das dividas do Estado póde envolver questões, que dependão de apreciação judiciaria. Entretanto exige principalmente o exame de um semnumero de actos administrativos, que é necessario interpretar e apreciar. Entregai-a ao Poder Judicial e ao Administrativo conjunctamente, cada um na sua parte. Dar-se-ha uma confusão e uma serie de conflictos inextricavel, e taes liquidacões serão eternas. Entregai-a exclusivamente ao Poder Judicial. Terá forçosamente de invadir um poder independente, de fiscalisar, interpretar e modificar os actos deste, de exigir d'elle esclarecimentos, de chamal-o a contas, de tornal-o seu subordinado e de dar logar a repetidos conflictos. É tambem indispensavel que pertença ao Poder Administrativo, que conhece melhor os motivos que o movêrão, ou seus agentes, as causas que determinárão seus actos, e fizerão dar preferencia ao interesse social sobre o interesse ou direito privado. Nem o contencioso administrativo poderia pertencer ao Poder Judicial sem que este administrasse. »

Entretanto, diz o illustrado relator da consulta de 30 de Novembro: « Que, não estando ainda completamente organizada a justiça administrativa por meio de uma lei que defina bem claramente a linha que a separa da justiça ordinaria, *seria temeridade e causas de infinitos conflictos o distrahir do poder judiciario as questões relativas á validade, interpretação e rescisão dos contractos em que o Estado figura como parte contractante e não como poder, na phrase do sabio Henrion de Pansey.* »

Em sustentação dos principios que defendemos, invocamos a autoridade do proprio Henrion de Pansey, que na sua interessante obra — *Da autoridade judiciária em França* — apresenta o seguinte exemplo, que é bem frisante: « O exercito está em marcha e vai entrar em operações. Uma associação ou particular contractou com o Governo o seu fornecimento. Cumpre, porém, tão mal o contracto, que aos soldados faltão

as cousas as mais necessarias. O unico meio de salvar o exercito e o Estado é annullar aquelle contracto. Mas esse contracto é synallagmatico, e todos esses contractos estão debaixo da guarda das leis, cujos órgãos são os Magistrados. Se, porém, o negocio fôr entregue aos tribunaes judiciais, ás suas lentas e sollemnes fórmulas, a seus recursos ordinarios, tudo se perderá, e quando fôr proferida sentença exequivel não haverá mais exercito. Que responsabilidade poderão ter o Governo e o General?

« Em taes circumstancias, é necessario para o exame e processo de semelhantes negocios um modo especial e particular, uma especie de tribunal, o qual, como o Conselho de Estado, exista e viva com o Governo, que esteja imbuido e conheça o espirito deste e algumas vezes seu segredo, e cuja marcha rapida esteja sempre de accordo com o que exijão a segurança do Estado e as necessidades da sociedade. »

Cormenin, que é geralmente considerado o primeiro escriptor de Direito Administrativo, diz: « É preciso que se saiba, que se a perfeição da justiça consiste na sua promptidão e economia, está a justiça administrativa mais em via de progresso do que a jurisdição civil. É preciso que se saiba que nada lucrariam as partes em pleitear perante os tribunaes judiciais, porque seriam os processos mais longos e dispendiosos. Nada tambem lucraria o Governo, porque seria preciso que continuamente chamasse a si pela avocação um semnumero de questões puramente administrativas ou politicas, que se misturariam por um modo quasi inextricavel, com as theses contenciosas tornadas judiciais. A separação dos poderes estabelecida pela Assembléa Constituinte ficaria em breve confundida e destruida. Multiplicar-se-hião infinitamente os conflictos com suas inevitaveis demoras e escandalos. O curso da justiça que, em taes casos, deve ser prompto para ser efficaz, seria a cada instante interrompido e embaraçado. Haveria confusão de materias, lutas de jurisdição, perigo nos julgamentos, negativas invenciveis de documentos ministeriaes e impossibilidades de toda a especie. »

« Para não cahir na confusão e na anarchia, diz o visconde

de Uruguay, é indispensavel que os actos administrativos, isto é, que os actos que emanão da autoridade administrativa sobre assumptos administrativos, não fiquem, por modo algum, dependentes de outro poder. »

Contra a jurisdicção administrativa se allega que o Poder Judicial passará para a administração, applicando-se estes principios ao Poder Judiciario, tambem se pôde dizer que passa a administração para os tribunaes. A este respeito cita o visconde de Uruguay as seguintes palavras proferidas pelo senador Vasconcellos no Senado, em 7 de Julho de 1841: « Todas as cousas podem encontrar seus inconvenientes; a habilidade está em escolher os que menos contém. O Poder Executivo é rigorosamente vigiado pelo Poder Legislativo; qualquer pequeno abuso, qualquer pequena usurpação ha de ser logo accusada nas camaras; o ministerio ha de ter o maior cuidado em nunca saltar as raias da sua autoridade, quando pelo contrario o Poder Judicial não está sujeito a tal fiscalisação ou a tão exacta fiscalisação; porquanto entre nós quem fiscalisa o Poder Judicial? Ninguem. »

É forçoso reconhecer que, apesar das leis regulando a jurisdicção administrativa contenciosa e da obra sobre o nosso Direito Administrativo, escripta pelo visconde de Uruguay, que merecidamente era considerado um dos melhores talentos do paiz e publicista profundo, os principios contra o contencioso administrativo têm nestes ultimos tempos allucinado alguns espiritos, aliás esclarecidos, de que o paiz se honra e gloria, e pelo natural effeito da reputação dos seus autores, a doutrina se tem propalado; e deste modo vai a administração perdendo o seu prestigio e as leis a sua autoridade e força moral.

XXXVI.

Não se julgue que queremos a absorpção de todos os poderes pelo Executivo, pela Administração. Submitter um poder a qualquer dos outros é tornal-o dependente, e se a Constituição

diz que a divisão e harmonia dos poderes politicos é o principio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de tornar effectivas as garantias que a Constituição offerece, é claro que a sua confusão e desharmonia é o principio destruidor desses direitos e um meio infallivel de produzir o cahos e a anarchia. Não ha harmonia sem independencia; é ella que pela distribuição da força social entre poderes simultaneamente limitados e soberanos sustenta o equilibrio geral; logo que um poder invada ou possa invadir a esphera do outro ou dos outros esse poder prepondera e a preponderancia é a tyrannia.

Desde que a divisão dos poderes é o principio da Constituição dos governos representativos, submeter um a outro poder será excellente em outros systemas, mas é impossivel no representativo e é absurdo, porque é diametralmente opposto á sua organização. Das considerações feitas se deprehende facilmente que não queremos que os actos da Administração sejam nullificados pelo Poder Judiciario, nem tão pouco que a Administração dicte ao juiz o como tenha de entender a lei, invalide os seus actos e, desprezando o principio de que as convenções licitas são leis para aquelles que as têm celebrado, ponha de parte a lettra e o espirito das leis e deixe de observar e cumprir fiel e religiosamente os contractos conforme o que entre as partes contractantes tiver sido accordado.

Sectarios das prerogativas administrativas, reconhecemos ao mesmo tempo que não pôde a Administração, derogando a Lei, prejudicar direitos, annullar os effeitos naturaes e civis dos contractos, e nem tão pouco afastar-se das regras de direito e deixar de manter a boa fé dos contractos, que nunca deve ser illudida. Discordamos, portanto, do Presidente de Pernambuco e tambem da Assembléa Provincial da referida provincia, quanto ao modo por que encararão a questão suscitada pela mesma Presidencia com relação ao contracto celebrado com a Companhia Recife Drainage Limited.

Eis como se expressa o digno Presidente no relatorio apresentado á Assembléa Provincial, em Maio de 1873.

« Tendo eu verificado, logo que assumi a administração

desta provincia, achar-se visivelmente falsificado o termo de contracto innovado com o commendador Antonio Gomes Netto, cessionario de Carlos Luiz Cambronne, quanto ao prego estipulado da canalisação, na razão de 750 réis o palmo, o que, importando para o cessionario um lucro de perto de 300:000\$ não poderia por certo escapar a uma administração zelosa e intelligente, como fôra a do conselheiro Paranaguá, remetti *in continenti* o respectivo livro ao Dr. Juiz de Direito do 2º districto criminal, afim de que, nomeando peritos, procedesse a exame no termo original da innovação do dito contracto e averiguasse se havião ou não raspaduras nas palavras—pelo prego já estipulado—que alli se lê, bem como se as lettras de que se compoem as palavras—*á razão de 750 réis o palmo*—se achão ou não conchegadas, de modo a caberem no pequeno espaço disponivel, no final da decima linha da fl. 141, verso, do respectivo livro; e sendo pelos ditos peritos reconhecida a falsificação do mesmo contracto, como vereis das cópias dos respectivos autos de exame, que vos serão remettidas pela Secretaria desta presidencia, bem como ficando provado pelas informações que me forão ministradas pelas repartições competentes, que não forão enviadas cópias do mencionado contracto á Thesouraria provincial, á Repartição das obras publicas, nem a esta Assembléa, e outrossim que sobre semelhante prego não consta que fossem ouvidos os chefes das respectivas repartições, nem mesmo pessoas habilitadas; resolvi, pelas razões e considerandos constantes do meu acto de 23 de Janeiro ultimo, ordenar ao engenheiro chefe da repartição das obras publicas, na qualidade de fiscal da mesma companhia, que entendendo-se particularmente com o dito gerente, lhe intimasse que quanto antes procurasse entender-se com esta presidencia, afim de chegar-se a um accôrdo quanto ao prego em questão, sob pena de vêr proceder-se na fôrma da lei.

« E como convém dar uma solução á questão no pé em que ella se acha, eu a submetto á vossa illustrada apreciação, para que resolvais se o contracto, de que se trata, deve produzir todos os seus effeitos, não obstante o vicio notado, ou se deve esta

presidencia insistir pelo accôrdo reclamado, sob pena de intentar a sua rescisão. »

As razões e considerandos que levárão o presidente a tomar semelhante decisão são as que passamos a transcrever, bem como a resposta da companhia e o parecer da Assembléa Provincial.

« SECÇÃO 5.^a—Palacio da presidencia de Pernambuco, em 23 de Janeiro de 1873.

« O presidente da provincia, attendendo a que pelo auto de exame procedido no juizo de direito do 2.^o districto criminal desta capital em o livro de contractos da secretaria da presidencia se verificou no que foi celebrado com o commendador Antonio Gomes Netto, como cessionario de Carlos Luiz Cambronne, para asseio e limpeza da cidade :

« 1.^o Que segundo; o juizo dos respectivos peritos, existem diversas raspaduras.

« 2.^o Que, entre as palavras—preços estipulados, que se lêm a fl. 141 v., ha um espaço raspado, indicando ter sido escripto neste espaço a palavra—já;

« 3.^o Que o resto da linha que contém as palavras—de setecentos e cincoenta o palmo — está escripto com caracteres maiores que o geral das mais linhas, parecendo por isso não ter sido escripto aquelle preço na mesma occasião em que se escreveu o contracto;

« 4.^o Finalmente, que as quantias de dinheiro, achando-se constantemente escriptas no contracto por extenso e repetidas em algarismos, só alli se achão escriptas sómente em algarismos com a alteração já apontada, o que tudo põe em duvida a authenticidade de semelhante original.

« E considerando que tratando a clausula 11.^a do referido contracto, de um preço já estipulado, em nenhuma das outras, quer antecedentes, quer subsequentes, menciona-se esse preço o que devia bem vêr que ficou dependente de accôrdo das partes contractantes, como melhor se depreheende do relatorio do Exm. Sr. conselheiro João Lustosa da Cunha Paranaguá, presidente de então;

« Considerando ainda achar-se evidentemente provada a alteração do referido preço; porquanto, dizendo os peritos que, se as palavras — á razão de setecentos e cincoenta réis o palmo — que se lêem no indicado livro a fl. acima citada, tivessem sido escriptas, como fôrão os mais dizeres do contracto, o espaço em que ellas estão lançadas, de certo não chegaria para as mesmas;

« E considerando mais que, do depoimento exhibido naquelle juízo pelo Dr. Manoel Buarque de Macedo, se verifica que, sendo elle consultado na celebração do dito contracto pelo conselheiro Paranaguá, depois de uma ou duas conferencias, em que fôrão debatidas as respectivas clausulas, propoz o mesmo doutor em esboço para a celebração deste contracto, no qual fez menção de um preço já estipulado;

« E considerando tambem que, pelo depoimento da segunda testemunha Dr. Manoel de Figueirôa Faria, nada se depreheende quanto á certeza daquelle preço, declarando ao contrario não affirmar nem contestar que fôsse o preço supraindicado o justamente estipulado;

« Considerando, finalmente, que, admittido posteriormente o accôrdo de preço, como naturalmente deveria ter havido, não seria alli incluído e sim em alguma das clausulas antecedentes, como claramente se vê dos termos em que é ella concebida, nem tambem o de setecentos e cincoenta réis de que reza o contracto innovado; porquanto, importando semelhante preço um lucro para o cessionario, de 300:000\$ pouco mais ou menos, essa circumstancia não teria sem duvida escapado a um administrador intelligente e zeloso como era o de que se trata.

« E ficando por outro lado provado, segundo as informações ministradas pelas repartições competentes, que não fôrão enviadas cópias do mencionado contracto á thesouraria provincial, á repartição das obras publicas e á Assembléa Legislativa Provincial, e sim ás duas primeiras um exemplar já impresso do mesmo contracto, e bem assim que sobre semelhante preço não consta que fossem ouvidos os chefes das repartições competentes, nem mesmo pessoas habilitadas: resolve ordenar que

o engenheiro chefe da repartição das obras publicas, na qualidade de fiscal da Companhia Recife Drainage, entendendo-se particularmente com o respectivo gerente, intime-lhe que, quanto antes, dirija-se a esta presidencia, afim de chegarem a um accôrdo quanto ao prego em questão, sob pena de vêr proceder-se nos termos da lei. — *Henrique Pereira de Lucena.*
—Conforme.—O secretario, *Feliciano Rodrigues da Silva.* »

« Escriptorio da Companhia Recife Drainage. — Pernambuco, 1º de Fevereiro de 1873.

« Illm. Sr.—Tendo recebido das mãos de V. S. uma cópia do officio dirigido a V. S. por S. Ex. o Sr. presidente da provincia, em que informa que em consequencia de se haver descoberto falsificação no art. 11 do contracto com o commendador Netto, onde se estipulava o prego do encanamento d'agua que passasse por propriedade particular, V. S. fizesse intimar ao gerente da Companhia Recife Drainage para se dirigir o mais breve possivel á presidencia, afim de chegar a um accôrdo sobre o prego em questão, sob pena de vêr proceder-se nos termos da lei:

« Tenho a honra de observar a V. S. o seguinte:

« É com grande interesse que assim sei oficialmente do estado de desorganisação em que se acha a secretaria do governo, que seja possivel haver uma falsificação nos livros que alli são guardados poucos dias depois de se terem assignado contractos, e que o empregado da repartição competente apresentasse dentro de poucos dias uma cópia de um contracto falsificado, certificando ser ella uma cópia verdadeira, que seja igualmente possivel o ter sido este falso contracto publicado oficialmente nas gazetas publicas, impresso e distribuido a diversas repartições publicas, discutido e approvedo pela Assembléa Provincial, e depois de se ter transferido a uma companhia estrangeira com a sanção imperial, de se ter depois tornado objecto de graves discussões com presidentes successivos, de ter sido ratificado pela publicação de dous regulamentos distinctos e de haver sido já cumprido pelo pagamento feito por ordem do presidente da provincia, de uma parte das

sommas estipuladas, finalmente que seja possível passarem-se sete annos, sem que tal falsificação fosse descoberta. Que tudo isto seja possível não só me enche de surpresa e pasmo, mas justifica cabalmente o zelo de S. Ex., o presidente, em perscrutar com o maior rigor e tomar taes providencias de maneira a instituir o mais minucioso e rigoroso inquerito, e em tomar taes medidas que não falhe o encontro dos criminosos e castigal-os para que se torne impossivel para o futuro a reproducção de taes crimes por parte de empregados do governo.

« Os termos do officio de S. Ex. ter-me-hião deixado em duvida quanto á sua significação, a não ter sido a explicação verbal que S. Ex. lhes deu na entrevista com que me honrou no dia 24 do corrente, e em que melhor explicou as suas vistas, e as conclusões a que tinha chegado:

« 1.º Que, tendo sido o contracto falsificado, tinha S. Ex. o poder de annullal-o.

« 2.º Que, sendo o preço do encanamento d'agua excessivo, como se estipulava no contracto, S. Ex. chamava a companhia para reduzi-lo.

« 3.º Que, não obtendo S. Ex. essa redução, procederia judicialmente para annullar qualquer parte do contracto, e suspenderia o pagamento devido á companhia em Março proximo.

« 4.º Que, se a companhia não consentisse em fazer a redução no preço do encanamento d'agua, S. Ex. não tomaria em consideração as queixas apresentadas pela companhia para serem resolvidas.

« A proposição, pois, que S. Ex. claramente e com toda a autoridade faz, é a seguinte:

« Que um contracto feito com o governo e certificado pelo mesmo governo estar exacto, o qual foi vendido com a sancção imperial a uma companhia estrangeira, que tem gasto uma grande somma de dinheiro, póde ser annullada por um processo legal, depois de alguns annos dessa venda, se se descobrir que o contracto original, sob a guarda e vigilancia do governo, tinha sido falsificado logo depois de se ter assignado, e alguns dias antes da companhia existir. »

« Os altos conhecimentos que S. Ex. tem da lei, e a sua

eminente posição como juiz de direito, dão ainda mais peso a qualquer opinião ou decisão que possa exprimir, e sendo assim, eu na qualidade de representante desta companhia e como interessado em outras companhias inglezas que têm contractos brasileiros, estou cheio de cuidado e alarma ao vêr o principio que S. Ex. desenvolve, e que quer dizer nem mais nem menos do que a confiscação possível da propriedade de diversas companhias que têm empregado o seu dinheiro em empresas brasileiras.

« Os interesses envolvidos são de tanta magnitude e de tão grande importância, que tenho resolvido seguir para o Rio de Janeiro, afim de obter do Corpo Legislativo uma lei, confirmando a validade de todos os contractos que possam haver sido feitos com o governo geral ou provincial, e que tenham sido subsequentemente vendidos a companhias estrangeiras, não obstante quaesquer fraudes que tenham sido feitas de connivencia com os empregados do governo.

« Ainda mais, tendo S. Ex. declarado que considera excessiva a contribuição do encanamento d'agua, de 300:000\$ para com a companhia que gastou 1.200:000\$ para o supprimento d'agua, e por consequencia não tomaria em consideração as representações dos vexames que esta empresa tem soffrido, se ella não consentisse em juntar ao grande prejuizo que já tem, o da redução de semelhante somma, não tenho outro recurso senão impetrar de Sua Magestade o Imperador a reparação que S. Ex. me nega.

« Aproveitarei a occasião para obter do Sr. conselheiro Paranaguá um esclarecimento do sentido que originalmente se deu áquellas clausulas do contracto, sobre as quaes se tem suscitado duvidas.

« Pelas razões que acabo de expôr, declino respeitosamente entreter quaesquer negociações que tenham por fim a redução da quantia estipulada no contracto, e que tem de ser paga á companhia.—Deus guarde a V. S.— Ilm. Sr. Dr. José Tiburcio Pereira de Magalhães, digno director das obras publicas, e fiscal desta companhia. »

« Pernambuco.—Repartição das obras publicas, em 7 de Fevereiro de 1873.

« Illm. Sr.—S. Ex. o Sr. presidente da provincia manda scientificar a VV. SS. que aguarda a declaração do Exm. Sr. conselheiro Paranaguá, que se lhe promettêra apresentar, ficando VV. SS. certos de que, se essa declaração ha tanto tempo promettida pelo commendador Antonio Gomes Netto e até hoje ainda não exhibida, lhes fôr favoravel, terá perdido a razão de ser a questão que lhe é relativa.

« Deus guarde a VV. SS.—Ilms. Srs. gerentes da Companhia Recife Drainage. (Assignado)—O engenheiro em chefe, *José Tiburcio Pereira de Magalhães.* »

« Escriptorio da Companhia Recife Drainage.—Pernambuco, 7 de Fevereiro de 1873.

« Illm. Sr.—Tenho a honra de accusar a recepção do officio de V. S. com data de hoje, informando-me que S. Ex. o presidente aguarda a declaração do Exm. Sr. conselheiro Paranaguá, que se lhe promettêra, ficando certos de que, se essa declaração ha tanto tempo promettida pelo commendador Antonio Gomes Netto e até hoje ainda não exhibida, lhes fôr favoravel, terá perdido a razão de ser a questão que lhe é relativa.

« Em resposta tenho a dizer que a mim como gerente de uma companhia que não existio senão depois de tres annos da allegada falsificação do contracto a resposta de S. Ex. o conselheiro Paranaguá é-me inteiramente indifferente.

« O que me enche de cuidado é o saber que a lei do Brasil, como foi claramente enunciada por S. Ex. o presidente, é tal que um contracto que se possa provar ter sido falsificado durante a guarda do governo, tal contracto póde ser annullado sete annos depois por um processo legal, não obstante ter sido vendido, com a sanção imperial, a uma companhia estrangeira.

« E como eu ache que tal lei não só destroe o credito do Brasil em Londres, como também os interesses de varias

companhias com que estou ligado, estou tomando as medidas precisas para levar ante Sua Magestade o Imperador uma petição assignada em Londres por todas as companhias inglezas, de maneira que a lei seja revogada por um decreto da Assembléa Geral Legislativa.

« Ainda mais, como S. Ex. o presidente que informou que não fazia o pagamento da canalisação d'agua em Março, e que não tomaria em consideração as queixas que a companhia levou ao seu conhecimento, senão debaixo de certas condições, julgo de meu dever seguir para o Rio de Janeiro no vapor do dia 15 deste mez, para o fim que expuz em meu officio do 1º do corrente.

« Deus guarde a V. S.—Illm. Sr. Dr. José Tiburcio Pereira de Magalhães, digno director das obras publicas e fiscal da Companhia Recife Drainage. »

« A commissão especial encarregada de emittir parecer sobre as questões relativas á Companhia Recife Drainage Limited submittidas ao conhecimento e decisão desta illustre Assembléa pelo digno presidente da provincia, vem hoje dar conta da sua honrosa incumbencia.

« A commissão, não desconhecendo a importancia e gravidade do assumpto, desde já sente-se obrigada a confessar que, se não offerece um trabalho perfeito e escoimado de faltas, julga que apresenta á alta consideração dos representantes da provincia no presente parecer uma solução severamente imparcial, que foi o resultado de estudo reflectido e aturado e da analyse minuciosa de todos os papeis e documentos concernentes ao negocio e até de publicações da imprensa e memoriaes que chegarão ao seu conhecimento sobre as questões suscitadas entre a administração da provincia e aquella companhia.

« As questões pendentes entre esta e a provincia, que fazem especial objecto do exame da commissão, originão-se do facto averiguado de haver sido alterado o art. 11 do termo da innovação do contracto (Cambronne), celebrado com Antonio Gomes Netto, do qual é a dita companhia cessionaria.

« Averiguada a existencia do facto alludido, a presidencia pede que esta assembléa decida se deve o contracto, apesar de viciado, produzir todos os seus effeitos ou insistir com a companhia por accôrdo razoavel a favor da provincia, sob pena de intentar-se a rescisão do mesmo contracto.

« Pensa a commissão que não pôde ser posta em duvida a existencia da alteração do art. 11 do contracto, á vista do auto de exame procedido perante o juizo de direito do 2º districto criminal desta cidade. (Parte official do *Diario de Pernambuco*, de 21 de Março de 1873.)

« Aqui suscitão-se naturalmente as duas seguintes questões que a commissão discutirá ligeiramente:

« 1.ª Se provado que no facto da alteração interveio o crime ou dolo, pôde ser rescindido ou annullado o contracto?

« 2.ª Pôde caber a rescisão por lesão *enorme* ou ainda pela *simples*?

« Dos papeis que forão presentes á commissão, não se collige com certeza se houve intenção criminosa no facto da alteração do termo do contracto.

« O interesse que poderia ter o contractante no lucro resultante da mesma alteração, pôde tornal-o suspeito de ter intervindo por qualquer meio na pratica do facto.

« A circumstancia do modo por que em seu relatorio a assembléa aprecia o negocio, o Sr. conselheiro Paranaguá (então presidente da provincia), fazendo suppôr que o preço sobre que versa a alteração (caso devido) dependeria de ajuste ou accôrdo especialmente entre a presidencia e o contractante, estabelece duvidas sérias contra a estipulação de preço feita no art. 11 do contracto.

« Os fundamentos da portaria do actual presidente da provincia, expedida depois de sérias investigações e diligencias administrativas e judiciaes, augmentão a força de conjecturas semelhantes.

« Até hoje, porém, não se tem podido colher infelizmente provas positivas que fundamentem procedimento judicial a respeito do facto em relação á sua natureza e elementos.

« Os depoimentos prestados em juízo por uma das testemunhas que assignarão o contracto, pelo empregado que o escreven, pelo secretario do governo de então, o Dr. Buarque de Macedo, não autorisão afirmar que a alteração seja o resultado de um crime e seu autor o contractante, ou um agente por elle movido.

« É verdade que das diligencias procedidas em juízo resultou confessar o empregado que lavrou o termo do contracto, ter sido elle o autor da alteração, não se lembrando se a fez por ordem da presidencia ou do secretario de então.

« Não está, porém, de nenhum modo verificado que a alteração fôsse feita com accôrdo das partes contractantes ao lavrar-se o contracto, e isto especialmente pela circumstancia aliás notavel de não existir nos archivos das repartições competentes papel algum com referencia ao ajuste de prego de que reza o contracto, no artigo alterado.

« Portanto, se na confecção do contracto interveio o crime, a circumstancia de ignorar-se ainda o agente criminoso não destrôe a criminalidade do acto.

« Entende a commissão que, uma vez provado haver sido o contractante o autor da alteração do contracto, pôde ser este rescindido ou annullado.

« Com effeito, qualquer que seja a natureza do contracto, este deixará de existir, sem que o consentimento de qualquer das partes contractantes tenha sido livre e expressamente declarado.

« O contracto ou termo escripto é a prova do consentimento entre as partes contractantes, e desde que fôr elle alterado ou viciado de modo que uma das partes fique obrigada por uma cousa que não tivera em vista, a favor da outra, deixa de ser livre e puro o consentimento, e essa prova escripta não pôde constituir mais lei obligatoria do contracto.

« Só é válido o consentimento voluntario e se presume sempre tal, salva a prova do medo, ameaça, fraude, violencia ou dolo. (Teix. de Freitas, art. 1843, *Cod. Civ. e Esboço*.)

« Estaria provado o dolo desde que a alteração feita no contracto pudesse ser lançada á conta do contractante, e a

provincia ao contractar ignorasse que carregaria com o onus de que trata o art. 11 referido, isto é, com o excessivo preço do serviço alli mencionado.

« Neste caso o vicio pôde annullar o contracto, se uma das partes o requer. (Ferr. Borg., *Dicc. Jur. Comm.*, verb. *rescisão*.)

« Por outra face encarando a questão, o vicio do termo do contracto, tendo sido feito no interesse do contractante, por hypothese, ou, intervindo este, inquinaria o mesmo termo, de sorte que nenhuma fê mereceria, ficaria como se não existisse, e tambem assim desaparecendo a lei entre as partes contractantes, nada restaria do contracto.

« Pensa a commissão que para regular, segundo o direito, essa ultima hypothese figurada, pôde ser equiparado o termo do contracto a qualquer termo judicial ou escriptura publica.

« É suspeita a escriptura publica que tiver rasura, entre linha ou cancellamento, em logar importante, etc. (Ord., liv. 3º, tit. 60, § 3º e *Consolidação das Leis Civis*, art. 398.)

« É certo que a escriptura publica que fôr suspeita deixará de ter fê, não sendo corroborada pelo juramento das testemunhas nella assignadas e na falta destas por outras dignas de confiança ou por outras escripturas. (Cit. Ord. e art. 396 da *Consolidação*.)

« Da leitura dos depoimentos de uma das testemunhas que assignarão o contracto, do empregado que o escreveu, do Dr. Buarque de Macedo, que foi consultado sobre sua confecção e do ex-secretario do Governo, evidencia-se que ellas nada sabem para afirmar se algum preço foi estipulado e se o fixado no art. 11 foi ajustado entre as partes contractantes.

« Portanto, de tudo quanto tem exposto a commissão com relação a esse ponto da questão, deduz que, se o contractante é responsavel pela alteração do contracto, pôde ser este rescindido ou annullado.

« Resta á commissão tratar da segunda questão que deve ser discriminada da primeira, embora pareça com esta confundir-se.

« Effectivamente abstrahindo-se do facto da alteração do

contracto, parece fóra de toda duvida que, se restar sem prova a autoria desse facto como criminoso ou doloso, cabe na hypothese a rescisão do contracto por lesão enorme ou ainda simples, se aquella se não verificasse, e se não vejamos: O artigo alterado do contracto estabelece o preço de 750 rs. por palmo de canalisação d'agua nos predios. O custo de tal serviço executado por outra empreza ou particulares póde elevar-se no maximo a 400 rs. É esse o fundamento em que assenta o facto da lesão enorme.

« Ensinão os jurisconsultos que em falta de remedio ordinario, quando a lesão não póde ser reparada por outro qualquer meio judicial, especialmente quando o acto é nullo ou annullavel, caso em que a lesão póde ser reparada por via de acção de nullidade ou pela allegação desta em defesa (Lei 16 pr. e §§ 1º e 3º de *minoribus*), dá-se o beneficio de restituição aos menores, beneficio este de que goza tambem a Fazenda Nacional, segundo opina o conselheiro Maia em suas Inst. ueções de 10 de Abril de 1851, art. 17. (*Consolidação*, art. 13 e nota ao 41.)

« Verificando-se simples lesão na hypothese, deve ser ella reparada pela companhia cessionaria, porque á Fazenda Provincial cabe identico privilegio ou beneficio. Se esse meio juridico não pudesse ser invocado, caberia a rescisão por lesão enorme, que compete a quaesquer pessoas que na phrase da Ordenação contractão: comprando o comprador por mais de 15, o que na verdadeira e geral estimação valia 10 ao tempo do contracto.

« Seria essa a relação da differença entre o preço da canalisação, que se lê no contracto, e o razoavel pelo maximo.

« Dar-se-hia assim a lesão enorme.

« A lesão por si só não vicia os contractos. (*Cod. Civ. e Esboço*, art. 1869), isto é, não invalida, *pleno jure* o contracto que, a encerra.

« A lesão que equivale ao dolo é a enormissima que a lei aliás não define. (*Dig. Port.*, tom. 1º, art. 252, Coelho da Rocha, *Dis. Liv.*, § 737, *Consol.*, art. 567.)

« A commissão considera aqui a lesão enorme, em si,

abstrahindo-a do facto do prego estipulado com as circumstancias da alteração, dolo, etc.

« É indubitavel para a commissão que dá-se no contracto a lesão enorme pelo que passa a expôr.

« Figurada a hypothese que fosse regularmente expressado no contracto o prego estipulado no art. 11 de sua redacção, se deprehende que o pagamento de 750 rs. por palmo de canalisação d'aguas nos predios tem por fim remunerar esse serviço material e especial, e não outras despesas que a companhia cessionaria se obrigou a fazer para construir as suas obras geraes ou mesmo destinadas ou tendentes ao supprimento d'agua nos predios, porquanto é forçoso reconhecer que o privilegio concedido á companhia, obrigatoriedade do serviço e outras muitas vantagens, compensão o valor das preditas obras.

« Consequentemente é juridico reputar lesivo enormemente o prego de semelhante serviço.

« A lesão não se presume, é verdade: ao contrario ella é o prejuizo resultante para uma das partes de certa differença do valor que se dá á cousa, objecto do contracto, mas é justamente o que se realiza na hypothese, como fica demonstrado.

« A commissão entende, por isso, que caberia intentar a rescisão por lesão enorme, se a simples não bastasse, se fosse invocada para esse effeito.

« Recapitulando, a commissão não pôde deixar de reconhecer que, dadas certas circumstancias e verificados outros factos de que tratou, deve ser rescindido ou annullado o contracto em questão.

« O contracto de que se trata como outro qualquer, pôde estar inquinado de faltas taes, essenciaes, intrinsecas ou extrinsecas, que possa ser annullado.

« Mas, não desconhecendo a commissão que em um contracto podem haver faltas que devão importar, *pleno jure*, a sua annullação, e ao contrario outras faltas que podem ser cobertas pela rectificação das partes contractantes, quando a interessada na rescisão não quizer usar desse seu direito, é visto que o contracto em questão pôde ser rescindido, rectificado pelas partes que nelle intervierão mediante accôrdo.

« Attendendo ao que leva dito e antes de entrar em apreciação de outras questões, a commissão julga dever declarar digno de approvação e mesmo de louvor o procedimento da presidencia nas investigações a que sujeitou o facto da alteração do contracto, e na solução das duvidas que tem originado na pratica a execução do serviço a que está obrigada a companhia.

« A commissão considera urgente a adopção de providencias tendentes a regularizar os serviços diversos que deve prestar a empresa, e o modo de seu pagamento, além das que reclamão instantemente a questão, principal objecto do presente parecer.

« Chegou ao conhecimento da commissão a representação de elevado numero de proprietarios, reclamações da imprensa, parecer do Dr. Inspector da Saude Publica e outras peças officiaes, relativas a irregularidades e interrupções mesmo do serviço da companhia, que podem ter como consequencia até a alteração do estado sanitario desta capital.

« Por outro lado, o pagamento de obras executadas pela companhia e a das annuidades devidas pelo serviço de limpeza e esgoto tem dado logar a repetidas duvidas, cuja solução deve acautelar de compromettimento serio os recursos financeiros da provincia e frustrar certas exigencias da companhia, cujos debitos são cobrados pela Fazenda Provincial, sobrecarregando as estações fiscaes com a extraordinaria escripturação e arrecadação avultadissima e difficil das contribuições dos particulares, destinadas áquelles pagamentos.

« A commissão considera que a esta assembléa fallecem meios e elementos de regular por uma lei a execução dos serviços da companhia e modo de seu pagamento, não parecendo muito competente para estatuir disposições regulamentares e resolver duvidas suscitadas na pratica, interpretando a Lei n. 769 de 11 de Julho de 1867 e o contracto em questão a que se refere a mesma lei.

« Assim não hesita ella em commett r ao presidente da provincia a solução de duvidas como a expedição dos regulamentos que forem de mister ou por actos especiaes, procedendo

de accôrdo com os representantes da companhia, nos casos em que isso houver sido estipulado

« Reconhecendo ao mesmo tempo a commissão a necessidade de habilitar a presidencia para proceder do modo que entender mais conveniente no sentido de resguardar os interesses da provincia e de sua fazenda, com relação ao facto da alteração do contracto, é em conclusão de parecer que se adopte o seguinte projecto de lei:

1873. — PROJECTO N. 50.

« A Assembléa Legislativa Provincial de Pernambuco resolve:

« Art. 1.º Fica o presidente da provincia autorizado a rectificar o contracto celebrado em 18 de Dezembro de 1865 com Antonio Gomes Netto, obrigando-se a companhia cessionaria deste a reduzir a quantia a que se julga com direito pela canalisação d'agua nos predios.

« Art. 2.º Será intentada a acção de nullidade ou rescisão do contracto, conforme no caso couber, se a companhia não chegar a accôrdo, na fôrma do artigo antecedente.

« Paragrapho unico. Igualmente será intentada a rescisão, se o systema do serviço empregado pela companhia não preencher todas as condições estipuladas no contracto, que constituem principal objecto deste.

« Art. 3.º Fica entendido que a rescisão não pôde ser ajustada administrativamente com a companhia, mediante indemnização, em caso algum.

« Art. 4.º É igualmente autorizada a presidencia a expedir quaesquer regulamentos que fôrem precisos para o serviço da companhia e modo de pagamento das obras que executar e annuidades.

« Art. 5.º O presidente da provincia resolverá as duvidas occorrentes na execução das leis, regulamentos e contractos que regulão o serviço da companhia, expedindo os necessarios actos de accôrdo com os representantes da mesma companhia.

nos casos em que isso estiver previsto por estipulações anteriores.

« Art. 6.º São revogadas as disposições em contrario.

« Paço da Assembléa Legislativa Provincial de Pernambuco, 24 de Abril de 1873.— *João Vieira.* — *Oliveira Andrade.* — *J. de Mello Rego.* — *A. de Araujo.* — *Uchôa Cavalcanti.* »

XXXVII.

Não entraremos na apreciação qual a influencia do erro nos contractos, questão esta por demais debatida e completamente do dominio do Direito Civil.

Não ignoramos o principio de Direito de que a inobservancia da forma é motivo para nullidade do acto. A este respeito se pronuncia magistralmente o Sr. Pires Ferrão, em seu *Formulario do Tabellião*, onde são brillantemente discutidas certas questões e expostos os principios de direito.

Assim diz o citado escriptor: « Não basta que o Instrumento publico seja incompleto; é preciso tambem que seja perfeito quanto á sua forma material, isto é, que seja limpo de vicios, imperfeições e defeitos, taes como: emendas, rasuras, borrões, entrelinhas ou outra qualquer cousa que possa fazer duvida.

« O Notario deve, com empenho e diligencia, evitar quanto em si couber a existencia de taes imperfeições, as quaes, se não annullão o Instrumento e o seu conteúdo ou assumpto, pelo menos o tornão suspeito e apto para provocar duvidas, contestações e demandas. »

Continuando, diz: « Os valores, quantidades, numerações e datas, quando expressadas por algarismos ou letras de conta, se deve escrever sempre compridamente ou por extenso, repetindo por esse modo os valores, quantidades ou numeros e datas, que uma e outra vez escaparem em algarismos. »

Tratando da *rasura ou raspadura* da porção errada, ou que

se quer emendar ou substituir, e sobre a qual se escrevem depois as novas palavras, diz ainda o autor do *Formulario do Tabellião* : « Este recurso é de todos o peor, em razão dos resultados imperfeitos que quasi sempre com elle se obtêm, e por isso está geralmente abolido, principalmente nos papeis publicos.

« Sem a resalva não são judicialmente acceitas as alterações ou emendas dos documentos, titulos e mais papeis, e podem ser estes havidos por suspeitos ou falsificados. »

A questão que se ventila é por demais importante. Não ha duvida de que a clausula expressa dos contractos deduz sua força da vontade dos contrahentes, que é a lei entre as partes e que a clausula resolutoria ainda expressa, sem intimação judicial, não annulla o contracto.

É sabido que a clausula resolutoria é aquella pela qual as partes pactuão que o acto ficará nullo e resoluto; quer seja porque se verifique um caso que não depende da vontade dos pactuantes, quer seja por falta de adimplemento das obrigações contrahidas, e que semelhante clausula não produz logo o effeito de resolver as convenções; a resolução deve ser pedida judicialmente.

A convenção das partes tem força de lei; a restricta e religiosa observancia dos contractos é de tal importancia e magnitude, que sem ella não ha sociedade, nem commercio, porque os pactos formão o geral e o sagrado vinculo social. Da perfeição e consummação de um contracto resultão direitos e obrigações, que só podem alterar-se, modificar-se ou extinguir-se, ou pelo mutuo dissenso ou pelas causas e pelo modo estabelecido em direito, e pela decisão do Poder Judicial, como objecto da sua exclusiva competencia e conhecimento.

O acto espontaneo da vontade, amoldada á lei vigente de que nasce o mutuo consentimento, estabelece entre os que contractão uma lei immutavel, lei que os constitue na rigorosa necessidade de preencher todas as condições a que se sujeitarão e a supportar todas as consequencias que ellas possam produzir. Nos contractos celebrados com a Administração convém extremar duas relações: a primeira é a que

se dá de contractante para contractante, que é a igualdade; a segunda é a que se dá do Governo para com os particulares, e esta é de imperio e força.

No entender de muitos, estas duas relações lutão entre si, entre si repugnão: a segunda afasta a primeira e a destróe; não podem existir conjunctamente, porque de igual para igual não se dá imperio, o que é expresso em direito; que convém banir a segunda dos contractos, para que a sua base não se inverta, não succumba, não emmudeça e nem appareça, rompendo o sello do contracto, a propria mão que o havia firmado. Estes principios são também seguidos e respeitados pela Administração; é preciso, porém, não confundil-os com o direito que compete à mesma Administração de interpretar as clausulas dos contractos e de impôr as penas convencionadas e mesmo rescindil-os, quando a parte não tenha cumprido o que foi estipulado.

É pelos principios de justiça universal que se regulão as convenções humanas, donde as leis sociaes tirão a sua força. São destes principios que vem a cada uma das partes contractantes a sua acção, como um escudo para defender-se dos ataques procedidos do desvio que uma faz da linha do contracto em damno da outra.

Daqui vem o entender-se que o Governo se considera naquella posição de igualdade e se conserva respeitando-a como base unica do contracto, sem a qual elle degenera, se transtorna, aniquila, dando origem ao rompimento dos laços mais sagrados, atacando a theoria da sciencia da legislação e affectando perigosamente a boa fé e a moral.

Estipuladas as condições do contracto a que nos referimos, entendemos que a Administração não pôde, nem directa nem indirectamente, alterar o preço nem clausula alguma, nem tão pouco fazer peor a condição da parte contraria, seja por que motivo fôr, por isso que ambos têm mutuamente ligado e sujeitado as suas vontades ao accôrdo commum. De qualquer infracção vem o direito ao lesado de pedir a indemnização do prejuizo e composição do damno áquelle que o causou.

É indesculpavel a *quebra* de um contracto, ainda mesmo

em relação a um Estado, porque a elevada posição em que este se considera, não é inacessível ao desdouro que resulta do descredito, nem a preferencia do util ao honesto pôde ser cohonestada pela *utilidade publica*, porquanto nada justifica a invasão dos principios do direito e da moral, e que se considerem como legitimos actos que são oppostos ao direito, que offendem *direitos* adquiridos, que não podem preterir-se impunemente.

A rescisão e encampação de um contracto é um acto livre da vontade da parte lesada e não pôde ser commettida pela parte lesante, por ser um beneficio ou remedio que a Ord. do liv. 4.º, tit. 13, em harmonia com varios textos do *Digesto*, concede á parte lesada, deixando á sua livre escolha, quando a lesão passa da metade do justo preço, ou pedir a composição da lesão ou a rescisão do contracto; e para esta é muito bastante, no entender de varios praxistas, a lesão verificada em qualquer minima parte, quando o preço foi taxado no contracto.

Não entraremos na apreciação dos principios de Direito sobre *lesão enorme*, e nem tão pouco na indagação se em taes casos pôde ou não a Administração invalidar os contractos celebrados. Não negamos á Administração a faculdade de rescindir e interpretar os contractos, seria deslocar o conhecimento de um assumpto da esphera da sua competencia e resuscitar questões largamente debatidas.

Não se trata, porém, de nenhum destes casos, e ainda menos do direito incontestavel da Administração, nunca sujeito a estranhas apreciações, de aprovar ou rejeitar as obras contractadas. Trata-se de *factos praticados, que tornão suspeito o contracto celebrado, que o tornão nullo*.

Não ha duvida que a Companhia Recife Drainage Limited pelo contracto celebrado adquirio um direito de propriedade, e, portanto, toda a alteração no preço ataca a *propriedade*, que a Constituição garante como um direito sagrado e inviolavel, *adquirido* pela Companhia. Estes principios constantes, inalteradamente adoptados, têm sido olhados com respeito pelas administrações, não se dando alteração nos contractos sem

consentimento dos contractantes e sem prévia indemnização, nos termos da Lei de 9 de Novembro de 1752, Regimento de Fazenda e as Leis de 1761 e 1765, que estabelecem a forma dos contractos com a Fazenda.

A lei póde estatuir sobre os interesses de ordem publica ou politica; mas, não sendo estas disposições senão regulamentos relativos á administração geral da sociedade, não podem constituir direitos adquiridos para ninguém. Disposições desta especie, tendo só por objecto o bem do Estado, são *precarias* por sua natureza, porque é da essencia de toda a boa administração que nenhum pensamento, ainda mesmo o de bem presente, seja definitivo; *os direitos adquiridos* pelo contrario são definitivos. De modo que, segundo os principios expostos, as leis que *em relação á sociedade* constituem disposições organicas de administração, não são *em relação ao individuo* mais do que meras *concessões* ou *espectativas* e nunca *direitos adquiridos*. É esta a doutrina ensinada não só por Mailher de Chassat, mas ainda de Savigny.

Aos direitos conhecidos ou se póde assignar por fonte a *natureza humana*, as *convenções* ou a *lei*. Em relação á primeira é claro que a lei ha de sempre respeitar os direitos que nascem da natureza humana; e quanto aos derivados dos *contractos*, respeita os direitos ou relações juridicas, que acha creados por esse modo na época da sua publicação, porque, comquanto seja debaixo da garantia da lei que os cidadãos exercem a faculdade de *contractar*, o *principio gerador* dos direitos e obrigações nos contractos não é a lei, e a união das duas vontades, que constitue o laço juridico e a que os romanos com energia de phrase davão o nome de *vinculum juris*.

Ha direitos que não nascem da natureza humana nem dos contractos ou convenções e que têm por *principio immediato* a lei, por creador unico a vontade do legislador; neste caso não ha o *vinculo juridico*; a lei póde encadear o cidadão, mas o cidadão não póde encadear a lei. Ha uma verdadeira antithese entre estas duas especies de direito; a essencia do direito *contractual* é ser independente da lei; a essencia do

direito *legal*, permitta-se-me a expressão, é ser independente da vontade dos cidadãos e depender só da do legislador. Por isso assim como a lei dá estes direitos, pôde tiral-os, respeitando o *facto consummado*, que não consiste nas vantagens concedidas pela lei e sim nos *actos praticados* em virtude dellas.

É este o principio do imperador Theodorio na Lei 7 *Cod. de legibus*, que já havia sido presentido pelos glosadores, que, como Bertholo, dizião *ut jus queratur factum hominis desideratur*. Estes principios são ensinados por escriptores eminentes e muito principalmente por Ymbert.

Invocando varios principios consignados na consulta das secções do Imperio e Justiça do Conselho de Estado de 29 de Outubro de 1867, diremos:

« A materia é grave, gravissima, porque trata-se de um contracto, que tem alguma ligação internacional, visto como foi celebrado com uma companhia estrangeira, que, confiada na fé publica e na autoridade do Governo, formou-se com avultados capitaes. Como, pois, no fim de tantos annos se ha de dizer á companhia, que, confiada no contracto solemne, que celebrou com o Governo, immobilizou grande somma de capitaes, o contracto celebrado está nullo? Tantos presidentes que têm havido nunca descobrirão vicio algum, só agora é que foi descoberto? »

Não somos innovadores nem declamadores, reconhecemos os direitos e prerogativas da Administração, e que ao Estado compete invocar o salutar *beneficio de restituição* para annullar e rescindir todos os actos lesivos praticados pelos seus representantes. Mas convém attender a que o dominio eminente que os publicistas dão á soberania não é absoluto e sim regulado pelos principios da equidade e justiça, e que se não deve confundir o poder e autoridade com o direito; o abuso do poder não é legitimado pelo direito; pouco importa que os contractos ou convenções sejam feitos entre um governo e individuos nacionaes ou estrangeiros, a força juridica do contracto ou tratado publico ou particular é sempre a mesma; *não podem ser alteradas senão de commum accôrdo*, é o que preceitúa o Direito desde que ha civilisação.

Neste ponto concordamos perfeitamente com os illustres conselheiros de Estado, que forão voto na consulta de 3 de Julho de 1871, quando dizem: « Os poderes politicos do Brasil são delegações de um povo serio e honrado, cuja fé e promessa tem valor e realidade; que os contractos além da honra têm a garantia da consciencia, são leis privadas entre as partes e de sua infracção resulta sem duvida o dever de plena indemnização; desde que os poderes politicos descem de seu imperio para a posição de contractantes, nivelão-se em face do direito com a outra parte a respeito de sua convenção e *perdem a faculdade de alterar* o seu proprio acto por mero arbitrio ou poder discrecionalio. »

XXXVIII.

Sustentando as prerogativas da Administração no exercicio da jurisdicção administrativa contenciosa, reconhecemos ao mesmo tempo que os termos marcados na lei para interposição e apresentação de quaesquer recursos são continuos e peremptorios, mas nos casos em que se allegue e prove legitimo impedimento ou em que, segundo o direito, tenha logar o beneficio da restituição; o Tribunal para quem se recorreu, conhecerá d'elle, se assim fôr resolvido, sendo tudo repostos no antigo estado, ficando salvo ao recorrido o direito de haver os prejuizos soffridos de quem por direito competir.

Não confundamos os principios expostos com o arbitrio. Entender a lei de outro modo é dar-lhe uma intelligencia forçada e cerebrina. Expliquemos. No relatorio que foi lido em Março de 1872 se expressa o presidente de Pernambuco pelo modo seguinte :

« Achando-se já em estado de funcionarem as obras do 2º districto, resolvi, por portaria de 12 de Janeiro ultimo, conceder aos respectivos gerentes a autorisação precisa para que os apparelhos collocados nas casas do referido districto começassem

a funcionar no dia 15 daquelle mez em diante, debaixo das clausulas expressas na citada portaria, e em igual data, e de conformidade com a Lei Provincial n. 763 de 11 de Julho de 1867, expedi um regulamento additado ainda com as declarações explicativas contidas na Portaria de 29 do mesmo mez, que estabelece as medidas complementares do serviço, fórma dos pagamentos e cobranças e outras providencias, e modifica o de 4 de Outubro de 1870. »

No relatorio com que o Sr. desembargador Faria Lemos passou a presidencia de Pernambuco, em Novembro de 1872, se lê o seguinte:

« Em virtude de Lei Provincial e dos arts. 1.º e 2.º do Regulamento de 12 de Janeiro ultimo, que estabeleceu a primeira prestação do pagamento das annuidades, bem como da despeza da collocação dos appparelhos na primeira quinzena do mez de Setembro proximo passado, ordenei á thesouraria provincial que pagasse á referida companhia o que se estivesse a dever-lhe; providenciando em tempo quanto á cobrança do respectivo imposto para o pagamento da segunda prestação, que deverá ter logar na primeira quinzena de Março do anno proximo vindouro, nos termos do art. 2.º do citado Regulamento. »

O Regulamento de 12 de Janeiro de 1872 dispõe o seguinte: « Art. 1.º O pagamento das annuidades, bem como da despeza da collocação dos appparelhos, será feito á Recife Drainage Company Limite], pela Thesouraria Provincial, como foi estipulado no contracto e determinado pela Lei n. 769 de 11 de Julho de 1872. »

Com relação ao contracto com a Companhia Recife Drainage póde consultar-se o celebrado com Cambronne em 26 de Setembro de 1858, o Decreto n. 1110 de 24 de Setembro de 1860, o contracto de 18 de Dezembro de 1865 e a Lei Provincial n. 769 de 11 de Julho de 1867. Se o contracto celebrado com a companhia foi submettido á assembléa e por uma lei ratificado; se o contracto foi vendido a um terceiro, se a venda foi ratificada e sancionada por ambos os governos, geral e provincial; se todos os presidentes o acceitárão e até ordenárão

pagamentos e com relação ás clausulas dos contractos expedirão portarias e regulamentos; e se o director das obras publicas expedio em 11 de Janeiro de 1873 um edital, tomando varias providencias e referindo-se ao contracto de Dezembro de 1865; se nenhuma voz se levantou para condemnar o contracto, como depois de tanto tempo póde taxar-se de *lesivo* o contracto e propôr-se a sua rescisão? Não será a mais plena reprovação a tudo quanto fizerão os presidentes e assembléas anteriores, que por diversos actos exercidos denotárão ter o mais pleno conhecimento do contracto e nada providenciárão, nem alterárão? Forçoso é confessar todas essas occurrencias com relação ao contracto celebrado, sem jámais ser contestada a sua legitimidade, se não constituem uma *certeza*, pelo menos é uma *presumpção* de grande força, uma circumstancia muito ponderosa em favor do contracto em questão.

Se a lei é a vontade das partes e se ellas podem extinguir as obrigações por seu *motu proprio*, é tambem corrente que, nos termos do Direito Romano, devem as partes cumprir as obrigações contrahidas, aliás se extingue *ipso jure* sem ser necessaria a interpretação judicial. Segundo o nosso Direito as convenções e os pactos adjectos têm todo o vigor não só nos accidentes, mas ainda influem efficazmente na natureza delles, contanto que fique salva a sua essencia.

A clausula penal é diversa da clausula resolutoria, porque a penal é pacto adjecto á convenção, pena que se commina para constringer a parte que ha de prestar o facto, a que cumpra com a obrigação contrahida, que póde ser excessiva e necessitar de ser moderada pelo prudente arbitrio do juiz; a clausula resolutoria, pelo contrario, pertence á essencia do contracto, é inherente a elle, independente da vontade das partes, nasce da natureza das cousas; tirem a clausula e muda-se a essencia da convenção, o contracto deixa de ser bilateral, fica unilateral.

A clausula expressa deve produzir algum effeito mais do que a clausula tacita, aliás seria ociosa. A tacita dá-me direito a annullar a convenção por falta do adimplemento da obrigação pactuada; a clausula expressa deve dar-me o direito de impugnar a obrigação como dissolvida *ipso jure*. As penas

leaes provêm immediatamente da lei, e a clausula resolutoria nasce da vontade das partes, quando é expressa, e da natureza do contracto, quando tacita. Differem quanto ao fim: a pena é para reprimir o mal, a clausula resolutoria para pôr termo ao contracto; quanto á natureza em que a pena é materia criminal, a clausula resolutoria materia puramente civil; é, portanto, não só iniquo como absurdo impôr penas sem processo, sem prova do male da transgressão da lei.

Sem contestar o facto da alteração, nem por conseguinte a lesão allegada, parece-nos que devia ser resolvida pelo poder judicial, porquanto havendo esta differença de condições e alteração, é, primeiro que tudo, necessario obter decisão do poder judicial, não devendo consultar-se ao *poder legislativo*, que, além de não dever occupar-se de taes actos, porque *legem habemus*, não é tribunal consultivo e é manifesta a incompetencia e impossibilidade moral de bem julgar e decidir de taes questões, completamente dependentes de apreciação de factos, provas judiciaes e applicação de lei ao facto, e só com manifesta usurpação do poder judicial pôde dar-se.

As Assembléas Provinciaes não são tribunaes administrativos, e não têm character algum de jurisdicção administrativa, a sua missão é *legislar*, não podem conhecer de questões da competencia da Administração ou do Poder Judicial; assim, pois, de preferencia devia ser ouvida a Thesouraria Provincial e com ella o respectivo Procurador Fiscal, como órgão da Lei e advogado dos interesses e direitos da Fazenda, sobre o contracto em questão e não a Assembléa Provincial, que não pôde providenciar em casos taes, aliás a Administração passaria para o Poder Legislativo provincial, e ainda que pudesse administrar não poderia ir perante o Poder Judicial defender os direitos da mesma Fazenda e accionar a companhia.

Forçoso é confessar, têm sido confundidas todas as fórmulas e principios da jurisprudencia, as regras da competencia; o parecer da Assembléa Provincial é a mais completa invasão ás attribuições do Poder Judicial, e o mais completo atropello e espoliação dos direitos adquiridos pela Companhia

Drainage; porquanto nenhum poder pôde, sem affectar a independencia de outro poder, deslocar o conhecimento de um assumpto da esphera da sua competencia, commettendo-lhe a missão executiva da mais completa subversão de todos os principios constitucionaes.

Diremos com a consulta do Conselho de Estado de Dezembro de 1866:

« A lei provincial é attentatoria dos principios constitucionaes; é despotica e leonina. As Assembléas Provinciaes não têm poder algum para inverter a ordem das jurisdicções, que são de nosso direito publico, nem para impôr limites aos poderes geraes, nem para derogar os direitos civis do cidadão ou de qualquer contractante. Esses desmandos só servem para causar graves delongas, se não prejuizos, e para attestar a falta de respeito que se tem pelos direitos civis. »

Ouçamos ainda o infatigavel autor do *Formulario do Tabellião*, que, não contente de methodicamente coordenar toda a legislação reguladora da materia, illustra o seu trabalho com exemplos praticos; assim, pois, recorramos a tão competente autoridade, que falla *ex professo*.

« É suspeita a escriptura publica que tiver rasura e entrelinha. Nada justifica a adopção de um tal recurso de emenda, nos casos de equivoco, descuido ou engano, pois, além de tudo, é a rasura ou raspadura um dos maiores defeitos que pôde ter qualquer papel. »

Cita o artigo 134 do Codigo Commercial que dispõe: « Todo o documento de contracto commercial, em que houver raspadura ou emenda substancial, não resalvada pelos contraentes com assignatura de resalva, não produzirá effeito algum em juizo; salvo mostrando-se que o vicio fôra de proposito feito pela parte interessada em que o contracto não valha. »

É preciso, porém, não confundir-se *vicio* com *falsidade*, por, quanto o vicio pôde existir sem haver falsidade, para a qual se requer — alteração da verdade, dolo e intenção de causar prejuizo. O nosso Codigo Criminal, no art. 167, considera incursão em *falsidade* e sujeito ás respectivas penas — o que fizer em alguma escriptura ou papel verdadeiro alguma

alteração, da qual resulte a do seu sentido. O Código Criminal Portuguez, neste ponto mais providente do que o nosso, pune o que dolosamente e com intenção de prejudicar a outra pessoa ou ao Estado commetter qualquer falsificação, a qual cause ou possa, por sua natureza, causar prejuizo. Sobre esta importante e complicadissima materia podem nascer infinitas questões; assim pois, ouçamos o illustre commentador do Código Penal Portuguez, o Sr. Conselheiro Silva Ferrão, nas reflexões que faz ao art. 216:

« São tres os elementos essenciaes desta incriminação: que o documento seja escriptura publica ou particular; que para prova do seu contexto tenha pela lei a mesma força de escriptura publica; que o falsificador tenha a intenção de causar prejuizo ao Estado ou a outra pessoa; que effectivamente o escripto assim falsificado cause ou possa, por sua natureza, causar prejuizo. A base essencial do crime de falsidade em escriptos *é que contenhão uma alteração de verdade*, e que esta alteração seja um facto completo e consummado.

« Os abusos desta natureza praticados ou praticaveis exigem repressão efficaz contra escrevinhadores, que, no remanso recondito de um escriptorio, lanção nos livros verbas com o traigoeiro fim ou de prejudicar a seus mandatarios, ou de assassinar aleivosamente a honra e bom nome de funcionarios publicos, que nem podem defender-se de golpes que assim lhes podem ser e têm sido dirigidos. »

« Muitos codigos, diz ainda o commentador do Código Penal Portuguez, se abstêm de incriminar o facto, *especialmente* só pela circumstancia de ser praticado por um funcionario publico, embora importem uma violação da fé e confiança que a lei e o Governo lhes commetterão. As fraudes ou falsificações em escriptos que dimanão da autoridade publica offendem gravemente o Estado, porque ou destroem ou enfraquecem a confiança geral na autoridade dos mesmos escriptos, introduzindo a desordem e confusão nas mais importantes relações da vida civil.

« Se o documento não é falso em si mesmo mas adulterado, e da adulteração resultar uma viciação tal que o mesmo

documento fique inutilisado e sem fé no que elle dispunha ou declarava de verdadeiro, causando damno real e privando alguém das provas de um direito ou dos meios de defesa que em tal documento se firmava, convém attender para a nulidade, se ella provém da substancia ou das solemnidades legaes, porquanto, deve ter-se em vista o damno real, a possibilidade moral da sua existencia futura; se o documento não é fabricado falso, mas adulterado no seu extracto ou traslado, posto que authenticico, a questão muda de face, por isso que a viciação póde supprir-se, corrigir-se e emendar-se.»

O facto é grave e gravissimo, não só pelos actos exercidos com relação ao contracto em questão, como tambem porque, logo depois da celebração do contracto, foi elle publicado no expediente do governo em 29 de Dezembro de 1865, quer no *Diario de Pernambuco*, quer no *Jornal do Recife*, sem que fôsse feita nenhuma rectificação, nem se suscitasse a menor duvida, e no mesmo theor foi extrahida uma cópia do contracto, que foi dada á parte contractante e que se acha com as solemnidades legaes.

Fazendo a devida justiça á boa fé, lealdade e probidade dos empregados da secretaria da presidencia, entendemos que, posta a questão no pé em que foi collocada, devia-se proceder ao mais rigoroso inquerito na secretaria, de preferencia a qualquer outra providencia, porquanto a todo o transe deve ser mantida a moralidade da administração, principalmente em um assumpto tão grave, que póde dar logar a interminaveis litigios, difficuldades e prejuizos, quando feito com falsidade ou infidelidade; e abrir a porta a milhares de abusos.

Se recorrermos á legislação civil, encontraremos a Ord. liv. 3º, tit. 60, § 5º, que não admitte a allegação de falsidade de qualquer instrumento ou escriptura publica, ou por via de excepção ou por via de accusação, sem a parte, contra quem fôr offerecida se obrigar e subscrever, que não provando a falsidade haja a mesma pena que haveria o seu contrario se o dito crime se provasse.

É principio corrente que a *falsidade* de qualquer documento não se póde considerar como crime só pela presumpção de

direito, não se provando ser a parte interessada autora ou complice de falsidade, porquanto não se podem impôr penas por méro arbitrio, podendo dar lugar á acção de perdas e damnos e com ella exorbitantes indemnizações, e assim convém que se proceda com toda a cautela, e prudencia afim de que não appareçam arguições temerarias de falsidade de documentos publicos, sem que se tenha plena certeza de que a parte interessada a praticou ou é conscia da mesma.

Em vista das considerações expostas, não nos parece procedente a lesão allegada. Já o sabio marquez de Pombal na sua providentissima Lei de 22 de Novembro de 1761 havia estabelecido as clausulas das arrematações dos contractos, avultando:— a da renuncia expressa de todos os casos solitos e insolitos, cogitados e não cogitados, inclusive os de força maior. Além disso, convém notar que, sendo os contractos celebrados com a Fazenda, precedidos de orçamento e feitos em hasta publica, não consta que fôsse preterida alguma solemnidade legal; e ainda que tivesse havido qualquer omissão em prejuizo da Fazenda, parece-nos que o meio cabivel em casos taes não será por certo o aconselhado pela Assembléa Provincial e muito menos o adoptado pelo Presidente.

Os factos expostos e os principios estabelecidos não podem ser desconhecidos, salvo querendo dar-se á administração privilegios que não tem, e julgar-se por uma legislação excepcional, que para a hypothese de que se trata de certo não existe, o que seria faltar á fé dos contractos, á seriedade e firmeza de um contracto, celebrado com a Administração e seus agentes.

O contracto celebrado não se póde revogar nem alterar senão nos casos que a lei determina, e é ocioso referir o muito que se tem dito sobre a firmeza e irrevogabilidade dos contractos celebrados com a Administração, e o interesse que a sociedade tem em que elles se sustentem; as leis fiscaes têm sempre estabelecido providencias especiaes para maior firmeza dos contractos que ella celebra.

XXXIX.

Em face dos principios estabelecidos deprehende-se claramente que a jurisdicção graciosa ou contenciosa tem por fim applicar a lei ou os regulamentos ás especies occurrentes nas relações entre a Administração e os particulares; essa jurisdicção, por sua natureza, não póde, pois, residir senão na Administração.

Attenta a nossa organização, não ha superior legitimo aos Presidentes para reformar os seus actos proferidos no exercicio da jurisdicção contenciosa; sendo a materia provincial, não ha outro recurso senão o da Administração mal informada para a Administração melhor informada por qualquer modo.

Em vista das considerações anteriormente feitas, folgamos muito de registrar o officio dirigido pela mesma Presidencia ao gerente da companhia, que nada menos encerra do que a restauração da justiça, a reintegração do direito; honra, pois, a tão illustre funcionario, que as *impressões do momento* não fazem esquecer os deveres do magistrado nem os do jurisconsulto.

« Tendo chegado ao meu conhecimento papeis existentes na Secretaria desta Presidencia, concernentes ao contracto celebrado em 18 de Dezembro de 1865 com o commendador Antonio Gomes Netto para o asseio e limpeza da cidade do Recife, e resultando do estudo sobre elles feito achar-se o mesmo contracto alterado ou antes falsificado na parte referente ao *quantum* que por cada palmo de encanamento os particulares seriam obrigados a pagar, creando-se assim um encargo não previsto no mesmo contracto; para remover toda a incerteza sobre tal assumpto, restabelecer o imperio da verdade, libertar os proprietarios dessa capital de um onus injusto e fazer punir o autor ou autores de semelhante falsificação, entendi necessario mandar proceder a um exame judicial, que servisse de base legitima a qualquer procedimento ulterior.

« E de feito, havendo-se realizado o supradito exame pelo

Juiz de Direito do 2º Districto Criminal dessa cidade, ficou averiguado ter havido falsificação no contracto, nos termos acima referidos; não sendo possível proceder-se contra o autor ou autores daquelle facto, por ignorar-se até agora quem elles sejam. Entretanto, saltando aos olhos a exorbitancia do preço estipulado por cada palmo de encanamento, o que é tudo, tendo esse preço por base uma visível falsificação operada sobre o instrumento do mesmo contracto; no intuito de prover de remedio um mal que sem razão de ser fôra por um vicio imposto á população, convidei a empresa Recife Drainage na pessoa de seu gerente, a entrar em algum accôrdo razoavel que, por meio de concessões reciprocas, acceitaveis, pudesse fazer desaparecer aquelle mal, obra e resultado por ventura da má fé.

« Depois de detidas conferencias, acerca das bases e condições propostas, com o fim de obrigar-se ao predito accôrdo, acaba a empresa de apresentar um projecto de novação ao contracto, contendo estipulações de tal ordem, e por tal fôrma prejudiciaes aos interesses da provincia, que não ser-me-hia permittido acceital-as, sem infringir o meu dever e trahir a minha honrosa missão. E, porque assim tenha adquirido a convicção de não poder levar a empresa a acceitar modificações, que possam harmonisar os interesses de ambas as partes, em vista das excessivas exigencias por ella formuladas; *reconhecendo por outro lado que não está na esphera de minha jurisdição o alterar o contracto, que sómente por accórdão dos contractantes pôde ser modificado; e querendo poupar á mesma empresa quaesquer obstaculos, especialmente arredar todo o pretexto que possa ella encontrar na demora de qualquer ajuste para justificar o não cumprimento das obrigações que lhe são impostas pelo supradito contracto; tenho resolvido declarar que, reconhecendo este em vigor em todas as suas estipulações, deixo de acceitar as bases propostas pela empresa e renuncio a qualquer outro accôrdo neste sentido; ficando livre á Fazenda Provincial o direito e acção que lhe possam resultar do descobrimento de toda a verdade, se esta chegar a ser conhecida em todas as suas partes, contra o cedente commendador Antonio Gomes Netto,*

em vista de processo criminal instaurado contra o autor ou autores da falsificação do contracto; é o que tenho a levar ao conhecimento de V. S. para seu governo. — Em 13 de Novembro de 1873. »

Com tanto mais prazer transcrevemos este officio quanto, se passasse o precedente do Governo poder faltar ao cumprimento das obrigações estipuladas no contracto, e para não ser julgado conforme as leis, se arvorasse em juiz e sem audiencia da outra parte, sem respeito por fórmulas algumas essenciaes do processo, e sem mais considerações desprezasse todos os direitos da parte contraria, e por meio da violencia e força de que dispõe realizasse a expoliação até onde quizesse, quem poderia viver em tal sociedade? Ou quem que- reria mais contractar com Governos que quebrão a seu arbitrio as obrigações dos contractos?

Neste caso o Presidente não desempenhava a missão governamental, que é de sua natureza e de sua essencia, e assim não pôde deixar de estar sujeito ao direito commum, á jurisdicção dos tribunaes.

Se desenvolvessemos o quadro das horrorosas consequencias que daqui virião, ficaria patente que no meio da anarchia e dos estragos que lhe serião consequentes, teriamos a morte das liberdades publicas. E realmente, se o funcionalismo se considerasse impune, quer pelos erros de officio, quer pelos abusos e excessos, onde iria ter a causa publica e os interesses de terceiros, que com ella se ligão?

Já os romanos castigavão com penas asperas o funcionario publico pelos abusos e irregularidades que praticava, o que tambem as nossas leis não isentão, tanto que considerão o mandatario responsavel para com o mandante, pelo que obrou, ou deixou de obrar, (Ord. liv. 1.^o, tit. 48 §§ 10 e 17). A Fazenda tem acção directa contra os seus agentes para haver a indemnização dos prejuizos causados, e, comquanto já tivessemos tratado desta materia nos Capitulos XI e XII, notaremos ainda que é duro que a simples supposição de um erro de facto motivasse a condemnção e por conseguinte a nullidade de um contracto,

prejudicando a quem não se prova que tivesse dolo, nem culpa nas irregularidades notadas. O facto em questão interessa a ordem publica e a sociedade; quem causa o damno deve resarcil-o, é este o principio da Ord. liv. 1º, tit. 48, § 10.

Todo o instrumento solemne e authenticico é prova provada e plenissima, tem por si a presumpção de verdadeiro, porque todo o acto se presume feito segundo a sua fôrma (Lei 5, § 1, Dig. de probat, ex Leg. 30, Cod. de donat.); e finalmente que a escriptura é a Lei do contracto (Ord. liv. 3º, tit. 59, pr.) que, emquanto não se invalida tem força e fé em juizo e deve obrigar (Ord. liv. 4º, tit. 51). É, pois, inadmissivel que se deixe de cumprir um contracto solemne, *no qual a obrigação fique dependente de certas provas que em nada podem prejudicar a sua força executiva*; em taes casos deve prevalecer a boa fé, não acceitando-se conjecturas nem simples allegações e sim a prova legal.

Por todas estas considerações tem o Governo geral em diversos actos feito sentir aos seus delegados, mesmo no que respeita á administração provincial, que o Governo deseja: « que os contractos celebrados por elle ou pelas provincias, sejam escrupulosamente respeitados. » E para evitar a reproducção de certos factos, que prejudicão as emprezas garantidas pelo Governo, e a fé dos contractos não corra o menor risco, tem o Governo recommendado aos Presidentes das Provincias o mais serio cuidado na sancção das Leis Provinciaes, que impliquem com materias de contractos realizados, afim de que não possam de modo algum ser illudidas suas disposições e não soffrão outrosim os direitos de terceiro.

A intervenção do Governo geral na vida e economia das provincias tem muitos adversarios; enxergão em semelhante acto, certa inspecção e tutela aviltante e perniciosa ás provincias; sectarios da descentralisação administrativa e das franquezas provinciaes, não vamos tão longe e entendemos que, em certos casos, a intervenção atacada é não só necessaria como benefica. É sabido que muitas Assembléas Provinciaes desviando-se da nobre missão para que forão creadas, se têm tornado, por assim dizer, verdadeiros corpos politicos;

se outr'ora o tempo da sua reunião era aguardado com ansiedade e esperanças, hoje augmentão os desgostos e resentimentos, deixando as provincias sobrecarregadas de impostos, e ainda mais oneradas de dividas pela applicação quasi sempre improductiva dada aos dinheiros arrecadados.

Neste estado de cousas não póde o Governo Geral deixar de exercer mais ou menos a sua influencia, porque, as mais das vezes, certas providencias nem sempre têm por fim occorrer a serviços de reconhecida utilidade, como sejam os que redundão em augmento da riqueza publica, e assim é preciso evitar que se augmente a divida das provincias, e que as Assembléas, levando-se por calculos erroneos, venhão a decretar medidas que importem em excessivo empenho dos recursos e credito da provincia.

As exigencias da opinião, as conveniencias cada vez mais instantes e variadas dos povos, a marcha e progressivo desenvolvimento da civilisação, a vida mais activa e infinitamente mais complicada, tudo vai tornando maior o *trabalho* e a *responsabilidade* dos governos. Embora tudo seja hoje na apparencia o mesmo que era hontem, nem por isso deixou de haver uma alteração essencial no fundo das cousas. A missão dos governos é hoje menos simples, menos modesta e menos facil do que o foi em outras épocas. A opinião exige dos Poderes publicos grandes e custosos melhoramentos. Na ordem moral e na ordem material as aspirações ao progresso são insaciaveis. Reclama-se da iniciativa do Governo tudo quanto ella poderia dar e ás vezes mais do que póde dar.

Não basta hoje aos Governos ministrar justiça e prover á segurança interna e externa.

Os administrados hoje desfructão e apreciação direitos, louvão ou agradecem, censurão ou reclamão, segundo entendem. Graças ao maior desenvolvimento intellectual e ao benefico influxo da liberdade, a opinião vê tudo e para tudo quer providencias, para tudo quer remedio, nos diversos e immensamente variados interesses da humanidade; nestas circumstancias, a intervenção do Governo na vida das provincias, se é um mal, na pratica e diante de factos, que

diariamente se dão e reproduzem, torna-se um mal necessario.

O seguinte facto tambem denota a intervenção da Autoridade Administrativa em assumptos da exclusiva competencia dos Tribunaes, do Poder Judiciario. Na qualidade de Fiscal da Fazenda tivemos occasião de notar que o Juiz dos Feitos appellava *ex officio* das sentenças que julgão extintas as obrigações dos devedores, que por acto da Autoridade Administrativa são relevados da responsabilidade. Considerando que o acto do juiz julgando a desistencia não podia ser contemplado na disposição do art. 13 da Lei n. 242 de Novembro de 1841, que manda o juiz appellar *ex officio*, desde que o valor exceder de sua alçada, e não concordando com semelhante praxe, demos conta á Directoria do Contencioso, que não achando tambem muito regular o procedimento do juiz, levára ao conhecimento do Ministerio da Fazenda, e por este foi submettido ao da Justiça, que julgou conveniente ouvir a secção de Justiça do Conselho de Estado.

Na qualidade de Consultor deu o douto Sr. conselheiro Alencar seu parecer, opinando: « que a questão era de ordem judiciaria, e, por consequente, da privativa competencia dos Tribunaes. Quando mesmo o Poder Administrativo devesse intervir, não seria por este Ministerio, mas pelo Ministerio da Fazenda, do qual é privativo o Juizo dos Feitos. »

A respectiva secção de Justiça, sendo relator o Sr. visconde de S. Vicente e votos os viscondes de Uruguay e de Jequitinhonha, concordando com o parecer, accrescentou: « que, na hypothese dada, melhor fôra que o Procurador Fiscal tivesse interposto revista ou solicitado que o Procurador da Corôa se interpuzesse no interesse da Lei, do que recorrido ao Governo, que não pôde dictar ao Juiz o como tinha de entender a Lei. Por meio da revista é que o Tribunal Supremo firmará a intelligencia genuina e generica da Lei a respeito. Preterir esse meio legitimo e solicitar meios incompetentes só pôde provir do máo habito de recorrer em tudo e por tudo ao Governo. »

Esta Consulta foi resolvida em 11 de Maio de 1866 e de

conformidade com ella foi pelo Ministerio da Justiça dirigido ao da Fazenda o Aviso de 29 de Maio tambem de 1866, concebido nos seguintes termos :

« Sua Magestade o Imperador, a quem foi presente o Aviso desse Ministerio, de 22 de Dezembro do anno passado, a respeito da duvida suscitada pelo Procurador Fiscal da Thesouraria de Pernambuco, que entende que o Juiz dos Feitos da Fazenda não deve appellar *ex officio* das sentenças que julgão extinctas as obrigações dos devedores, que por acto do Poder Administrativo são relevados da responsabilidade, houve por bem, por sua Imperial Resolução de 11 do corrente mez, sobre consulta da secção de Justiça do Conselho de Estado, decidir que a questão é da competencia dos Tribunaes, aos quaes deve ser referida pelo modo que a Lei permite. »

Respeitando a doutrina da consulta parece-nos, não ter applicação ao caso em questão, porquanto, não se tratando de uma demanda *na verdadeira accepção da palavra*, não havendo litigio, é claro que a appellação *ex officio*, de que trata a Lei de 22 de Novembro de 1841, não tem applicação ao caso de ficar sem effeito a execução intentada por ordem administrativa, unica autoridade competente para nullificar as certidões e contas remetidas para juizo, mesmo porque não compete á Autoridade Judiciaria entrar na apreciação de materia que envolva conhecimento da divida, por competir á Autoridade Administrativa.

A pratica de appellar *ex officio* em casos taes, além de prejudicial á Fazenda, que se vê sem necessidade sobrecarregada de custas, é infundada e erronea, porquanto autorisa a duvidar-se da competencia administrativa e a pensar-se que o Tribunal da Relação póde corrigir e apreciar se foi ou não bem cabivel a desistencia ordenada.

A questão não é em hypothese alguma da competencia dos tribunaes, que nada têm que ver com o caso em questão ; é o proprio credor que, reconhecendo o seu erro em exigir o que se lhe não devia, quer e manda ao seu representante ou procurador, que pelo fundamento da paga, cerre o procedimento,

visto não lhe ser devida, nem ter direito algum á quantia que exige; ora, a Fazenda Nacional era a parte, o credor, e que confessava por meio de um dos seus agentes, responsavel pelos seus actos, estar paga a divida por que procedia á execução, e assim o juiz não tinha mais que fazer juntar a portaria ao processo e mandar pôr perpetuo silencio na execução, porque, nas demandas entre partes, ainda que uma dellas seja a Fazenda; o juiz não procede *ex officio*, nem exercita a parte nobre, mas sim a *mercenaria* do seu officio, a qual se diz mercenaria porque está á mercê das partes e não pôde em regra fazer cousa alguma sem que ellas lhe requeirão; não havendo demanda e, portanto, sentença contra a Fazenda, de modo algum pôde caber appellação *ex officio*, e nem tão pouco ha lei a interpretar e firmar o sentido; os principios de direito são por demais simples e claros.

Não resta duvida que o Poder Administrativo não deve intervir quando a questão é da privativa competencia dos tribunaes; este principio reconhecido e invocado pelo illustrado Sr. conselheiro Alencar, na consulta da secção de Justiça de 11 de Maio de 1866, foi desconhecido, por S. Ex., quando na qualidade de Ministro da Justiça expedio o Aviso n. 195 de 14 de Abril de 1869, concebido nos seguintes termos:

« Em officio n. 66 de 22 de Fevereiro ultimo pede V. Ex. que o Governo Imperial resolva a duvida suscitada no requerimento, que enviou por cópia D. Luiza Mirandolina Ferreira da Silva, no qual se queixa do Juiz de Orphãos da capital dessa provincia, por não tel-os admittido a louvarem-se em avaliadores, que procedessem á avaliação dos bens deixados por sua finada mãe, ordenando que fosse feita pelos do juizo. Em resposta declaro que devem os supplicantes usar dos recursos legaes para obterem reparação do aggravo que soffrêrão com a decisão do Juiz de Orphãos, ao qual prevenirá V. Ex. que, se continuar na praxe de nomear avaliadores contra o disposto na lei, se lhe fará effectiva a responsabilidade por exceder o justo limite de suas attribuições. »

Se o Poder Judiciario no exercicio de suas attribuições estivesse dependente do Poder Executivo e se os actos do Poder

Administrativo pudessem merecer alguma consideração *em despeito das leis*, desde logo desapareceria a independencia do Poder Judiciario, prevaleceria a vontade do ministro e não haveria mais independencia do Poder Judiciario, nem execução de leis, mas, vontades arbitrarías e pessoas do ministro. A questão a que se refere o Aviso é incontestavelmente da exclusiva competencia dos Tribunaes, e só por meio de agravo poderia a parte obter a reparação de qualquer prejuizo causado pelo despacho do Juiz e não dirigindo-se á Autoridade Administrativa, que, sendo incompetente, não podia nem devia tomar conhecimento do facto, e com mais véras manifestar a sua opinião de uma maneira tão energica e ameaçadora.

Continuamos a entender que o Poder Judicial não é competente para tomar conhecimento dos actos da Administração, expedidos no exercicio da jurisdicção administrativa contenciosa, dentro das suas attribuições e que não fôrem contrarias ás leis. Assim pensando, reconhecemos ao mesmo tempo que, se a acção do Poder Judicial estivesse dependente do Poder Executivo, da Administração, e se estes actos pudessem merecer alguma consideração *em despeito das leis*, desde logo desapareceria a independencia do Poder Judicial e tornar-se-hia uma irrisão o preceito constitucional.

Se os juizes no desempenho dos seus deveres não tiverem toda a liberdade, se algum receio affectar o seu animo, que responsabilidade se lhes poderá fazer effectiva? Onde não ha independencia e livre faculdade de razão, não existe moralidade de acção.

Em vista dos principios estabelecidos é claro que, não se tratando de interpretação doutrinal, que fosse necessario recorrer ao Governo, a disposição do Aviso de Abril de 1869 não póde merecer attenção alguma perante o Poder Judicial, a não ser aquella que merecer perante a lei; porquanto a divisão dos poderes não consiste essencialmente em que a cada um delles esteja confiado um ramo de administração do Estado, *mas sim em que nenhum dos mesmos poderes como tal possa ingerir-se nas attribuições do outro*, e assim, comquanto o ministro seja um depositario do poder e da acção do governo,

a exerceite de certo modo o represente, *não póde comtudo mandar os juizes nas cousas do seu officio*, por não ser superior ao juiz na ordem hierachica e lh'o prohibir a lei, não póde se ingerir no exercicio das funcções que competem ao juiz; apenas póde mandar responsabilisar a Autoridade Judiciaria, quando omissa no cumprimento dos seus deveres. A lei é igual para todos e o magistrado não é isento da obediencia, pois nem elle é a mesma lei, nem superior ás suas prescripções, porém depositario, agente e mero executor della.

Em vez de prégar a revolta de um poder contra o outro, em vez de persuadir a desobediencia ás leis e o desrespeito ás decisões proferidas por autoridades legalmente constituídas, deixando-nos levar por essa molestia epidemica, que, communicando-se com rapidez a todas as partes do corpo social, o transtorna e aniquila, abraçamos a doutrina ensinada pelo eminente publicista e amigo da ordem Silvestre Pinheiro.

A independencia dos poderes não é contraria á sua divisão. A divisão consiste na distribuição das attribuições; a independencia exige que nenhum poder invada as attribuições dos outros ou as contrarie. Assim o Poder Judicial julga todos os casos, mas segundo as leis feitas pelo Poder Legislativo, leis que elle não póde julgar; o Poder Executivo cumpre todas as leis do Poder Legislativo e todas as sentenças do Poder Judicial sem as poder alterar ou revogar; e o Poder Legislativo faz leis, examina se se cumprirão as feitas, mas não infirma nem invalida nenhum dos actos dos outros poderes.

Assim, não concordamos com a praxe geralmente adoptada na entrega dos bens de defuntos e ausentes, fundada, sem duvida, nos arts. 58, 61 e 62 do Regulamento que baixou com o Decreto n. 2433 de 15 de Junho de 1859. Estes artigos preceituão que as deprecadas legaes serão acompanhadas das habilitações originaes, e que nenhuma requisição para a entrega dos bens será cumprida sem que conste o pagamento prévio dos respectivos impostos, e que forão ouvidos os agentes da Fazenda.

Em face destes artigos se julgão o Thesouro e Thesourarias com poderes para tudo esmerilhar e mesmo entrar no conhecimento de negocios da competencia dos juizes. Se nas habilitações para a entrega das heranças a que se refere o Decreto já citado, é imprescindivel a audiencia do curador da herança e do representante da Fazenda; se o sello e os demais impostos a pagar se achão clara e positivamente estabelecidos pelas leis, é claro que, se correu irregular a habilitação, quer pela natureza da prova exhibida, quer pela preterição das fórmulas e solemnidades legaes; e, finalmente, se não fôrão pagos os impostos devidos, a responsabilidade deve recahir sobre o juiz que julgou procedente a habilitação, e sobre os agentes da Fazenda; nada tem que vêr o Thesouro nem as Thesourarias.

A missão destas repartições é examinar se a importancia requisitada foi recolhida aos cofres publicos, se a escripturação combina com a requisição feita, e finalmente se a precatoria se acha em devida fórma, se foi legal e competentemente passada; a este respeito não ha que considerar senão um principio e suas consequencias, por isso diremos com a Consulta de 20 de Junho de 1870, secção de Fazenda, em que foi voto o proprio ministro que referendou o Decreto de 15 de Junho de 1859, o illustrado Sr. visconde de Inhomirim:

« A competencia do Poder Judiciario a respeito da materia é incontestavel, e sua final decisão passou em julgado. Desde então esse julgado collocou o Thesouro Nacional na obrigação indeclinavel de cumprir o preceito judicial, que se identifica com o preceito legal. É um acto de justiça garantido pelas leis do Estado e para cuja execução o Governo até é obrigado, quando se faz de mister, concorrer com a força. Estes são os principios e as consequencias que resultão dos arts. 9º, 10º 151, 179, §§ 12 e 17 da Constituição. Nem o Poder Exeecutivo, nem o Legislativo tem mais que hesitar sobre o cumprimento do julgado, pois que aliás terião de sahir de sua orbita constitucional e ameaçar a segurança dos direitos individuaes. »

XL.

Agora passamos a tratar *dos recursos*. A sua necessidade proveio, como bem diz o Sr. conselheiro Paula Baptista, de que, sendo as sentenças actos da intelligencia humana, sujeitas a erros e a prevenções, dahi vem que, além dos cuidados e previsões da lei em bem ordenar a apresentação, discussão, instrucção e julgamento das pretensões rivacs, ella concede ainda ás partes recursos como meios de obterem reparação das injustiças que uma primeira decisão lhes possa ter causado.

O *recurso* é, portanto, um meio concedido á parte offendida de reparar as consequencias do erro ou da parcialidade da decisão recorrida, e tambem um meio de moderar os litigios e um processo pacifico offerecido ao litigante descontente. A interposição dos recursos em todas as legislações civis, criminaes, commerciaes e administrativas é tão geralmente acceita que se póde considerar artigo de fé social.

Occupar-nos-hemos tão sómente dos recursos administrativos e não transcrevemos os respectivos Decretos e Regulamentos, porque seria alongar muito o nosso trabalho; limitamo-nos a citar as disposições necessarias para a nossa argumentação. Não ha um só regulamento administrativo que não contenha disposições penaes e que não regule a interposição do recurso até o Conselho de Estado, não tendo estes recursos em caso algum effeito suspensivo, como o declara o Decreto de 3 de Dezembro de 1847.

Antes de tudo, reproduziremos algumas reflexões bem judiciosas, feitas por um dos mais habéis empregados da Fazenda, que colleccionou o primeiro volume das consultas do Conselho de Estado, secção de Fazenda, e que pelo seu merecimento e honestidade se acia dirigindo uma das mais importantes Thesourarias do Imperio, referimo-nos ao Sr. Sobreira de Mello, que assim se expressa:

« O Decreto n. 736 de 20 de Novembro de 1850 alterou a Lei de 4 de Outubro de 1831, que creára o Thesouro

Nacional. Segundo esta lei o Tribunal do Thesouro, que se compunha do Inspector Geral, do Contador Geral e do Procurador Fiscal, sob a presidencia do Ministro da Fazenda, unico que tinha voto deliberativo, era meramente consultivo. Pelo Decreto, porém, de 1850, o Tribunal ficou tendo em certas materias o voto deliberativo (art. 2º, §§ 1º a 10º).

« O Regulamento do Conselho de Estado n. 124, de Fevereiro de 1842, no art. 46, lhe dá attribuição de conhecer, em gráo de recurso das decisões dos ministros de Estado, e, pois, enquanto vigorou a precitada Lei de 4 de Outubro, o Conselho accitou e tomou conhecimento dos recursos interpostos das decisões do Thesouro, *id est*, do seu presidente, que vinhão a ser assim decisões do Ministro da Fazenda.

« Não assim depois do Decreto de 1850; então as decisões do referido Tribunal, naquellas materias em que ficou elle tendo voto deliberativo, e forão todas as que versão sobre materia contenciosa, já não erão decisões do Ministro, mas sim de um Tribunal, das quaes o Conselho de Estado não podia tomar conhecimento por falta de attribuição. Estes principios forão luminosamente sustentados na Consulta da Secção de Fazenda do Conselho de Estado de 15, e adoptados pela Imperial Resolução de 17 de Maio de 1851. Hoje o Conselho de Estado deve tomar e tem tomado conhecimento, sem duvida alguma, dos recursos alludidos, porquanto as disposições do Decreto de 29 de Janeiro de 1859 n. 2343 lhe conferem a necessaria jurisdicção e o constituem ultima instancia para resolução das questões do Contencioso Administrativo nos casos especificados. »

A citada Consulta de Maio de 1851 assim se expressa: « Na especie sujeita se trata de um recurso interposto contra uma decisão do Tribunal do Thesouro Nacional, dada contenciosamente na fôrma do art. 2º, § 2º do Regulamento n. 736 de 20 de Novembro do anno passado, e por isso lhe parece não poder tomar conhecimento da mencionada pretensão por falta de jurisdicção.

« Porquanto, entende a secção de Fazenda que o Regulamento n. 124 de 5 de Fevereiro de 1842, que serve de

regimento ao Conselho de Estado, não lhe dá jurisdição para decidir recursos interpostos dos tribunaes, e que aliás como um verdadeiro Tribunal deve ser considerado o Thesouro Nacional, quando em virtude do citado artigo do regulamento n. 736 toma conhecimento dos recursos interpostos das repartições fiscaes e os julga, visto como o seu voto não é então simplesmente consultivo e sim deliberativo; sendo que, por isso os recursos interpostos de suas decisões em taes casos, não devem ser considerados do ministro, que não é senão um dos membros do Tribunal e seu presidente.

« Segundo parece á secção de Fazenda os recursos erão até aqui admittidos por se entender que as decisões erão do ministro, não sendo o Tribunal senão consultivo; mas hoje que o Regulamento n. 736 faz differença entre objectos, tendo o Tribunal em uns voto consultivo e em outros deliberativo, entende a mesma secção que não se póde admittir recurso senão nos da primeira especie. »

Assim, pois, se até á publicação do Decreto de 29 de Janeiro de 1859 não havia recurso algum para o Conselho de Estado das decisões do Tribunal do Thesouro, hoje não é assim, uma vez que a decisão recorrida se resinta de algum ou alguns dos vicios mencionados no art. 28 do citado Decreto de Janeiro de 1859, que diz: « As decisões do *Tribunal do Thesouro em materia contenciosa* poderão ser annulladas pelo Conselho de Estado a requerimento da parte, ou quando o Ministro da Fazenda devovel-as ao seu conhecimento a bem dos interesses da Fazenda Nacional, sómente nos casos de incompetencia, excesso de poder e violação de lei ou de fórmulas essenciaes. »

A necessidade e conveniencia dos recursos e com ella a criação de dous grãos de jurisdição é hoje geralmente acceita e reconhecida, sendo para lamentar que entre nós ainda não estejam bem assentados os principios sobre tão importante assumpto, de modo que não póde estabelecer as garantias e inspirar a confiança que era para desejar. Estadistas aliás illustrados, mas dominados por velhos erros e preocupações do passado, parecem enxergar no recurso um caracter

irrespeitoso, uma offensa, em vez de um incentivo para fazer a melhor justiça.

Alguns conselheiros de Estado entendem que os pareceres sobre o recurso interposto não devem ser publicados conjunctamente com a solução do mesmo recurso, por desmoralisar o acto do governo e destruir a unidade da Administração. Outros, porém, entendem que se deve organizar a justiça administrativa de modo que inspire confiança, e cercal-a de medidas que afiancem a imparcialidade e rectidão dos julgamentos, sendo a publicidade dos pareceres uma das providencias necessarias, que em nada desmoralisa o Governo.

E realmente, se a decisão fôr meditada, justa e bem fundamentada, a comparação das razões com aquellas, em que se fundou o Governo para não attendel-as, fará apparecer a verdade em toda a sua luz, e isto elevará, em vez de abater, o Governo, que proceder por esta fórma. Se, porém, fôr injusta a decisão, convém que o publico conheça e avalie as razões em contrario, para que se faça sentir a censura da opinião e sirva de correctivo contra a reproducção de semelhante injustiça. (Veja-se a este respeito a discussão havida no Conselho de Estado sobre a reforma do mesmo Conselho impressa em 1872.)

Se a necessidade de emendar o erro ou injustiça de uma primeira decisão tem admittido o recurso, que verifica-se indistinctamente em todos os regulamentos administrativos, convém reconhecer que os prazos para interposição destes recursos não se achão ainda bem fixados. Em 12 de Setembro de 1860 assim se expressava o Sr. conselheiro Arcas: « O Decreto de 10 de Março de 1860 marca prazo para a interposição dos recursos para o Conselho de Estado, no art. 30; mas esse artigo e o Aviso do Ministerio da Justiça de 14 de Janeiro deste anno, bem como a Circular do Thesouro de 26 deste mez, referem-se sómente ao Tribunal como de contas. Logo não ha hoje prazo fatal para a interposição dos recursos na materia de que se trata, tanto mais quando o art. 39 do Regulamento de 5 de Fevereiro de 1842 se refere ás decisões do Ministerio da Fazenda e não ás do Tribunal do Thesouro. Isto posto não se pôde considerar recurso extemporaneo.

« E, portanto, como em caso de duvida se devem receber os recursos para que os juizes superiores decidão se é caso delles, segundo se vê da Ord., liv. 3º, tit. 70, § 7º, principio este subsidiario em materia administrativa... » Este parecer se acha transcripto na consulta do Conselho de Estado, secção de Fazenda de 23 de Abril de 1861.

A ordem dos recursos é de direito publico, e não póde ser preterida nem alterada, e para a fiel observancia destes principios, que dizem respeito á ordem das jurisdicções, recommendão diversas Ordens que nas reclamações e recursos não se devem preterir as fórmulas estabelecidas nas leis e regulamentos fiscaes.

Não sendo regularmente observadas as regras prescriptas para a interposição dos recursos, foi pela Directoria do Contencioso dirigida uma representação ao Ministerio da Fazenda, como o demonstra o seguinte officio de 23 de Junho de 1856, sob n. 297 B.:

« É pratica apresentarem-se recursos ao Tribunal do Thesouro, independente de informação das Thesourarias; d'aqui muitas vezes o inconveniente de não saber-se qual o motivo da decisão, e sempre a delonga resultante da exigencia de esclarecimentos ás Thesourarias e Estações Fiscaes subordinadas; parece-me, portanto, necessario expedir-se Circular ás Thesourarias, declarando-lhes que no tribunal do Thesouro Nacional não se tomará conhecimento dos recursos das decisões das Thesourarias, sem que por estas repartições, a quem as partes interessadas os deverão entregar, sejam transmittidos officialmente ao Thesouro, acompanhados das petições e documentos relativos á questão, além das indispensaveis informações fiscaes; e ordenando-lhes que dêem a esta providencia a precisa publicidade. »

Entretanto, não obstante estas e muitas outras recommendações, não tem sido possivel regularizar-se o modo de interpor os recursos; assim é que, havendo a Directoria do Contencioso em officio n. 203 de 5 de Julho de 1859 declarado: « Que os recursos que, nos termos do art. 23 do Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro ultimo, os Procuradores Fiscaes podem interpor das decisões dos Presidentes das Provincias, se as reputarem contrarias aos interesses da Fazenda, *devem ser por intermedio*

dos mesmos Presidentes dirigidos á respectiva secretaria de Estado como declara o art. 45 do Regulamento Provisorio do Conselho de Estado de 5 de Fevereiro de 1842.... »; foi pela mesma Directoria do Contencioso, em Circular n. 651 de 14 de Dezembro de 1864, declarado: « Que estando os Procuradores da Fazenda Publica, autorisados pelo art. 23 do Decreto de 29 de Janeiro de 1859, approved pelo art. 12, § 10 da Lei de 29 de Setembro de 1860, para recorrerem das deliberações dos Presidentes de Provincia, em materia contenciosa administrativa, nos termos do art. 45 do Regulamento de 5 de Fevereiro de 1842, quando entenderem que são contrarias aos interesses da Fazenda, ou que nellas se manifesta incompetencia, excesso de poder, violação de lei ou de fórmulas essenciaes em negocios da Administração da Fazenda, e devendo taes recursos ser interpostos por petição á Sua Magestade o Imperador, *enviada por intermedio desta Directoria Geral*, afim de se transmittirem á secção ou secções do Conselho de Estado, a que pertencer o assumpto, quando o Governo Imperial o entender conveniente, conforme a parte final do art. 46 do mesmo Regulamento, assim o communico a Vm. para sua intelligencia e execução.

« E por esta occasião julgo necessario observar que as representações ou contas que os ditos Procuradores da Fazenda tiverem de fazer ou dar ao Ministro da Fazenda, nos termos do art. 3º do Decreto de 22 de Novembro de 1851, a respeito das deliberações das Thesourarias, nos mesmos casos das deliberações dos Presidentes de Provincia, continuarão a ser remettidas em officio ao Ministerio da Fazenda, *por intermedio da referida Directoria Geral.* »

Não obstante achar-se mais ou menos systematisada a legislação quanto aos casos de recurso em materia administrativa e as respectivas instancias, ainda assim estes principios são desconhecidos, a lei desprezada, com grande damno para a moral e para a ordem publica, porquanto não se trata de nenhum interesse individual, e sim da mesma lei, da justiça inteira e dos mais vitaes interesses da sociedade.

XLI.

Não nos occuparemos de algumas irregularidades praticadas por presidentes de provincia, julgando-se competentes para tomar conhecimento de recursos, que respeitão á administração de fazenda, e mesmo para acceitar qualquer petição e encaminhal-a como recurso á instancia superior, e nem tão pouco nos occuparemos de algumas decisões proferidas por tribunaes administrativos, deliberando prévia e anteriormente sobre quaesquer processos instaurados nos tribunaes inferiores, porque, estes casos, comquanto se dêem, se achão reprovados por diversas Ordens, a de 26 de Fevereiro de 1862, a de 18 de Abril de 1863 e Aviso de 18 de Setembro de 1862, e outras leis reguladoras da materia, que são terminantes e claras.

Entretanto, notaremos com o Sr. conselheiro Arêas: « Convém precisar-se bem, se quando o Decreto de 20 de Novembro de 1850 attribue ao tribunal do Thesouro o conhecimento e julgamento dos recursos interpostos dos chefes das estações fiscaes, refere-se sómente aos recursos de materia contenciosa administrativa, que respeita á administração de fazenda, ou se abrange todos os ministerios, porquanto, convém declarar como se devem considerar as decisões das thesourarias em materias não pertencentes á administração da fazenda. »

A consulta do conselho de Estado, secção de Fazenda, de 22 de Outubro de 1856, opina que a competencia do Tribunal do Thesouro não tem por fim absorver a competencia contenciosa de cada um dos outros ministerios que respeita ao contencioso administrativo das administrações a seu cargo.

Entretanto, em um recurso que interpuzeramos da decisão do presidente de Pernambuco, a respeito da indemnização dos vencimentos que o capitão do corpo de engenheiros, Domingos José Rodrigues, indevidamente recebêra pelo Ministerio da Guerra, quando ao mesmo tempo se achava em serviço do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, como

fiscal da ponte em construcção na cidade do Recife, sendo ouvidas as secções de Fazenda e do Imperio do Conselho de Estado, emittirão a seguinte opinião:

« A secção de Fazenda, convindo na admissão deste recurso, e attendendo ás claras disposições das ordens do Thesouro citadas, a saber: a de n. 234 que determina: «em virtude da resolução de consulta, se observe como regra fixa de descontar-se dos vencimentos futuros dos empregados publicos, pela quinta parte, quaesquer quantias a cuja reposição sejam obrigados para indemnização dos cofres publicos. » E a Ordem n. 68 que declara: « que as Thesourarias de Fazenda são competentes para ordenar a reposição dos pagamentos indevidos, qualquer que seja a classe do funcionario, sem dependencia de ordem das presidencias, devendo as mesmas thesourarias regular-se pelas disposições da Ordem n. 234: » É de parecer que não competia á presidencia de Pernambuco attender ao recurso do capitão Rodrigues, e ainda menos determinar que a restituição se fizesse pela quinta parte do soldo simples que elle recebia pelo Ministerio da Guerra; devendo a thesouraria da mesma provincia realizar o desconto, como havia resolvido, pela quinta parte dos vencimentos que o mencionado capitão percebesse dos cofres publicos. » Consulta das secções reunidas de Fazenda e Imperio do Conselho de Estado de 22 de Dezembro de 1864.

Esta consulta demonstra que os principios estabelecidos na consulta de 22 de Outubro de 1856 não se achão bem firmados, porquanto, se o Thesouro é incompetente para tomar conhecimento das decisões das thesourarias, em materia não pertencente á administração da fazenda, e sim aos respectivos ministerios, e as decisões não têm character de definitivas, é claro que no recurso interposto outra deveria ser a marcha seguida.

Entretanto, havendo a Thesouraria de Fazenda de Sergipe ordenado ao conego José Alberto de Sant'Anna a restituição do vencimento que recebeu como juiz municipal supplente do termo da capital da provincia de Sergipe, reclamou elle contra este acto ao *Ministerio da Justiça*, que, acceitando a reclamação,

mandou que sobre ella informasse a referida Thesouraria, e depois de ouvir a secção de Justiça, do Conselho de Estado foi attendida a reclamação. Aviso da Justiça de 17 de Dezembro de 1872. Este recurso não foi interposto, nem por intermedio da Thesouraria nem da Presidencia; como seprehende da propria consulta, publicada no *Diario Official*.

Estas decisões, além de não se harmonisarem, não estão de accôrdo com o que presereve o Decreto de 29 de Janeiro de 1859, que no art. 23 preceitúa: « que as decisões proferidas a respeito de vencimentos correntes dos empregados dos diversos Ministerios, excepto da Fazenda, bem como sobre qualquer assumpto da competencia dos mesmos ministerios, serão remetidas ao Presidente da Provincia para deliberar o que fôr de justiça, nos termos do art. 45 do Regul. de 5 de Fevereiro de 1842, devendo os Procuradores Fiscaes recorrer das decisões dos mesmos Presidentes, quando contrarias aos interesses da Fazenda. »

Estes principios forão ainda declarados pela Ord. de 5 de Julho de 1859, e 9 de Agosto tambem de 1859, dispondo esta ultima: que é do contencioso administrativo o requerimento do juiz Municipal pedindo pagamento de ordenado que deixou de receber; e *deve a thesouraria enviar á decisão do Presidente da Provincia antes de vir ao Thesouro.*

Em vista do exposto, é força confessar que o Decreto de 29 de Janeiro de 1859 carece ser explicado, mesmo quanto ao que respeita á liquidação do tempo de serviço dos empregados aposentados dos outros ministerios que não o da fazenda, porquanto, se o Thesouro nada tem que vêr com os negocios contenciosos dos outros ministerios, com mais véras não lhe póde competir a liquidação do tempo de serviço dos empregados inactivos dos outros ministerios, como o declara a Consulta das secções reunidas do Imperio, Justiça, e Fazenda do Conselho de Estado de 2 de Abril de 1860.

Apezar da precisão e clareza das leis que regulão os recursos administrativos, mandando que na esphera da Administração tudo seja tratado administrativamente, tem-se ultimamente querido desprender alguns élos dessa cadeia,

recorrendo ás justiças ordinarias, não obstante tratar-se de factos do dominio da administração, deslocando completamente a questão, convertendo-a em um processo judicial, estabelecendo-se a anarchia e o cahos na ordem dos recursos e na administração.

A improcedencia de semelhante pratica já demonstrámos nos capitulos precedentes, porquanto é uma necessidade social obstar a que se introduzão praticas que são offensivas da magestade das Leis, cuja execução é a base e a garantia de todas as relações sociaes.

A prevalecer semelhante jurisprudencia ficarião os actos da administração em que ella figura não como particular, sim como poder publico e independente, subordinados ao Poder Judiciario, o que seria uma aberração dos principios fundamentaes, porquanto, as relações que se estabelecem entre os cidadãos e o governo, como tal, são da competencia administrativa, e as questões que se suscitão sobre essas relações não podem ter outro juiz que não seja a mesma administração, sob pena de perder ella sua independencia e autoridade.

Não é só o Poder Judiciario que se tem julgado competente para tomar conhecimento e reformar as decisões administrativas, o Poder Legislativo Geral tambem se tem julgado competente para exercer a jurisdição graciosa ou contenciosa administrativa, tentando obrigar o Governo a executar certos actos que não quer.

Assim é que em Janeiro de 1873 a Commissão de Const. e Poderes da Camara dos Srs. Deputados, a cujo conhecimento foi submettido o requerimento de João José Fagundes de Rezende e Silva, pedindo que na Lei n. 2002, de 24 de Agosto de 1871 sejam substituidas as palavras — Fica o Governo autorizado — pelas — Fica concedido o privilegio —; foi a respectiva Commissão de parecer que pelos canaes competentes se ouvisse a opinião do Governo a tal respeito.

« Em Maio de 1873 foi presente á commissão de Const. e Poderes o requerimento de João José Fagundes de Rezende e Silva, em que pondera que o Governo não lhe tem

concedido o privilegio para a exploração das minas dos rios Cayapó, Maranhão e seus afluentes, na forma determinada no Decreto n. 2002 de 24 de Agosto de 1871, requer ao Corpo Legislativo que, em vez da autorisação dada ao Governo naquelle Decreto, se lhe conceda directamente o privilegio para a exploração dos ditos rios. A respectiva commissão foi de parecer que, tendo sido ouvida, em 1871, sobre o mencionado privilegio, a commissão de agricultura, minas e bosques, a esta é que cabe tomar conhecimento da reclamação do peticionario. »

A reclamação na hypothese sujeita não assentava na offensa de um *direito*, nem na de interesses legitimamente adquiridos por disposição de Lei, não tinha fundamento para compellir pelos meios *contenciosos* o Governo a fazer o que nenhuma Lei, nem convenção o obrigavão a cumprir; a questão era toda de facto, de conveniencia, que nada tem de commum com o *contencioso administrativo*, o qual presuppõe o interesse especial, emanando do interesse geral, discutido, em contacto com um direito privado, não havia infracção de Lei geral, nem offensa de direito natural, positivo, ou adquirido, era a questão um simples acto de administração ordinaria e activa, que nada tem de commum com as discussões contenciosas.

As palavras — *fica o governo autorisado* — não encerrão um direito certo e positivo, apenas valem em direito politico um voto de confiança concedido ao Governo, que exclue da maneira a mais positiva e formal toda e qualquer idéa de uma obrigação, não é lei, nem pôde obrigar, e assim, é manifesto que a petição dirigida ao Corpo Legislativo era destituída de fundamento por assentar sobre uma base que não existe, e por não ser mais cabivel a intervenção de semelhante Poder.

Entretanto, a pretensão em vez de ser repellida *in limine* pelo Corpo Legislativo, deu lugar a grande e renhida discussão, merecendo quasi as honras de suscitar um voto de confiança, *uma questão de Gabinete*, authorisando-se, em vista de tão triste precedente, a reproducção de conflictos entre os poderes Legislativo e Executivo!!

Apezar de nenhum poder ter o direito de ir de encontro ás

decisões legislativas, d'ahi não se segue que todos os seus actos sejam legítimos e constitucionaes. Ser independente e poderoso não é absorver em si todos os poderes do Estado, não é violar e desconhecer os principios eternos de Governo, sem os quaes não ha sociedade possível. A idéa de independencia não repugna a de limitação, de restricção de funcções. O poder tem, como os outros, as suas attribuições definidas, limitadas, restrictas, declaradas na lei fundamental, dentro da sua orbita é independente e poderoso, se ultrapassa os justos limites e invade outra esphera, fica sujeito á lei fundamental e é nullo. Logo que um poder invada ou possa invadir a esphera de outro ou dos outros, esse poder prepondera, e a preponderancia é a tyrannia.

Assim, pois, o Poder Legislativo não póde, abusando das funcções que lhe são conferidas, invadir todos os poderes, e usurpar o poder executivo, tentar assumir a direcção do Governo e tornar a administração impossível; desde o momento que a camara tomasse a direcção exclusiva do Governo, a Constituição seria destruida, ficaria aniquilado o *veto constitucional*, e não ficaria mais do que um poder, e os outros não poderiam dar senão um *consentimento forçado*, nullo, sem valor em direito politico, como em direito civil, teriamos o despotismo legislativo revestido em simulacro de voto constitucional.

XLII.

Temos agora de nos occupar do recurso para o Conselho de Estado. Este recurso tem cabimento, quer por incompetencia ou excesso de poder, quer por mal decidido na questão principal; só nestes casos é admissivel o recurso para o Conselho de Estado, e mesmo nesse terreno, que parece tão limitado ha uma garantia de justiça para os particulares. O Conselho de Estado exerce em semelhantes casos uma autoridade toda especial, que erradamente se confunde com o Contencioso

Administrativo propriamente dito. A missão da jurisdição administrativa superior, não é mais aquella que lhe pertence quando ella estatue sobre o Contencioso Administrativo propriamente dito, ella já não pôde reformar a decisão proferida, compete-lhe apenas verificar se o administrador circumscreveu-se nos limites de seu poder.

Não obstante estes principios, entende-se geralmente que entre nós o Conselho de Estado, quanto ao Contencioso é um tribunal administrativo, embora consultivo; a este respeito assim se expressa o visconde de Uruguay, em seus *Ensaíos sobre o Direito Administrativo*: « Embora diga lei, como por exemplo, a de n. 581 de 4 de Setembro de 1850, art. 8º, que o Conselho de Estado julga, tem-se sempre entendido á vista da lei da sua criação, que elle sómente consulta, e que o Governo pôde sempre divergir do seu parecer.

E se os tribunaes administrativos, quanto ao contencioso, salvos certos casos de menor importancia, julgassem definitivamente, desapareceria a responsabilidade ministerial quanto a esses julgamentos. O ministro não poderia ser responsavel por uma decisão na qual não intervieria. Dar-se-hião actos que pela sua natureza estão comprehendidos no circulo das attribuições do executivo, e pelos quaes não serião todavia os ministros responsaveis, porque esses actos emanarião completos, perfeitos e exequiveis, de funcionarios que lhes são todavia inferiores na hierarchia administrativa. »

Em apoio da opinião que o Conselho de Estado apenas consulta, não sendo o Governo obrigado a cingir-se ás suas opiniões, cita-se ainda a Consulta da secção de Justiça de 14 de Novembro de 1850. Não nos foi possível encontrar na respectiva secretaria de Estado semelhante consulta, tornando-se cada vez mais sensível o inconveniente por todos reconhecido de acharem-se esparsos os trabalhos e consultas do Conselho de Estado, limitamo-nos, portanto, a transcrevel-a tal qual a encontramos na obra do Visconde de Uruguay.

« A secção de Justiça do Conselho de Estado, em Consulta de 28 de Outubro de 1850, relator o Marquez de Paraná, examinou e resolveu a seguinte questão:— Se o Conselho de

Estado deverá julgar os apresamentos das embarcações, bem como a liberdade dos escravos apprehendidos, como Tribunal de Justiça, procedendo com jurisdição propria, lavrando sentenças, não revogaveis pelo governo; ou, se pelo contrario, deveria proceder na forma ordinaria, nos termos da lei e do seu regimento, formulando pareceres que seriam resolvidos pelo Governo Imperial, como entendesse de justiça ou de conveniencia.

« Ventilando esta questão, diz a citada Consulta, a secção se vio obrigada a reconhecer que os termos pelos quaes o art. 8º da mencionada Lei de 4 de Setembro do corrente anno, estabelecia a competencia do Conselho de Estado erão equivocos, e, litteralmente entendidos, favorecião a primeira hypothese da questão suscitada. Todos os apresamentos de embarcações, etc., assim como a liberdade dos escravos apprehendidos no alto mar serão processados e *julgados* em primeira instancia pela Auditoria de Marinha, e em segunda pelo Conselho de Estado. Taes são os termos empregados pelo art. 8º, e sem duvida estas palavras, litteralmente entendidas, ou isoladamente consideradas, constituem o Conselho de Estado tribunal para a decisão, em segunda instancia, das causas e processos dos apresamentos das embarcações que se occupão do trafico, bem como o da liberdade dos escravos apprehendidos; e nesta consideração forçoso seria admittir o seu julgamento em segunda instancia, como o exercicio de uma jurisdição, que não seria susceptivel de revogação ou modificação por parte do Governo Imperial. »

« Se a letra do art. 8º citado favorece a opinião de ser o Conselho de Estado chamado pela lei a constituir tribunal para julgar essas causas de processos de sua competencia, com jurisdição propria, proferindo sentenças; o espirito de toda a lei de 4 de Setembro do corrente anno, e a combinação da disposição do art. 8º com a do 9º, inclinão a secção a adoptar a opinião de que o Conselho de Estado não é chamado a proferir sentenças como Tribunal de Justiça, mas sim a dar pareceres que, resolvidos pelo Governo Imperial, se tornão decisões. »

« Esta opinião da secção se justifica com as seguintes considerações: — Os Auditores de Marinha são chamados a

processar e a julgar em primeira instancia : 1º, os apresamentos das embarcações que se occupão do trafico de escravos, e liberdade dos escravos apprehendidos ; 2º, os réos mencionados no art. 3º da lei.—Estas duas jurisdições são diversas, e sem duvida a lei considerou differentes as naturezas dellas, porquanto estabeleceu a competencia do Conselho de Estado para julgar em segunda instancia as causas do n. 1, entretanto que estabelece a competencia das Relações para o julgamento dos recursos e appellações interpostas nas causas do n. 2. Se o Conselho de Estado devesse decidir as causas do n. 1, do mesmo modo constituido em tribunal, e procedendo segundo as mesmas regras, e principios de Direito com que devem proceder as Relações, seria incomprehensivel a diversidade de competencia estabelecida para o julgamento em 2ª instancia das causas do n. 1 e do n. 2. Ou todas ellas deverião ser julgadas pelo Conselho de Estado, ou todas pelas Relações, e o art. 9º se tornaria inutil, e sua disposição se addiria naturalmente á do art. 8º.

« Não sendo, pois, admissivel que a lei creasse duas jurisdições diversas para julgar em segunda instancia causas que são decididas em primeira por uma só jurisdição, sem que um principio, uma razão reguladora qualquer lhe tivesse servido de guia, incontestavel parece que este principio regulador se deve achar na natureza diversa das causas a julgar por uma ou outra jurisdição, e na influencia maior que na decisão daquellas que são submettidas ao Conselho de Estado, quiz a lei que tivesse o Governo Imperial a razão de Estado e a politica. »

« Além disso a Lei de 23 de Novembro de 1841, já havia apontado as questões de presas e indemnizações como um dos principaes negocios em que incumbia ao Conselho de Estado consultar quando Sua Magestade Imperial houvesse por bem ouvir-o; e, pois, a disposição da Lei de 4 de Setembro dever ser entendida em conformidade da já citada de 23 de Novembro de 1841. »

Sobre este parecer foi ouvido o Conselho de Estado, cuja maioria com elle se conformou em Consulta de 14 de Novembro de 1850. Foi resolvida em conformidade pela Resolução da mesma data, de 14 de Novembro de 1850.

Basta lêr-se a discussão havida sobre a criação do Conselho de Estado, os escriptos e os jornaes destes tempos de luta, e em cada linha enxergar-se-ha o *virus* revolucionario, as illusões do momento e os resentimentos febris viciando medidas importantes, erros moraes e politicos apresentando as Autoridades Administrativas e com ellas o Conselho de Estado, não como garantes do cumprimento das Leis, da manutenção das liberdades constitucionaes, não como protectoras de todos os cidadãos e de seus direitos, e sim como agentes de um systema acintoso, de domínio.

Estes erros e preocupações do passado ainda não estão completamente desvanecidos, e a nossa organização administrativa, filha destes tempos, ainda encontra alguns tropeços no desempenho de sua vasta missão, de modo que, no intuito de melhorar um ou outro ramo do serviço publico *se tem feito alguns accrescentamentos casuisticos* á Lei do Conselho de Estado, assim é que, como bem diz o Visconde de Uruguay, sendo a audiencia do Conselho de Estado pela lei da sua criação meramente facultativa, por varios Decretos tornou-se obrigatoria em certos e determinados casos.

Occupar-nos-hemos tão sómente dos recursos interpostos por bem dos arts. 28 e 29 do Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859 para o Conselho de Estado, afim de que sejam annulladas as decisões administrativas em materia contenciosa do Tribunal do Thesouro e dos Chefes das Repartições Fiscaes, nos casos de incompetencia, excesso de poder, e violação de leis ou de fórmulas essenciaes. O citado Decreto, fazendo diversas alterações nos Decretos n. 736 de 20 de Novembro de 1850 e n. 870 de 22 de Novembro de 1851 dispõe :

« Art. 26. Das decisões do Tribunal do Thesouro sobre tomada de contas haverá recurso de revisão para o mesmo Tribunal, por motivo de erro de calculo, omissão, duplicata de verba, e apresentação de novos documentos; e além deste haverá recurso de revista das ditas decisões para o Conselho de Estado por motivo de incompetencia, excesso de poder, violação de lei e preterição de fórmulas essenciaes. Estes recursos tambem poderão ser interpostos a bem da Fazenda Nacional.

« Art. 28. As decisões do Tribunal do Thesouro em materia contenciosa poderão ser annulladas pelo Conselho de Estado, a requerimento da parte, ou quando o Ministro da Fazenda devolvê-las ao seu conhecimento a bem dos interesses da Fazenda Nacional, sómente nos casos de incompetencia, excesso de poder e violação de lei ou de fórmulas essenciaes.

« Art. 29. As decisões administrativas em materia contenciosa, proferidas pelo Tribunal do Thesouro, ou pelos Chefes de Repartições Fiscaes, poderão ser annulladas pelo Conselho de Estado nos casos de incompetencia, excesso de poder, e violação da lei ou de fórmulas essenciaes, sem que todavia a Resolução Imperial aproveite ás partes, que pelo silencio tiverem approved a decisão anterior. »

Não obstante as disposições citadas, é principio geralmente acceto que em caso algum deixa o Conselho de Estado de ser simplesmente consultivo, e que, ainda mesmo funcionando como tribunal, as suas decisões não são obrigatorias para o ministro recorrido. Não podemos concordar com semelhante jurisprudencia, e se, diante dos ataques que em nome das idéas democraticas erão dirigidas contra o Conselho de Estado, em que se reclamava a sua suppressão, esta jurisprudencia chegou a vingar, hoje já não tem fundamento, diante do citado Decreto de 1859, e não podemos comprehender como o Conselho de Estado, funcionando como tribunal, as opiniões emittidas se possam considerar *meramente consultivas*.

Não queremos que o Conselho de Estado *delibere*, que se constitua uma terceira instancia, porque neste caso tornar-se-hia juiz arbitrario e soberano de todas as questões, e de tudo quanto nas instancias inferiores se houvesse decidido, e subverter-se-hia toda a ordem constitucional; passaria a administração para o Conselho de Estado, que seria um quinto poder, como dizia no Senado o senador Bernardo de Vasconcellos.

« Por outro lado é necessario pôr barreiras á autoridade administrativa, afim de que se conserve nos justos limites e não viole as leis que regulão os direitos e obrigações dos individuos e da sociedade, e as leis das jurisdições, e esta barreira exigida pela ordem publica não pôde ser bem

defendida e guardada, senão por um tribunal unico em todo o Imperio, altamente collocado, estranho ao *jus litigatorum* e vigilante em restituir ás leis toda a sua força e vigor no interesse da sociedade.

« Estas reflexões do Sr. conselheiro Paula Baptista com relação ao Supremo Tribunal de Justiça applicamos ao Conselho de Estado, que, como o Supremo Tribunal, examina se na decisão recorrida deu-se injustiça ou nullidade absoluta, e não julga definitiva e soberanamente.

O Supremo Tribunal, concedendo a revista, remette os autos a uma Relação revisora, que pôde abandonar a decisão, e nisto enxerga-se a mais forte garantia da fiel observancia das leis contra o arbitrio das autoridades; do mesmo modo as decisões do Conselho de Estado devem ser quasi intuitivas, a sua posição identificada com as razões e interesse de ordem publica e estranha a toda a ordem de interesses, lhe não permite consentir em violações manifestas das leis, para negar a revista nos casos em que deva ser concedida. Para o Supremo Tribunal se não constituir juiz soberano de todas as decisões, invadindo a competencia da segunda e ultima instancia, se nega a revista, sua decisão fica livre de toda a suspeita de invasão, e, se concede a intervenção de um tribunal igual áquelle, torna-se uma necessidade, porquanto, este tribunal nem quererá consentir nas usurpações de sua competencia, quanto ao *jus litigatorum*, nem quererá despojar-se de uma honra e dignidade para contrariar as decisões intuitivas da revista por nullidade manifesta e injustiça notoria.

Estas judiciosas reflexões que o conselheiro Paula Baptista faz sobre o Supremo Tribunal, no seu compendio de *Pratica do Processo*, em uma nota ao § 246, as consideramos applicaveis ao Conselho de Estado, e por isso, não podemos concordar com a interpretação dada, e com a pratica estabelecida, quanto ás decisões do Conselho de Estado, quando funciona como tribunal de recurso.

Nos termos do Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, art. 28, o Conselho de Estado não conhece das decisões do tribunal do Thesouro, como tribunal superior de appellação

ou da apreciação do facto e direito, e só como tribunal de revista para o effeito de cassar ou annullar taes decisões nos unicos casos de incompetencia, excesso de poder, violação da lei ou de fórmulas essenciaes, isto é, quando o Tribunal do Thesouro, tendo apreciado de certo modo a natureza dos factos sujeitos ao seu julgamento, deixa de applicar a lei que lhe cumpria applicar.

Estes principios são applicaveis a todos os ministros, porque não ha um só caso em que elles estejam autorizados *para decidir em ultima instancia*, não ha na Lei disposição alguma que os isente de representarem o papel de recorridos; entretanto, entendemos que a pratica estabelecida faz com que o Conselho de Estado perca o character da sua missão e os recursos para elle interpostos se tornem ficticios e phantasticos, e não offereçam as garantias que o legislador teve em vista. Desde que o ministro que proferio a decisão, considerada contra lei expressa, é o proprio que vai examinar se houver as violações apontadas, ficando a seu arbitrio reformar ou sustentar o seu acto, o recurso de revista balda-se, chega a annullar-se, e não temos um recurso *contencioso*; com tal systema o recurso será sempre *gracioso*, visto que virá a ser do ministro mal informado *para o mesmo ministro melhor informado*, que poderá inutilizar todos os recursos, perpetuando deliberações injustas.

Repugna com os principios já estabelecidos, que a propria autoridade que proferio a decisão, que não póde deixar de ficar affeioada á sua obra, que considera perfeita, que já não é imparcial, e impassivel para julgar do seu merecimento, seja a propria a que ha de decidir se ella deve ser reformada, examinando-a novamente.

Que forte escudo para cobrir nullidades, abusos, que aliás não suppomos, e que só como argumento, como possibilidade indicamos!

Deste modo fica completamente cerceada a autoridade do Conselho de Estado em uma das suas mais importantes attribuições, em que examina se a Lei foi cumprida ou manifestamente quebrantada, e ha de a propria autoridade a quem se

imputa o erro, a quem se argúe a transgressão manifesta da Lei, ser a mesma que ha de proceder ao novo exame, que as partes solicitação ?

Semelhante disposição da Lei faz suppôr grande contradicção no pensamento do legislador, destruindo com uma mão o recurso, que com a outra creou, por consideral-o necessario á manifestação da justiça e da verdade.

Se bem que em nenhuma decisão se tenha prejudicado a justiça das partes, nem a lei tenha sido violada por aquelles, que devem ser os primeiros a acatal-a, nem por isso se deve deixar de pôr o *ministro recorrido* a abrigo de qualquer suspeita de parcialidade, e admittir-se que os individuos, que se julgarem prejudicados em seus interesses legitimos, ou offendidos em seus direitos, usem, *desassombradamente* e sem prevenção, de tão seguro meio de reclamação.

Estes inconvenientes não são desconhecidos pelo Sr. de S. Vicente, em seu projecto de reforma do Conselho de Estado, discutido em 1868, pelo mesmo Conselho de Estado, em varias conferencias, tanto que, propõe *que a secção do contencioso fique inteiramente fóra da influencia dos ministros de cujos actos se conhece, porquanto o ministro recorrido é o menos proprio para intervir na decisão.*

Semelhante alvitre fóra considerado offensivo á dignidade e independencia dos mesmos conselheiros de Estado, julgando-se-lhes capazes de se deixarem violentar quando houverem de fazer justiça a um cidadão ferido em seu direito, pela administração, e com mais véras nos negocios politicos ou da administração activa; visto que ninguem melhor do que o ministro pôde prestar as necessarias informações; e dirigindo e assistindo ás discussões pôde ser melhor illustrado.

A nossa questão, porém, não versa sobre a intervenção do ministro *recorrido* nas decisões do Conselho de Estado, porquanto nos parece que, nos negocios meramente *contenciosos*, a questão é apreciada, segundo o allegado é provado, applicando-se a lei ao facto; é sim quanto á pratica estabelecida de, submettida a questão ao Conselho de Estado e considerada pela respectiva secção, que o recurso está no caso de ter provimento,

cassando-se a decisão recorrida, *ser a questão reconsiderada pelo ministro recorrido*, que, já tendo juízo formado quasi sempre discorda da opinião emittida pela respectiva secção do Conselho de Estado, negando provimento ao recurso; parece-nos que em casos taes, a decisão recorrida devia *ser revista* por outro ministro que, sendo conjunctamente interessado na marcha regular dos negocios da administração, não consenteria nas usurpações e erros do Conselho de Estado, e as decisões proferidas ficariam escoimadas de toda a duvida e parcialidade.

Finalmente, tratando dos recursos para o Conselho de Estado não podemos deixar de mencionar um embaraço nascido do art. 37 do Decreto n. 124 de 1842, que exige a assignatura de advogado do Conselho de Estado nos recursos intentados nas provincias. Esta disposição tem sido considerada digna de uma providencia, opinando alguns conselheiros que na parte que exige assignatura de advogado do Conselho de Estado deve entender-se sómente a respeito dos recursos intentados na cidade do Rio de Janeiro, e quanto aos da provincia sómente a respeito das allegações, arrazoados e mais diligencias a que, em virtude do dito artigo e do art. 35 se tenha de proceder nesta cidade, observando-se as regras geraes no que respeita ás que se effectuarem nas provincias.

Outros, porém, entendem que, tratando-se do art. 37 do Decreto n. 124 de 1842, o melhor é supprimir-se os advogados especiaes do Conselho de Estado, e que perante elle advoguem todos os doutores e bachareis em Direito. E neste sentido foi em Maio de 1869 apresentado um projecto no Senado, em que se propõe a revogação do art. 37 do Decreto de 5 de Fevereiro de 1842, o qual creou os advogados especiaes para o Conselho de Estado, sendo as suas attribuições exercidas por todos os advogados do fôro commum. Este meio é o mais simples; entretanto, cremos que o governo, em vista do Regulamento de 5 de Fevereiro de 1842, e do que se observa nos outros paizes, poderá crear em cada provincia advogados do Conselho de Estado, nomeados do mesmo modo que os da côrte, enquanto o Poder Legislativo não resolve, sobre tão importante assumpto.

É geralmente observado pelos mestres da sciencia administrativa que as formalidades vexatorias e rigorosas nem sempre aproveitão á administração, que, dispondo dos seus agentes, só dão lugar a queixas e a reclamações; que nada preoccupa mais os interessados do que os meios de fazer valer os seus direitos, preenchendo as solemnidades exigidas, muitas vezes com delongas e despezas; assim pois, parece-nos que, nomeando-se advogados do Conselho de Estado para cada provincia, e já achando-se estabelecido que o prazo para a interposição do recurso para o Conselho de Estado será contado da data da intimação da decisão, poder-se-hia facultar que semelhantes recursos fôsses remettidos pelas Thesourarias ás respectivas secretarias de Estado, já com a competente petição de recurso, como se observa no Supremo Tribunal, ou por intermedio dos presidentes; deste modo ficará em grande parte sanado o inconveniente e vexame apontados.

XLIII.

Agora passaremos a nos occupar de uma das mais graves e importantes questões *que* desde 1854 tem preoccupado o Ministerio da Fazenda; e pela variedade das opiniões emitidas no Conselho de Estado, e dos julgamentos dos tribunaes, reconheceu o mesmo Ministerio não estar nas suas attribuições resolvê-la e submetteu-a ao Corpo Legislativo — a qual é a seguinte:—Se goza a Fazenda Publica do seu privilegio em concurso com os credores de um seu devedor em fallencia.

Esta questão foi submettida á secção de Fazenda do Conselho de Estado, e em vista do parecer dado em 29 de Dezembro de 1854, foi ella submettida ao Conselho de Estado Pleno, como consta da Consulta de 3 de Abril de 1855. Tendo-se reconhecido tratar-se de interpretação de lei, attribuição esta da Assembléa Geral, foi pela Imperial Resolução de 25 de Abril mandado que a questão fôsse submettida ao Corpo Legislativo,

proseguindo a Fazenda Publica seu direito perante os tribunaes.

Desde então, tem incessantemente o Ministerio da Fazenda solicitado uma providencia do Corpo Legislativo, notando-se que, apesar de tão reiteradas instancias, só a commissão de Fazenda da Camara dos Deputados, na sessão de 1855, se tenha occupado deste assumpto, apresentando em 3 de Agosto um projecto de lei, e que não nos consta tivesse andamento.

Não obstante a Imperial Resolução de 25 de Abril de 1855, entendeu o Ministerio da Fazenda que, em vista de decisões encontradas, e ausencia completa de jurisprudencia, era de urgente necessidade uma solução, e avocando a si a questão submettida ao Corpo Legislativo, expedio as Instrucções de 20 de Novembro de 1863.

Não discutiremos por emquanto, se depois de submettida a questão ao Corpo Legislativo, póde o governo chamar a si a mesma questão, julgar-se competente, e tomar decisão a respeito do ponto controvertido; acceitamos o facto, reconhecendo ser da privativa attribuição do Governo o expedir Decretos, Instrucções e Regulamentos para a melhor execução das leis, e assim importa ao bem do Estado que seus actos, como os dos outros poderes politicos, entre si independentes, sejam respeitados e cumpridos, emquanto pelos meios constitucionaes não fôrem revogados; por ser o principio contrario tão nocivo á ordem publica, quão opposto ao systema constitucional.

Entretanto, não podendo o governo, por meio da interpretação doutrinal, firmar a intelligencia genuina e generica da Lei, e nem tão pouco dictar ao juiz o como tenha de entender a Lei, como foi declarado pela Consulta da secção de Justiça do Conselho de Estado, de 11 de Maio de 1866, nos parece que as citadas Instrucções de 20 de Novembro só têm força para obrigar as autoridades subordinadas ao Ministerio da Fazenda e não aos Juizes do Commercio e dos Feitos, que não estão obrigados a cingir-se á interpretação que lhes dictar a autoridade administrativa, por não estarem sujeitos á acção immediata do Poder Executivo.

E, realmente, se uma das attribuições conferidas pela

Constituição ao Poder Executivo é a de expedir Decretos, Instruções e Regulamentos adequados á boa execução das Leis, esta faculdade não vai ao ponto de autorisar a expedição das citadas Instruções de 30 de Novembro, que, versando sobre uma questão muitissimo importante e de character legislativo, tornão bem patente que, em vista dos precedentes, o Governo, em vez de harmonisar a fórma do processo com as disposições vigentes, *legislou* sobre a materia, invadindo as attribuições legislativas, e excedendo as faculdades do Poder Executivo.

E, assim, parece-nos que só por nova Lei legislativa, devia ser alterada ou modificada semelhante jurisprudencia, e não pelas Instruções, sem que o governo fosse autorisado para expedil-as, que, além do mais, envolvem disposições de natureza legislativa, excedendo por este modo as faculdades concedidas pela Constituição ao Poder Executivo. D'onde resulta que as citadas Instruções, além de não preencherem o fim que se teve em vista, não são observadas pelos respectivos juizes, que, duvidando da autoridade do Governo para legislar sobre a materia, não observão o disposto nas Instruções, e nem tão pouco considerão em vigor as disposições consideradas derogadas pelas referidas Instruções; podendo por este modo originar controversias e conflictos, porquanto vão de encontro á Imperial Resolução de 25 de Abril de 1855.

Estes principios derivão-se da natureza e indole do Poder Judiciario, declarado independente pela Constituição na esphera das suas attribuições legaes, independencia que deixaria de ser uma realidade desde o momento em que o Poder Executivo pudesse dictar-lhe como deva entender a Lei, e assim, as Instruções citadas, alterando a jurisprudencia seguida, a legislação, firmando direitos e obrigações novas, e estabelecendo diversas formalidades de processo, não são religiosamente cumpridas nem pelas partes, nem pelos Juizes.

Entretanto, as citadas Instruções de 30 de Novembro não tem solvido as duvidas e embaraços até então existentes, não acautelarão convenientemente os interesses da Fazenda, nem tão pouco removerão os clamores, reclamações e conflictos

que existião, porquanto não são observadas as disposições do art. 7º, § unico das citadas Instrucções.

E a prova de que as Instrucções de 30 de Novembro não offerecem sufficiente garantia é: que a Directoria do Contencioso, não obstante as diversas hypotheses previstas nas Instrucções, não hesitou em dirigir ao Ministerio da Fazenda o seguinte officio em data de 21 de Setembro do 1864:

« Tendo na semana anterior suspendido os seus pagamentos, como é publico e notorio, differentes casas bancarias desta praga, e havendo o Thesouro Nacional negociado alguns saques com as ditas casas, deve suscitar-se de novo a questão de privilegio da Fazenda em relação ás dividas provenientes dos ditos saques.

« Como medida conservatoria, e embora não conste qual o resultado da negociação dos referidos saques, póde o Thesouro mandar proceder a sequestro de mera segurança nos bens das casas que suspenderão seus pagamentos, logo que se declararem fallidas. Esta medida, porém, presuppõe o privilegio fiscal e consequente preferencia, questão ainda não resolvida; e demais, nas circumstancias actuaes da Praça não podem deixar de excitar grandes clamores. Julgo, todavia, conveniente que o Governo Imperial tome uma deliberação sobre este importante assumpto.

« Para esclarecimento de tudo quanto tem occorrido a respeito de especies anteriores, em que os interesses do Thesouro se acharão envolvidos em fallencias, tenho a honra de submetter á illustrada consideração de V. Ex. os extractos annuaes dos Relatorios do Ministerio da Fazenda de 1861, 1863 e 1864, que tratão extensamente desta questão. »

O Ministerio da Fazenda, no Relatorio apresentado em 1864 ao Corpo Legislativo, assim se expressa:

« Devo ainda informar-vos que, no intuito de dirigir os Procuradores Fiscaes na cobrança das dividas provenientes de origem mercantil, a cujo respeito suscitarão-se duvidas nas Provincias com as massas fallidas, julguei conveniente expedir umas Instrucções em data de 20 de Novembro ultimo.

« A providencia que me pareceu mais adequada nas

circumstancias expostas, foi determinar que a Fazenda Publica, invocando os arts. 886 e 890 do Cod. Comm., exigisse que do producto dos bens hypothecados se deduzisse a quantia sufficiente para satisfação da divida por inteiro, ficando, porém, consignada na caixa, até que o Poder competente declarasse se a mesma Fazenda tem direito de preferencia como credora privilegiada.

« Não obstante isto, é claro que a quota que caberia á Fazenda, se fosse contemplada como credôra chirographaria, deverá ser satisfeita no caso de proceder-se a rateio, ficando em reserva na caixa a differença, nos termos do art. 888 do mesmo Codigo.

« Reconhecendo, porém, a necessidade de conciliar quanto é possível, a liquidação das massas fallidas, na fórma do Cod. Comm., com a prompta arrecadação e privilegios da Fazenda, julguei acertado autorisar os Inspectores das Thesourarias para, em presença de uma fallencia, procederem como fór mais conveniente, afim de effectuar-se a cobrança das dividas administrativamente, evitando litigios prejudiciaes á Fazenda e ás massas fallidas.

« A experiencia de alguns factos provou que não era o sequestro o meio mais proficuo aos interesses da Fazenda ; com effeito massa fallida houve, graças á providencia e ao zelo da Administração de Fazenda nas Provincias que, ficando com a acção livre para tratar da solução de seus empenhos, satisfez integralmente a divida da Fazenda Publica, o que aliás não occorrêra, se o sequestro viesse perturbar as operações regulares da liquidação da massa. »

Dos trechos citados se deprehenderá, sem duvida, que o sequestro já não é o meio aconselhado para acautelar e resguardar os direitos da Fazenda, quando compromettidos em alguma fallencia: diversamente, porém, dispõe a Circ. n. 55, que baixou com as Instrucções de 20 de Novembro de 1863. Manda: « que os Inspectores das Thesourarias procedão com toda a prudencia, examinando e resolvendo, sempre de accôrdo com os Procuradores Fiscaes, se convirá ou não intentar no Juizo dos Feitos os sequestros e acções executivas, proseguindo

nelles até real embolso, ou tomar as medidas conservatorias, que permite o art. 830 do citado Cod., *promovendo então no mesmo juizo um simples sequestro para segurança da Fazenda*, ou finalmente deixar de recorrer a medidas conservatorias.

« Em taes circumstancias os Administradores das referidas massas hão de, sem duvida, evitar litigios e despezas, satisfazendo logo a divida, ou reservando na caixa a importancia integral da mesma, se alguma questão se mover sobre preferencia entre a Fazenda, ou outro credor tambem privilegiado, como previnem os arts. 5º, 6º e 7º das Instrucções citadas.

« Em todo o caso os mesmos Srs. Inspectores ordenarão que se promovão, e os Procuradores Fiscaes deverão promover no Juizo dos Feitos, *as acções competentes*, ainda mesmo depois de se terem apresentado no Juizo da fallencia, *se os interesses da Fazenda perigarem em consequencia de fundada suspeita de extravio de bens, ou de outros factos.* »

Não obstante as disposições, quer da Circular, quer das Instrucções de 20 de Novembro de 1863, a Directoria do Contencioso, em vista da crise commercial de 1864, não hesitou em propôr ao Governo que houvesse de, como medida conservatoria, *mandar proceder a sequestro de méra segurança*, apezar de presuppôr o privilegio fiscal e consequente preferencia, deliberando ao mesmo tempo sobre tão importante assumpto.

Apezar da Consulta da secção de Fazenda do Conselho de Estado, de 29 de Dezembro de 1854, se ter pronunciado em favor do privilegio da Fazenda e na Consulta do Conselho de Estado pleno, de 3 de Abril de 1855, haver metade dos Conselheiros que nella forão votos opinado pelo privilegio de preferencia, não devendo a Fazenda entrar em rateio com os demais credores, e outra metade sustentado a doutrina contraria: foi resolvido, pela Imperial Resolução de 25 de Abril de 1855, que a questão fosse submettida ao Corpo Legislativo e que a Fazenda proseguisse o seu direito perante os Tribunaes. (Officio da Directoria do Contencioso, n. 216 de 3 de Maio do 1855.)

Entretanto, apezar da di. ergencia havida no Conselho de

Estado, e ter esta questão sido submettida ao Corpo Legislativo, julgou-se o Governo competente para expedir a Circular e Instrucções de 20 de Novembro; ainda assim, as duvidas subsistem, continuando a ser ouvido o Conselho de Estado, que, pelo modo contradictorio por que se tem pronunciado, vai nullificando as Instrucções e Circular já citados, estabelecendo ainda mais a confusão sobre tão importante assumpto. Tanta diversidade manifesta a grande necessidade do Poder Legislativo reivindicar as suas prerogativas, e fazer com que, por meio de uma interpretação authentica, surja a luz, sendo dissipadas tantas decisões confusas e contradictorias, que, collocando os agentes da Fazenda, em um cahos, augmentão as delongas e difficuldades, sempre em pura perda da Fazenda, produzindo as Instrucções citadas effeito contrario ao que se teve em vista.

Assim é que, sobre a representação da directoria do Contencioso forão ouvidas as secções de Justiça e Fazenda do Conselho de Estado, opinando os conselheiros Visconde de Uruguay, Marquez de S. Vicente e de Abrantes que não competia o privilegio á Fazenda e que devia entrar em rateio, *mas havendo-se o governo julgado incompetente para dar uma solução e affectado ao corpo legislativo, cumpre esperar a solução pedida, tanto mais quando trata-se de interpretação de lei.* O Visconde de Itaborahy, sustentando os principios que enunciára na consulta de 13 de Dezembro de 1854, fôra de parecer que: *tendo o governo submettido ao poder legislativo a questão, que faz objecto della, cumpre-lhe esperar a decisão desse poder.*

O Visconde de Jequitinhonha, que brilhante e energicamente se pronunciára a favor do privilegio da Fazenda, disse: « Por isso mesmo que o Governo demittira de si resolver a questão, e a levou ao conhecimento do Corpo Legislativo, *é de sua rigorosa obrigação* empregar a medida indicada no mesmo Aviso, e art. 7º das Instrucções de 20 de Novembro de 1863, a que se refere a circular n. 55 ás Thesourarias de Fazenda das provincias. »

Na consulta de 31 de Janeiro de 1865, as mesmas secções reunidas emittirão parecer sobre o officio que a commissão

liquidadora da massa fallida Souto & C. dirigira ao Governo, entendendo ainda os conselheiros Visconde de Uruguay, Marquez de Abrantes e de S. Vicente que a decisão depende da que fôr dada ao Officio de 10 de Dezembro. E accrescentão: « Se o governo não declarou, não declara, não pôde declarar que a Fazenda Nacional tem o privilegio em questão no caso sujeito, para não entrar em rateio, não pôde, por sua propria autoridade fazer obra, que suppõe e depende de uma declaração e embaraçar, por sua propria autoridade, o rateio de que trata o officio junto da commissão liquidadora da massa fallida de Souto & C. *Idem est quod idem valet.*

« Os conselheiros Visconde de Itaboraahy e Baptista de Oliveira concordão em que, estando dependente da decisão do Poder Legislativo a questão de que trata o Aviso de 10 de Dezembro, não pôde o Governo, por sua propria autoridade, embaraçar o rateio a que se refere o officio da commissão liquidadora.

O Visconde de Jequitinhonha na parte final do seu parecer pronuncia-se nos seguintes termos: « Muito importa que o Governo Imperial, resistindo ás seductoras lamurias com que pretendem illaquear sua religião e boa fé, severo cumpra a lei, defenda os dinheiros nacionaes »

A resolução desta consulta foi:— « Como parece á maioria das secções. »

O ministro que a referendou foi o Sr. conselheiro José Pedro Dias de Carvalho, um dos que fizeram parte da commissão liquidadora, que dirigio a representação ao governo, sobre que versa a citada consulta.

Apezar das decisões proferidas em virtude das consultas do Conselho de Estado, e da Circular e Instrucções de 20 de Novembro, as mesmas duvidas continuão a subsistir, tanto que, em Dezembro de 1869, officiou ao Governo o fiscal da liquidção da massa fallida Souto & C., consultando se devia ser pago o credito da Fazenda Nacional, proveniente de uma transacção de letras ou cambiaes, havidas de Souto, e que, sendo pagas só em parte, constituem o Thesouro ainda credor pelo restante e despesas consequentes.

Sendo o fim do citado officio saber se a Fazenda Nacional devia figurar como credor privilegiado, ou como simples credor chirographario, foi novamente ouvida a secção de fazenda do Conselho de Estado, que finalisou o seu parecer nos seguintes termos:

« Na hypothese, porém, de que se trata, o Thesouro não foi á praça negociar ou comprar cambiaes como Poder Administrativo, e sim como qualquer outro comprador privado; não foi dar ordens e sim fazer negocio. Seria não só odioso, mas injustificavel, que em tal caso o fisco tivesse privilegio sobre quaesquer outros concurrentes, seria romper todas as condições civilisadoras, e proclamar que a lei não é igual para os commerciantes no Brasil. Em summa trata-se, como já se ponderou, de um acto de direito commum, e desde então é este que tem de reger a materia. Consequentemente, o Thesouro como tal, na hypothese de que se trata, não tem a seu favor privilegio algum fiscal. »

Esta consulta teve, em 23 de Fevereiro de 1870, a seguinte Resolução:— « Como parece. » E o ministro que a referendou foi o Visconde de Itaboraahy, que expedio em 2 de Março de 1870 o Aviso n. 79, concebido nos seguintes termos:

« Que Sua Magestade o Imperador, conformando-se com o parecer da secção de Fazenda do Conselho de Estado, exarado em consulta de 24 de Janeiro proximo preterito: Houve por bem decidir por Sua Imperial Resolução de 23 do mez findo — que a Fazenda Nacional não póde figurar na hypothese dada senão como simples credor chirographario, devendo, por consequente, entrar no rateio com os demais credores da referida massa; visto não se tratar de uma divida activa de caracter administrativo ou fiscal, e sim de caracter e direito commum e privado, e que, portanto, não póde ser regido senão por este. »

Convém notar que foi relator da consulta de 24 de Janeiro de 1870, o Sr. de S. Vicente, e que o Aviso de 2 de Março foi expedido pelo Visconde de Itaboraahy, que desde 1854, sempre pugnára pelo privilegio da Fazenda, opinando na consulta de 31 de Janeiro — que, estando dependente da decisão do Poder Legislativo a questão do privilegio da Fazenda,

não podia o Governo, por sua propria autoridade, embarçar o rateio a que se refere o officio da commissão liquidadora, cumprindo-lhe esperar a decisão.

O Sr. de S. Vicente, que foi voto na consulta de 31 de Janeiro de 1865, comquanto opinasse contra o privilegio da Fazenda, não teve duvida de aconselhar que se devia esperar a solução pedida ao Corpo Legislativo, observando, entretanto, que: « se o Governo não declarou, não declara, não pôde declarar que a Fazenda Nacional tem o privilegio em questão no caso sujeito para não entrar em rateio, não pôde, por sua propria autoridade fazer obra, que suppõe e depende de uma declaração e embarçar, por sua propria autoridade o rateio de que trata o officio junto da commissão liquidadora da massa fallida de Souto & C. »

Se é juridico o principio de que submettida a questão ao Corpo Legislativo já não pôde o Governo declarar que a Fazenda tem o privilegio, não é menos juridico que, por estes mesmos principios tambem o governo não pôde declarar que tal privilegio não existe, competindo ao mesmo Governo seguir a opinião do Visconde de Jequitinhonha emittida na citada consulta de Janeiro de 1865 — empregar a medida indicada no art. 7º das Instrucções de 20 de Novembro de 1863.

A consulta de 24 de Janeiro e com ella o Aviso n. 79 de 2 de Março de 1870, providenciando de modo diverso ao estabelecido pelas citadas Instrucções de 20 de Novembro, autorisão uma violação da Lei, um acto arbitrario que tem consideraveis inconvenientes. A missão do Poder Executivo é cumprir a lei, não podendo dispensar a execução da Lei existente, assim, pois, o Aviso, dispondo de modo contrario ao prescripto nas Instrucções, embora fundado em uma consulta do Conselho de Estado, usurpou as faculdades do Poder Legislativo, transpôz as raias da sua competencia, promovendo por este modo a anarchia, a desordem e a confusão.

Longe de nós o pensamento de faltar ao respeito devido ao Conselho de Estado, mas entendemos que esta volubildade desautorisa e tira a força moral ás suas decisões, e despres-tigia a tão importante tribunal. A missão do Conselho de

Estado não é só resolver as questões que se lhe apresentam, na elevada esphera em que a Lei o collocou, cumpre-lhe assignalar á administração as boas praticas, reprimir os desvios e tambem estabelecer a uniformidade nos seus julgamentos, evitando a menor sombra de contradicção, que tão funesta pôde ser ao seu credito, não menos que aos interesses geraes da administração.

XLIV.

A questão do privilegio da Fazenda é uma das mais transcendentés e complicadas, não pelo que respeita á ordem e marcha do processo, mas porque no juizo das preferencias se debatem muitas e variadas questões de direito, afim de que os credores possam ser graduados conforme, a primazia que lhes conferem seus titulos e as Leis.

Um sabio e distincto professor e juriconsulto portuguez, o Sr. Dr. Duarte Nazareth, em seus *Elementos do Processo Civil*, assim se expressa no § 863: « A Fazenda Publica tem preferencia pelas suas dividas provenientes de contractos e arrendamentos, assim como da gerencia dos Magistrados, Thesourarias, Recebedores e mais officiaes responsaveis por Administração de Fazenda, nos termos da Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3º.

« Este privilegio só tem lugar nas dividas originarias da Fazenda, e não assim naquellas em que é subrogada e cessionaria, porquanto estas não têm mais direitos do que aquella a quem succede e representa, e fica sujeita ao direito commun. Ass. n. 278 de 23 de Novembro de 1769. »

Pereira e Souza, nota 913, Lobão, Exec., §§ 486 — 499 e Coelho da Rocha §§ 664 — 667, consignão doutrinas acerca do privilegio da Fazenda.—Em sua nota ao § 863 diz ainda o illustre autor dos *Elementos do Processo Civil*: « Entre as muitas e importantes reformas da legislação, que tiveram logar

no reinado de D. José, appareceu tambem a deste artigo. A Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3º, regulou as preferencias da Fazenda Real; e a Lei de 20 de Junho de 1774, desde o § 30, estabeleceu sobre a gradação dos credores, regras analogas ás do *Direito Romano*; mas, ordenando o § 41 a liberdade de ampliar o privilegio das preferencias a todos os credores, que se acharem em casos analogos aos que tinha indicado, deixou o campo aberto ás questões dos interpretes, e ao arbitrio dos juizes.

« Os praxistas Pereira e Souza, e Lobão, que escreverão depois desta Lei, e a commentarão, ampliãrão e restringirão o privilegio de preferencias a seu talante. De tudo resultou continuar a confusão e variedade de julgar, que a Lei se tinha proposto extinguir, fixando a jurisprudencia sobre preferencias. »

Diante de varias consultas do Conselho de Estado, que estabelecem principios e decisões discordantes, *em especies perfeitamente identicas*, convem notar que as Instrucções de 20 de Novembro de 1863, além de não melhorarem este ramo da legislação, nem fixarem a jurisprudencia sobre tão importante assumpto, fazem com que ella continúe incerta e confusa, como o demonstrão as consultas, e demais peças officiaes, que passamos a transcrever:

Sobre o privilegio da Fazenda no concurso dos credores de um devedor fallido.

« N. 216.—Thesouro Nacional.—Directoria Geral do Contencioso, em 3 de Maio de 1855.

« O officio que Vmª. me dirigio em data de 15 de Março ultimo, continha duas questões, a saber:—*Se a Fazenda Publica goza do seu privilegio em concurso com os credores de um seu devedor em fallencia, e se em taes circumstancias está sujeita ás regras do Codigo Commercial, para proceder como os demais credores.*

« Ambas as questões submetti a decisão superior ; e em cumprimento do despacho do Ministerio da Fazenda de 27 de Abril ultimo, tenho de responder a Vm^o.:

« Quanto á primeira, que, na cópia inclusa da consulta do Conselho de Estado pleno, sobre a da secção de Fazenda e da Imperial Resolução de 25 do referido mez, verá Vm^o. as razões que sustentão o privilegio da Fazenda, devendo, portanto, a Fazenda proseguir o seu direito perante os Tribunaes, para que estes decidão a questão, como fôr de justiça ; e,

« Quanto á segunda, que é incontestavel a competencia do Juizo dos Feitos para nelle se promoverem as acções, afim de embolsar-se a Fazenda, por ser a sua jurisdicção improrogavel, não sendo applicaveis as regras do Codigo Commercial aos creditos da Fazenda contra seus devedores fallidos, e continuando os direitos particulares do Thesouro a regerem-se por suas Leis especiaes e privativas.

« No intuito de contribuir com o que me occorrer para a defesa dos interesses da Fazenda, accrescentarei ainda a Vm^o. que, jurisconsultos igualmente entendidos e versados na pratica de longos annos de fôro, opinão que é fôra de duvida que, as dividas fiscaes sempre forão privilegiadas, e que têm hypotheca tacita nos bens dos devedores, fundando-se, para assim pensarem, na Lei 46, Dig. *de juris fisci*, na Ord., Liv. 2^o, tit. 52, § 5^o e, além dos Decretos de 20 de Novembro de 1850, Alvará de 14 de Setembro de 1814 e Decreto de 29 de Outubro de 1818, citados na consulta, em muitos outros diplomas legislativos que fôra longo referir.

« Certo, portanto, de que Vm^o. procederá neste assumpto com a sua intelligencia e zelo reconhecidos, não poupando recurso algum legal, espero que a Fazenda Publica obtenha vencimento.

« Deus guarde a Vm^o. — Servindo de Procurador Fiscal, José Carlos de Almeida Arêas. — Sr. Procurador Fiscal do Maranhão. »

CONSULTA A QUE SE REFERE O OFFICIO N. 216.

« Senhor.—Houve por bem Vossa Magestade Imperial, por sua immediata Resolução de 3 de Fevereiro ultimo, que fôsse ouvido o Conselho de Estado ácerca do parecer da secção de Fazenda do mesmo Conselho, cujo theor é o seguinte:

« Senhor.—Mandou Vossa Magestade Imperial, por Aviso de 15 do corrente, que a secção de Fazenda do Conselho de Estado consulte se a Fazenda Nacional, em vista da Legislação em vigôr, goza de preferencia sobre os outros credores da casa fallida Deane Youle & C^a ou se tem, como elles de entrar no rateio que ella fizer.

« Pelo Decreto de 20 de Novembro de 1850, art. 79, se determinou que no processo executivo pelas dividas activas da Fazenda Nacional se observem, no que fôrem applicaveis, as disposições da Lei de 22 de Dezembro de 1761, Tit. 3^o, mandadas publicar como parte integrante do mesmo Decreto.

« Nos §§ 11 e 12 da referida Lei e Tit. 3^o preceitua-se o que se deve seguir nas execuções e sequestros que se fazem pelas dividas da Fazenda Nacional, afim de obviar os abusos provenientes de embargos de terceiros, senhores e possuidores, com que se costuma impedir muito frequentemente a cobrança das referidas dividas. E nestes paragraphos falla a Lei em geral, sem especificar especie alguma de divida em particular.

« No § 13 dispõe: « Attendendo na mesma fórma aos embarços que têm resultado á arrecadação da minha Fazenda do concurso ou labyrintho dos credores particulares e das preferencias fundadas na Ordenação do Reino, que as tem graduado pela prioridade das penhoras, com os graves inconvenientes, que a experiencia tem mostrado, e de que me têm sido presentes os gravames: Mando que da publicação desta em diante se não possuão mais graduar as preferencias pela prioridade das penhoras, nem ainda a respeito dos credores particulares; que ainda entre estes credores particulares

preferão os que tiverem hypothecas especiaes anteriores, provadas por escripturas publicas, e não de outra sorte, nem por outra maneira alguma, qualquer que seja; e que a respeito da minha Real Fazenda se proceda na fôrma abaixo declarada. »

« § 14. Logo que qualquer credor pretender entrar em concurso com o meu Real Erario, se legitimará antes de tudo verbal, summariamente e de plano, produzindo ante o juiz executor todos os titulos e razões com que intentar preferir para o mesmo fazer autoar estes requisitos pelo escriptão a que tocar, o qual continuará delles vista immediatamente ao procurador fiscal a que pertencer; e para que o tal procurador com a sua resposta leve os papeis, em que a lançar, ao mesmo conselho para nelle se decidir pela pluralidade dos votos, de sorte que, achando-se os taes preferentes em algum dos dous casos em que devem preferir, os quaes são: 1º, o de terem hypothecas especiaes provadas por escripturas publicas e anteriores aos contractos dos rendeiros da minha Fazenda e ás posses dos magistrados, ou aos provimentos dos thesoureiros e officiaes obrigados á mesma Fazenda; 2º, o de terem sentenças tambem anteriormente alcançadas contra os sobreditos com pleno conhecimento de causa e não de preceito, ou fundadas em confissão das partes: em qualquer destes casos, mandem suspender as execuções, e se proceda ao levantamento dellas, e dos sequestros ou penhoras que se houverem feito.

« § 15. Achando-se, porém, que as hypothecas, ainda provadas por escripturas publicas, são sómente geraes ou posteriores, ou que as sentenças, vendas, doações, dotes, legados ou alheiações, em que os taes preferentes intentarem fundar-se, são posteriores aos contractos reaes ou aos provimentos dos thesoureiros ou officiaes, que têm a seu cargo a arrecadação de minha Fazenda, ou ás posses dos magistrados, que têm o mesmo encargo, logo serão os pretensos preferentes excluidos *in limine*, como inhabeis e como illegitimos contradictores, para serem admittidos a concurso com o meu Real Erario, e se darão logo despachos para se ajuntarem aos autos dos

exequentes, afim de nelles se proseguir até integral pagamento da mesma Real Fazenda.

« Á vista da legislação acima transcripta, é evidente que a Fazenda Nacional tem o privilegio de preferir a todos os credores, excepto em dous unicos casos: 1º, de hypothecas especiaes anteriores aos contractos reaes, provimentos dos thesoureiros ou officiaes e magistrados, que têm a seu cargo a arrecadação da mesma Fazenda Nacional; 2º, de sentenças tambem anteriormente alcançadas contra os devedores com pleno conhecimento da causa. Querer que a Lei, porque, referindo-se á excepção das hypothecas, falla dos contractos reaes e provimentos ou posses dos devedores, encarregados da arrecadação da Fazenda Nacional, não teve em vista comprehender os demais devedores, é querer: 1º, que a excepção tenha a força de limitar ou annullar a regra geral, quando, pelo contrario, segundo os principios da sã hermeneutica a confirma; 2º, que, sendo o fim do privilegio obviar e acautelar os embaraços e gravame, que soffre a Fazenda Nacional em sua arrecadação, do concurso ou labyrintho dos credores particulares, e das preferencias, continuem esses embaraços, soffra a arrecadação da Fazenda Nacional, os mesmos gravames em todos os casos, em que fôr credora e apparecerem preferentes, excepto no caso unico de contractos reaes ou de thesoureiros malversores e outros officiaes e magistrados, que se levantão com a Fazenda Nacional. Para pensar assim, seria mister: ou poder sustentar-se com fundamento e logica juridica, que, comprehendendo a generalidade do privilegio a excepção que se quer attribuir á Lei, a mente do Legislador foi adoptar e prescrever a excepção, deixando a Fazenda Nacional, que teve em vista proteger com o privilegio, absolutamente exposta aos mesmos embaraços, aos mesmos gravames e prejuizos que entendeu acautelar: ou que na época da promulgação da Lei aquelles erão os unicos casos em que a Fazenda Nacional podia achar se credora, e em concurso de outros credores particulares.

« A primeira hypothese é absurda, a segunda sustenta a opinião que o privilegio é geral; que a Fazenda Nacional

prefere sempre que tem de concorrer com outros credores, porquanto, se se limitarão naquella época sómente áquelles casos, segundo entendem os que dão essa intelligencia forçada á Lei, fôra porque esses erão os unicos em que se poderia verificar a acção do preeceito legislativo.

« Vejamos agora como é que o proprio Legislador entendeu sempre aquella Lei.

« No Alvará de 24 de Setembro de 1814 determina-se: « Eu, o Principe Regente, faço saber aos que este Alvará com força de Lei virem, que, representando-me a junta do Banco do Brasil, creada pelo Alvará de 12 de Outubro de 1808, a necessidade, que tinha, de serem cobradas as quantias que se lhe devessem, assim, e do mesmo modo por que se cobrão as dividas fiscaes, seguindo-se nas operações, a que se houverem de proceder, os mesmos termos e gozando as sobre-ditas dividas de todos os privilegios, de que gozão as da minha Real Fazenda; querendo dar mais uma prova da consideração e protecção que merece este estabelecimento: hei por bem que as dividas pertencentes ao Banco do Brazil sejam reputadas em tudo e por tudo como fiscaes, procedendo-se sem differença alguma na sua cobrança e arrecadação. »

« No art. 3.º dos Estatutos da Caixa de Descontos, estabelecida pelo Banco do Brasil na cidade da Bahia, approvados pela Carta de Lei de 16 de Fevereiro de 1816, se diz: « As dividas da Caixa de Descontos serão consideradas como dividas reaes, como já foi estabelecido pelo Alvará de 24 de Setembro de 1814, que deverá ser observado em toda a sua força e extensão de privilegio fiscal. »

« O Decreto de 29 de Outubro de 1818, exprime-se assim: « Tendo-me representado a junta do Banco do Brasil os inconvenientes que resultão de não ter vigor o privilegio da Fazenda Real para a cobrança das dividas a elle pertencentes e ás suas caixas, concedido no Alvará de 24 de Setembro de 1814 e Lei de 16 de Fevereiro de 1816, naquelles casos, em que não é cessionario, mas que procedem de transacções directas ou de dividas dos seus agentes ou administradores: hei por bem que se lhe observe o seu privilegio, entendendo-se

ter hypotheca e competir-lhe a preferencia naquelles casos em que a tem a Real Fazenda, e não lhe competir, quando execute como cessionario ou a devedor de devedor. Hei outrosim, por bem, que, nos casos de concordatas ou moratorias, póde o Banco acceder ou julgar-se que deve acceder, quando o prazo fôr de 5 annos ou de menos tempo; e que o seu privilegio em taes casos, durante o prazo, se deve verificar a respeito da quantia estabelecida; e, findo o prazo, continuar sobre a totalidade da divida, como se procede a respeito da Fazenda Real, quando ha prestações concedidas.

« Quando pudesse ainda restar alguma duvida ácerca do modo por que deve ser entendido o Alvará d' 22 de Dezembro de 1761, são tão genericos os termos, é tão precisa a letra do Alvará, Carta de Lei e Decreto acima citados, que á vista de suas disposições não cabe sustentar-se que a Fazenda não tem o privilegio em questão.

« Quaes são todos esses privilegios de que gozão as dividas fiscaes na sua cobrança e arrecadação, e nas execuções a que por ellas se procede, para delles gozarem as dividas do Banco, em virtude dos quaes tinham ellas hypotheca e preferencia, excepto nos casos em que se obrava como cessionario? Serão porventura esses dos contractos reaes e das dividas dos encarregados da arrecadação da Fazenda Nacional estritamente entendidos? Porque nas Leis acima transcriptas não se faz esta restricção? Como applicar taes privilegios, assim erroneamente entendidos, ás dividas do Banco.

« Nem de outro modo se entendem os privilegios do fisco nas nações onde elle existe.

« Blackstone (volume 2º, pag. 517), commentando a Legislação sobre bancarota, referindo-se á Fazenda Nacional, diz: « *But the King is not bound by this fictitious relation, nor is within the statutes of bankrupt.*

« A pags. 427 do mesmo volume, em que trata do titulo por Prerogativa da Corôa, diz: « *For as it is not consistent with the dignity of the crown to be partner with a subject, so neither does the King ever lose his right in any instance, but where they interfere, his is always preferred to that of another person.* »

« Os privilegios dados á Corôa na França não são limitados a certas causas, são sim a certas e determinadas cousas; entretanto a intelligencia contraria a que a secção sustenta, limitaria os privilegios da Fazenda Nacional a certas causas, deixando outras da mesma analogia, senão identidade, fóra do seu alcance; o que de certo seria um verdadeiro absurdo juridico.

« A secção examinou accuradamente o Codigo do Commercio, e não encontrou nelle disposição que contradizete a opinião que acaba de expôr; ao passo que o deveria achar, se fosse essa a mente do Legislador, em alguns dos seus capitulos, já do Codigo, já do Regulamento e Decreto de 20 de Novembro de 1850, como sejam os tit. 4º, 5º, 7º, e tit. unico, cap. 1º, secção 3ª do Codigo do Commercio, e tit. 1º, cap. 3º, tit. 2º, cap. 3º, tit. 5º, e outros logares do citado Decreto. Se a mente do Legislador fosse revogar aquelles privilegios, delles faria especial menção, ainda mesmo que a intelligencia da Lei de 22 de Dezembro de 1761 devesse ser contraria a que lhe dá a secção.

« E quando do seu silencio se queira deduzir a revogação dos privilegios da Fazenda Nacional, doutrina insustentavel em face da patria jurisprudencia, cumpre notar que o Decreto que declarou estar em vigor o privilegio em questão é de 20 de Novembro de 1850, data posterior á do Codigo do Commercio; e nem se diga que o Decreto que deu Regulamento ao Codigo é de data posterior, e nelle se prescreve o processo para as causas commerciaes; porque, comquanto o seja, a força de suas disposições data da Lei, cujos principios e disposições regulou.

« Portanto, é a secção de parecer que a Fazenda Nacional goza de preferencia sobre os outros credores da casa fallida Deane Youle & Cª. E, terminando esta consulta, é do rigoroso dever da secção expôr a Vossa Magestade Imperial que materias de tão alta importancia para a Fazenda Nacional devem ser entendidas e executadas conforme os dictames da sã razão, escudada em considerações de publica e particular utilidade, pelo aprofundado e esclarecido exame da verdadeiramente do

Legislador, pelas regras imprescriptiveis de uma luminosa hermeneutica juridica, que não por subtilezas e aereos apices de direito, que menos consolidão do que desgarrão a opinião dos encarregados de administrar a justiça.

« Vossa Magestade Imperial, porém, mandará o que fôr servido.

« Sala das Conferencias, em 29 de Dezembro de 1854. — *Visconde de Jequitinhonha.* — *Visconde de Itaborahy.* — *Visconde de Caravellas.* »

« Em cumprimento da imperial determinação, foi o parecer examinado na Conferencia de 10 do dito mez de Fevereiro, e, depois de bem ponderada sua materia e posta á votação, o Marquez de Olinda disse:

« Que a Fazenda Publica não compete o privilegio de preferencia que o parecer suppõe, e que ella não o tem senão nos casos expressos no art. 14 da Lei de 22 de Dezembro de 1761, e nestes mesmos quando se não verifiquem as duas circumstancias no mesmo artigo declaradas, que são: 1º, hypotheca especial e anterior ás épocas marcadas; 2º, sentença igualmente anterior, alcançada com pleno conhecimento da causa, e não de preceito ou sobre confissão das partes; e que fóra destes casos a Fazenda não tem o privilegio de preferencia: declarou que a razão que tem para assim pensar é muito simples; e é que não ha Lei que dê semelhante privilegio, e os privilegios não se suppõem, não se subentendem, não se admittem por illação; elles provão-se por Leis expressas que os estabelecem, e não de outro modo.

« Mas, como da mesma Lei de 1761, a qual, segundo entende o mesmo Conselheiro, apenas regula alguns casos particulares, é que o parecer deduz a regra que estabelece, é mister examinar o argumento que se fórma. Este argumento consiste em que, estabelecendo-se excepções, estas suppõem uma regra a que correspondão as mesmas excepções: e assim, uma vez que se especificão casos em que não ha privilegio, isto mesmo suppõe a regra da existencia desse privilegio em todos os mais casos.

« Este argumento, porém, pecca no modo de pôr a questão.

« Quando no artigo se marcão casos especiaes, estes não são tomados absolutamente e sim em relação a certas circumstancias. Portanto, a conclusão deve ser relativa a essas mesmas circumstancias.

« Se o artigo falla só nos casos dos contractos reaes e dos encarregados dos dinheiros publicos sem attenção a circumstancia nenhuma, seria concludente o argumento. Mas, o que elle diz, é que nesses casos não ha privilegio, quando se verifiquem duas circumstancias. A conclusão, que se pôde tirar, é que nesses casos ha privilegio, quando não se verifiquem essas circumstancias; mas de modo nenhum nos outros casos. De uma excepção particular e com circumstancias particulares não se pôde tirar uma regra geral.

« Para melhor se entender a Lei, é mister examinar o seu objecto principal e a Legislação do tempo em que foi promulgada.

« Por esta Lei regulou-se a jurisdicção contenciosa do Conselho de Fazenda, ficando este com o Juizo privativo nas causas dos contractos e em geral nas questões provenientes dos dinheiros publicos: todas as outras causas erão julgadas nas Relações e particularmente na Supplicação, no Juizo dos Feitos da Fazenda. Para estas causas, que erão julgadas no Conselho da Fazenda, instituiu-se um processo particular, chamado processo executivo. Estas causas são as de que falla este art. 14. Hoje toda esta jurisdicção acia-se no Juizo dos Feitos da Fazenda, ultimamente constituido; mas neste mesmo Juizo mantem-se a distincção dos processos. Aquellas causas que por essa Lei estavão sujeitas ao processo executivo, ainda hoje são julgadas do mesmo modo.

« Isto posto, o privilegio da Fazenda só se verificava nas causas que erão julgadas no Tribunal do Conselho da Fazenda; que erão só as que tinham processo executivo. Só nessas causas é que se verificava o privilegio: a Lei não falla de outras. Portanto, o privilegio, não só por esta Lei, como por toda a Legislação daquellé tempo, só recahia nas causas de processo executivo. Ora, como hoje, alterando-se o

fôro, todavia conserva-se o mesmo systema desse processo executivo ás causas que estão sujeitas a este processo, o qual é mandado observar em todas as suas partes; são as unicas que gozão desse privilegio, porque estas erão as unicas que o tinham por aquella Lei, e esta Legislação não está alterada.

« Portanto, a Fazenda Publica não tem preferencia senão nas causas de processo executivo, e nestas mesmas quando não se verificarem as circumstancias expressas no art. 14 da Lei de 1761.

« Se a analyse do art. 14 não dá em resultado senão o privilegio em certas e determinadas causas, o art. 15 ainda confirma esta intelligencia, se se quizer argumentar por inducção. Neste artigo estabelecem-se casos especiaes em que tem logar o privilegio. A conclusão que se deve tirar é que nos outros casos não existe semelhante privilegio.

« Quanto á Legislação de outros povos, o mesmo Conselheiro diz que as nossas Leis devem ser entendidas pelas nossas proprias Leis, e não pelas estrangeiras, principalmente quando se tratar de sua applicação aos factos, os quaes não hão de ser julgados senão pelas nossas.

« O argumento deduzido da concessão feita ao antigo Banco e ás suas Caixas Filiaes, parecendo valioso, perde toda sua força, quando se reflecte um pouco. Se a Fazenda não tivesse senão esse privilegio da preferencia, seria concludente o argumento. Mas ella goza de outros muitos, e entre elles o do processo executivo, o qual é importantissimo. E se acaso o Banco não tinha contractos no sentido da Lei, elle tinha empregados responsaveis pelos seus dinheiros. O argumento, portanto, cabe por si mesmo.

« O mesmo Conselheiro declara não entender bem a parte do parecer em que se sustenta que o art. 14 comprehendendo outras hypotheses além das que são expressas, as quaes, cumpre notar, são de excepção.

« Se o fim do parecer é cortar o gravame que soffre a Fazenda com os muitos credores que concorrem, quanto mais se multiplicarem as hypotheses, mais difficuldade encontrará

a Fazenda para satisfação das suas dividas. Parece, pois, que essa ampliação que o parecer dá á disposição do artigo, vai contra o fim a que elle se propõe.

« Finalmente, observou que, admittida a doutrina do parecer, a Fazenda não entra nunca em rateio, porque ella sempre tem a preferencia. E isto se verifica ainda mesmo nos casos em que cessa o privilegio ; porque, pagas as dividas que são favorecidas pelo art. 14, a Fazenda com o seu direito de preferencia vai embolsar-se por inteiro do que se lhe deve, sem entrar em rateio com os outros credores. Mas o contrario disto já foi reconhecido pelo proprio Governo. O Collector das Rendas Geraes de Iguassú entrou em duvida, em uma hypotheca particular, se deveria promover a cobrança de uma divida por inteiro, ou se a Fazenda entrava em rateio com os outros credores. Diz elle que, não estando a Fazenda Nacional comprehendida nas disposições do Titulo 4º, parte 3ª do Codigo do Commercio, não sabia como obrar no caso de ter-se declarado fallido um devedor de impostos. Foi-lhe respondido em Aviso do 1º de Abril de 1853: « Que a Fazenda Nacional está sem contradicção nenhuma comprehendida nas disposições daquelle Titulo, por quanto ella ha de entrar em qualquer das classes expressas no mesmo Titulo, segundo a natureza de seu credito. » Ora, se a Fazenda póde entrar em qualquer das classes, e uma dellas está sujeita ao rateio, é claro que a Fazenda póde muito bem entrar em rateio com os outros credores. Continúa o Aviso: « Sendo que na maior parte dos casos tem ella preferencia. » Logo, não a tem em todos os casos. E por fim diz o Aviso: « Que o Collector insista pelo pagamento integral da Fazenda, e não consinta no rateio, o qual só poderá admittir, sendo caso d'elle, e com prévia authorisação do Tribunal do Thesouro. » Aqui está expresso que ha casos de rateio. Quanto á clausula da authorisação do Thesouro, isto não vem para o caso, e é certo que o Poder Judiciario é quem ha de decidir a questão.

« Em consequencia destas observações é o mesmo Conselheiro de parecer que a Fazenda Publica só tem privilegio de preferencia nos casos de que trata o art. 14 da Lei de

22 de Dezembro de 1761, e isto mesmo quando não se verifiquem as circumstancias expressas no mesmo artigo. Estabelecido este principio, é claro que no caso presente a Fazenda tem de entrar em rateio com os credores da casa fallida. »

« O Conselheiro Marquez de Abrantes apresentou o seguinte voto por escripto :

« Senhor. — Sinto não poder conformar-me com o parecer, que estende o privilegio da Fazenda ao caso das quebras commerciaes.

« Entendo que o privilegio estabelecido pelo Titulo 3º da Lei de 22 de Dezembro de 1761, a que se refere a Lei do Thesouro de 20 de Novembro de 1850, limita-se unicamente á arrecadação das rendas publicas.

« Fundo esta intelligencia no espirito e na letra do citado Titulo. Tem elle por fim remover os embaraços que resultariam á arrecadação da Real Fazenda, do concurso de credores particulares e das preferencias que a Ordenação do Reino dava á prioridade das hypothecas. Manda, portanto, que o Procurador Fiscal não admitta preferencia senão nos dous casos que declara. Manda, por fim, que sejam excluidos *in limine* os preferentes, quando se achar que as hypothecas e sentenças, em que fundarem a sua preferencia, são posteriores aos contractos reaes, ao provimento dos Thesoureiros e Officiaes de Fazenda, que têm a seu cargo a arrecadação da Real Fazenda, e ás posses dos Magistrados, que têm o mesmo encargo.

« Ora, os contractos reaes erão naquelle tempo o do tabaco, sabão, urzella, etc., em Portugual e Africa, e do sal, balsas, etc., no Brasil, monopolios da Corôa, cujo producto entrava como renda para o Erario Regio. Os Thesoureiros tinham, como ainda hoje, debaixo de sua guarda as rendas percebidas. Os Officiaes de Fazenda erão, como ainda são, os que por administração ou contracto arrecadavam os direitos de entrada e sahida, os dizimos, sizas, etc. Os Magistrados, que pela mór parte erão então Agentes do Fisco, lançavam e fazião arrecadar certos impostos, como a decima, subsidio litterario, etc.

Parece, pois, que o referido Titulo 3º, repellindo sómente o concurso daquelles credores, cujos titulos fôsem posteriores ás datas dos contractos reaes, á nomeação dos Thesoureiros e Officiaes de Fazenda e ás posses dos Magistrados, não teve em vista outro fim senão o de tornar mais effectiva a arrecadação das rendas publicas, e garantir a Real Fazenda contra a má fé dos Rendeiros dos ditos contractos e contra o peculato e malversação dos ditos Thesoureiros, Officiaes e Magistrados incumbidos da mesma arrecadação.

« Julgo, portanto, que o privilegio da Fazenda tal qual existe por Lei, não devendo ir além do fim para que fôra expressamente estabelecido, limita-se, como disse, á arrecadação das rendas ou impostos nacionaes.

« Isto posto, para estender-se o mesmo privilegio ás quebras commerciaes, será preciso demonstrar que o Codigo do Commercio, publicado em 25 de Junho de 1850, se acha revogado pela citada Lei do Thesouro, publicada em Novembro seguinte.

« É, porém, sabido que não basta a data da Lei posterior para que se considere revogada a anterior: cumpre, pelo menos, que haja identidade de razão nas suas disposições.

« Quanto a mim, a razão em que se funda o privilegio do Titulo 3º da Lei de Dezembro é diversa da em que se fundão os artigos do Codigo Commercial a respeito das quebras. É diversa, porque o direito que tem o Estado para arrecadar impostos, não é o mesmo que tem elle para preferir a todos os credores de uma casa commercial fallida, com quem houvesse contractado.

« O primeiro direito é absoluto e fundado na obrigação indeclinavel que tem o contribuinte de pagar, e o empregado fiscal do receber e dar contas; e o Governo exerce o mesmo direito como Poder.

« O segundo, porém, é limitado pelas condições essenciaes dos contractos, fundados no mutuo consenso; e o Governo exerce este direito, não como Poder, e sim como qualquer particular, que vai á Praça e transige com os commerciantes.

« Assim que, não havendo em meu conceito identidade

de razão, não me parece que a disposição posterior da Lei do Thesouro tenha revogado a anterior do Código.

« A esta conclusão, que tenho por juridica, accresce, em abono do meu voto, a consideração seguinte :

« Creio que, se prevalecer a extensão pretendida do privilegio, será este mais prejudicial ao Thesouro Publico do que mesmo aos outros credores das massas fallidas.

« Nenhum negociante acreditado deixará de ter repugnancia em contractar com um Poder, que, preferindo a todos, ha de forçosamente privar-o de contractar com outros.

« Os Agentes do Thesouro, confiados no privilegio, e ao mesmo tempo embaraçados por elle, não duvidaráõ, ou serão obrigados a acceitar qualquer sacador. E então os sequestros se multiplicaráõ, as operações commerciaes se perturbarão e o descredito do Thesouro mais se augmentará.

» Esta apprehensão, longe de ser chimerica, parece-me fundada nos principios reguladores do credito publico e privado. E por isso entendo que, quando mesmo uma Lei expressa autorisasse a extensão que se pretende dar ao privilegio, conviria modificá-la de accôrdo com aquelles principios e com as idéas dominantes no tempo em que vivemos.

« Entendo, outrosim, que menos perderá a Fazenda entrando em concurso com os credores da casa fallida em questão, do que usando de um privilegio odioso ao commercio, não autorizado por Lei expressa, nem exercido em casos identicos que já se verificárão.

« Em resumo sou de voto que o actual privilegio da Fazenda não é applicavel aos contractos de cambio e outros commerciaes em que fôr parte a mesma Fazenda ; devendo reger a respeito delles o Código do Commercio e o Regulamento para a ordem do Juizo e processo commercial. »

O Conselheiro Visconde de Albuquerque votou com os precedentes conselheiros, accrescentando :

« Que a Fazenda Publica no ponto de que se trata, não tem melhor direito do que os particulares ; que o mesmo principio de direito regula a materia para com todos, e é o

da hypotheca anterior ; que assim não é favor, é justiça, que aquelles que contractão com os Rendeiros, Thesoureiros, Magistrados e outros Officiaes, que estão encarregados da arrecadação das rendas, devem saber que já os bens destes achão-se obrigados á Fazenda Publica. »

« O conselheiro visconde de Maranguape deu o seguinte voto, que trazia escripto :

« Não conheço Lei patria, que tenha dado privilegio ao Thesouro Publico senão quando se trata das dividas especificadas nos §§ 14 e 15 da Lei de 22 de Dezembro de 1761, que são as provenientes dos contractos dos Rendeiros da Fazenda ou do exercicio de certos empregos fiscaes.

« Quiz esta Lei, no § 13, que não se graduassem mais as preferencias pela prioridade das penhoras ; e, deixando assim em vigor todas as outras disposições legislativas a respeito dessa gradação, reservou, como ahi se declara, para os dous seguintes paragraphos as excepções, que a favor do Thesouro Publico devião ser feitas. É, pois, nos §§ 14 e 15 que essas excepções se achão estabelecidas e tão expressamente singularisadas, que não podem ser applicadas a outros casos, que não sejam os das dividas que acima mencionei.

« Se o Thesouro Publico carece de um maior privilegio, conceda-lh'o uma lei.

« Na legislação de outros povos ha muito sábias disposições que poderemos adoptar.

« Estender, porém, a todas as dividas, de qualquer qualidade que sejam, o procedimento que a nossa legislação em vigor só manda praticar em razão da hypotheca legal inherente á responsabilidade de certos Agentes Fiscaes, é estabelecer uma legislação nova e má.

« E accrescentou a exposição de um facto acontecido com o antigo Banco, o qual, executando, em virtude do privilegio, certo devedor, deduzirão os outros credores artigos de preferencia que se disputarão, sem attenção alguma ao privilegio. »

« O conselheiro visconde de Sapucahy votou com a secção,

fundando-se principalmente na intelligencia que se deve dar á Lei de 1761 em face do Decreto de 23 de Outubro de 1818.

« O conselheiro visconde de Jequitinhonha, sustentando o parecer da secção, de que foi relator, « fez distincção entre a questão de utilidade da disposição que dá um tal privilegio, e a da intelligencia da Lei de 1761: disse que não se trata daquella e sim desta, e combateu as razões dos adversarios do parecer. A respeito do Aviso de 1º de Abril de 1853, citado pelo marquez de Olinda, disse que elle nada prova, pois ficou subsistindo a mesma duvida que o Governo agora louvavelmente procura decidir.

« Quando ao interpretar-se uma lei de perto de cem annos, não vê nisto nenhum absurdo, podendo ella ser a todo o tempo interpretada. Finalmente que o Alvará de 1814, Lei de 1816 e Decreto de 1818 têm toda a significação, excepto para os que admittirem que o legislador, quando os promulgou, não obrava seriamente, o que não é possível. »

« O conselheiro visconde de Itaborahy sustentou o parecer, combatendo as opiniões contrarias e argumentando ainda com as disposições legislativas de 1814, 1816 e 1818.

« O conselheiro visconde de Magé concordou com o parecer.

« O conselheiro marquez de Abrantes, ao que havia expellido em seu voto, accrescentou:

« Que a extensão do privilegio do Thesouro ao Banco pelas Leis de 1814, 1816 e 1818 não tivera execução; que as dividas do Banco, longe de serem cobradas por virtude desse privilegio, forão arrematadas em hasta publica; e explicou a asserção de que o privilegio seria mais pernicioso do que proveitoso á Fazenda Nacional pela repugnancia dos negociantes em contractarem com o Thesouro. »

« Em resultado de todo o expellido opinarão em favor do parecer os quatro conselheiros viscondes de Jequitinhonha, de Itaborahy, de Magé e de Sapucahy e contra o mesmo

parecer os outros quatro conselheiros marquezes de Olinda e de Abrantes, e viscondes de Albuquerque e Maranguape.

« Assim, á metade dos membros do Conselho de Estado, presentes a esta conferencia, parece que á Fazenda Nacional compete o privilegio de preferencia e não deve entrar em rateio com os credores da casa fallida Deane, Youle & C^a, e á outra metade parece que tal privilegio não compete á Fazenda Nacional, a qual deve entrar em rateio na causa de que se trata.

« Á vista de tudo, Vossa Magestade Imperial resolverá como fôr mais justo.

« Sala das conferencias do Conselho de Estado, no Paço da Boa-Vista, 3 de Abril de 1855.—*Marquez de Olinda.*—*Visconde de Maranguape.*—*Marquez de Abrantes.*—*Visconde de Sapucahy.*—*Visconde de Magé.*—*Visconde de Itaborahy.*—*Visconde de Albuquerque.*—*Visconde de Jequitinhonha.* »

RESOLUÇÃO.

« Remetta-se ao Corpo Legislativo; e, entretanto, prosiga a Fazenda Publica seu direito perante os Tribunaes.—Paço, 25 de Abril de 1855.—Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador.—*Marquez de Paraná.* »

Officio do Conselheiro Procurador Fiscal do Thesouro.

« Thesouro Nacional.—Directoria Geral do Contencioso, em 21 de Setembro de 1864.

« Illm. e Exm. Sr.—Tendo na semana anterior suspendido os seus pagamentos, como é publico e notorio, differentes casas bancarias desta praça, e havendo o Thesouro Nacional negociado alguns saques com as ditas casas, deve suscitar-se de novo a questão de privilegio da Fazenda, em relação ás dividas provenientes dos ditos saques.

« Como medida conservatoria, e embora não conste qual o resultado da negociação dos referidos saques, pôde o Thesouro mandar proceder a sequestro *de mera segurança* nos bens das casas, que suspendêrão seus pagamentos, logo que se declararem fallidas.

« Esta medida, porém, presuppõe o privilegio fiscal e consequente preferencia, questão ainda não resolvida; e demais nas circumstancias actuaes da praça, não pôde deixar de excitar grandes clamores.

« Julgo todavia conveniente que o Governo Imperial tome uma deliberação sobre este importante assumpto.

« Para esclarecimento de tudo quanto tem occorrido a respeito de especies anteriores, em que os interesses do Thesouro se acháráo envolvidos em fallencias, tenho a honra de submetter á illustrada consideração de V. Ex. os extractos annexos dos relatorios do Ministerio da Fazenda de 1861, 1863 e 1864, que tratão extensamente desta questão.

« Deus Guarde a V. Ex. — Ilm. e Exm. Sr. conselheiro Carlos Carneiro de Campos, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Fazenda e Presidente do Tribunal do Thesouro Nacional. — *José Carlos de Almeida Arêas.* »

Relatorio do Ministerio da Fazenda, em 1863.

JUIZO DOS FEITOS DA FAZENDA.

« É de toda a necessidade que tomeis em consideração as medidas suggeridas no relatorio do anno passado pelo illustre Ministro de então, como os projectos que sobre o Juizo dos Feitos da Fazenda forão elaborados por alguns membros da Camara Temporaria e pendem de vossa approvação.

« Passarei agora a dar-vos conta de uma emergencia, que torna cada vez mais necessaria a adopção de medidas que evitem a sua reproducção.

« O Ministerio dos Negocios Estrangeiros dirigio ao da Fazenda em data de 5, 20 e 27 de Fevereiro tres Avisos, acompanhando a traducção de tres notas do Ministro de Sua Magestade Britannica nesta Côte.

« Na primeira dessas notas o Sr. Christie requisita levantamento do sequestro que o Juizo dos Feitos da Fazenda da Bahia, á requisição do Governo Provincial, mandou fazer em bens pertencentes a terceiros, que se achavão em poder de Rostron & Comp., que fizeram bancarrota em Setembro ultimo, e contra os quaes o mesmo Governo tinha uma reclamação proveniente de letras commerciaes protestadas.

« Para fundamentar esta requisição, accrescenta aquelle Agente Diplomatico que, depois de ter consultado o melhor parecer legal que pôde obter, concluiu que o Juizo dos Feitos da Bahia procedeu illegalmente, annuindo ao pedido do Procurador Fiscal e mandando fazer o sequestro, visto que as reclamações do Governo Provincial provêm de um acto de commercio, que lhe dá sómente direito de credor commum da massa fallida, e não de alguma divida fiscal que lhe confira a prioridade ao pagamento e autorise procedimentos privilegiados nos termos da Lei de 22 de Dezembro de 1761, como o decidio o Governo Imperial em 1855, em questão identica dos Srs. Deane, Youle & C^a.

« Na segunda das mencionadas notas, datada de 12 de Fevereiro ultimo, diz o Sr. Christie que recebera instrucções do Governo de Sua Magestade Britannica para protestar contra qualquer acto do Governo da Bahia na recente quebra das casas dos Srs. Rostron & C^a, e Crabtree & C^a, fundado em direitos de privilegio, bem como contra outros credores, e de pedir que os sequestros sejam immediatamente retirados, porque delles resultarão serios prejuizos tanto ás casas inglezas como a seus credores.

« Observa que o consentimento dado sobre a influencia de uma força superior pelos Srs. Crabtree & C^a para um accôrdo com o Governo da Bahia, não pôde prejudicar ao seu direito de serem embolsados de qualquer perda que

possão ter soffrido por causa dos actos injustificaveis da Thesouraria da Bahia.

« Diz mais que ha uma clara e importante distincção entre um privilegio de preferencia no pagamento exigido pelo Estado em materias fiscaes, taes como impostos e direitos, e a preferencia exigida em transacções commerciaes, taes como nos casos de que se trata, em que o Estado se apresentou na praça e procedeu como negociante, sendo nestes casos fundados em letras de commercio os direitos do Governo da Bahia.

« Accrescenta ainda que a illegalidade do procedimento da Thesouraria da Bahia foi resolvida pela decisão do Tribunal Superior de Pernambuco na questão dos Srs. Deane, Youle & C^a, decisão que foi adoptada pelo Governo Imperial. Que o Governo de Sua Magestade Britannica pensa que um negociante estrangeiro não deveria ser obrigado a sujeitar-se ás perdas, demoras e despesas de um processo perante os Tribunaes Brasileiros, para procurar abrigo contra um acto do Governo, que já tem sido declarado contrario ás leis do Estado e que está certamente em opposição com os principios internacionaes e os usos adoptados pelas nações civilisadas.

« Conclue chamando a immediata e séria attenção do Governo Imperial para este assumpto, afim de que, com a possivel brevidade, seja feita inteira justiça ás partes prejudicadas.

« Na terceira destas notas communica que os proprietarios dos bens sequestrados em poder de Rostron & C^a requererão ao Governo Britannico, reclamando, além da entrega immediata de sua propriedade aos seus representantes da Bahia, uma indemnização por todas as perdas que soffrerem na realização da mesma propriedade, em consequencia do sequestro sobre ella lançado, da sua deterioração e diminuição de valor.

« Isto posto, começarei por fazer um breve e succinto esboço dos factos que motivarão taes peças officiaes e que aqui reproduzirei para vosso inteiro conhecimento.

« Forão devolvidas de Londres á Thesouraria de Fazenda da Bahia tres letras protestadas por falta de pagamento na importancia de £ 9,000, negociadas com a casa de Rostron & Ca, sob a firma Richard Rostron & C^a, de Manchester, e bem assim outra letra no valor de £ 2,000, com o protesto de não acceite.

« A Thesouraria, para acautelar os interesses da Fazenda, tomou as seguintes providencias:

« 1.^a Ordenou á Alfandega que sobrestivesse no despacho e sahida de quaesquer mercadorias pertencentes á casa fallida, remettendo-lhe uma relação de taes mercadorias e de seu valor.

« 2.^a Exigio dos sacadores garantias para que a Fazenda fosse real e integralmente embolsada do total das £ 11,000 e despesas emergentes, provenientes da impontualidade no pagamento.

« Os sacadores offerecerão-se a dar até o dia seguinte (31 de Agosto), como garantia da letra não acceita de £ 2,000, uma firma commercial ou fazendas, se tivessem a certeza de que nenhum sequestro ou violencia lhes seria feita para garantia ao pagamento das £ 9,000 já acceitas (e não pagas), e se a Thesouraria se satisfizesse em ficar a Fazenda Publica com direito sobre a massa fallida, existente em Inglaterra, e sobre elles sacadores unicamente pelo saldo, que não fosse pago naquelle paiz.

« Respondeu a Thesouraria que acceitaria a firma commercial offerecida, como garantia da letra de £ 2,000 não acceita, passando a dita firma uma letra a quatro mezes, estendendo-se a nova responsabilidade ás despesas e juros da mora, pelo referido prazo, e que, quanto ás £ 9,000, acceitaria garantia conveniente pela importancia da quantia que deixasse de ser satisfeita em Londres aos agentes financeiros do Governo do Brasil, pela casa Richard Rostron & Ca por ter suspendido seus pagamentos, afim de que o garante satisfizesse á Fazenda o restante das referidas £ 9,000 na praça da Bahia, despesas e juros até real embolso, logo que fosse conhecido o resultado da fallencia, como é de lei,

responsabilizando-se o garante por termo assignado na dita Thesouraria.

« Declararão os sacadores que os credores da casa os inhabilitarão a dar qualquer garantia á importancia das letras, e que protestarão, assim como elles, contra qualquer procedimento da Fazenda, que os pudesse prejudicar.

« Em vista desta resolução, a Thesouraria mandou proceder a sequestro, communicando tudo ao Thesouro, por officios de 30 de Agosto e 3 de Setembro do anno passado.

O Thesouro, em Ordem de 15 de Setembro ultimo, approvou, as medidas tomadas pela Thesouraria, recommendando-lhe ordenasse ao respectivo Procurador Fiscal que, sem perda de tempo, intentasse as necessarias acções judiciaes tendentes a garantir os interesses da Fazenda Publica, pondo-a a salvo de qualquer prejuizo que pudesse resultar da emergencia de que dera conta.

« No entretanto, havendo sobre este negocio representado o Consul Inglez na Bahia ao Presidente da Provincia, esta autoridade respondeu-lhe em Aviso de 20 de Setembro ultimo que, tendo sido approved pelo Thesouro o procedimento da Thesouraria, nada mais havia a providenciar, sendo certo que as fazendas de terceiros, comprehendidas no sequestro, serão restituídas logo que fossem exhibidas provas legaes de dominio no Juizo competente, cujo procedimento nada tinha de violento, por ser de direito commum em todos os paizes que as casas fallidas não possam mover de seus escriptorios mercadoria nenhuma, nem fazer transacções de qualquer natureza.

« Communicára a mesma Thesouraria da Bahia em officio n. 381, de 18 de Setembro do anno passado, que contra a casa de Abrahão Crabtree & C^a (que suspendêra os seus pagamentos), mandára proceder a sequestro para garantia de uma letra de £ 4,000, que ella accitára, e outra de igual quantia protestada por falta de accite.

« Em 11 de Outubro seguinte informou que a mesma casa offercera, e ella accitára, garantias na importancia de 91:393\$340 em letras e contas a vencer em Junho, Julho e Agosto

deste anno, assignadas por diversos logistas e negociantes, que afixavão o pagamento nos devidos prazos, visto serem firmas de inteiro credito; devendo aquella importancia cobrir a de £ 8,000 negociadas no valor de 73:492\$822, as despesas de protesto, retôrno, juros da mora, etc., etc.

« A Ordem do Thesouro de 30 de Outubro ultimo declarou á Thesouraria officiante que o contracto celebrado com a referida casa, nos termos indicados, seria acceito, se delles fosse eliminada a clausula 4^a, que sujeita ás contingencias e eventualidades de um pleito o direito de preferencia da Fazenda Nacional, por dividas provenientes de saques, tornando completamente illusoria e ficticia a garantia que, por meio de fiança prestada, se procurou obter para indemnização dos cofres publicos, devendo, no caso de recusa, proseguir nas sobrestadas diligencias judiciais, tendentes a sustentar o privilegio do fisco, como lhe fôra recommendado em relação á casa de Rostron & C^a, em Ordem n. 138 de 15 de Setembro anterior.

« Consentindo a mencionada casa na eliminação daquella clausula, o Thesouro, pela Ordem n. 3 de 2 de Janeiro, approvou o contracto que com ella celebrou a Thesouraria em 11 de Outubro do anno passado.

« Traçado este resumo historico, dar-vos-hei as razões, que servirão de base ao procedimento do Thesouro, quando approvou o sequestro feito por ordem da Thesouraria de Fazenda da Bahia nos bens das casas fallidas Rostron & C^a e Abrahão Crabtree & C^a.

« Por Aviso de 15 de Dezembro de 1854, mandára S. M. o Imperador que a secção de Fazenda do Conselho de Estado consultasse—se a Fazenda Nacional, á vista da legislação em vigor, gozava de direito de preferencia sobre os outros credores da casa fallida de Deane, Youle & C^a, ou se tinha, como elles, de entrar em rateio.

« A secção foi de parecer que, em face do que dispõem os §§ 11, 12, 13, 14 e 15, Tit. 3^o da Lei de 22 de Dezembro de 1761, mandados publicar como parte integrante do Decreto de 20 de Novembro de 1850 e observar na

parte applicavel pelo art. 79 deste Decreto, é evidente que a Fazenda Nacional tem o privilegio de preferir a todos os credores, excepto em dous unicos casos: 1º, o de hypothecas especiaes anteriores aos Contractos Reaes, aos Provimentos dos Thesoureiros, Officiaes e Magistrados, que têm a seu cargo a arrecadação da mesma Fazenda Nacional, 2º, o de sentenças tambem anteriormente alcançadas contra os devedores com pleno conhecimento de causa.

« Querer (disse a secção) que a lei, porque, referindo-se ás hypothecas, falla dos Contractos Reaes e Provimentos ou Posses dos devedores encarregados da arrecadação da Fazenda Nacional, não teve em vista comprehender os demais devedores, é querer: 1º, que a excepção tenha força de limitar ou annullar a regra geral, quando, pelo contrario, segundo os principios da sã hermeneutica, a confirma; 2º, que, sendo o fim do privilegio obviar e acautelar os embarços e gravames, que soffre a Fazenda Nacional em sua arrecadação, do concurso ou labyrintho dos credores particulares e das preferencias, continuem esses embarços, soffra a arrecadação da Fazenda os mesmos gravames em todos os casos em que fôr credora e apparecerem preferentes, excepto no caso unico de Contractos Reaes ou de Thesoureiros malversores e outros Officiaes e Magistrados, que se levantão com a Fazenda Nacional. Para pensar assim seria mister ou poder sustentar-se com fundamento e logica juridica que, comprehendendo a generalidade do privilegio a excepção que se quer attribuir á lei, a mente do legislador foi adoptar e prescrever a excepção, deixando a Fazenda Nacional, que teve em vista proteger com privilegio, absolutamente exposta aos mesmos embarços, aos mesmos gravames e prejuizos que entendeu acautelar; ou que, na época da promulgação da Lei, aquelles erão os unicos casos em que a Fazenda Nacional podia achar-se credora e em concurso de outros credores particulares.

« A 1ª hypothese é absurda e a 2ª sustenta a opinião que o privilegio é geral, que a Fazenda Nacional prefere sempre que tem de concorrer com outros credores; porquanto, se se

limitarão naquella época sómente áquelles casos, segundo entendem os que dão essa intelligencia forçada á Lei, fôra porque esses erão os unicos em que se podia verificar a acção do preceito legislativo. »

Recorrendo á legislação dos paizes civilisados, diz a secção que « nem de outro modo se entendem os privilegios do fisco nas nações onde elle existe. »

« Blackstone (continúa) á pag. 517 do 2º volume, commentando a legislação sobre bancarrota, referindo-se á Fazenda Nacional, diz:— « *But the king is not bound by this fictitious relation, nor is within the statutes of bankrupt.*— E á pag. 427 do mesmo volume, em que trata do titulo — Prerogativas da Corôa.— « *For as it is not consistent with the dignity of the crown to be partner with the subject, so neither does the king ever lose his right in any instance, but, where they interfere, he is always preferred to that of any other person.* »

« Depois de estabelecer que o Codigo do Commercio não contém disposição que contradicte a opinião emittida, conclue do seguinte modo :

« Portanto a secção é de parecer que a Fazenda Nacional goze de preferencia sobre os outros credores da casa fallida Deane, Youle & Cª.

« E, terminando esta consulta, é do rigoroso dever da secção expôr á Vossa Magestade Imperial que materias de tão alta importancia para a Fazenda Nacional devem ser entendidas e executadas conforme os dictames da sã razão escudada em considerações de publica e particular utilidade, pelo aprofundado e esclarecido exame da verdadeira mente do legislador, pelas regras imprescriptiveis de uma luminosa hermeneutica juridica, que não por subtilezas e aereos ápices de direito, que menos conslidão do que desgarrão a opinião dos encarregados de administrar a justiça. »

« Sendo esta consulta submettida ao exame do Conselho de Estado Pleno, ficou, na conferencia de 3 de Abril de 1855, a questão da preferencia da Fazenda Nacional empatada por quatro votos contra quatro, em virtude do que, por Imperial Resolução de 25 do mesmo mez e anno, foi remetida ao

Corpo Legislativo, mandando-se entretanto que a Fazenda *proseguisse o seu direito* perante os Tribunaes.

« É verdade que o Thesouro, por Ordem n. 223 de Agosto daquelle anno, mandou levantar o sequestro a que se havia procedido nos bens da referida casa fallida; mas esse acto não prova contra o direito de preferencia da Fazenda Nacional, porque foi dictado, como se vê do preambulo da mesma Ordem, pela necessidade de haver o que directamente lhe competisse na massa fallida daquelle casa em Liverpool.

« Já se vê, pois, que na opinião da secção de Fazenda do Conselho de Estado, e na melhor de direito, contra as quaes não pôde servir de argumento um ou outro julgado dos tribunaes do paiz, a que se oppõe a doutrina dos arestos consagrados, a Fazenda Nacional é preferente em dividas provenientes de saques, isto é, de dinheiro de contado sahido dos cofres publicos e negociado em acto de commercio para ser indemnizado em paiz estrangeiro.

« O melhor parecer legal nesta questão não é, portanto, como diz a legação de Sua Magestade Britannica, que a Fazenda só tenha direito de credor commum, por não ser a divida de natureza fiscal, que autorise procedimentos privilegiados, nos termos da Lei de 22 de Dezembro de 1761, nem é exacto, como fica exposto, que assim o decidisse o Governo Imperial em relação á massa fallida de Deane, Youle & C.^a, e que o acto da thesouraria da Bahia tenha sido declarado contrario ás leis do Estado.

« O Thesouro fundou-se em que as transacções provenientes de saques, feitas com a Fazenda, têm por base o credito nacional. A divida, que com ella contrahem os sacadores, é uma divida nacional. O interesse geral da sociedade, que a Fazenda representa, exige que ella não seja collocada na plana de um credor commum, representante de meros interesses individuaes. A Administração não pôde arriscar nas oscillações da praça, nem atirar ás contingencias e eventualidades ordinarias uma quantia sahida de seus cofres, que é sempre uma verba de receita publica, com que conta para fazer face á despesa e garantir a situação financeira. A letra de

cambio, pois, que authentica a transacção proveniente do saque e representa uma verba de receita, é um titulo de *divida fiscal*, que goza dos privilegios da citada Lei de 22 de Dezembro de 1761.

« Tal é o estado da legislação vigente, e, enquanto o Corpo Legislativo não resolver por fôrma diversa esta ponderosa questão que lhe está affecta, não pôde deixar de ser sustentado o direito da Fazenda, que a mencionada Resolução de consulta de 25 de Abril de 1855 mandou proseguir perante os tribunaes do paiz, no negocio Deane, Youle & C.^a, e que o Thesouro defendeu, quando, coherente com seus principios e de conformidade com os precedentes adoptados, approvou o sequestro, que por ordem da Thesouraria de Fazenda (e não do Governo Provincial da Bahia, como diz a Legação), o procurador fiscal requereu e o Juizo dos Feitos mandou executar nos bens da casa fallida de Rostron & C.^a

« E, se a Ordem n. 30 de 24 de Fevereiro ultimo, expedida pelo Ministerio a meu cargo, mandou levantar aquelle sequestro e o que soffrêra pelos mesmos motivos a casa de Abrahão Crabtree & C.^a, não foi porque o Thesouro reconhecesse inconveniencia ou irregularidade nos actos que praticára, e sim por considerações de deferencia ao pedido constante da nota da legação de Sua Magestade Britannica, a qual lhe fôra transmittida com os Avisos do Ministerio de Estrangeiros, de 5 e 20 daquelle mez de Fevereiro.

« Pareceu-me, pois, que não podia ser admittido o protesto que fez a legação contra os actos que taxou de injustificaveis, da Thesouraria da Bahia, porque esses actos, approvados pelo Thesouro, são filhos de uma genuina intelligencia da legislação que rege a materia; e, se prejudicárão ás casas commerciaes sobre que recahirão, devem ellas attribuir as consequencias que dahi lhes provierão á fatalidade de sua posição; sendo certo que os negociantes estrangeiros não estão fóra da alçada dos tribunaes brasileiros e devem sujeitar-se ás perdas e damnos, demoras e despezas dos processos a que houverem dado causa e em que se acharem, como no caso de que se trata, legalmente envolvidos.

« No sentido do que acabo de expôr-vos expedi Aviso ao Ministerio dos Negocios Estrangeiros em data de 29 do mez proximo findo.

« A exposição, que vos acabo de fazer, convencer-vos-ha da urgente necessidade de resolver a questão, já tão procrastinada, que pela citada Resolução de consulta de 25 de Abril de 1855 foi sujeita a vosso exame e deliberação e que faz objecto de um projecto de lei iniciado na camara temporaria.

« Espero do vosso reconhecido zelo que desse projecto vos occupeis na actual sessão, e que, tendo em vista a legislação dos povos civilisados, fixeis clara e definidamente os direitos da Fazenda Nacional em relação a dividas da natureza daquellas sobre que versarão as mencionadas reclamações da Legação Britannica nesta côrte.

Relatorio do Ministerio da Fazenda, em 1864.

JUIZO DOS FEITOS.

« Não posso deixar de reclamar toda a vossa attenção para o que vos têm exposto os meus antecessores, não só a respeito da reforma da Lei organica do Juizo dos Feitos, como sobre a questão do privilegio da Fazenda Publica em concurso com outros credores.

« No meu relatorio de Maio do anno passado dei-vos conta da emergencia que tornava necessaria a adopção de medidas promptas a respeito da questão do privilegio.

« Expuz tambem por essa occasião o estado da legislação vigente e as opiniões emittidas sobre este assumpto pelo Conselho de Estado.

« Para que possais apreciar os fundamentos das decisões encontradas, proferidas pelos tribunaes de justiça a este respeito, mencionarei algumas especies occorridas.

« Havendo fallido a firma commercial, Oliveira Irmãos & C.^a, de Pernambuco, sobre artigos de preferencia propostos por Avrial Irmãos & C.^a, como administradores de João Luiz

Vianna, proferio a Relação do districto Accórdão em 5 de Julho de 1853, reconhecendo o privilegio da Fazenda em obrigações cambiaes, pelo fundamento da hypotheca tacita e geral que tem a Fazenda nos bens de seus devedores, na forma da Ord., liv. 2.^o, tit. 52, § 5.^o, Lei de 22 de Dezembro de 1761, §§ 14 e 15, que lhe dá preferencia sobre os outros credores, hypotheca tacita e geral que constitue um aresto real em favor da Fazenda.

« Embargado este Accórdão, mandou o de 8 de Novembro seguinte que elle subsistisse pelos seus fundamentos.

« Interposto o recurso de revista, foi esta negada, por não haver injustiça notoria, nem nullidade manifesta no Accórdão recorrido.

« Na questão Deane, Youle & C.^{as}, em Pernambuco, o Juiz dos Feitos proferio sentença em 19 de Março de 1855, sustentando o privilegio da Fazenda pelos seguintes fundamentos:

« § 1.^o A Lei de 13 de Novembro de 1827, que mandou reduzir a letras a divida activa da Fazenda e guardar a respeito das mesmas as leis e estylos mercantis, nada dispõe sobre o privilegio do fóro da mesma Fazenda, e assim sempre se entendeu e julgou.

« § 2.^o Não existindo na data daquella Lei fóro privilegiado para as causas commerciaes (a que a parte queria chamar a questão), não se podia então cogitar d'elle para hoje antepôl-o ao privilegio da Fazenda.

« § 3.^o O Codigo do Commercio, com a creação de seu fóro para as causas mercantis, não revogou expressamente o privilegio da Fazenda, como seria necessario, pois que, contra a prerogativa e independencia da Corôa e Fazenda, nunca se entendeu concedido privilegio algum. (Alvará de 14 de Fevereiro de 1772, § 3.^o)

« § 4.^o Deve-se entender, como principio e maxima fundamental, que o interesse da Corôa e Fazenda, ainda que remoto e minimo, só no Juizo da Fazenda e Corôa, com assistencia de seus fiscaes, se pôde questionar, nunca se tendo visto, nem podendo-se entender concedido privilegio em contrario, porque seria estranho e dissonante á Corôa conceder privilegio

algun contra a sua real prerogativa e independencia. (Leis de 27 de Maio de 1772, e 19 de Julho de 1790, § 13º, e Alvará de 13 de Junho de 1809, § 1º, etc.)

« § 5.º Finalmente, a acção da Fazenda não está por tal forma ligada ao processo da fallencia, que se não possa conhecer de uma sem ao mesmo tempo conhecer do outro, pois que este póde continuar em todos os bens que não tiverem sido sequestrados pela Fazenda, sem que o juizo privilegiado embarace de modo algum a sua administração e arrecadação; e, ainda quando se dêsse a connexão, dahi só poderia resultar vir o processo da fallencia para o Juizo dos Feitos.

« Não se proseguio, porém, no processo, por haver o Thesouro, por Ordem de 13 de Agosto de 1855, por motivos especiaes, mandado levantar o sequestro.

« Na execução promovida pela Fazenda contra Oliveira Irmãos & C.ª, em Pernambuco, por sentença do Juizo dos Feitos de 12 de Julho de 1856, negou-se o privilegio de preferencia da mesma Fazenda, pelos seguintes fundamentos: 1.º Tal privilegio só tem logar quanto ás dividas fiscaes: a de que se tratava provinha de uma transacção commercial, em que a Fazenda entrára como qualquer particular. 2.º Embora a questão de preferencia estivesse (como ainda está) affecta ao Poder Legislativo, não se achava o Judiciario inhibido de pronunciar-se como entendesse de direito. 3.º O Aviso de 13 de Agosto de 1855, comquanto fosse expedido com referencia a um caso especial (o de Deane, Youle & C.ª), todavia, mostra que o Governo reconheceu a restricção do privilegio. 4.º Já existia outro sequestro anterior em bens do abonador, com que se achava sufficientemente garantida a Fazenda.

« Esta sentença foi reformada por um Accórdão da Relação do districto, de 9 de Outubro de 1858, pelos seguintes fundamentos: 1.º A legislação em vigor não faz differença alguma entre dividas fiscaes e aquellas que não têm essa origem. 2.º A Fazenda goza do privilegio de ter sempre a sua intenção fundada para haver de seus devedores aquillo em que para com ella se achão obrigados, sem a referida distincção de ser ou não fiscal a divida, como mostra o facto de ser a cobrança pelo

juízo privativo, o que não se daria, se não houvesse o privilegio. 3.º O credito, embora de origem commercial, representa sempre uma divida nacional, cujo caracter não pôde perder em attenção á sua origem. 4.º Finalmente, o Aviso de 13 de Agosto de 1855 não pôde ter applicação, por ter sido expedido para um caso muito especial.

« Embargado este Accórdão, foi elle reformado pelo de 16 de Setembro de 1862, por ser a sentença appellada conforme a direito e provas dos autos.

« No sequestro e execução promovida contra a sociedade bancaria de Amorim, Fragoso, Santos & C.^a, de Pernambuco, o Juizo dos Feitos proferio a sentença em 25 de Novembro de 1862, reconhecendo o privilegio da Fazenda, pelo fundamento de que esse privilegio era a base do credito nacional, sem duvida superior a todos os interesses individuaes, quer se trate da cobrança de um imposto, quer de uma transacção, que se tenha celebrado com a Fazenda. A lei não fez distincção alguma, quando creou o Juizo dos Feitos; pelo que se deve considerar divida fiscal todo o titulo que constitue verba de receita, e, portanto, cabe á Fazenda a preferencia sobre os outros credores.

« O Thesouro mandou levantar este sequestro pelos motivos expendidos no referido Relatorio.

« Tal é o estado da questão: decisões encontradas, ausencia completa de jurisprudencia sobre tão importante assumpto.

« Urge, pois, uma solução.

« Pego-vos, porém, que não limiteis ao concurso dos credores, no caso de ser de origem mercantil o titulo da divida.

« Diversos factos se têm dado que exigem imperiosamente ser a materia considerada sob um ponto de vista mais extenso.

« O privilegio da Fazenda soffreu contestação:

« 1.º No concurso de credores por soldadas de gente do mar (art. 876, § 4.º do Codigo do Commercio), divida esta que é privilegiada.

« 2.º No concurso de credores do frete (art. 877, § 8.º do citado Codigo), divida garantida por hypotheca tacita e especial.

« Cumpre notar-vos que nestes dous casos tratava-se de multas fiscaes em concurso com as mencionadas dividas.

« Muitos outros casos se podem dar de concurso e de questão de preferencia, visto o Codigo do Commercio não ter contemplado a Fazenda Publica entre os credores, cuja classificação e preferencia tratou de regular.

« Em materia civil as mesmas duvidas se podem levantar entre os credores privilegiados e a Fazenda Publica.

« Em todo o caso é mister distinguir entre as dividas da Fazenda as que provêm de impostos, e as que provêm de multas e outras penas fiscaes.

« Entrego, pois, esta questão á vossa sabedoria, mas reclamando de novo uma solução.

« Devo ainda informar-vos que, no intuito de dirigir os Procuradores Fiscaes na cobrança das dividas provenientes de origem mercantil, a cujo respeito suscitárão-se duvidas nas provincias com as massas fallidas, julguei conveniente expedir umas Instrucções em data de 20 de Novembro ultimo.

« A providencia que me pareceu mais adequada nas circumstancias expostas, foi determinar que a Fazenda Publica, invocando os arts. 886 e 890 do Codigo do Commercio, exigisse que do producto dos bens hypothecados se deduzisse a quantia sufficiente para satisfação da divida por inteiro, ficando, porém, consignada na caixa, até que o Poder competente declarasse se a mesma Fazenda tem direito de preferencia como credora privilegiada.

« Não obstante isto, é claro que a quota, que caberia á Fazenda, se fôsse contemplada como credora chirographaria, deverá ser satisfeita no caso de proceder-se a rateio, ficando em reserva na caixa a differença, nos termos do art. 888 do mesmo Codigo.

« Reconhecendo, porém, a necessidade de conciliar, quanto é possivel, a liquidção das massas fallidas, na forma do Codigo Commercial, com a prompta arrecadação e privilegios da Fazenda, julguei acertado autorisar os Inspectores das Thezourarias para, em presença de uma fallencia, procederem como fôr mais conveniente, afim de effectuar-se a cobrança das

dividas administrativamente, evitando litigios prejudiciaes á Fazenda e ás massas fallidas.

« A experiencia de alguns factos provou que não era o sequestro o meio mais proficuo aos interesses da Fazenda; com effeito, massa fallida houve, graças á prudencia e ao zelo da administração de Fazenda nas Provincias, que, ficando com a acção livre para tratar da solução de seus empenhos, satisfez integralmente a divida da Fazenda Publica, o que aliás não occorrêra, se o sequestro viesse perturbar as operações regulares da liquidação da massa.

« As Instrucções, a que me refiro, resguardão todavia os direitos da Fazenda Publica em toda e qualquer emergencia, não podendo compromettel-a por fôrma alguma a sua intervenção no Juizo da fallencia. »

Circular n. 55.

« Ministerio dos Negocios da Fazenda.—Rio de Janeiro, em 20 de Novembro de 1863.

O Marquez de Abrantes, Presidente interino do Tribunal do Thesouro Nacional, transmitta aos Srs. Inspectores das Thesourarias de Fazenda, para sua intelligencia e execução, e para que fação constar a quem convier, as Instrucções juntas, regulando a maneira por que os Procuradores da Fazenda poderão intervir nas massas fallidas, quando a mesma Fazenda fôr nellas interessada por divida activa da Nação.

« Reconhecida a necessidade de conciliar, quanto ser possa, a liquidação das massas fallidas, na fôrma do Codigo do Commercio, com a prompta arrecadação e privilegios da divida activa da Nação, deverão os mesmos Srs. Inspectores, visto serem meramente facultativas as disposições das referidas Instrucções, quando se tratar de cobranças, sobretudo de sommas avultadas, por semelhante titulo, proceder com toda a prudencia, examinando e resolvendo, sempre de accôrdo com os Procuradores Fiscaes das Thesourarias, se convirá ou não,

segundo as circumstancias especiaes de cada fallencia, intentar no Juizo dos Feitos os sequestros e acções executivas, proseguindo nelles até real embolso, ou tomar as medidas conservatorias, que permite o art. 830 do citadoCodigo, promovendo então no mesmo Juizo um simples sequestro para segurança da Fazenda, ou finalmente deixar de recorrer ás medidas conservatorias.

« Tomadas ou não estas, nada obsta a que os Procuradores da Fazenda se apresentem no Juizo da fallencia nos termos das referidas Instrucções para administrativamente, segundo a natureza desse Juizo, cobrarem a divida activa da Nação, constante de contas correntes, certidões, letras de moratoria, bilhetes da Alfandega ou outros titulos, sem perturbar as operações regulares da liquidação e onerar as massas fallidas com despesas inuteis, desde que o direito da Fazenda é certo e incontestavel.

« Em taes circumstancias os administradores das referidas massas hão de sem duvida evitar litigios e despesas, satisfazendo logo a divida ou reservando na caixa a importancia integral da mesma, se alguma questão se mover sobre preferencia entre a Fazenda e outro credor tambem privilegiado, como previnem os arts. 5º, 6º e 7º das Instrucções citadas.

« Em todo o caso os mesmos Srs. Inspectores ordenarão que se promovão e os Procuradores Fiscaes deverão promover no Juizo dos Feitos as acções competentes, ainda mesmo depois de se terem apresentado no Juizo da fallencia, se os interesses da Fazenda perigarem em consequencia de fundada suspeita de extravio de bens ou de outros factos.

« Quanto, porém, ás dividas provenientes de letras mercantis, negociadas em differentes praças do Imperio para remessas de fundos para o interior e exterior, attentas as duvidas suscitadas sobre o privilegio da Fazenda Publica e consequente preferencia, e havendo-se levantado os sequestros effectuados nos referidos logares, deverão os Procuradores da Fazenda apresentar-se no Juizo da fallencia para os effectos determinados no art. 7º das citadas Instrucções, os quaes, sendo autorisados pelo Codigo do Commercio, salvão, sem prejuizo das massas fallidas

e seus interessados, o direito da Fazenda, e dos outros credores, qualquer que seja a solução de tacs duvidas pelo Poder competente, isto é, pela Assembléa Geral ou pelo Poder Judicial, se a tal respeito alguma questão existir pendente dos Tribunaes de Justiça civil do Imperio.—*Marquez de Abrantes.* »

INSTRUÇÕES A QUE SE REFERE A CIRCULAR N. 55 DESTA DATA AS
THEsourARIAS DE FAZENDA DAS PROVÍNCIAS.

« Art. 1.º Nos casos em que a Fazenda Publica fôr interessada nas quebras por divida proveniente de letras, notas promissórias e creditos mercantis, os seus Procuradores, depois de feitos os protestos necessarios na fórmula da legislação em vigor, poderão comparecer no Juizo da fallencia, afim de promover o embolso da mesma Fazenda na fórmula do Codigo do Commercio e das presentes Instruções.

« Paragrapho unico. Estas Instruções são extensivas a qualquer outra divida activa da Nação que não fôr de origem mercantil, em tudo quanto possão ser applicaveis.

« Art. 2.º Os ditos Procuradores tomarão parte nas deliberações dos credores da fallencia no respectivo processo, como os demais credores, excepto, sob pena de responsabilidade, naquella em que se tratar da concordata e quitação.

« Art. 3.º As disposições do art. 830 do Codigo do Commercio são extensivas á Fazenda Publica nos casos de que trata o art. 1.º, salvo todavia o privilegio do fôro.

« Art. 4.º A concordata não é obrigatoria para com a Fazenda Publica (Codigo do Commercio, art. 852).

« Art. 5.º A jurisdicção contenciosa do Juizo dos Feitos continuará em seu inteiro vigôr para as questões respectivas, quando não se possa obter administrativamente no Juizo da fallencia o embolso ou cumprimento das obrigações activas da Nação.

« Art. 6.º Levantando-se questão no Juizo da fallencia sobre a divida ou sua classificação, a Fazenda será todavia contemplada como credora privilegiada nos termos da Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3.º, § 14, Alvará de 12 de Maio

de 1758, §§ 10 e 11, Lei de 20 de Junho de 1774, §§ 34, 37, 39 e 41; Alvará de 24 de Julho de 1793, § 1.º, e mais disposições vigentes.

« Art. 7.º Na conformidade dos arts. 886 e 890 do Código do Commercio deduzir-se-ha do producto dos bens hypothecados a quantia sufficiente para satisfação por inteiro da divida á Fazenda Publica, se para tanto dér esse producto, ficando, porém, consignada na caixa até que o Poder competente declare se a mesma Fazenda tem direito de preferencia como credora privilegiada.

« Paragrapho unico. Não obstante a disposição deste artigo, a quota que caberia á Fazenda Publica, se fôsse contemplada na qualidade de credora chirographaria, será satisfeita no caso de proceder-se a algum rateio, ficando em reserva na caixa a differença nos termos do art. 888 do Código do Commercio.

« Art. 8.º A quitação plena dada ao fallido em virtude do art. 870 do Código do Commercio não o desobriga da responsabilidade para com a Fazenda Publica; o que todavia não obsta á concessão de sua reabilitação, a qual não será extensiva á mesma Fazenda.

« Art. 9.º A moratoria, á vista do art. 903 do Código do Commercio, só poderá ser concedida pelo Tribunal do Thezouro Nacional pelo que respeita á divida activa da Nação, na conformidade do art. 2.º § 9º do Decreto n. 736 de 20 de Novembro de 1850; mas esta disposição não obsta á concessão da moratoria, de que tratão o art. 893 e seguintes do citado Código.

« Art. 10. Os pagamentos serão realizados por guia do Escrivão do Juizo da fallencia, e da respectiva cobrança se abonará nas Repartições competentes aos Empregados dos Juizos dos Feitos a porcentagem devida segundo as disposições em vigor, conforme as diligencias effectuadas.

« Rio de Janeiro, em 20 de Novembro de 1863.—*Marquez de Abrantes.* »

**Parecer da Commissão de Fazenda da Camara dos Deputados
na sessão de 1855.**

« A Commissão de Fazenda, a quem foi remettida a consulta do Conselho de Estado de 3 de Abril ultimo sobre a quebra da casa commercial Deane, Youle & C.^a, para dizer se, em vista da legislação em vigor, a Fazenda Nacional goza de hypotheca legal sobre os bens da referida casa e de preferencia sobre os outros credores da mesma, ou se tem, como estes, de entrar no rateio que ella fizer; tendo tambem presente a representação que em data de 9 do corrente dirigio a esta Camara a Commissão da Praça do Commercio da Côrte sobre o mesmo assumpto, vem ter a honra de offerecer o seu parecer.

« Da referida consulta vê-se que, sendo a questão examinada e debatida no Conselho de Estado sobre um parecer da Secção de Fazenda do mesmo Conselho, em que se attribuia neste, e em casos identicos, á Fazenda Nacional os sobreditos privilegios, e achando-se presente na sessão deste Conselho oito Conselheiros de Estado, nenhuma solução teve a questão, porque quatro delles opinárão em favor dos ditos privilegios e quatro os impugnárão.

« Os primeiros sustentárão que o privilegio de preferencia da Fazenda Nacional resultava: 1.^o, das disposições do art. 79 do Decreto de 20 de Novembro de 1850, que determinou que no processo executivo das dividas da Fazenda Nacional se observe, no que forem applicaveis, as disposições da Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3.^o, da qual pensão poder deduzir, pelas excepções do seu art. 14, a existencia da regra geral do privilegio da Fazenda, qualquer que seja a especie e origem de suas dividas activas; 2.^o, do Alvará de 27 de Setembro de 1814, que concedeu ao Banco do Brasil, creado pelo Alvará de 12 de Outubro de 1808, que fossem cobradas as quantias que se lhe devessem, assim do mesmo modo com que se cobrão as dividas fiscaes, e que fossem reputadas

em tudo e por tudo como taes, procedendo sem differença alguma em sua cobrança e arrecadação; 3º, assim tambem do art. 3º dos estatutos da Caixa de Desconto, estabelecida pelo Banco do Brasil na cidade da Bahia, approvados pela Carta de Lei de 16 de Fevereiro de 1816, onde se diz « as dividas da Caixa de Desconto serão consideradas como dividas reaes », como já foi estabelecido pelo Alvará de 24 de Setembro de 1814, que deverá ser observado em toda a sua força e extensão de privilegio fiscal; e igualmente do Decreto de 29 de Outubro de 1818, em que se ordena se observe em favor do Banco o seu privilegio, entendendo-se ter hypotheca e competir-lhe a preferencia nos casos em que a tem a Real Fazenda; 4º, que no Codigo do Commercio não se encontra disposição alguma que revogue tal privilegio da Fazenda Nacional; e quando do seu silencio se queira deduzir a revogação deste privilegio, cumpre notar que o Decreto que declarou estar este privilegio em vigor, é de 20 de Novembro de 1850, data posterior á do Codigo do Commercio.

« Sustentão, porém, os que negão a extensão de tal privilegio: 1º, que a Fazenda Nacional não o tem senão nos casos expressos no art. 14 da Lei de 22 de Dezembro de 1761, e que não ha lei alguma que dê em geral semelhante privilegio á Fazenda Publica; que os privilegios não se suppoem nem se admittem por illações, mas provão-se por leis expressas que os estabelecem; e que das duas excepções estabelecidas no referido art. 14 da Lei de 22 de Dezembro de 1761 não se póde inferir a regra do privilegio geral para todas as dividas da Fazenda Nacional, mas sómente uma regra para aquellas que são relativas ás circumstancias ou casos daquella lei, e assim é regra geral que este privilegio se refere aos casos de dividos por contractos reaes e dos encarregados dos dinheiros publicos, quando se não verifique alguma daquellas duas excepções; que o art. 15 da mesma lei ainda confirma esta opinião, porque, estabelecendo casos especiaes, em que tem lugar o privilegio, a conclusão que se devo tirar é que nos outros e le não existe; 2º, que o argumento deduzido da concessão feita ao antigo Banco do Brasil em suas caixas fideias

perde toda a sua força quando se reflecte que a Fazenda Nacional não tinha sómente o privilegio da preferencia nos casos da Lei de 1761, mas tambem goza de outros, e entre elles o do processo executivo, que é importante e muito podia aproveitar aos ditos Bancos; assim como quanto ás responsabilidades que os gerentes de seus dinheiros tivessem para com elles. Sendo certo por outro lado que as ditas concessões nunca tiveram execução ou occasião de se praticar, e por essa pratica aquilatar-se a sua extensão, pois que até as dividas do Banco, longe de serem cobradas por vir ude desse privilegio, forão arrematadas em hasta publica; e antes disso, quando o antigo banco procurou executar um devedor seu em virtude de tal privilegio, deduzirão os outros credores artigos de preferencia, que, se disputarão sem attenção alguma a tal privilegio; 3º, que admittida a doutrina do privilegio em geral da Fazenda Nacional, nunca ella entraria em rateio com outros credores, porque teria sempre a preferencia, mesmo nos casos em que, segundo as duas excepções já apontadas, cessa o seu privilegio, porque, satisfeitos os credores favorecidos pelas ditas excepções, a Fazenda Nacional applicaria a sua preferencia a todos os outros restantes; mas o contrario disto já foi reconhecido pelo proprio Governo, quando declarou ao Collector de Iguaçu, em Aviso do 1º de Abril de 1853, que a Fazenda Nacional está sem nenhuma contradicção comprehendida nas disposições do tit. 4º, parte 3ª do Codigo do Commercio, e assim sujeita ao rateio; cumprindo notar que, dizendo o Governo naquelle Aviso que na mór parte dos casos a Fazenda Nacional tem o privilegio de preferencia, o mesmo Governo reconhece que ella o não tem em todos.

« Além das razões expostas pelos que impugnão a generalidade do privilegio da Fazenda Nacional, cuja opinião a Commissão de Fazenda abraça, ella tem que ponderar o seguinte:

« As leis que têm constantemente conferido á Fazenda Nacional o privilegio de um Juizo privativo, e de nelle proceder executivamente com a hypotheca legal e tacita

nos bens de seus devedores, os circumscreverão ás obrigações inherentes aos contractos de suas rendas fiscaes e ao provimento e exercicio dos Magistrados, Thesoureiros e mais Officiaes respectivos, como se vê da Ord., liv. 2.^o, tits. 52 e 53, do Regimento dos Contos e das Ordenanças da Fazenda; da Lei de 22 de Dezembro de 1761 e em todo o Tit. 3.^o, com especialidade nos §§ 13, 14 e 15, emquanto exceptua da preferencia que estabelece em favor da mesma Fazenda Nacional:

« 1.^o As hypothecas especiaes anteriores aos contractos de seus rendeiros, as posses dos Magistrados ou provimentos dos Thesoureiros e mais officiaes seus obrigados.

« 2.^o As sentenças em cousa julgada, anteriormente obtidas contra os ditos rendeiros, Magistrados, etc.

« Se deveria concluir do Alvará de 26 de Junho de 1808, que creou o Erario e o Conselho da Fazenda no Brasil, abolidos pela Lei do Thesouro de 4 de Outubro de 1831; e consta do Decreto, que o reformou, de 20 de Novembro de 1850, na referencia que pelo seu art. 79 faz áquella Lei de 22 de Dezembro de 1761, assim:

« No processo executivo pelas dividas activas da Fazenda Nacional observar-se-hão, no que forem applicaveis, as disposições da Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3.^o, que vão abaixo transcriptas como parte integrante deste Decreto. »

« Bem se vê, pois, que não podem ser comprehendidas nesse privilegio as obrigações inherentes a quaesquer transacções por letras de cambio e da terra e as acções dellas resultantes, porquanto vê-se da Lei de 13 de Novembro de 1827, que, ainda mesmo regulando o modo por que se deverião pagar os preços dos contractos das rendas publicas e vendas de Proprios Nacionaes alienaveis, no art. 3.^o determinou que as letras (de que a lei tratava) serião sempre sacadas com a clausula de se pagarem ao portador e terião a natureza de letras mercantis para se observarem a respeito dellas todas as leis, disposições e estylos commerciaes em vigor. E assim o decidio e communicou o Tribunal do Thesouro pela sua Ordem n. 126 de 20 de Novembro de 1846, mandando guardar

em todos os saques de letras a favor da Fazenda Nacional, e por um Aviso de 31 de Março de 1848 determinou que as letras sacadas a favor da Fazenda Publica sobre casa fallida, depois do saque, se protestem e caucionem.

« Ora, todas as leis, disposições e estylos commerciaes, que a respeito de letras procederão *ad instar* das nações commerciantes da Europa, conforme o § 9º da Lei de 18 de Agosto de 1769, a do Assento de 23 de Novembro do mesmo anno, tornarão-se muito mais positivos depois de promulgado o Codigo do Commercio deste Imperio, que reduzio a preceitos os mais certos e precisos, attribuindo-lhes um Juizo e modo de proceder especial, como se vê dos seus arts. 424 e 21 do Titulo unico, Capitulo 1º, Secção 3ª, e foi consecutivamente formulado nos arts. 20, §§ 4º, 246 e seguintes do Regulamento n. 737 de 20 de Novembro de 1850.

« Por conseguinte parece de intuição que o privilegio do juizo, de hypotheca legal e tacita e do procedimento executivo fiscal da Fazenda Publica, não comprehende quaesquer transacções por letras de cambio ou da terra nos termos expostos: e um só caso se dará em que as letras da terra devão ficar subordinadas ao privilegio e processo executivo da Fazenda Nacional, e esse será em que essas letras sejam passadas pelos devedores por execuções, cujo pagamento se lhes permita fazer por determinadas prestações, e, não as cumprindo, tenham de proseguir as mesmas execuções, procedendo-se immediatamente á arrematação dos bens penhorados, conforme a Ord., liv. 2º, tit. 52, § 10; liv. 3º tit. 37, e o Regimento dos Contos, Cap. 79. Fóra deste caso, em que cumpre não haver novação da execução fiscal, todos os exemplos que se deparão na legislação antiga e moderna comprovão que o privilegio da Fazenda Nacional nunca deixára de ser circumscripto e taxativamente concedido á quem das transacções commerciaes; porquanto, vê-se da citada Ord., liv. 2º, tit. 52, § 6º, que, não procedendo a obrigação dos contractos fiscaes, a Fazenda Publica prosegue contra o devedor do seu devedor, pela mesma acção que ao originario credor competiria.

« Nos §§ 21 e 22 o Alvará de 13 de Novembro de 1756, tratando da partilha do apurado da massa fallida perante o competente Juiz da fallencia, ordenou que sómente se lhe deduzisse — precipua — a importancia dos escriptos da Alfandega (divida ainda proveniente de direitos) que por um favor era conservada em poder do negociante, como em deposito a seu beneficio, e se procederia executivamente pelas dividas dos direitos respectivos; sendo certo que a prescripção acima fôra desnecessaria, se um privilegio de referencia favorecesse em todos os casos a Fazenda Nacional.

« O que estava legislado pelo sobredito Alvará de 13 de Novembro de 1756 foi posteriormente applicado ao Brasil pelo de 29 de Julho de 1809, e esta ficou sendo a legislação vigente neste Imperio depois de promulgada a Lei de 20 de Outubro de 1823.

« Ora, a Lei n. 212 de 29 de Novembro de 1841, restabelecendo no art. 1º o privilegio do fôro para as causas da Fazenda Nacional, no art. 2º disse que nello se processariam e julgariam as causas em que fosse parte a Fazenda Nacional, e no art. 3º, que no mesmo Juizo se continuaria a seguir e observar a ordem do processo, estabelecida pelas leis em vigor.

« Portanto, a Lei de 29 de Novembro de 1841 nada alterou das leis existentes. E pela mesma razão emquanto a letras e fallencias ficou subsistindo o que positivamente estabelecêra a Lei de 13 de Novembro de 1827 no art. 3º, e Alvará de 29 de Julho de 1809 em sua referencia ao de 13 de Novembro de 1756, nos §§ 21 e 22, quanto a preferir a Fazenda Nacional sómente pela importancia dos escriptos da Alfandega, considerada ella em deposito no poder dos negociantes, deduzida precipuamente do apurado da massa fallida. De tudo isto resulta ter sempre o Governo reconhecido, como já foi ponderado e ainda se observa no caso de fallencia da casa commercial Lewis & Remble, da qual a Fazenda Publica era credora por letras por ella não pagas, e em que sobre o parecer do Procurador Fiscal, o fallecido Conselheiro Maia, de que como portadora de taes letras a

Fazenda Publica nenhum titulo privilegiado tinha de preferencia sobre os outros credores, e que ella devia com elles entrar nora teio, assim o mesmo Governo resolveu por Ordem do Thesouro de 29 de Janeiro de 1838; e não se poder attribuir á mesma Fazenda, em casos como o da presente questão relativa á casa fallida de Deane, Youle & C.^a, um privilegio de preferencia a favor da Fazenda Publica contra os outros credores, e de não sujeital-a ao rateio com elles.

« Ficando estabelecido que a Fazenda Nacional não tem o privilegio de preferencia em taes casos pela legislação anterior ao Código do Commercio, e não o tendo pela legislação deste Codigo, como já se ponderou, não se segue comtudo que tal privilegio de hypotheca legal e preferencia attribuido á Fazenda Nacional pela Lei de 22 de Dezembro de 1761 e outras, fossem abolidos pelo dito Codigo, pois que a legislação deste só se refere ás dividas provenientes de transacções puramente mercantis e não a dividas e obrigações que cahem exclusivamente debaixo da jurisdicção das leis civis, como essas de que rezão as Leis de 1761 e outras, que estabelecerão o privilegio fiscal, as quaes o mesmo Codigo no seu art. 913 reconhece como subsistentes.

« A tudo isto accresce que, se se quizesse attribuir á Fazenda Nacional o privilegio fiscal em dividas provenientes de transacções puramente mercantis, seria elle mais prejudicial ao Thesouro Publico, embaraçando transacções commerciaes de movimentos de fundos, de que o Governo precisasse lançar mão, estorvando mesmo as que se houvesse de fazer entre os negociantes a quem o Governo se dirigisse e outros, por ficarem todos na incerteza das transacções feitas com o Governo e do risco que correrião suas dividas reciprocas, no caso de não serem pagas por alguns delles letras que o Governo tivesse em seu favor. Os agentes mesmo do Thesouro, confiados no privilegio e ao mesmo tempo embaraçados por elle, não duvidarião ou serião obrigados a acceitar qualquersacador; o que traria a multiplicidade dos sequestros, perturbação das operações commerciaes e mais embaraços para o Thesouro Nacional.

« Tal é a opinião que a Commissão de Fazenda, sobre a

questão ventilada, crê juridica. Não obstante esta sua convicção, estando semelhante questão pendente e devendo ser sujeita aos Tribunaes judiciais, entende e é de parecer que ao Poder Legislativo não cabe intervir com sua decisão, sob pena de querer arrogar a si o poder da applicação da lei.

« Nenhuma duvida séria pôde dar-se sobre tal materia para cuja solução o Poder Judiciario não esteja habilitado.

« As leis interpretativas ou declaratorias produzem de ordinario grandes damnos, devem ser promulgadas com grande parcimonia e muito tento, e conforme a regra de Bacon, unicamente quando, sem injustiça, podem regular o passado: *nisi in casibus ubi leges cum justitia retrospicere possint*.

« Desnecessarias na especie presente, sendo a medida pedida, injusta, perigosa, é por demais inconveniente no momento que se trata de uma questão particular, que vai pender do exame dos Tribunaes Judiciais.

« Dado o que, convém contudo que para o futuro se tomem medidas que garantão os interesses da Fazenda Publica debaixo do principio estatuido pela nossa actual legislação, que a Commissão reconhece claro, positivo, e neste sentido é de parecer que se adopte o seguinte

PROJECTO DE LEI.

« A Assembléa Geral Legislativa decreta:

« Art. 1.º Nos processos de fallencia de commerciantes matriculados ou não matriculados, a Fazenda Publica, quando não estiver collocada a respeito desses devedores nas hypotheses do art. 874 do Codice Commercial, será reputada credora privilegiada, com prelação a quaesquer outros credores da mesma classe, se o titulo de seu credito fôr de alguma das seguintes especies:

« 1.º Escriptos, assignados e letras da Alfandega, e quaesquer fianças prestadas em caução de direitos, multas e quaesquer outras rendas publicas.

« 2.º Contas correntes de alcance de seus prepostos e agentes, qualquer que seja a sua qualidade.

« 3.º Contractos de empreitada e fornecimentos ou de qualquer outra natureza, celebrados com seus agentes na forma das leis.

« 4.º Escripturas e termos de fiança, prestados a bem de seus prepostos, agentes, devedores de qualquer natureza, contractadores e assignantes da Alfandega.

« 5.º Letras de sizas, e as que forem passadas em virtude de moratoria concedida aos seus devedores, na forma da Lei de 13 de Novembro de 1827 e quaesquer outras disposições posteriores.

« 6.º Titulos e processos administrativos para reposições de direitos e de quaesquer dinheiros publicos.

« 7.º Decisões administrativas que imponhão penas pecuniarias ou obriguem a indemnizações.

8.º Certidões de debito de impostos, taxas e rendas de qualquer natureza, assim como de salarios dos africanos livres.

« 9.º Escriptura de debito, hypotheca.

« Art. 2.º A Fazenda Publica, por seus prepostos, sendo credora de algum commerciante fallido, intervirá como parte em todos os actos do processo até a reabilitação do seu devedor, e disputará seu direito sem algum outro privilegio, que o que lhe dá o titulo de seu credito, na forma do artigo antecedente.

« Art. 3.º Nos processos de quebra em que a Fazenda Publica intervir como credora, se observaráõ as seguintes regras :

« 1.ª Servirá de Procurador Fiscal o Procurador dos Feitos respectivo e na sua falta outro agente, que pela autoridade administrativa competente fôr designado.

« 2.ª A proposta da concordata será previamente communicada ao Procurador dos Feitos ou quem suas vezes fizer, e em tempo que este possa receber as necessarias instrucções da autoridade superior.

« 3.ª Os administradores da massa fallida que forem nomeados, terão por adjunto um Fiscal, que será o Procurador dos Feitos, ou outro qualquer preposto da Fazenda Publica para este fim especialmente nomeado.

« 4.ª Nos casos de moratoria, um dos syndicantes será o Procurador dos Feitos, ou em sua falta um Agente fiscal, nomeado pela autoridade competente.

« Art. 4.º O direito de prelação da Fazenda Publica fica sempre e effectivamente subrogado em quaesquer casos ao fialor do devedor, sendo effectuado por este o pagamento do debito, e a seus cessionarios.

« Art. 5.º O privilegio, de que trata o art. 1.º, milita em todos os casos em que a Fazenda Publica possa concorrer com outros credores, assim no fóro commercial, como no civil.

« Art. 6.º O Governo, em seu Regulamento para a boa execução da presente lei, poderá impôr multas até 300\$000 aos transgressores.

« Art. 7.º Ficão revogadas as leis em contrario.

« Paço da Camara dos Deputados em 3 de Agosto de 1855.—*Carneiro de Campos.*—*Silva Ferraz.* »

N. 798. — Resolução de 23 de Junho de 1865.

Sobre o privilegio da Fazenda Publica nas dividas provenientes de letras de cambio e outros titulos mercantis.

« Senhor.—Houve Vossa Magestade Imperial por bem mandar expedir ás secções reunidas de Justiça e Fazenda do Conselho de Estado o aviso seguinte :

« Ministerio dos Negocios da Fazenda.—Rio de Janeiro, 10 de Dezembro de 1864.

« Illm. e Exm. Sr.—Sua Magestade o Imperador ha por bem que as secções de Justiça e Fazenda do Conselho de Estado, em vista da representação junta do conselheiro doutor Procurador Fiscal do Thesouro Nacional (*), instruida com

(*) A representação do Procurador Fiscal a que se refere esta consulta é a seguinte :

Thesouro Nacional. -- Directoria Geral do Contencioso, em 21 de Setembro de 1864.

Illm. e Exm. Sr.—Tendo na semana anterior suspendido os seus pagamentos, como é publico e notorio, diferentes casas bancarias desta praça,

os extractos dos relatorios do Ministerio da Fazenda, de 1861, 1863 e 1864, e do officio da commissão liquidadora da casa bancaria de Souto & C.^a, consultem com seu parecer, servindo V. Ex. de relator, se tendo o mesmo Thesouro negociado alguns saques com differentes casas bancarias desta praça, que fallirão em Setembro do corrente anno, compete á Fazenda privilegio e consequente preferencia para haver das respectivas massas o seu pagamento, sendo, portanto, applicavel a medida conservatoria de mandar o Thesouro proceder a sequestro de méra segurança nos bens das ditas casas.

« Deus guarde a V. Ex.—*Carlos Carneiro de Campos.*—A S. Ex. o Sr. visconde do Uruguay. »

« É o parecer dos conselheiros visconde de Uruguay, Pimenta Bueno e marquez de Abrantes o seguinte:

« Esta materia já foi muito estudada e largamente discutida pela secção de Fazenda do Conselho de Estado em consulta de 13 de Dezembro de 1854; pelo Conselho de Estado reunido, como se vê de sua consulta de 3 de Abril de 1855; pela commissão de Fazenda da Camara dos Deputados,

e havendo o Thesouro Nacional negociado alguns saques com as ditas casas, deve suscitar-se de novo a questão de privilegio da Fazenda em relação ás dividas provenientes dos ditos saques.

Como medida conservatória e embora não conte qual o resultado da negociação dos referidos saques, pôde o Thesouro mandar proceder a sequestro de mera segurança nos bens das casas que suspendêrão seus pagamentos, logo que se declarem fallidas.

Esta medida, porém, presuppõe o privilegio fiscal e consequente preferencia, questão ainda não resolvida; e demais nas circumstancias actuaes da praça não pôde deixar de excitar grandes clamores.

Julgo todavia conveniente que o Governo Imperial tome uma deliberação sobre es e importante assumpto.

Para esclarecimento de tudo quanto tem occorrido a respeito de especies anteriores, em que os interesses do Thesouro se acháram envolvidos em fallencias, tenho a honra de submeter á illustrada consideração de V. Ex. os extractos annuaes dos relatorios do Ministerio da Fazenda, de 1861, 1863 e 1864, que tratão extensamente desta questão.

Deus guarde a V. Ex.—Illm. e Exm. Sr. conselheiro Carlos Carneiro de Campos, Ministro e Secretario de Estado dos negocios da Fazenda e Presidente do Tribunal do Thesouro Nacional.—*José Carlos de Almeida Aréas.*

em seu parecer datado de 3 de Agosto deste ultimo anno, lido, julgado objecto de deliberação e mandado imprimir na sessão desse dia.

« A questão então agitada era identica á de que ora se trata. Era relativa á quebra da casa commercial Deane, Youle & C.^a, e queria-se saber se, em vista da legislação em vigor, gozava a Fazenda Nacional de hypotheca legal sobre os bens da referida casa, e de preferencia sobre todos os outros credores, ou se tinha de entrar com estes em rateio.

« A secção de fazenda, na supracitada consulta de 1854, pronunciou-se pela affirmativa.

« Vossa Magestade Imperial houve por bem, pela Resolução de 28 de Abril de 1855, que fosse ouvido o Conselho de Estado.

« Reunido o Conselho, á metade dos conselheiros presentes pareceu que á Fazenda Nacional competia no caso, o privilegio de preferencia, e que não devia entrar em rateio com os credores da casa fallida. Pareceu á outra metade que não competia á Fazenda tal privilegio, no caso não comprehendido na legislação em vigor, e que devia entrar em rateio na causa de que se tratava.

« Houve então Vossa Magestade Imperial por bem, pela sua Imperial Resolução de 25 de Abril de 1855, mandar remetter essa consulta ao Corpo Legislativo, e que, entretanto, proseguisse a Fazenda Publica o seu direito perante os tribunaes.

« Affecta a questão á Commissão de Fazenda da Camara dos Deputados, opinou esta no parecer acima indicado, assignado pelo actual Ministro da Fazenda de Vossa Magestade Imperial e pelo conselheiro Angelo Moniz da Silva Ferraz, por varias razões, que largamente deduzio, que—parecia de intuição que o privilegio de hypotheca legal e tacita e do procedimento executivo fiscal da Fazenda Publica não comprehendia quaesquer transacções por letras de cambio ou da terra, nos termos expostos: e que um só caso se daria em que taes letras devão ficar subordinadas ao privilegio e processo executivo da Fazenda Nacional, e esse

seria em que essas letras sejam passadas pelos devedores em execução, etc., etc.;—que se se quizesse attribuir á Fazenda Publica o privilegio fiscal em dividas provenientes de transacções meramente mercantis, seria esse mais prejudicial ao Thesouro Publico, embarçando transacções commerciaes de movimentos de fundos, de que o Governo precisasse lançar mão, e estorvando mesmo as que se houvessem de fazer entre os negociantes a quem o Governo se dirigisse e outros, por ficarem todos na incerteza das transacções feitas com o Governo, e do risco que correrião suas dividas reciprocas no caso de não serem pagas por alguns delles, letras que o Governo tivesse em seu favor, etc., etc.

« Concordando os mesmos conselheiros abaixo assignados com esta opinião, pelas razões deduzidas nesse parecer, e na consulta acima citada do Conselho de Estado, pelos conselheiros que sustentavão a mesma opinião, parece-lhes inutil repetil-as, até porque o Governo Imperial, reconhecendo-se incompetente para a dar, demittio de si a solução da questão, affectando-a ao Corpo Legislativo. E com effeito trata-se de interpretação de lei, e sómente compete á Assembléa Geral interpretar as leis.

« Nos relatorios do Ministerio da Fazenda de 1861, 1863 e 1864 insistio o Governo Imperial em fazer dependente a solução da questão da Assembléa Geral Legislativa.

« E serião, por certo, as afflictas circumstancias em que se achão tantos outr'ora ricos, reduzidos á pobreza, tantos remediados e pobres reduzidos á miseria, as peiores para o Governo, reassumindo (se é que o tinha) o direito, que de si demittira, de resolver a questão, augmentando a afflicção aos afflictos, apresentar-se armado com sequestros e com um privilegio, que não está claramente estabelecido nas leis para o caso, cortando para si a parte do leão, preenchendo-a com os mesquinhos restos que arruinadas fortunas particulares ainda poderião salvar do naufragio geral e dando assim justificado incremento ao clamor publico.

« Entendem, portanto, que cumpre esperar a solução pedida ao Corpo Legislativo.

« O conselheiro visconde de Itaborahy está ainda de accôrdo com a doutrina sustentada na consulta de 13 de Dezembro de 1854, mas parece-lhe que, tendo o Governo submettido ao Poder legislativo a questão que faz objecto della, cumpre-lhe esperar a decisão desse poder.

« O conselheiro visconde de Jequitinhonha opinou nos seguintes termos :

« O conselheiro visconde de Jequitinhonha é de opinião que, á vista da legislação em vigor, a Fazenda Nacional goza do direito de preferencia sobre os outros credores de casas fallidas para o integral pagamento de suas dividas provenientes de transacções de saques ou letras deshonradas e não pagas ; conforme consultou com o seu parecer em obediencia ao aviso expedido pela repartição da fazenda, em 15 de Dezembro de 1854, á secção de Fazenda do Conselho de Estado, sendo relator o mesmo conselheiro visconde de Jequitinhonha. As razões então expostas e em resumo expendidas no relatorio do Ministerio da Fazenda de 1863 ainda não forão refutadas, embora combatidas, e nem era possivel que o fossem, pois seria necessario apagar a lettra e desconhecer o espirito da legislação citada na referida consulta.

« Assim que, respondendo unicamente, como é de seu dever, ao quesito indicado no fim do Aviso, em virtude do qual foi este objecto posto em consulta da secção, a saber—se, tendo o Thesouro Nacional negociado alguns saques com differentes casas bancarias desta praça, que fallirão em Setembro do anno proximo passado, compete á Fazenda privilegio e consequente preferencia para haver das respectivas massas o seu pagamento, sendo, portanto, applicavel a medida conservatoria de mandar o Thesouro proceder a sequestro de méra segurança nos bens das ditas casas—, é o mesmo conselheiro de opinião affirmativa, pois entende que um dos primeiros deveres do Governo é acautelar os interesses e dinheiros nacionaes. Por isso mesmo que o Governo demittira de si resolver a questão e a levou ao conhecimento do Corpo Legislativo, é de sua rigorosa

obrigação empregar a medida indicada no mesmo Aviso e art. 7º das Instruções de 20 de Novembro de 1863, a que se refere a Circular n. 55 ás Thesourarias de Fazenda das provincias.

« Nem procedendo assim, se póde dizer que o Governo —augmenta a afflicção aos afflictos, cortando para si a parte do leão. — Certamente não. O que faz o Governo é evitar que a fraude (porque fraude é estar quebrado ha mais de tres annos e fazer transacções, como se não estivera) prevaleça contra a boa fé do Governo e se apodere do Thesouro Nacional. Se não houvesse lei, que, como entende o conselheiro visconde de Jequitinhonha existe, que premunisse o Thesouro publico contra taes fraudes, o que está occorrendo seria de sobejo para que os legisladores do paiz a decretassem.

« Em 17 do dito mez de Dezembro houve Vossa Magestade Imperial por bem mandar expedir ás ditas secções este outro Aviso :

« Ministerio dos Negocios da Fazenda. — Rio de Janeiro, 17 de Dezembro de 1864. — Illm. e Exm. Sr. — Sua Magestade o Imperador ha por bem que as secções de Justiça e Fazenda do Conselho de Estado, servindo V. Ex. de relator, consultem, com a maior brevidade possivel, a respeito da materia do incluso officio da commissão liquidadora da massa fallida de Antonio José Alves Souto & C.^a, datado de 14 deste mez, que se prende á questão do privilegio e preferencia da Fazenda para haver o seu pagamento das casas bancarias desta praça, que fornecêrão saques ao Governo e fallirão em Setembro ultimo, sobre a qual o mesmo Augusto Senhor mandou ouvir as referidas secções por Aviso do corrente mez. — Deus guarde a V. Ex. — *Carlos Carneiro de Campos.* — Sr. visconde de Uruguay. »

« O officio da commissão liquidadora, a que este Aviso se refere, é o seguinte :

« Illm. e Exm. Sr. — A commissão liquidadora da massa fallida de Antonio José Alves Souto & C.^a, tendo resolvido proceder a um rateio de 10 % pelos credores da dita

massa, e tendo em vista o aviso de V. Ex., de 6 do corrente mez, que determina a observancia das Instrucções de 20 de Novembro de 1863, arts. 6º e 7º, vê-se na necessidade de submeter ao conhecimento de V. Ex. algumas considerações a este respeito. Sem entrar na questão do direito que a Fazenda Nacional sustenta para o seu pagamento integral neste caso, porque espera a decisão de V. Ex. sobre a materia do officio de 30 de Novembro proximo passado, que V. Ex. se dignou de communicar-lhe estar affecto ao Conselho de Estado, a reserva em caixa de uma somma tão consideravel, qual as das cambiaes dadas pelos fallidos ao Thesouro Nacional, inhabilitaria a commissão para proceder ao rateio deliberado, o que nas actuaes circumstancias seria um grande mal para a classe dos pequenos credores, que reclamão todos os dias o seu pagamento, allegando ser o unico recurso de suas necessidades, e havendo as outras commissões administradoras começado já a fazer o primeiro rateio, a demora desta deve produzir pernicioso effeito em uma classe de credores que tanto carece desse pequeno recurso, e que nem sempre attende ás razões que impedem aos administradores de satisfazer aos seus desejos.

« Estas razões, pois, acredita a commissão que levarão ao animo de V. Ex. a convicção de que não é possivel deixar em caixa a somma das ditas cambiaes.

« Poderia a commissão fazer a reserva com apolices da divida publica pertencentes á massa; mas, sendo ellas um dos valores com que a commissão conta para poder fazer face a um pagamento, que provavelmente terá de elevar-se a 4,500:000\$, se não mais, essa reserva produziria os mesmos effeitos que a do dinheiro em caixa; entende, portanto, a commissão que a equidade do Governo seria bem exercida, dispensando-se ainda esta reserva, no que, segundo parece á commissão, o Thesouro Nacional não será prejudicado, porquanto, se a casa de Dovey Benjamin & C.^a, de Londres, pagar os 60 %, como tratou com o Governo, tendo este de haver da massa fallida que liquidamos só

40 %, dós quaes 10 % receberá no primeiro rateio, para fazer face ao saldo que o Thesouro tenha de haver da massa, sobeja garantia existe nos prédios, em os quaes se poderá fazer a reserva exigida por V. Ex., até que se decida a questão principal que está dependente de solução do Governo.

« Resumindo, portanto, o que acaba de expôr, a commissão, solicita ella de V. Ex. a graça de declarar que, em lugar da reserva determinada pelas instrucções que V. Ex. mandou observar, se effectue em propriedades de valor correspondente porque deste modo, sem ficar a questão resolvida, se consultão todos os interesses.

« Deus guarde a V. Ex. — Rio de Janeiro, 14 de Dezembro de 1864. — Ilm. e Exm Sr. conselheiro Carlos Carneiro de Campos, ministro e secretario de Estado dos Negocios da Fazenda. — *José Pedro Dias de Carvalho.* — *Guilherme Pinto de Magalhães.* — *Bernardo Joaquim de Souza.* »

« Quanto á materia deste ultimo Aviso, entendem os conselheiros visconde de Uruguay, marquez de Abrantes e Pimenta Bueno, que a sua decisão depende da que fôr dada sobre aquelle outro de 10 de Dezembro.

« Se o Governo, opinião elles, não declarou, não declara, não pôde declarar que a Fazenda Nacional tem o privilegio em questão no caso sujeito para não entrar em rateio, não pôde por sua propria autoridade fazer obra, que suppõe e depende de uma declaração, e embarçar, por sua propria autoridade, o rateio de que trata o officio junto da commissão liquidadora da massa fallida de Souto & C.^a — *Idem est quod idem valet.*

« Os conselheiros visconde de Itaborahy e Baptista de Oliveira concordão em que, estando dependente da decisão do Poder Legislativo a questão de que trata o Aviso de 10 de Dezembro, não pôde o Governo, por sua propria autoridade, embarçar o rateio a que se refere o officio da commissão liquidadora.

« O conselheiro visconde de Jequitinhonha é do seguinte parecer:

« O visconde de Jequitinhonha também entende que a decisão da matéria do officio da commissão liquidadora da massa fallida de Antonio José Alves Souto & C.^a, datado de 14 de Dezembro ultimo, depende da decisão da consulta que teve logar em virtude do Aviso de 10 daquelle mez.

« A commissão, sem attender ás rigorosas obrigações contrahidas pelo Poder Executivo e impostas pela Lei fundamental do Estado, entra em considerações meramente sentimentaes e só proprias daquelles que, baldos de justiça, procurão offuscar a claridade dos preceitos desta, com o seductor, mas ephemero esplendor, dos sentimentos de humanidade.

« Se a commissão procurasse examinar quem é a causa da demora da fixação e pagamento do primeiro e demais dividendos da massa fallida em questão, facil lhe seria descobrir, para não pretender que o Governo Imperial, cujo primeiro dever é salvaguardar os interesses do Thesouro, os abandone com violação de tão sagrada obrigação. Se ella procurasse saber quem fôra a verdadeira e primeira causa do mal que soffre e de que se queixa altamente — a classe dos pequenos credores, que reclamão todos os dias os seus pagamentos, allegando ser o unico recurso de suas necessidades —, facil lhe seria vêr que não fôra o Governo, mas aquelle que, abusando do seu credito e encontrando no Banco do Brasil uma condescendencia sem limites, contraria completamente a todos os preceitos da sciencia e boa administração bancaria, illudio o publico, fazendo-o crêr que estava em boas e solidas circumstancias, quando aliás achava-se fallido ha mais de tres annos, talvez desde 1857 !

« O conselheiro visconde de Jequitinhonha, pois, pensa que muito importa que o Governo Imperial, resistindo ás seductoras lamurias com que pretendem illaquear sua religião e boa fé, severo cumpra a lei e defenda os dinheiros nacionaes.

« Vossa Magestade Imperial, porém, mandará o que for mais acertado.

« Sala das conferencias, 31 de Janeiro de 1865.— *Visconde*

de Uruguay.—Jose Antonio Pimenta Bueno.—Visconde de Jequitinhonha.—Marquez de Abrantes.—Visconde de Itaborahy.—Candido Baptista de Oliveira. »

RESOLUÇÃO.

« Como parece á maioria das secções.

« Paço, em 23 de Junho de 1865.

« Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador. — *José Pedro Dias de Carvalho. »*

N. 937.—Resolução de 23 de Fevereiro de 1870.

Sobre o officio do fiscal da liquidação da massa fallida de A. J. A. Souto & C.^a, relativo ao modo de pagamento do credito da Fazenda Nacional, proveniente de transacção de letras ou cambiaes havidas da mesma firma.

« Senhor.—Mandou Vossa Magestade Imperial que a secção de Fazenda do Conselho de Estado consultasse com seu parecer sobre a materia do incluso officio do fiscal da liquidação da massa fallida de Antonio José Alves Souto & C.^a, datado do 1.^o de Dezembro proximo passado.

« Pede o dito fiscal que se lhe declare como deve ser pago pela referida massa o credito da Fazenda Nacional, proveniente de uma transacção de letras ou cambiaes havidas de Souto, e que, sendo pagas só em parte, constituem o Thesouro ainda credor pelo restante e despesas consequentes.

« A duvida consiste em saber se a Fazenda Nacional deve figurar como credor privilegiado ou como simples credor chyrographario.

« A secção, depois de ter examinado os papeis juntos, passa a ter a honra de expôr a sua opinião.

« Entende ella que o Thesouro não pôde figurar na hypothese dada senão como simples credor chyrographario, porquanto não se trata de uma divida activa de caracter

administrativo ou fiscal e sim de caracter e direito commum e privado, e que, portanto, não pôde ser regido senão por este. O vendedor de um cambial não assume o caracter de um contribuinte, nem de agente ou responsavel fiscal.

« Primeiramente dirá que nenhuma Lei deu privilegio á Fazenda Nacional para caso tal, e que, sendo os privilegios normas excepçionaes, instituidas em vistas especiaes, não é juridico distendel-os só por argumentos de generalidade, e mórmente quando não prevalece a sua razão de ser ou identidade de razão.

« Ponderará depois que o fundamento dos privilegios fiscaes são bem ponderados no preambulo da primeira Lei de 22 de Dezembro de 1761, fundamentos attendidos pela legislação de outros povos civilisados e menos amplamente que no Imperio.

« Ahi se diz, que sem se fazer effectiva e prompta a entrada das rendas publicas, não é possivel manter o importante andamento do serviço publico e consequentemente no tit. 13 se impõe os correspondentes deveres e responsabilidade aos Almoxarifes, Thesoureiros, Recebedores, Exactores ou Administradores fiscaes, assim como aos contractadores de rendas, o que de accôrdo com outras disposições vigentes clarêão o sobredito fundamento de privilegio e do respectivo processo, assim como os seus limites.

« É com pouca differença o que dispõe o Codigo Civil Portuguez, arts. 885 e 887, o Codigo Civil da Italia, art. 1957, as Leis francezas e as de outròs povos.

« Então o Thesouro Publico figura como uma entidade administrativa, relacionada com o poder publico, procede como autoridade e não sómente como individualidade particular ou commerciante.

« Na hypothese, porém, de que se trata, elle não foi á praça negociar ou comprar cambiaes como Poder Administrativo e sim como qualquer outro comprador privado, não foi dar ordens e sim fazer negocio.

« Seria não só odioso, mas injustificavel, que em tal caso o fisco tivesse privilegio sobre quaesquer outros concurrentes,

seria romper todas as condições civilisadoras e proclamar que a lei não é igual para os commerciantes no Brasil.

« Em summa trata-se, como já se ponderou, de um acto de direito commum, e desde então é este que tem de reger a materia. Consequentemente, o Thesouro como tal, na hypothese de que se trata, não tem a seu favor privilegio algum fiscal.

« Este é, senhor, o parecer da secção ; Vossa Magestade Imperial, porém, mandará o que fôr mais acertado.

« Sala das conferencias, em 24 de Janeiro de 1870.— *Visconde de S. Vicente.*—*Francisco de Salles Torres-Romem.* »

RESOLUÇÃO.

« Como parece. (*)

« Paço, em 23 de Fevereiro de 1870.

« Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador.— *Visconde de Itaborahy.*

XLV.

Tendo exposto a confusão e a incerteza da jurisprudencia sobre o privilegio da Fazenda, convém que nos occupemos de uma questão, que, não obstante a clareza e precisão da Lei, tem dado logar a duvidas:—Se a Fazenda pôde demandar e ser demandada sem ser em seu juizo privativo.—

A este respeito assim se expressa o illustrado Sr. Dr. Perdigão Malheiros, em seu notavel livro—*Manual do Procurador dos Feitos*, nota 126:— « Gozava a Fazenda de privilegio de fôro para as suas causas; e tinha para isso Juizes Privativos, os quaes forão extinctos pela Lei de 4 de Outubro de 1831, art. 91, e Disposição Provisoria, art. 18. Corrião desde então e erão tratadas as suas questões e causas perante os juizes do fôro

(*) Aviso n. 79 de 2 de Março de 1870, na *Collecção das Leis*.

commum, sem que todavia o fossem jámais perante o Juiz de Paz, por mais modica que fosse a quantia ou valor. O Decreto de 18 de Agosto de 1831 foi implicitamente derogado pela Disposição Provisoria. Até que a Lei n. 242 de 29 de Novembro de 1841 restabeleceu o privilegio de fôro para as causas da Fazenda e deu-lhe Juizo Privativo em 1ª instancia. E para sua execução se expedirão as Instrucções ou Regulamentos em Ordem n. 6 de 12 de Janeiro de 1842, desenvolvido e explicado por muitas disposições posteriores. »

E demonstrando que o Juiz dos Feitos processa e julga em 1ª instancia todas as causas ordinarias ou summarias em que a Fazenda fôr parte, como autora, ré, assistente ou oppoente, segundo a citada Lei de 1841, art. 2º, e Instrucções de 1842, art. 1º, diz a nota 133: « Depois da promulgação do Codigo do Commercio e creação do Juizo do Commercio e das fallencias, tem-se pretendido que a Fazenda é obrigada a estes Juizos, principalmente das fallencias. Mas é um engano porque o Juizo do Commercio é privativo sómente para as causas entre particulares, reputadas commerciaes, e não ha disposição alguma que desaforasse a Fazenda do seu fôro privilegiado para a sujeitar ao commum do commercio. E quanto ás fallencias, além desta razão geral, accresce que o Juizo ahi é mais administrativo que judiciario, á semelhança dos de inventarios de defuntos e ausentes, sendo que, por isso, quando pudesse a Fazenda ahi apresentar-se a requerer, o seria administrativamente e não por via contenciosa; para esta o seu juizo é o privilegiado, que não foi abolido nem alterado. Tal é, com effeito, a pratica nesta Côrte. »

De accôrdo com os principios expostos e fundado na Lei n. 242 de 1841, art. 12; Instrucções de 6 de Janeiro de 1842, art. 3º, e Instrucções do Contencioso de 10 de Abril de 1851, art. 15, ensina o autor do *Manual do Procurador dos Feitos*, « que os Procuradores dos Feitos devem requerer avocatoria para as causas em que a Fazenda seja parte, que se estiverem processando em outros juizos indevidamente, venhão ao privativo dos Feitos della; devendo o Juiz dos Feitos *ex officio* avocar taes processos, devendo mesmo os outros juizes mandarem

remetter ao dos Feitos taes processos, sob pena de responsabilidade. »

Estando por expressas disposições de Lei e tambem pela jurisprudencia dos tribunaes firmada e admittida a competencia do Juizo dos Feitos para processar as questões que interessão á Fazenda Nacional, deixariamos de parte esta questão se não tivessesmos, no cap. 15, quando tratámos do juizo arbitral, transcripto um artigo da *Revista Juridica*, em que se sustenta: « Que a Administração, em virtude de contractos celebrados com qualquer companhia e nas questões voluntariamente submettidas ao juizo arbitral, está sujeita ao Decreto n. 3900 de Junho de 1867 e á jurisdicção commercial. »

Este artigo, pela merecida reputação de que goza o seu autor, adquirida em longa pratica do fôro, e no estudo dos mestres da sciencia, não pôde passar sem reparo, porquanto, se um erro invade os dominios da razão e da sciencia e se nelle cahe uma superioridade demonstrada e reconhecida, como é o Sr. Dr. Silva Costa, convém que sejam discutidos os principios; *nam oportet hæresses esse*, dizia o apostolo, para que pela controversia se pudesse apurar a verdade.

No artigo citado reconheço o seu autor, que nos termos da Lei n. 242 de Novembro de 1841 e Provisão de 12 de Janeiro de 1842, devem correr no Juizo dos Feitos da Fazenda todas as causas em que a Fazenda fôr interessada, accrescentando: « Que a restauração do Juizo dos Feitos foi pela *conveniencia* de sujeitar a um juizo especial as muitas questões, em que a Administração figura como parte.

« A lei que, depois de promulgada a Constituição, estabelecesse juizos privilegiados, não seria exequivel. Que a mente da Lei de 1841 foi constituir um juizo privativo e improrogavel, não um juizo baseado em privilegio. Que tão privativo e improrogavel como o Juizo dos Feitos foi creado o Juizo especial do Commercio, notando que a especialidade da jurisdicção do commercio não parou só na primeira como occorre com a dos Feitos, mas estendeu-se até uma 2ª instancia privativa das causas do commercio; e que o legislador procurou tornar bem

sensível a especialidade da jurisdição do commercio, destacando-a das outras jurisdições. »

A estas razões poderíamos oppôr o Decreto n. 2342 de 6 de Agosto de 1873, art. 1º, §§ 4º e 5º que, supprimindo a jurisdição contenciosa dos Tribunaes do Commercio, passou para as Relações o julgamento das causas commerciaes. Sendo, porém, o artigo a que nos referimos, escripto antes da promulgação do citado Decreto, é dever nosso apreciarmos em face das leis existentes ao tempo da sua publicação, mesmo pelo principio que regula a não retroactividade das leis.

Não resta duvida que, o que estabelece a competencia do fôro commercial ou civil, é e não pôde deixar de ser a natureza dos actos sobre que versa a contenda judicial, e que as acções e questões emergentes de actos e obrigações commerciaes são da privativa e exclusiva competencia dos Juizes e Tribunaes do Commercio, e finalmente que, sempre que os actos nascerem de obrigação que tem legislação noCodigo do Commercio, a competencia é a do fôro commercial; tal é o juizo arbitral, a que se refere o Decreto n. 3900 de 1867.

Reconhecendo os fundamentos juridicos destes principios, contestamos a sua applicação a um contracto celebrado com a Fazenda Nacional, que, tendo sua legislação e fôro privativo, nada tem que vêr com as leis e estylos do fôro commercial; as raias que separão o fôro commercial do privativo da Fazenda, são explicitas e terminantes, e, portanto, não se pôde confundir os actos que pertencem a um ou outro fôro; os *contractos nacionaes* não estão, nem podem estar comprehendidos em disposição alguma do Codigo do Commercio, são contractos regulados pelas disposições do Direito Civil.

É por demais sedigo que as jurisdições são de direito publico, assim como a competencia dos juizes, que não podem ser alteradas por vontade das partes, nem mesmo pelos juizes, que não podem intrometter-se nas jurisdições dos outros. (Ord., liv. 1º, tit. 5º, § 8º; Alvará de 17 de Janeiro de 1739, e 19 de Janeiro de 1756, e Pereira e Souza, *Primeiras Linhas*, § 28.)

A prorogação só pôde ter logar, quando o juiz, cuja

jurisdição se proroga, fôr competente quanto á causa, pois nem toda a jurisdição se póde prorogar. (Mello Freire, liv. 4º, tit. 7º, § 30, nota; Pereira e Souza, nota 45, Ord. liv. 3º, tit. 33, § 5º.) Carré, *Cours élém. d'organisat. judic.*, diz: « A competencia em razão da materia é estabelecida nos interesses da ordem publica; a competencia em razão da pessoa, pelo contrario, é fundada em motivos puramente especiaes ás partes. »

O artigo da *Revista Juridica*, ao passo que combate os *juizos privilegiados*, sustenta os juizos privativos e especiaes, os *tribunaes de excepção*, e procura tornar evidente a preferencia do Juizo Commercial sobre o Juizo dos Feitos, instituido por ponderosas razões de Estado, por conveniencias do interesse publico. Se elle combatesse as jurisdições excepçionaes *em geral*, pugnando com Bentham pela competencia universal de cada tribunal, estaria coherente; mas combater o fôro privilegiado da Fazenda e sustentar a jurisdição privativa e privilegiada do Juizo Commercial, é o que não podemos admittir.

Sabemos perfeitamente que tanto o Juizo dos Feitos como o Commercial têm jurisdição privativa e improrogavel, e que a lei, por motivos de ordem publica, estabelecendo certas jurisdições para conhecer de determinadas contestações, tem tornado estes tribunaes unicos juizes das especies sujeitas á sua competencia. As jurisdições especiaes são limitadas, mas, nos limites, em que se exercem, ellas têm a sua competencia exclusiva; assim é que, no concurso de diversos principios de competencia e privilegios de fôro, ensina Pereira e Souza, *Primeiras Linhas*, nota 83, que, quando os privilegios não são iguaes, o mais forte prefere ao menos forte; e ninguem, com boa fé, sustentará que o privilegio commercial é superior ao *fiscal*.

Entre nós o privilegio da Fazenda é amplissimo, segundo a Ord. liv. 1º, tit. 13, § 3º; o Alvará de 20 de Maio de 1802 abrange todas as causas, em que a Fazenda é interessada, ainda indirecta ou incidentemente. O officio da Direc-toria do Contencioso n. 86 de 7 de Abril de 1851 diz: « Quanto ás letras passadas a favor da Fazenda Nacional, que teem de ser ajuizadas por falta de pagamento, posto se observem as

disposições do Código do Commercio e do seu Regulamento relativas ao protesto e outras formalidades, continúa o Juizo dos Feitos da Fazenda a ser o privativo para por elle serem demandados os devedores, *ainda que commerciantes, por isso que o privilegio a estes concedido não pode prevalecer ao da Fazenda.* »

Os officios da Directoria do Contencioso ns. 671 de Agosto de 1854 e 885 de Dezembro, também de 1854, declaram: « Que é incontestavel a competencia do Juizo dos Feitos, por ser sua jurisdicção privativa e improrogavel, para decidir as questões e difficuldades que suscitarem as execuções fiscaes contra os fallidos, seguindo o processo seus termos ultteriores, na fórma da Lei, na conformidade do art. 838 do Código do Commercio, visto que *os direitos do Thesouro não devem reger-se pelas disposições do citado código, porém sim pelas especiaes que respeitam ao mesmo Thesouro e lhe são peculiares.* »

« Em consequencia do que fica exposto, os embargos de terceiros, preferencias, etc., devem igualmente correr no Juizo dos Feitos, que attrahe a si todas estas questões, para serem perante elle discutidas, *segundo as leis especiaes, que regulão os direitos do Thesouro em conflicto com os dos particulares.* »

Estes principios não forão desconhecidos pelos distinctos e illustrados Srs. conselheiros Zacarias, Affonso Celso, José de Alencar e Dr. Lafayette, os quaes, apesar de sustentarem a clausula arbitral nos contractos com a Fazenda e que uma vez estipulada é obrigatoria, opinão que a acção respectiva deve ser proposta *no Juizo dos Feitos.*

A este respeito não podemos deixar de transcrever as juridicas razões com que fundamenta o seu parecer o intelligente Sr. conselheiro Affonso Celso quando diz: « É competente o Juizo dos Feitos da Fazenda, na fórma da Lei n. 272 de 29 de Novembro de 1841 e Instrucções de 12 de Janeiro de 1842. Nem obsta o que dispõe nos arts. 19, § 2º, artigo unico do Código Commercial, e no § 2º do Regulamento n. 737, porquanto — a competencia commercial ali estabelecida diz respeito sómente ás questões sociaes dos socios entre si, e não ás que se possão dar com pessoas estranhas, e cujos contractos não sejam commerciaes. E continuando diz

ainda: em regra, dizem Goujet e Mergel « *o Estado sempre se considera fóra da acção do direito commum e mercantil, porque não obra por especulação, mas por interesse geral.* »

Na consulta da secção de Justiça do Conselho de Estado de 12 de Dezembro de 1872, já citada no Capitulo 15, manifesta o Sr. visconde de Jaguary, muito competente nestas materias, a seguinte opinião: « . . . Para execução desta Lei e em virtude della foi expedido o Regulamento n. 3900 de 26 de Junho de 1867, em que se funda o parecer do illustrado relator. Esta simples exposição demonstra que o citado Regulamento não póde ter applicação ás questões derivadas de direitos e obrigações, que não estão sujeitas ás disposições do Codigo do Commercio, como no presente caso de um contracto celebrado pelo Governo com uma companhia puramente civil, a que indubitavelmente não se refere, apesar da sua generalidade, o § 2º do art. 19, do tit. unico do dito Codigo.

« Attendendo-se ás suas disposições, vê-se claramente que serão excluidas de sua alçada as causas civeis e com maior e especial razão aquellas em que fór interessada a Fazenda Publica, que por Lei expressa tem juizo privativo, pois que no art. 21, a respeito de causa que se achar na 2ª instancia, determina que a petição para ajuntar o compromisso seja dirigida ao presidente do Tribunal do Commercio, quando é inquestionavel a competencia da Relação do districto para aquellas causas em 2ª instancia.

« Entendo, pois, que o citado Regulamento de 1867 nenhuma applicação tem a uma companhia organizada por Decreto do Poder Executivo, em virtude de Lei, e para executar um contracto que celebrou com o Governo. »

O Sr. visconde de Nietheroy, que tambem foi voto nesta consulta, diz: « Não póde ter applicação reguladora em o Juizo dos Feitos da Fazenda o Decreto de 26 de Junho de 1867, que especialmente entende com o Juizo Commercial. A mera disposição regulamentar para o Juizo arbitral do Commercio, nem pela razão da autoridade, nem pela autoridade da razão tem força e applicação para o caso vertente. O contracto entre o Governo e a Companhia da Doca, autorizado pelos Decretos

Legislativos de 13 e 20 de Outubro 1869 não está ao par de qualquer acto commercial ou transacção entre commerciantes, que porventura possa ser objecto de contestação no Juizo Commercial, e tanto escapa á competencia do fóro commercial, como propriamente tem outra natureza, relevancia e solemnidade, até por positiva determinação da Lei especial. »

« Os tribunaes sempre têm reconhecido a competencia do Juizo dos Feitos, como o demonstra a decisão, que na Revista n. 8255o Supremo Tribunal de Justiça proferira em Abril de 1873 : « Tomando, pois, conhecimento do recurso, concedem a revista pedida pela nullidade que resulta da incompetencia do juizo, em que foi proposta a acção, porque, sendo a Fazenda Publica herdeira instituida na verba testamentaria de fls. , consequentemente tornou-se manifesto que na conformidade do art. 2º da Lei n. 242 de 29 de Novembro de 1841 devera a presente causa ser proposta no juizo privativo dos Feitos da Fazenda Publica e não no fóro commum. »

Todas estas opiniões, autorisadas e insuspeitas, bastão para demonstrar a procedencia da doutrina ensinada pelo autor do *Manual do Procurador dos Feitos*, á nota 133, contestada no artigo da *Revista Juridica*. E realmente, se em face do direito constituido, em hypothese alguma pôde a Fazenda ser desaforada do seu juizo privativo, estes principios são ainda mais verdadeiros, tratando-se do juizo arbitral, que não o admittimos nos contractos com a Fazenda; semelhante clausula, além de inadmissivel, é illegal, subversiva da ordem das jurisdicções e dos principios de competencia, estabelecidos no interesse da ordem publica, porquanto a jurisdicção administrativa é improrogavel, como demonstrámos nos Capitulos 13 a 24.

É força confessar que a Circular e Instrucções de 20 de Novembro de 1863 parecem favorecer a opinião de que divergimos, quando recommendão aos Procuradores da Fazenda que compareção no Juizo da Fallencia para administrativamente cobrarem o que se estiver devendo á Fazenda, só procedendo ao sequestro pelo Juizo dos Feitos da Fazenda quando perigar o direito da Fazenda.

Comquanto as citadas Instrucções declarem no art. 5º: que

a jurisdição contenciosa do Juizo dos Feitos continuará em seu inteiro vigor para as questões respectivas, quando não se possa obter administrativamente no Juizo da Fallencia o embolso ou cumprimento das obrigações activas da nação, esta disposição torna-se letra morta em vista dos arts. 6º e 7º das citadas Instruções.

A circumstancia de protestar-se preferencia no Juizo Commercial, desaforando-se a Fazenda do seu juizo privativo, quando a Fazenda prosegue no seu direito, sem attender aos dos particulares, a quem ella não é obrigada a chamar ao concurso, o caso novo e anormal da Fazenda comparecer no Juizo Commercial, nelle requerer e só depois de não ser attendida ir a seu juizo privativo deduzir o seu direito e acautelal-o e, finalmente, a faculdade concedida á Fazenda de poder ir, a *dous juizos* differentes, deduzir o seu direito, tudo isto importa a subversão e transtorno completo de todos os principios da sciencia, porquanto é incontestavel a competencia dos Juizos dos Feitos para nelle se promoverem as acções, afim de embolsar-se a Fazenda, por ser a sua jurisdição improrogavel, não sendo applicaveis as regras do Codigo Commercial aos creditos da Fazenda contra seus devedores fallidos, porquanto os direitos particulares do Thesouro regem-se por suas leis especiaes e privativas.

Terminando, diremos que as Instruções e Circular de 20 de Novembro são inacceptaveis tanto na pratica como em theoria, mesmo porque no intuito de declarar o pensamento do legislador, segundo as regras da hermeneutica, estatuiram direito novo.

Se a Fazenda tem o seu fóro privativo e privilegiado, é claro que só pôde demandar e ser demandada perante o seu juiz competente (Ord., liv. 3º, tit. 11), e a quem compete a jurisdição. E assim, se a Fazenda não pôde transigir, se, citada por outro juiz, não pôde deixar de oppôr a declinatoria para o juizo do privilegio, já se vê que as citadas Instruções, dispondo de modo diverso, em vez de esclarecer, estabelecem o cahos.

Entretanto, se nos casos a que se referem as Instruções

póde a jurisdicção do Juizo dos Feitos *ser declinada*, fica a Fazenda, nos casos mencionados nas Instrucções, tendo dous juizos competentes, e assim, desde que a Fazenda acceita a competencia do Juiz Commercial e se perante elle comparece *até a classificação dos credits*, claro está que ficou preventa a jurisdicção do Juiz dos Feitos pelo Juiz Commercial, não podendo mais declinar-se não só pelo principio — *ubi acceptum est judicium, ibi finiri debet*; como tambem pelo que ensinão os praxistas, quando dizem: que um juiz competente póde ser prevenido por outro, que primeiro começou a conhecer da questão, e que *por isso mesmo o exclue a se ingerir nella*.

Permittir, depois da lide contestada, que uma das partes que intervem no processo possa ir a outro juizo intentar nova acção, é estabelecer a anarchia, autorisando processos inuteis e ruinosos, que sem duvida lesaráõ em seus verdadeiros direitos as outras partes, que figurão no processo; porquanto, desde que a Fazenda vai ao Juizo da Fallencia, munida de todos os meios de prova, fazer valer o seu direito, já não póde declinar desse juizo e ir a outro intentar nova acção; neste caso reconhecemos e concordamos *que a Fazenda está como qualquer particular sujeita ás leis do processo*; portanto, não póde, por entender que o juiz não lhe é favoravel, ir a outro juizo differente usar de outros meios para fazer valer o seu direito, sem que tenha precedido desistencia alguma.

Ainda mais; as citadas Instrucções de Novembro de 1863, sendo dirigidas aos Procuradores Fiscaes; não podem obrigar aos juizes, que só recebem instrucções do Ministerio da Justiça e não do da Fazenda; e assim, o repetimos, ellas, além de não resguardarem os direitos da Fazenda, não sanão os conflictos e as duvidas, tornando mais incertos e duvidosos os direitos que ellas tiverão em vista garantir; ficando os agentes da Fazenda sem meios e autoridade para fazer respeitar, não só as mesmas Instrucções, como tambem os direitos que se, propoem a defender.

Não contestamos que a autoridade administrativa ou judiciaria, executora da lei, tenha o direito de interpretar-a para si, para saber como deve executal-a. « Mas esta interpretação,

como bem diz o illustrado Sr. conselheiro Ribas, em seu importante livro sobre o *Direito Administrativo Brasileiro*, que investiga o verdadeiro sentido da lei, segundo as regras da hermeneutica, que não tem outra autoridade, que não seja a força moral da doutrina ou do raciocinio em que se funda, *é a doutrinal*.

« Ao Governo, como a qualquer outra autoridade executora da lei, pertence a interpretação doutrinal, mas esta, *além de não ser em geral obrigatoria*, não se pôde estender senão ás leis cuja execução *é confiada ao Governo*, isto é, as leis politicas e administrativas.

« Assim o Governo, como supremo executor destas leis, tem o direito de interpretar-as doutrinalmente por meio de seus regulamentos; e esta interpretação é obrigatoria para todas as autoridades incumbidas, sob a sua direcção, de pôr em execução essas leis.

« Assim, ao Poder Executivo não pôde pertencer o direito de *interpretar obrigatoriamente disposições legislativas, que têm de ser executadas por outro poder distincto e independente*; a interpretação authentica pertence, em taes casos, ao poder legislativo que as creou; e a doutrinal ao judicial, que as executa. Quando accidentalmente o Governo tem necessidade de interpretar-as, pela sua connexão com as administrativas, as suas decisões sómente são obrigatorias *para os seus agentes* e não para os membros do Poder Judiciario. »

Se os principios que regulão a competencia e a ordem das jurisdicções, são de direito publico e não podem ser alterados, nem invertidos sem expressa disposição de Lei, é claro que a Circular e Instrucções de 20 de Novembro não podem servir de regra para autorisar a opinião consignada no artigo da *Revista Juridica*, porquanto não podem alterar, interpretar ou revogar as Leis, por ser essa uma attribuição exclusiva do Poder Legislativo; são apenas decisões do Poder Executivo sobre objectos de expediente e modo de serviço, ou decisões que esclarecem e explicão doutrinalmente os preceitos exarados nas Leis; *não podem constituir direito que não esteja estabelecido nas Leis*.

XLVI.

Já no Capitulo 14 procurámos demonstrar, de accôrdo com a jurisprudencia reguladora da materia, não só a acção que compete ao Thesouro e Thesourarias sobre os responsaveis por dinheiros e valores do Estado para coagil-os á prestação de suas contas, como tambem a indebita intervenção do poder judiciario em semelhantes casos.

Não obstante as claras disposições do Decreto n. 657 de 1849, Alvará de 28 de Junho de 1808, Lei de 4 de Outubro de 1831, art. 88, Decreto n. 736 de 1850, Lei de 17 de Setembro de 1851 e Decreto n. 2548 de 10 de Março de 1860, que estabelecem: que contra os Thesoureiros, Collectores, Recebedores, contractadores e quaesquer agentes cobradores e depositarios de dinheiros do Estado alcançados para com a Fazenda póde a Autoridade Administrativa expedir ordem de prisão, quando se mostrem alcançados, não podendo a Autoridade Judiciaria relaxar da prisão, ainda que o alcançado mostre ter pago o alcance, não havendo em semelhantes casos necessidade de processo, nem sendo admissivel a concessão de *habeas corpus*, tem o Poder Judiciario entendido e resolvido de modo diverso.

Assim é que a Relação de Pernambuco concedeu *habeas corpus* ao Major Antonio de Brito Lyra, preso pelo Chefe de Policia da Parahyba á requisição do Inspector da Thesouraria Provincial da referida provincia por não haver o referido Major entrado com quantia alguma por conta do seu debito, como arrematante de dizimos e varios impostos provinciaes.

A questão refere-se a um negocio provincial; entretanto não nos julgamos dispensados de apreciar a decisão, tanto mais quanto convém que ella se não reproduza com relação á Fazenda Nacional. Não contesta o Major Lyra ser devedor á Fazenda Provincial, que o debito provém de arrematação de dizimos e varios impostos, e para indemnização da Fazenda

passou letras; allega entretanto: « que a Fazenda é um credor como outro qualquer, tendo apenas o privilegio do fóro e acção executiva, que, não sendo exactor nem empregado de Fazenda, não pôde estar sujeito ás leis administrativas, sendo além disto o Inspector e o Fiscal simples partes litigantes, cabendo ao Poder Judiciario decidir como entender de justiça, e expedir ordem de prisão, quando o devedor se torne doloso, mas nunca o Poder Administrativo, a quem o supplicante não tem que dar contas. »

Ignoramos quaes os fundamentos que teve a Relação para conceder o *habeas corpus* requerido, porquanto em Accórdão de 9 de Setembro de 1873 apenas diz: « Accórdão em Relação, etc., que vistos, e expostos estes autos concedem a soltura do paciente, attento o allegado na sua petição e documentos com que o comprovou—».

As disposições do Decreto de 5 de Dezembro de 1849 applicão-se sempre que os que arrecadão qualquer quantia que deva reverter para os cofres do Estado, deixão de fazer as entradas nas épocas marcadas nas Leis e Regulamentos; e em virtude destes principios, foi pelo Thesouro ordenada a prisão administrativa contra um escrivão do juizo de paz, por não entrar para os cofres com a importancia do sello pelo mesmo arrecadado. (Ordem de 18 de Junho de 1863.)

A Ordem n. 249 de 31 de Agosto de 1855, providenciando sobre a arrecadação dos bens de defuntos e ausentes, declara: que, não tendo o Curador recolhido aos cofres publicos a quantia de 1:300\$000, importancia de duas letras, apezar de requerido para isso, e embora seja da competencia dos Juizes de Orphãos recorrer á prisão dos curadores, na fórmula da Ord., liv. 4.º tit. 102, § 9.º, e aos Procuradores e mais Agentes fiscaes corra a obrigação de requerel-a áquelles nos casos em que se deva verificar, essa attribuição todavia não prejudica o direito que cabe aos Inspectores das Thesourarias de applicarem aos mesmos Curadores, quando o entenderem necessario e na falta de providencias dos mencionados juizes, as disposições do Decreto de 5 de Dezembro de 1849.

Se, pois, a concessão de *habeas corpus* teve logar por não

considerar o Major Lyra, como contractador de rendas, sujeito ás penas impostas aos verdadeiros responsaveis, ahi está a consulta do Conselho de Estado das secções de Justiça e de Fazenda de 26 de Outubro de 1867, que, fixando o sentido das palavras contractadores e rendeiros, de que usa o § 5º, art. 3º da Lei de 24 de Setembro de 1864, declara: « *Que debaixo das expressões—Rendeiros e Contractadores—a Lei só considera para sujeital-os á hypotheca legal aquelles que contractarão e ainda hoje excepcionalmente contractão certos ramos de impostos da receita publica.*

« *Que o pensamento fundamental da novissima Lei Hypothecaria seria illudido, se a hypotheca legal da Fazenda Publica, que a mesma Lei não creou, mas, apenas manteve, comprehendesse hoje outros contractadores, rendeiros ou arrematantes, que antes não eram comprehendidos pela Lei de 22 de Dezembro de 1761.* » (Circular da Directoria do Contencioso, de Novembro de 1867, n. 957.)

A Ordem n. 146 de 29 de Março de 1865 declara que, fixado o alcance de um responsavel á Fazenda Nacional, a decisão de duvidas na liquidação das contas dos mesmos pertence ao Tribunal do Thesouro e ás Thesourarias.... e na parte final declara que, sendo objecto de uma execução promovida no respectivo Juizo dos Feitos o indevido pagamento de 2:408\$000 a Francisco José Gomes Braga e pertencendo ao Tribunal do Thesouro e ás Thessourarias de Fazenda a decisão das duvidas que occorrem na liquidação das contas dos responsaveis, na fórma do Decreto n. 2548 de 10 de Março de 1860 art. 39, e Instrucções de 31 de Janeiro de 1851 art. 31, *deve a mencionada Thesouraria, para esclarecimento do Juizo, juntar aos autos uma cópia desta Ordem.* »

As palavras finaes da citada Ordem, o proposito de dar conhecimento della ao juizo, bem denotão que, não podendo o Poder Judiciario se ingerir em questões do contencioso administrativo, se deve abster de apreciar taes factos, que, sendo da competencia da autoridade administrativa, provocao desagradaveis conflictos entre as autoridades constituidas.

É verdade que a Ordem n. 127 de 21 de Abril de 1868 estabelece uma doutrina, quanto a nós estranha e incomprehensivel; eis como se expressa a citada Ordem: « Tendo

presente o officio n. 54 de 20 de Agosto do anno proximo passado, em que o Sr. Inspector da Thesouraria da Parahyba dá conta da correspondencia que tivera a mesma Thesouraria com a presidencia da Provincia sobre o alcance e processo de responsabilidade do thesoureiro da policia Angelo de Fojas Corrêa Cesar, cujas contas já haviam sido examinadas na Thesouraria, parecendo-lhe por isso que não competia ao Juiz de Direito a faculdade de novo exame, que projectava fazer nos livros, motivo porque requisitara como perito, por intermedio da presidencia, o 1.º conferente da respectiva Alfandega Julio da Costa Cirne; declara ao dito Sr. Inspector que foi regular o procedimento da presidencia de, accedendo á requisição do Juizo, mandar dispensar do serviço da repartição o referido conferente, visto que o Decreto n. 512 de 16 de Abril de 1847, que permite taes exames em juizo criminal nas contas tomadas pelo Thesouro, é applicavel por maioria de razão ás Thesourarias de Fazenda; *sendo que semelhante disposição não offende a do art. 25 do Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, porquanto o exame das contas feitas pela Thesouraria não pôde ser considerado decisão em materia contenciosa.* »

Não podemos comprehender como o exame das contas a que se refere a citada Ordem, e a decisão da Thesouraria deixe de considerar-se *decisão em materia contenciosa*, e não sabemos conciliar semelhante disposição com o que preceitua o Decreto n. 2548 de 10 de Março de 1860, que no art. 7.º, declara: « É da competencia *das Thesourarias de Fazenda, no exercicio da jurisdicção contenciosa e disciplinar sobre os responsaveis* para com a Fazenda Publica :

« § 1.º Julgar em primeira instancia as contas de todas as Repartições, empregados, pessoas e quaesquer outros responsaveis, que tiverem administrado, arrecadado ou despendido dinheiros ou valores pertencentes ao Estado, ou por que este fôr responsavel, e estiverem sob sua guarda, e bem assim dos que por outro qualquer motivo as devão prestar perante ellas na fórma da legislação em vigor, seja qual fôr o ministerio a que pertencerem. (Decreto de 22 de Novembro de 1851, art. 1.º, § 3.º.) »

Depois de enumerar nos seguintes paragraphos as diversas competencias das Thesourarias no exercicio da jurisdicção contenciosa, diz no art. 8º : « *As decisões das Thesourarias de Fazenda, proferidas em materia contenciosa e disciplinar, concernentes aos responsaveis para com a Fazenda Nacional, terão a autoridade e força de sentença dos Tribunaes de Justiça e serão executorias desde logo contra os mesmos responsaveis.* »

O art. 25 do Decreto n. 2343 de 1859 assim dispõe : « *As decisões dos chefes das Repartições de Fazenda do Tribunal do Thesouro, e do Ministro da Fazenda, nas materias de sua competencia de natureza contenciosa, terão a autoridade e a força de sentença dos Tribunaes de Justiça.* »

Em vista das disposições citadas, não podemos concordar com a parte final da citada Ordem de 21 de Abril de 1868, e nem tão pouco admittir que ella possa servir de fundamento para apadrinhar *qualquer intervenção do Poder Judiciario no que respeita á jurisdicção contenciosa do Thesouro e Thesourarias*; porquanto a maneira pela qual os Juizes Criminaes se devem dirigir nos processos de empregados do Thesouro, e o modo de proceder a qualquer diligencia nas repartições publicas, se acha regulado pelo Decreto n. 512 de 1847, expedido de accôrdo com a seguinte consulta do Conselho de Estado, secção de Fazenda e Justiça de 16 de Abril de 1847.

N. 448.—Resolução de 16 de Abril de 1847.

Sobre a exigencia do Juiz de Direito do Crime desta Côte, de examinar os livros do Thesouro Publico Nacional para esclarecimento do processo de responsabilidade de um ex-empregado do mesmo Thesouro.

« Senhor.—As secções do Conselho de Estado, que consultão sobre os negocios da Fazenda e Justiça, tendo examinado, por ordem de Vossa Magestade Imperial, os papeis relativos ás exigencias do Juiz de Direito da 1ª vara crime desta cidade, no processo do ex-thesoureiro dos ordenados, tem a honra de apresentar seu parecer.

« O antecessor do actual Juiz de Direito, por seu despacho de 20 de Dezembro do anno findo, entre outras indagações que julgou necessarias para a formação da culpa, mandou proceder a exame nas folhas dos ordenados e pensões, no livro de receita e despeza do thesoureiro dos ordenados, e nos da thesouraria geral, donde constem as entregas de dinheiros ao ex-thesoureiro nos annos de 1843 e 1844, e nos mais documentos pertencentes aquelles annos e relativos ás mesmas entregas; e nomeou peritos para o que toca á contabilidade, escripturação e verificação dos desvios de dinheiros, e tabelliães para verificação de qualquer falsidade de firmas e letras, exigindo que, no caso de que não existão esses livros e mais papeis, isto mesmo conste por documento, para recahir a responsabilidade sobre quem de direito fôr.

« Sendo apresentado ao Exm. presidente do Thesouro a requisição do Juiz pelo Promotor Publico, mandou elle ouvir ao conselheiro de Estado Procurador Fiscal, o qual foi de parecer que não se satisfizessem as exigencias na parte em que se mandava proceder a exame nos livros e papeis do Thesouro e na escripturação e contabilidade, porque os exames necessarios já haviam sido feitos competentemente e o procedimento do juiz tendia a conhecer dos outros empregados que não estavam em processo. E com este parecer se conformou o presidente do Thesouro. Instando, porém, o juiz no exame, e sendo isso communicado ao mesmo presidente, que tornou a ouvir o Procurador Fiscal, foi este de parecer que se declarasse ao juiz que não devião comparecer no Thesouro as pessoas por elle nomeadas para examinarem a contabilidade e escripturação dos livros, porque, além de não ser isso necessario, só erão para esse acto competentes os empregados do Thesouro.

« Tendo o juiz marcado o dia 3 de Fevereiro proximo para o exame, compareceu no Thesouro com os tabelliães e peritos que havia nomeado. Então declarou-lhe o contador geral, como consta do officio deste mesmo dia 3, que não lhe apresentaria senão as folhas e estas só para o exame judicial por tabellião. E, como o juiz assegurasse que não mandaria

fazer exame na escripturação e contabilidade, devendo este limitar-se á letra e algarismo, e que esse exame podia elle mandar fazer tanto por tabelliães como por quaesquer pessoas; por isso, e porque presente se achava o promotor publico, que não deixaria de cumprir as ordens do Governo, resolveu o mesmo contador geral entregar-lhe as folhas para se proceder nos termos indicados.

« Depois de feito o exame da maneira referida, declarou o juiz, por seu despacho do mesmo dia 3, que, não se prestando aquelle exame, do modo regulado pelo Aviso, ao reconhecimento da verdade, nada podendo colher-se d'elle para prova dos crimes denunciados, e não tendo sido reconhecidos verdadeiros os papeis, convinha que se procedesse ao exame que havia ordenado.

« O que tendo sido submettido ao Exm. presidente do Thesouro pelo Promotor Publico e sendo novamente ouvido o Procurador Fiscal, sustentou este seu parecer de não se dever admittir exame nos livros, na escripturação e contabilidade da contadoria geral, e dos thesoureiros geral e dos ordenados pelo modo prescripto pelo juiz, isto é, por peritos da escolha deste, devendo ser feito por empregados da repartição ou pelos que o mesmo presidente houver de nomear, não podendo convir em que se possa ingerir autoridade estranha no exame da exactidão e regularidade da escripturação e contabilidade das repartições do Thesouro.

« Estando as cousas neste ponto, foi nomeado para a 1.^a vara crime outro juiz, e este, em officio dirigido ao Exm. presidente do Thesouro, além de uma conta corrente que exige, insiste na necessidade do exame na escripturação e contabilidade dos livros da thesouraria dos ordenados, e nos mais que fôrem delles dependentes, naquelles logares onde existão vestígios do crime, sendo feito o exame por peritos de sua nomeação. E, na sustentação que faz do direito que lhe assiste, declara não ter de examinar, como autoridade superior, a escripturação e contabilidade; e que este exame se dirige a descobrir nellas a existencia e provas de novos crimes.

« Sendo ouvido o Procurador Fiscal sobre esta nova

insistencia do actual Juiz de Direito, foi elle de parecer, com data de 7 do corrente mez de Março, que fossem satisfeitas as exigencias do Juiz de Direito, pelos termos razoaveis a que agora erão reduzidas.

« Com este parecer conformou-se o contador geral e o inspector geral tambem com elle concordou, menos em se negar credito e fê aos calculos e contas correntes da Contadoria Geral de Revisão e em se admittirem peritos de fóra, para verificarem a exactidão desses mesmos calculos e contas.

« Nesse estado da questão, mandou Vossa Magestade Imperial que as secções de Fazenda e Justiça consultassem sobre a materia.

« As secções, sem entrar no exame das differenças que se possão notar entre as exigencias de um e outro juiz, considerão duas questões no facto que occorreu: 1ª, se o Juiz de Direito para formar o processo tem o direito de examinar os livros do Thesouro na parte relativa ao mesmo processo, nomeando peritos para esse exame, ou se, no caso de ser este necessario, deve ser feito por empregados nomeados pelo presidente do Thesouro; 2ª, se tendo o juiz de direito de instituir esse exame com peritos de nomeação sua, pôde este estender-se á escripturação e contabilidade.

« Quanto ao primeiro ponto, parece dever-se resolver affirmativamente. Obrigado o juiz a formar opinião sua, e a baseal-a em sua sentença, sobre a existencia do crime e seu autor, tem incontestavelmente o direito de examinar por si tudo quanto possa concorrer para o esclarecer sobre a materia que tem de julgar; e consequentemente o de nomear aquelles que o devem assistir naquelle acto.

« Exames instituidos por autoridade de outra natureza e por pessoas da escolha destas, comquanto a outros respeito gozem de inteira fé em juizo, não se pôde todavia dizer que tenham a força de levar a convicção aos espiritos do modo que é mister ao juiz. Para se dispensar o exame do juiz e por peritos seus, é necessario que a Lei admitta certos factos como indicativos de crime; mas então não se faz necessaria a convicção intima do julgador: a autoridade da Lei suppre a isso. Mas

esses casos, como excepcionaes, não se presumem, é necessario que sejam expressos.

« Quanto ao segundo ponto, parece tambem ás secções que não se pôde negar ao juiz o direito de examinar a contabilidade e escripturação. As mesmas razões, que sustentão a opinião das secções quanto ao primeiro ponto, servem para resolver o segundo.

« Se as partes exigirem esse exame ou se o juiz *ex officio* o julgar necessario, para se inteirar do crime e do seu autor, não se lhe pôde negar esse meio de descobrir a verdade.

« Casos pôde haver em que se duvide da exactidão dessa escripturação, e então forçoso é sujeital-a a exame. Se o juiz nesse acto exceder a sua alçada, se fizer mais do que lhe cumpre, ingerindo-se na administração do Thesouro e tomando conhecimento do que é administrativo, o Governo o fará entrar em seus deveres, resolvendo, como lhe compete, o conflicto que possa apparecer. Mas só porque elle pôde abusar dessa faculdade, estendendo o exame além dos termos para que está autorizado, só por isso ser-lhe vedado inteiramente investigar por si o crime e obrigar-o a estar por informações de autoridade estranha, é violentar-lhe a consciencia, e circumscrever-lhe os meios de convicção.

« As secções concordão com o Procurador Fiscal em que na censura da escripturação e contabilidade não se deve introducir outra autoridade que não seja o Governo; isto certamente é administrativo, e como tal fóra da alçada da justiça. Mas não é disto de que se trata.

« No caso presente, o primeiro juiz não expressou em seu despacho os termos em que queria examinar a escripturação; o segundo, porém, á vista das duvidas que se tinham levantado, declarou que só queria verificar o crime e reconhecer a existencia de novos, sem pretender examinar, como superior, os livros e a escripturação do Thesouro em geral. Admittido, portanto, o exame na escripturação e contabilidade, tanto quanto se faz necessario para investigação do crime, deve o juiz abster-se de tomar conhecimento da parte administrativa.

e do que é da competencia do Ministro da Fazenda; e, quando haja algum conflicto, ao Governo toca decidir.

« Por todas estas razões as secções conformão-se com o parecer do conselheiro de Estado Procurador Fiscal, de 7 do proximo mez de Fevereiro, cumprindo declarar-se ao juiz que, se no exame a que tem de proceder, apparecer alguma questão administrativa, deverá recorrer ao Governo para a resolver.

« As secções pedem licença a Vossa Magestade Imperial para fazer mais as seguintes observações.

« Dos papeis que forão examinados consta que, tendo o juiz de direito ordenado o exame nos livros do Thesouro, marcou elle mesmo o dia em que deveria ter logar, sendo o promotor publico quem se dirigio ao Ministro com a requisição constante do despacho; assim como que, tendo elle nomeado para perito a um empregado de outro Ministerio, foi-lhe intimada a nomeação pelo escrivão, sem que isso fosse communicado ao respectivo Ministro.

« As secções parece menos regular semelhante pratica, se é que ella está introduzida. É mais conforme com o serviço publico e mais consentaneo com o respeito que as autoridades devem guardar para com as que lhes são superiores, que em taes casos os juizes se dirijão directamente aos respectivos ministros a quem devem representar as diligencias que são necessarias a bem da justiça, pedindo-lhes dia para ellas se effectuarem, para que estes, marcando-o, ordenem ás repartições, que lhes são subordinadas, que a ellas se prestem.

« Constituidas cada uma das repartições debaixo de autoridades especiaes, seria um transtorno de toda a ordem que, sem sciencia e consentimento destas, fossem outras estranhas exercer acto de jurisdicção no recinto de cada uma daquellas.

« Além da perturbação dos trabalhos, uma semelhante pratica daria logar a muitos conflictos, que convém evitar. Pela mesma razão, quando seja necessaria a presença de algum empregado publico fóra da sua repartição, para qualquer acto de justiça, cumpro que o juiz se dirija directamente ao respectivo ministro com a competente requisição, para que este, sendo sabedor da

ausencia que elle tem de fazer, possa dar as providencias necessarias para que não soffra o servigo.

« Senhor, queira Vossa Magestade Imperial acolher este parecer com sua costumada benevolencia.

« Rio de Janeiro, 31 de Março de 1847.— *Visconde de Olinda.*
— *Visconde de Abrantes.* — *Honorio Hermeto Carneiro Leão.* —
Manoel Alves Branco. — *Castano Maria Lopes Gama.* — *Bernardo Pereira de Vasconcellos.* »

RESOLUÇÃO.

« Na suprema direcção e fiscalisação da receita e despesa regulando a administração, arrecadação e contabilidade da Fazenda Nacional, nos termos dos arts. 6º, §§ 1º e 3º, e 17, 25 e 27 da Lei de 4 de Outubro de 1831, não póde ingerir-se autoridade estranha, de qualquer classe ou graduação que seja. Esta disposição, porém, não inhiibe que nos processos criminaes, á requisição dos juizes competentes, se possam permittir novos exames ou quaesquer esclarecimentos, commettendo-os a empregados do Thesouro ou a outros peritos propostos pelos juizes criminaes.

« Nas diligencias que os juizes a bem da justiça tenham de fazer nas repartições subordinadas ao Governo, deverão taes juizes dirigir-se directamente aos respectivos ministros ou presidentes de provincia, pedindo-lhes dia para ellas se effectuarem; e estes, marcando-o, ordenarão ás repartições, que lhes são subordinadas, que a ellas se prestem. Igualmente, sempre que seja necessaria a presença de algum empregado publico fóra da sua repartição, para qualquer acto de justiça, cumpre que o juiz se dirija directamente ao respectivo ministro ou presidente de provincia, com a competente requisição, para que este dê as providencias necessarias a não soffrer o serviço. (*)

« Paço na cidade de Campos, 16 de Abril de 1847.— Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador. — *Antonio Francisco de Paula e Hollanda Cavalcanti de Albuquerque.* »

(*) Decreto n. 512 de 16 de Abril de 1847. — Fixa a maneira pela qual os juizes criminaes se devem dirigir nos processos de empregados do Thesouro Publico Nacional, e outras providencias ácerca das diligencias de justiça nas repartições publicas.

Sendo a prisão administrativa, de que trata o Decreto de 5 de Dezembro de 1849, uma disposição consagrada nos caps. 33 e 159 do Regimento da Fazenda, no cap. 74 do Regimento dos Contos, na Lei de 22 de Dezembro de 1761, e no Alvará de 28 de Junho de 1808, já se deixa vêr que o citado Decreto e o de 20 de Novembro de 1850, não fizeram senão reproduzir o que se achava estabelecido sobre este assumpto na antiga legislação, e regular o modo pratico de fazel-o executar pelas novas autoridades fiscaes.

Assim o entendeu tambem a Lei de 17 de Setembro de 1851, a qual no art. 36 declarou applicaveis as disposições do Decreto de 1849 e a do § 4º do art. 2º do de 1850 a todos os responsaveis por dinheiros e valores do Estado, qualquer que fosse a repartição a que pertencessem; e fez tambem extensiva a pena de prisão administrativa aos que não apresentassem os livros, contas e documentos de sua gerencia nos prazos que lhes fossem marcados. (Consulta da secção de Fazenda do Conselho de Estado de 20 de Fevereiro de 1856.)

No intuito de dar força e prestigio ás disposições citadas, fôra expedida a Ordem de 29 de Dezembro de 1851, concebida nos seguintes termos: « O Presidente do Tribunal do Thesouro Nacional, tendo presente o officio do Sr. Inspector da Thesouraria da Provincia da Bahia, datado de 4 do corrente, no qual participa que, tendo conseguido, dep'is de muitas diligencias improficuas, a prisão administrativa do ex-Collector das Rendas Geraes da cidade da Cachoeira, Francisco Peixoto Mascarenhas, alcançado para com a Fazenda, por conservar em si algumas arrecadações que fez, fôra elle mandado soltar pela Relação a que recorrêra, com o fundamento de estar bem garantida a divida com os sequestros feitos em seus bens e dos fidejussores; e que, sendo novamente preso por se achar compromettido com a cobrança de certa precatoria, que lhe fôra enviada no tempo de seu exercicio, de que não havia dado contas, requerêra *habeas corpus* á Relação, que lhe deferio e o fez soltar; declara o mesmo Sr. Inspector, *que taes actos e decisões da Relação são manifestamente*

injuridicos, irregulares e praticados com offensa da independencia das autoridades administrativas encarregadas da administração da Fazenda, no exercicio de suas attribuições, entre as quaes se comprehende a de determinar a prisão contra os responsaveis remissos ou omissos, até pleno embolso da Fazenda Nacional ou até quando o julguem preciso, como é estabelecido, além de outras, nas disposições do Alvará de 28 de Junho de 1808, do Decreto de 5 de Dezembro de 1849, do de 20 de Novembro de 1850 e do art. 36 da Lei de 16 de Setembro deste anno, exercicio que as autoridades judicarias devem respeitar, abstendo-se de os embarçar e empecer; e ordena ao Sr. Inspector que, se o dito ex-Collector ainda não estiver desonerado de suas responsabilidades para com a Fazenda, pela prestação das contas e pagamento da divida, o faça intimar para no prazo que lhe designar, effectuar a prestação das contas e pagamento do que dever; e na sua falta o dene novamente a prisão, na conformidade das sobreditas disposições; e se elle porventura recorrer á Relação ou qualquer outra autoridade judicial, o represente sem demora ao Presidente da Provincia, a quem nesta data se recommenda a vigilancia sobre este objecto para, proceder nos termos do Regulamento de 5 de Fevereiro de 1842, arts. 24, 25 e 26.»

O Aviso n. 128 de 28 de Março de 1856, fundando-se nos principios estabelecidos na consulta do Conselho de Estado de 13 de Fevereiro, já transcripta no Capitulo XIV, declara: « Que, tendo o Decreto de 5 de Dezembro de 1849, cujas disposições se achão consagradas nos Caps. 33 e 159 do Regimento de Fazenda, no Cap. 74 do Regimento dos Contos, na Lei de 22 de Dezembro de 1761 e no Alvará de 28 de Junho de 1808, bem como o § 4º do art. 2º do Decreto de 20 de Novembro de 1850 e art. 36 da Lei de 17 de Setembro de 1851, dado ao Thesouro a faculdade de ordenar a prisão não só dos Thesoureiros, Recebedores, Collectores, Contractadores e Rendeiros, remissos e omissos em fazer as entradas dos dinheiros publicos a seu cargo, como tambem os mais responsaveis por dinheiros e valores do Estado, que não apresentarem no devido tempo os livros, contas e documentos

de sua gerencia, é claro que ás autoridades judiciasrias não compete tomar conhecimento ou intervir no exercicio dessa attribuição, que a Lei conferio ás administrativas, as quaes são sem duvida as unicas competentes para deliberarem se a prisão (que não cessa pelo pagamento da divida, provado perante a autoridade judiciaria, que a tiver feito em virtude de deprecada da autoridade administrativa), póde ou não ser relaxada. »

Finalmente, o importante Aviso n. 362 de 4 de Agosto de 1862, expedido pelo Ministerio da Fazenda, claro e terminante, assim se expressa: « Em officio n. 79 de 15 de Abril de 1859 relata essa presidencia ao Governo Imperial: 1º, que o ex-thesoureiro da repartição das Obras Publicas Provinciaes, José Marcellino Alves da Fonseca, ficara alcangado no cofre a seu cargo; 2º, que, reconhecendo-se ser o dito alcance consequencia do extravio dos dinheiros publicos por meio de falsificação de alguns documentos de despeza, mandou essa presidencia responsabilisar aquelle empregado, que foi pronunciado pelo Juiz de Direito da 1ª vara nos arts. 129 § 8º e 170 do Codigo Criminal; 3º, que o mesmo empregado interpoz recurso de sentença de pronuncia para a Relação do districto e obteve provimento; 4º, que, havendo-se nesse *interim* liquidado o alcance na importancia de 14:655\$599, o Inspector da Fazenda Provincial nos termos do art. 5º do Decreto n. 657 de 5 de Dezembro de 1849, adoptado para a Administração Provincial pelo Regulamento de 3 de Agosto de 1852, marcou ao alcangado o prazo de 15 dias para recolher aos cofres a importancia do referido alcance e requisitou ao Chefe de Policia a prisão administrativa do mesmo alcangado; 5º, que, effectuada a prisão, o paciente recorreu a essa presidencia que, ouvindo o parecer do Conselheiro Presidente da Relação do districto, de conformidade com o mesmo parecer mandou relaxar o recorrente da prisão; 6º, que o parecer do Presidente da Relação, com o qual se conformou, fundara-se em que o provimento que aquelle Tribunal dera ao recurso do ex-thesoureiro, em virtude do qual ficou sem effeito a pronuncia contra elle decretada, importava livramento, segundo a doutrina do Aviso n. 41 de 17 de Julho de 1843,

e, portanto, que, não só á vista da disposição do art. 6º do citado Decr to de 5 de Dezembro, mas também em face da generica disposição do art. 327 do Código do Processo Criminal e do art. 179 § 12 da Constituição Política do Imperio, não podia ter logar a segunda prisão pelo mesmo facto; 7º, finalmente, que, convinlo firmar uma regra acerca deste objecto, consulta a este Ministerio para dar a sua decisão sobre elle.

« Posto que o negocio de que se trata seja provincial e pertença á Assembléa Legislativa dessa provincia approvar ou desapprovar o acto dessa Presidencia e estatuir o que lhe parecer justo sobre o assumpto, guardadas as limitações prescriptas no Acto Addicional; todavia, para evitar que o facto de que se trata, acontecido com relação á Fazenda Provincial, se reproduza com relação á Fazenda Nacional, cujos interesses ficariam por este modo compromettidos, declaro a V. Ex. que são insubsistentes os fundamentos do citado parecer, com o qual essa Presidencia se conformou para mandar relaxar da prisão administrativa o thesourreiro alcançado nos dinheiros a seu cargo.

« Primeiramente, a prisão administrativa imposta aos responsaveis como meio coercitivo para os obrigar a indemnizarem mais promptamente a Fazenda Publica dos valores confiados á sua guarda, não tem character algum judicial e é um acto puramente administrativo, competindo por isso sómente á autoridade que a requisitar, a attribuição de mandado cessar ou por achar-se paga a Fazenda ou por qualquer outro motivo que a torne necessaria. (Aviso n. 301 de 29 de Dezembro de 1851.)

« Essa Presidencia, pois, não deve determinar a soltura do ex-thesourreiro alcançado, salvo se na qualidade de suprema autoridade na provincia entendesse, em vista de provas produzidas pelo detento e depois de ouvido o Inspector da Thesouraria, que este obrara irregular e abusivamente. Isto, porém, não se deu. A despronuncia em razão de recurso não importa decisão acerca do facto criminoso imputado ao pronunciado, e da qual resulte ficar elle innocentado, assim como também a mera pronuncia não importa declaração de ser elle o verdadeiro criminoso: uma ou outra cousa só faz a sentença final em

processo convenientemente discutido, em que as provas de innocencia ou criminalidade são devidamente pesadas.

« A sentença da despronuncia, portanto, quer proferida no juizo formador da culpa, quer no juizo superior, importa sómente declaração de insufficiencia da prova até alli existente, ficando retirar de sobre o accusado as suspeitas de eri inalidade que contra elle existião. Isto, porém de nenhum modo veda ao Juiz de tomar conhecimento de quaesquer provas, que de novo se lhe offereção, e no caso de serem sufficientes, lavrar nova sentença de pronuncia contra o accusado já uma vez despronunciado, e podend essas provas ser tão procedentes que possão dar logar á condemnação. Estes principios, apoiados na mais sã jurisprudencia, estão consignados nas Disposições do art. 149 doCodigo do Processo, combinado com os arts. 144, 145 e 329, conforme explicou o Aviso de 9 de Fevereiro de 1838, e n. 396 de 27 de Dezembro de 1855.

« Assim, pois, é incontestavel que, quando mesmo a prisão administrativa importasse novo procedimento criminal contra o Thesoureiro nada obstava a que ella fosse effectuada, porquanto, não havendo sido absolvido e sómente despronunciado, poderia ter logar novo procedimento. O art. 179 § 12 da Constituição e o art. 327 doCodigo Criminal referem-se a processos findos e sobre que tenha havido sentença definitiva, passada legitimamente em julgado, e sempre tem sido esta a intelligencia dada a taes disposições. O fundamento que se procurou deduzir do art. 6 do Decreto de 5 de Dezembro de 1849, é de todo insubsistente, pois que, dispondo este artigo a *contrario sensu*, que a prisão cessará no caso de não haver pronuncia, era preciso que a detenção administrativa se houvesse dado, que o processo tivesse sido consequencia dessa detenção, para que a falta de pronuncia pudesse operar a cessação de que trata o dito artigo. Não se dá rão, porém, essas circumstancias; não procede, portanto, o argumento, porque não é licito antepôr o effeito á causa.

« Ainda quando a despronuncia no caso em questão importasse ab olvimento, e que por isso estivesse julgado definitivamente que o Thesoureiro não commettêra o crime de

prevaricação ou de peculato previsto no art. 129 § 8º e art. 170 do Código Criminal, a consequencia seria que elle não podia ser novamente processado por esse crime, em relação ao facto da falsificação dos documentos, que servio de base áquelle primeiro procedimento, mas isto não destróe por nenhum modo o facto material da existencia do alcance, não absolve o thesoureiro da responsabilidade que lhe resulta deste facto, não obsta por fórma alguma que o Inspector da Thesouraria dê execução ás disposições do Decreto n. 657 de 5 de Dezembro de 1849, e que, verificada a hypothese dos arts. 5º e 6º desse Decreto, seja o mesmo Thesoureiro processado pelos crimes em que houver inorrido, pelo facto de não entregar no prazo marcado a importancia do alcance liquidado.»

Em virtude dos principios expostos e das disposições citadas, tendo o Ministerio da Agricultura decretado a prisão contra o caixa da estrada de ferro D Pedro II, e interpondo este, recurso de *habeas corpus*, não conhecêrão d'elle a Relação da C rte (Accórdão de 8 de Fevereiro de 1867) nem o Supremo Tribunal de Justiça. (Accórdão de 13 do reterido mez e anno — *Supplemento do Manual do Procurador dos Feitos*, § 372).

Em sustentação dos principios que defendemos citamos tambem a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, negando *habeas corpus* a Manoel Frederico, preso civilmente por ter assignado termo de depositario porquanto, *tratava-se de um depositario ao pé do juizo* deixando-se *ipso facto* de ouvir o juiz que decretou a prisão. (*Diario Official* de 7 de Maio de 1874, n. 112.)

Entretanto se tem entendido que em face do art. 18 da Lei de 20 de Setembro de 1871 ficou derogada a Ordem do Ministerio da Fazenda de 25 de Dezembro de 1851, podendo-se conceder *habeas corpus* aos responsaveis administrativamente presos. Apesar da autoridade dos que assim interpretão a Lei de 20 de Setembro de 1871, entendemos que semelhante Lei não alterou a legislação fiscal, a jurisprudencia administrativa, porquanto seria confundir as jurisdicções, o que causaria manifesta usurpação de attribuições, desequilibrio e desharmonia, tanto mais quanto *entre as autoridades judicarias e administrativas não ha relação de superioridade ou inferioridade hierarchica.*

Tambem para demonstrar que o disposto na Lei de 20 de Setembro de 1871 não alterou os principios até então estabelecidos pelo Decreto n. 657 de 1849, chamamos a attenção para o que dispõem a Ordem e o Aviso de 22 de Novembro de 1871, que declaram: « A autoridade judicial incompetente para relaxar da prisão o individuo que tenha sido recolhido por ordem ou á requisição da autoridade administrativa, e que o Chefe de Policia não podia mandar soltar o Thesoureiro, que fôra preso em execução e de conformidade com o disposto nos arts. 2º e 3º do Decreto n. 657 de 5 de Dezembro de 1849. »

E finalmente convém attender para o que a este respeito diz muito judiciosamente a consulta do Conselho de Estado, secção de Fazenda, de 20 de Fevereiro de 1856: « Se nossa legislação fiscal dá ao Thesouro a faculdade de ordenar a prisão dos Thesoureiros, Recebedores, Collectores, Contractadores e Rendeiros, quando forem remissos ou omissos em fazer as entradas dos dinheiros publicos a seu cargo, e se demais tal attribuição não tem nem pôde ter por fim, senão ministrar ao poder administrativo um meio de cumprir o dever, que lhe cabe, de arrecadar a renda do Estado e tomar contas aos ditos responsaveis, claro parece que ás autoridades judicias não compete tomar conhecimento ou intervir no exercicio dessa attribuição, porque aliás ficar-lhes-hia o direito de embaçar e impedir os effeitos de uma providencia, que a lei julgou indispensavel para o exacto cumprimento dos deveres do poder administrativo.

« Reconhecer nas autoridades judicias o direito de fazer cessar a detenção administrativa, ainda que seja á vista de apresentação de documentos com que o responsavel pretenda provar o pagamento da divida que houver determinado tal detenção, é fazel-as intervir no exame e apreciação de questões que são da exclusiva competencia do poder administrativo, porque isso importaria dar-lhes o direito de decidir se o preso está ou não quite com a Fazenda Nacional, e não haveria razão para negar-se lhes o mesmo direito em muitos outros casos. »

XLVII.

É sem duvida curiosa a observação feita por Blackstone a respeito das velhas leis da Inglaterra, que bem se pôde applicar sempre que entre nós se tentão novidades na velha jurisprudencia, incarnada nos nossos costumes, e que a sabedoria dos nossos antepassados approvou e tem sido observado: « Todas as vezes que as velhas leis de que se não sabia dar a razão foi alguma dellas em evidente necessidade revogada, a sabedoria dessa lei se ha feito conhecer para diante, pelos inconvenientes que da innovação resultarão. »

Estas reflexões se podem muito bem applicar ao art. 18 da Lei de 20 de Setembro de 1871, que dispõe: « Os Juizes de Direito poderão expedir ordem de *habeas corpus* a favor dos que estiverem illegalmente presos, ainda quando o fossem por determinação do Chefe de Policia ou de qualquer outra autoridade administrativa, e *sem exclusão dos detidos a titulo de recrutamento*, não estando ainda alistados como praças no exercito ou armada.

« E a superioridade de gráo na ordem da jurisdicção judiciaria é a mesma que limita a competencia da respectiva autoridade em resolver sobre as prisões feitas por mandado das mesmas autoridades judiciaes. »

O Aviso de 22 de Janeiro de 1873, expedido pelo Ministerio da Justiça ao Presidente de Pernambuco, augmentou a confusão, porquanto diz: Com o officio de 19 de Novembro do anno proximo passado o antecessor de V. Ex. remetteu cópia do que lhe di igira o Juiz Especial do Commercio da capital dessa provincia, informando que, depois de ter expedido uma ordem de *habeas corpus* a favor de Alexandre Ramos de Oliveira, que fôra preso como recruta e não estava ainda com praça, se reconheceu incompetente, visto achar-se o mesmo recruta na capitania do porto á disposição dessa p esidencia.

« Em respo ta declaro a V. Ex. para seu conhecimento e

para fazer constar áquelle magistrado, que, tendo a Lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871, no art. 18, conferido expressamente aos juizes de direito a attribuição de conceder *habeas corpus*, no caso de que se trata, cumpria-lhe tornar effectiva a sua ordem, requirindo a apresentação do paciente e todos os esclarecimentos que fossem necessários. »

Não resta duvida de que a disposição do art. 18 da Lei de 20 de Setembro, estabelecendo os principios para a concessão de *habeas corpus*, á primeira vista fascina, mas, diante da analyse attenta e fria, logo mostra a improcedencia de sua doutrina, a incompatibilidade de sua applicação. O legislador, preocupado de suas idéas, não vê senão generalidades, sabem estas ao campo da pratica, encontra-se o vacuo, apalpa-se-lhe o defeito, e a nova Lei não regula nada ou desregula tudo; no direito pratico é que está o ponto

Assim, pois, deixando as theorias e passando á realidade, procuraremos basear a nossa argumentação em factos, estudando a disposição do art. 18 da citada Lei em seus resultados praticos, procurando evitar confusões e declamações. Principiaremos pela consulta da secção de Justiça do Conselho de Estado de 16 de Abril de 1873, que assim se expressa:

« Mandou Vossa Magestade Imperial que a secção de Justiça do Conselho de Estado consulte s bre os papeis juntos, em que o Juiz de Direito da 2ª vara da capital da Provincia do Pará representa, e o vice-presidente da conta dos motivos por que ordenou ao commandante do corpo de policia que sobrestivesse na execução de uma ordem de *habeas corpus*, requerida e expedida a favor de um certo Ignacio da Costa, que fôra recrutado e alistado no mesmo corpo.

« O conselheiro director geral da secretaria expõe e opina:

« Dos papeis juntos vê-se que o Juiz de Direito da 2ª vara da capital do Pará expedio ordem de *habeas corpus* a favor de um cidadão, que, tendo sido recrutado, estava detido no quartel do corpo de policia; que, antes de intimada a ordem, mas, no dia seguinte, mandou o vice-presidente da provincia abrir praça ao paciente no mesmo corpo, e que se suspendes e na

execução de outra ordem, que depois foi requerida e concedida.

« O individuo de que se trata, diz elle em officio n. 90 de 22 de Janeiro, não estava detido para recrutamento, já estava alistado no corpo de policia; já havia contrahido um compromisso com o governo da provincia, para servir por um certo numero de annos, e só podia ser desligado do corpo, ou completando o tempo de serviço, ou tendo baixa por incapacidade, ou por ordem da presidencia.

« A 30 do mesmo mez o Juiz de Direito remetteu a esta secretaria cópia de uma representação, que dirigira ao Supremo Tribunal de Justiça. Della consta que Ignac o da Costa, o paciente, fôra preso por ordem do subleogado do districto do Rio Capim. É o que prova o documento n. 2 junto á representação; eil-o :

« Certifico que o cidadão Ignacio da Costa, de que trata o supplicante, *foi preso* pelo delegado do Capim *para recrutar*, e como tal se acha á disposição do Exm. Sr. presidente da provincia. Mandeí passar a presente em virtude do despacho supra. Secretari de policia do Pará, 11 de Janeiro de 1873. — O secretario, *Bernardino de Senna Lameira.* »

« Á vista deste documento, foi expedido ao commandante do corpo de policia um mandado de *habeas corpus*. O dia 12 era domingo, e, sendo intimado a 13 pelas 7 horas da manhã, foi devolvido ao escrivão Marcellino Marques de Lima ás 4 horas da tarde, com o seguinte recado do capitão fiscal do corpo. (Documento n. 3).

« Illm. Sr. Capitão Lima. — O homem de que trata o *habeas corpus*, que V. S. hoje deu-me *pela manhã*, está com praça neste corpo *desde hontem*; e por isso devolvo-lhe o mandado. O presidente da provincia póde mandar dar baixa, *quando haja quem por elle interceda*. Recado do seu amigo e criado. — *Antonio do O'.* »

« A 18 de Janeiro, o bacharel Pedro Chermont Miranda, o mesmo que havia requerido ordem de *habeas corpus*, a favor de Ignacio da Costa, requereu novo mandado, visto como, embora já com praça, o paciente *não estava alistado no exercito*

ou na armada; e, além disto, tendo chegado a 10, abriu-se-lhe praça a 12 *sem se lhe conceder o prazo de oito dias pelo menos*, que aos recrutados é marcado no Regulamento n. 2171 do 1º de Maio de 1858, para allegarem e provarem qualquer isenção que tenham. Foi despachado esse requerimento, mandando-se passar nova ordem de *habeas corpus* para que o paciente fosse apresentado no dia 22 pelas 9 horas da manhã. (Documentos ns. 4, 5, e 6)

« A esta ordem respondeu o commandante que o paciente já não se achava detido, mas era praça do corpo. (Documento n. 7). A 21 o commandante dirigio ao Juiz de Direito a seguinte comunicação: « Cumpro-me declarar a V. S. em resposta ao seu officio desta data, que o Exm. vice-presidente da provincia *araba de me determinar que eu suspenda a execução da ordem de V. S. relativa ao soldado deste corpo Ignacio da Costa, até ulterior deliberação do Governo Imperial.* »

« O documento n. 9 é o interrogatorio feito ao mesmo commandante chamado á presença do Juiz de Direito. — Ahi, — perguntando por que motivo deixou de cumprir a ordem de *habeas corpus*, passada a favor de Ignacio da Costa:

« Respondeu que, sendo-lhe intimado no dia 19 do corrente, ás 2 horas da tarde, pelo escrivão Lima, um mandado de *habeas corpus*, para ser apresentado na audiencia do Dr. Juiz de Direito da 2ª vara, que devia ter logar hontem ás 9 horas da manhã, o detento Ignacio da Costa, declarou em officio de 20, sob n. 15, ao mesmo Dr. Juiz de Direito que esse individuo não se achava detido no quartel de policia, mas é praça do mesmo corpo desde 12 tambem do corrente.

« Que sendo-lhe determinado de novo em 21 pelo Dr. Juiz de Direito que, não obstante a declaração constan e do officio n. 15, *fizesse apresentar* o soldado Ignacio da Costa na audiencia marcada, por isso que os corpos policiaes não se achão comprehendidos na excepção do art. 18 da Lei de 20 de Setembro de 1871, consultara, como devia, ao Exm. vice-presidente sobre a execução da ordem do Sr. Dr. Juiz de Direito, e S. Ex., em resposta, dirigio a elle respondente o officio que apresenta e pede seja junto a estes autos.

« Perguntado se Ignacio da Costa veio recrutado ou engajado:

« Respondeu que recebera ordem da presidencia no dia 11 do corrente para lhe assentar praça.

« Perguntado por que motivo não deu cumprimento ao art. 21 do Regulamento n. 2171 do 1º de Maio de 1858, que ordena que antes dos recrutados jurarem bandeira se inquiria se têm algumas das isenções comprehendidas nas Instrucções de 11 de Junho de 1822 e manda marcar-lhes o prazo de oito a 15 dias, caso a resposta seja affirmativa para apresentarem provas de sua isenção:

« Respondeu que, tendo o corpo de policia regulamento proprio e não constando d'elle igual ou semelhante disposição, nem lhe sendo determinado pela presidencia que executasse ou fizesse executar o dito Regulamento, *por isso deixou de cumpril-o.*

« Perguntado se na policia ha praças *recrutadas* em virtude da Lei.

« Respondeu que, se bem que o Regulamento *só trate de praças voluntarias ou contractadas*, contudo no Corpo de Policia têm sido sempre alistadas praças *recrutadas em virtude de ordem da presidencia* »

« Transcrevo em seguida o officio apresentado pelo commandante e sua delessa:

« Palacio do Governo do Pará, 21 de Janeiro de 1873, 2ª secção.— Accuso recebido o officio que Vm. me dirigio em data de hoje, em que me consulta se deve cumprir as ordens que lhe foram dadas pe o Juiz de Direito da 2ª vara desta capital, determinando-lhe que fizesse effectiva a ordem de *habeas corpus*, que elle concedeu á praça desse corpo, Ignacio da Costa.

« Em resposta cumpre-me dizer-lhe que, não se tratando de constrangimento illegal, visto que o individuo não está preso e *já se acha* com praça nesse corpo, *não pôde* o Juiz de Direito sob *qualquer fundamento* conceder-lhe ordem de *habeas corpus*. Vm. deve saber que as praças do corpo de policia *só podem* ser desligadas *por ordem* do presidente da provincia, que é a *unica autoridade* competente para conceder baixa do serviço, e, importando uma ordem de *habeas corpus*, nas circumstancias actuaes, quando o individuo já é soldado e contrahio um solemne compromisso

com o governo da provincia, em um desligamento do corpo ou baixa do serviço, o Juiz de Direito *usurparia*, nesta hypothese, as attribuições da presidencia.

« Se o individuo de que se trata estivesse preso para recrutamento, seria applicavel a disposição do art. 18 da Lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871, citada pelo Dr. Juiz de Direito no officio que dirigio a Vm. e por cópia » e foi transmittido; mas, tratando-se de um cidadão que é soldado de um corpo e que não pôde sahir d'elle legalmente, ou quando completar o tempo de serviço, ou tendo baixa por ordem da presidencia, *aquella disposição da Lei nenhuma applicação pôde ter no caso vertente.*

« Em vista destas razões, determino-lhe que suspenda a execução da ordem do Juiz de Direito até que o Governo Imperial, a quem vou submeter a presente questão, resolva sobre ella. Deus guarde a Vm.— *Barão de Santarém.*—Sr. major commandante do Corpo de Policia Paraense.»

« Desta larga exposição se infere que Ignacio da Costa foi recrutado pelo subdelegado de policia do Capim e remettido preso ao Chefe de Policia; que ainda se achava detido no quartel do Corpo de Policia, quando o Juiz de Direito concedeu a seu favor, conforme lhe fôra requerido, uma ordem de *habeas corpus*, expedida ao commandante do mesmo corpo; que no dia seguinte o vice-presidente mandou que o cidadão preso para recruta fosse alistado como praça de policia e que se suspendesse a execução de outra ordem requerida e concedida quando o paciente já era praça.

« Tem sido muito discutido se o recrutamento é meio legal de preencher os corpos de policia. A Resolução Imperial de 26 de Setembro de 1851, tomada sobre consulta da secção do Imperio do Conselho de Estado, declarou que a Assembléa Provincial do Piahy, decretando o recrutamento na Lei 266 de 1850, se arrogara attribuição privativa do Poder Legislativo. A outra Resolução, a de 27 de Dezembro do mesmo anno, contém igual doutrina expedida em relação á Lei n. 95 de 1800 do Rio Grande do Sul. Sob representação da Assembléa Legislativa desta provincia, a commissão das Assembléas Provincias do Senado tomou conhecimento do assumpto e offereceu a 19 de Maio de 1854 um parecer, concluindo que as Assembléas

Provinciaes podem decretar que se proceda a recrutamento segundo as leis existentes. Esse parecer, porém foi rejeitado no dia 2 de Junho seguinte. (Visconde de Uruguay. *Estudos práticos*, § 483.)

« Elle bem deixa vêr que a opinião mais favoravel ao recrutamento, como meio de preencher os corpos de policia, é que se o póde fazer sómente quando autorizado por Lei provincial e conforme e dentro das prescripções e clausulas das leis geraes. Mas Ignacio da Costa foi recrutado e remettido para a capital da provincia, onde, tendo chegado a 10 de Janeiro, teve praça a 12 ou 48 horas depois. Não se lhe marcou o prazo que a todo o recruta é concedido para allegar e provar isenção, conforme o Regulamento n. 2171 do 1º de Maio de 1858, arts. 21 e 22. E podia ser esse individuo recrutado para praça do corpo de policia do Pará ?

« Certamente que não, porque o recrutamento não era medida consignada em Lei alguma da provincia ; era um arbitrio e só arbitrio das autoridades administrativas ! O regulamento, que o commandante não cumpre, porque o presidente não lh'o tem ordenado, é o do 1º de Janeiro 1849. No capitulo seguinte trata do alistamento feito por engajamento ou contracto, unicos meios que elle reconhece, conforme attesta o mesmo commandante. Eis suas principaes disposições :

« Art. 9.º Serão alistados no corpo provincial de caçadores de policia individuos com 18 annos de idade até 36, de boa morale que tenham a robustez necessaria.

« Art. 10. Serão admittidos como voluntarios ou contractados os cidadãos brasileiros, que assim se offerecerem, tendo os requisitos exigidos no artigo antecedente. »

« A Lei provincial n. 458 de 22 de Outubro de 1864 dispõe igualmente no art. 5º o seguinte: « As praças de pret serão contractadas por um engajamento de tres a seis annos. O commandante do corpo remetterá no primeiro dia de cada mez uma relação das praças que houverem concluido o tempo, e o presidente da provincia ordenará immediatamente a sua baixa, independente de requerimento. As praças que tiverem sido engajadas por seis annos e que findo este prazo, se

contractarem de novo, será abonado mais um vencimento igual ao soldo. »

« Não consta destes papeis que essa disposição fosse revogada. O testemunho do commandante deixa ver que o recrutamento tem sido expediente abusivo e violento e empregado pelos presidentes de provincia. É o presidente quem manda fazer o alistamento, como prescreve o art. 17 do citado regulamento — *ibi* ; « nenhum cidadão poderá ser alistado no corpo policial sem ordem do presidente da provincia. »

« Assim, pois, Ignacio da Costa soffreu e soffre um constrangimento evidentemente illegal, quer tenha, quer não tenha isenção legal do recrutamento. E o constrangimento continúa, embora não esteja elle preso. Devêra ter sido posto logo em liberdade, procedendo-se contra o subdelegado do districto do Capim. Quando, porém, o recrutamento fosse um meio autorisado por lei e não arbitrio e offensivo da liberdade individual, como neste caso, não podia de modo algum ser embaraçada a ordem de *habeas corpus*, quer antes quer depois do alistamento.

« A nova lei, em seu pensamento liberal de dar todo o desenvolvimento a esta garantia, autorisa a expedição do mandado de *habeas corpus* até a favor dos detidos a titulo de recrutamento, *não estando ainda alistados como praças no exercito ou armada*. É uma limitação, tratando-se dos detidos a titulo do recrutamento, *que não estejam ainda alistados no exercito ou na armada*.

« Ou os legisladores, o que parece razoavel, não cogitarão que se pudesse recrutar para preenchimento dos corpos de policia, ou autorisarão a expedição de ordem de *habeas corpus* a favor dos alistados nos corpos de policia, se para esse serviço houvessem sido recrutados. As circumstancias que precederão o alistamento de Ignacio da Costa aggravarão o procedimento do administrador da provincia.

« O Juiz de Direito expedira mandado de *habeas corpus* no dia 11, sabbado. No dia 12, domingo, quando ordinariamente não funcionão as repartições publicas, o vice-presidente mandou que se abrisse praça ao recrutado. Ignorava elle a

existencia da ordem concedida pelo Juiz de Direito? Ninguém o acreditará, em uma capital, tratando-se dos primeiros funcionarios della e da provincia, e que se achão em desintelligencia. Que o ignorasse, mas, tanto que o commandante lhe participou a intimação recebida ás 7 horas da manhã do dia 13, era d' ver seu mandar apresentar a praça ao Juiz para tomar conhecimento do constrangimento.

« Faria melhor em r considerar o seu acto e mandar desligar o soldado violentamente alistado, cortando assim por uma pratica que nada pôde justificar, e rendendo ao mesmo tempo a homenagem devida á lei; a uma instituição que a ultima reforma, em seus preceitos claros e terminantes, elevou á altura de verdadeira garantia, podendo ser hoje considerada, como a considera o povo inglez, columna da constituição e efficaz segurança das liberdades individuaes. Em vez disso o vice-presidente foi por diante; ordenou ao commandante que suspendesse a execução do mandado do Juiz de Direito!

« De sua correspondencia sobresahe o designio de consultar a circumstancia principal, o recrutamento anterior. Diz que Ignacio da Costa não se achava preso (Officio de 21 de Janeiro, documento n. 11.) Não importa; seu procedimento não tem base na lei, que foi por elle abertamente violada. Ignacio da Costa deve ser desligado do Corpo de Policia e posto em liberdade, e o acto do vice-presidente não pôde ser approved pelo Governo, que resolverá em sua sabedoria. Directoria geral, 28 de Fevereiro de 1873.—*A. Fleury.* »

« A secção concorda com o conselheiro director geral. Vossa Magestade Imperial ordenará o que fôr mais acertado. Sala das conferencias da secção de Justiça do Conselho de Estado, em 16 d' Abril de 1873.—*Visconde de Nietheroy.*—*José Thomaz Nabuco de Araujo.*—*Visconde de Jaguarý.* »

De conformidade com esta consulta foi pelo Ministerio da Justiça expedido o Aviso de 2 de Agosto de 1873 em que declara: « Que Sua Magestade o Imperador, visto o parecer da secção dos Negocios da Justiça do Conselho de Estado, houve por

bem decidir, que na limitação feita pelo art. 18 da Lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871 á competencia dos Juizes de Direito para concederem *habeas corpus* aos recrutados, sómente se comprehendem os que estiverem com praça no exercito ou armada e não nos corpos policiaes, de que não cogitou a citada Lei, por não ser o recrutamento meio regular de preencher-os.»

Sem querer justificar prisões arbitrarías e mandados arbitraríos, e nem tão pouco innocentar o vice-presidente do Pará, não podemos concordar com a jurisprudencia da consulta do Conselho de Estado, secção de Justiça, reproduzida no aviso citado, em que sómente se attendeu para o facto da prisão e do assentamento de praça no corpo policial, e dos meios empregados para nullificar a ordem de *habeas corpus*, desprezando entretanto o procedimento do Dr. Juiz de Direito, sancionando pelo silencio a reproducção de uma pratica erronea, de subido inconveniente pelos abusos que ella póde dar lugar. Referimo-nos ao facto, praticado pelo Juiz de Direito, de dirigir-se *por meio de mandado* ao commandante do Corpo Policial, *fazel-o vir á sua presença e interrogul-o sobre factos que dizião respeito á administração da provincia*, quanto aos deveres a cargo da mesma administração.

Ha certos principios que não podem ser violados impunemente, e em materias de jurisdicções e competencias não se podem admittir concessões, porque afinal virá a anarchia, que apossar-se-ha pela força, do que era dispensado como graça: haja vista o modo por que no Pará o facto se reproduzio, não mais com uma praça policial, mas sim com uma praça do exercito; estabelecendo-se conflictos, rivalidades entre o Juiz de Direito, o commandante das Armas e o Chefe de Policia, segundo lemos em diversos jornaes.

Ignoramos quaes as medidas tomadas pelo Governo Imperial ácerca de tão grave e desagradavel occurrencia apenas pelo *Diario Official* tivemos conhecimento do Aviso seguinte:

« Ministerio dos Negocios da Guerra.—Rio de Janeiro, 20 de Fevereiro de 1874.

« Illm. e Exm. Sr.—Devendo reunir-se na proxima quarta-feira, ás 11 horas do dia, na secretaria da guerra os membros das

secções de Guerra e Marinha e de Justiça do Conselho de Estado para consultarem sobre a resolução que convenha tomar-se sobre o *habeas corpus* concedido pelo Juiz de Direito da capital do Pará a um recruta com praça no exercito; processo e prisão do commandante do 5º batalhão de artilharia e do official de estado maior ao quartel por terem recusado a entrega do recruta; desarmamento e prisão da escolta de linha que conduzia aquelle recruta, e bem assim sobre a representação que contra o procedimento daquelle Juiz dirigio ao Governo o referido commandante: remetto a V. Ex. os inclusos papeis relativos a esta questão para que se sirva V. Ex., como relator, examinal-os com a possível brevidade e possa emittir sua luminosa opinião naquelle dia.

« Deus guarde a V. Ex. — *João José de Oliveira Junqueira.* — A S. Ex. o Sr. conselheiro de Estado visconde de Muritiba. »

Expedirão-se tambem Avisos convidando para a referida reunião os conselheiros de Estado duque de Caxias, viscondes de Abaeté, Nictheroy e Jaguary e José Thomaz Nabuco de Araujo.

Não resta duvida de que os magistrados ou funcionarios administrativos não podem ser demandados nem civil nem criminalmente por factos relativos ás suas funcções sem authorisação prévia da autoridade superior competente; este principio, acceito e reconhecido como uma garantia de ordem, é applicado a todo o empregado, que *accidentalmente* é agente da administração publica e exerce funcções permanentes, é applicavel áquelles que são depositarios de uma parte da autoridade, obrão em seu nome, fazem parte dos poderes publicos ou são virtualmente associados á acção administrativa do Governo. (Batbie tom. 3º, n. 273, e Cabantous, n. 755.)

É um principio de ordem, é uma garantia para os actos da Administração, que firma-se na theoria constitucional da delegação de poderes: « Que o Governo defere aos seus agentes nos diversos ramos da administração publica, cuja delegação implica a idéa de responsabilidade que os ditos agentes contrahem pelos actos em que debaixo de tal aspecto intervêm. »

Daqui vem, como consequencia indeclinavel de-te principio,

que, para que a garantia da autorização proceda, é necessario que o acto que dá origem ao processo seja essencialmente administrativo e que tenha sido praticado por individuo directamente dependente da Administração.

A razão do consentimento do Governo, exigido pela lei, é ter o Governo interesse *em não permittir que as funções dos seus agentes administrativos sejam sujeitas, sem seu aprazimento, a pesquisas inconsideradas, com relação a actos que podem ter sido ordenados por motivos superiores*; podendo mesmo examinar as questões e os factos antes de conceder ou negar a licença. (Batbie, tom. 3º, n. 279. Cormenin, tom. 2º, pag. 352, nota.)

Ninguém de boa fé contestará a applicação destes principios de ordem, cuja fiel observancia é tanto mais necessaria quanto se applica ao chefe da força provincial, que, em virtude do seu character, não póde deixar de ser considerado *como associado á acção do Governo*, seu legitimo superior; assim, pois, não podia o Juiz de Direito dirigir-se *directamente* ao commandante do Corpo de Policia, principalmente *pelo modo* por que o fez, não attendendo á resposta do commandante, em que confessara *haver recebido ordem para sustar a execução da ordem*.

Assim, concordamos com aquelles que entendem: seria mais conforme com o serviço publico e mais consentaneo com o respeito que as autoridades devem guardar para com as que lhes são superiores, que o Juiz de Direito se tivesse dirigido á presidencia, expondo as diligencias necessarias a bem da justiça e pedindo-lhe que houvesse de dar as precisas providencias.

O precedente estabelecido pelo Juiz de Direito dará logar a muitos conflictos, porquanto será um transtorno de toda a ordem, que um juiz sem sciencia e consentimento vá exercer acto de jurisdicção nos arraiaes da autoridade administrativa, sem que ella saiba e possa dar as providencias necessarias para que o serviço publico não sofra. A divisão dos poderes não consiste essencialmente em que a cada um delles esteja confiado um ramo da administração do Estado; mas sim em que nenhum dos mesmos poderes como tal possa ingerir-se nas attribuições do outro.

Não resta duvida que o presidente mais do que ninguem deve zelar o decoro da autoridade publica na provincia commettida a seus cuidados, mas tambem, se o juiz voluntariamente se collocou naquella desagradavel situação, não competia de certo ao presidente evitar os inconvenientes de semelhante acto, porquanto a obrigação é correlativa ao direito e *onde não houver direito de mandar* não ha obrigação de obedecer; o juiz era manifestamente incompetente para dirigir-se ao commandante do corpo policial, que não era seu superior; violou os principios da obediencia passiva, base da disciplina militar.

Assim pensando, não queremos sustentar que um presidente, porque é a primeira autoridade da provincia e exerce nella a melhor parte do poder executivo, possa mandar como bem lhe aprouver; pelo contrario, lamentamos que por simples suggestões de amor proprio, por um capricho mal entendido certas autoridades saíão da esphera que a lei lhes marcou.

Fundados na autoridade do visconde de Uruguay, entendemos que, em virtude do art. 11 § 2º do Acto Addicional, as Assembléas Provinciaes são competentes para legislar *sobre o recrutamento*; eis como se expressa tão notavel publicista..... « A Assembléa de S. Pedro do Sul, por Lei n. 281 de 9 de Novembro de 1853, fixando a força policial respectiva, dispoz que fosse ella preenchida por meio de alistamento voluntario, mas que, se no fim de tres mezes, depois de aberto o alistamento, não tivesse concorrido o numero preciso de voluntarios, o presidente mandasse proceder ao recrutamento na fôrma das leis existentes, para ser levada ao seu estado completo a força decretada.

« O presidente da provincia negou a sua sancção, considerando o projecto evidentemente inconstitucional, por isso que decretava o recrutamento, cuja iniciativa, segundo o art. 36, n. 2 da Constituição, pertencia privativamente á Camara dos Deputados. Voltando o projecto á Assembléa Provincial, esta levou o negocio ao conhecimento do Senado. A commissão das Assembléas Provinciaes do Senado, composta dos Srs. Miranda Ribeiro, Souza Ramos e Fernandes Chaves, em

parecer de 19 de Maio de 1854, entendia que: iniciar leis sobre recrutamento e decretar que se proceda ao recrutamento segundo as leis existentes que forão feitas por autoridade competente, são actos inteiramente differentes, e por cuja pratica nenhuma das autoridades encarregadas de exercel-os se poderá julgar que offende a outra; assim, portanto, como compete privativamente á Camara dos Deputados iniciar as leis sobre recrutamento, tambem compete á Assembléa Geral e ás Assembléas Legislativas Provinciaes decretar que se proceda ao recrutamento segundo essas leis competentemente estabelecidas, aliás não lhes seria possivel exercer, como convém á sociedade, a sua attribuição de fixar annualmente a força necessaria para a segurança do Imperio e das Provincias.

« Concluia a commissão, propondo uma Resolução, a qual determinava que o Decreto da Assembléa Legislativa Provincial devia ser sancionado, visto que nenhuma de suas disposições era contraria á Constituição do Imperio. Este parecer e resolução entrou em discussão na sessão do Senado do 1º de Junho de 1854 e foi rejeitada no dia 2. A Resolução foi sustentada pelos senadores Fernandes Chaves, Vergueiro, Souza Ramos e Paulino. Foi combatida pelos senadores Dantas, Rodrigues Torres, visconde de Olinda, D. Manoel, Tosta e Pimenta Bueno.

« Colhe-se da discussão que o que mais impressionava o espirito dos oradores que combatião a resolução, era a idéa do recrutamento, não qual deve ser, mas acompanhada do sequito de abusos e violencias com que se faz entre nós.

« A Lei da Assembléa Provincial do Rio de Janeiro, n. 16 de 14 de Abril de 1835 por mim sancionada como vice-presidente da Provincia, determinou no art. 12 que o alistamento para a guarda policial da provincia seria voluntario, mas que, se no fim de tres mezes, depois de aberto o alistamento, não tivesse concorrido numero sufficiente de voluntarios, o Presidente da Provincia mandaria proceder ao preciso recrutamento na fórma das leis existentes.

« Essa disposição foi vigorada pelas leis de fixação de força policial dos annos de 1836 a 1850. Não achei que a Provincia do

Rio de Janeiro fosse perturbada no exercicio desse direito e bem assim outras, pela Assembléa e Governo Geral. É preciso distinguir: ou as Assembléas Provinciaes legislaõ sobre o modo e condições do recrutamento ou limitão-se simplesmente a decretar que o presidente preencha a força fixada, recrutando na conformidade das leis geraes; no primeiro caso exorbitão, no segundo não.

« Havendo a Assembléa Provinvial das Alagôas, no art. 3º da sua Lei n. 5 de 18 de Abril de 1842, autorizado o Presidente da Provincia para mandar proceder a recrutamento para o corpo policial, e sendo ouvida a secção de Justiça do Conselho de Estado, opinara ella em consulta de 21 de Novembro de 1842, relator o Sr. Lopes Gama, votos os Srs. Bispo de Anemuria e Carneiro Leão, do modo seguinte:

« Pensa, porém, a secção que nem a Constituição, nem a Lei de 12 de Agosto forão offendidas por esse acto da Assembléa Legislativa das Alagôas, porque, competindo-lhe regular o Corpo Policial da provincia, quer diminuindo, quer augmentando a sua força, o que lhe cumpria era decretar, como decretou, o respectivo recrutamento, ficando comtudo a autorisação dada ao presidente interinamente subordinada ás regras e procedimentos marcados nas Leis da Assembléa Geral Legislativa, a quem exclusivamente pertence estabelecer o modo e condições do recrutamento, assim como fixar as forças do exercito e marinha, nas quaes não se comprehendem os corpos policiaes das provincias.

« Na sessão da Camara dos Deputados de 6 de Abril de 1843, dizia o Sr. Nabuco de Araujo: « Assim eu entendo que as Assembléas provinciaes sómente podem fazer aquillo que está na lettra do Acto Addicional, ou aquillo que se comprehende implicita e virtualmente na lettra. Assim tambem eu entendo que as Assembléas Provinciaes, a quem compete fixar a força policial, têm o direito de recrutar para fazer effectiva essa força. »

O Sr. de Souza Franco tambem entende que, em virtude da attribuição conferida pelo art. 11, § 2º do Acto Addicional, podem as Assembléas Provinciaes: « Legislar sobre a organização, distinctivos e disciplina da força policial; e tambem determinar o

modo de preencher o numero fixado de praças, respeitado o preceito do art. 36 da Constituição. » (Conferencia do Conselho de Estado de 24 de Novembro sobre o projecto de lei de interpretação do Acto Adicional. Folheto distribuido na Camara dos Deputados em 1871 por ordem do Governo.)

Em 17 de Julho de 1855 dirigira o Ministerio da Guerra ao Presidente do Pará o seguinte Aviso sob n. 190: « Tendo feito presente á Sua Magestade o Imperador o officio n. 19 de 28 de Maio deste anno, do Inspector da Thesouraria de Fazenda dessa provincia, consultando se devem correr por conta do cofre geral, como entendera V. Ex., *as despezas que se fazem com os individuos que, sendo recrutados para o Exercito, assentão praça no Corpo de Policia*, sendo o mesmo Inspector de opinião que taes despesas devem ser indemnizadas pelo cofre provincial, manda o mesmo Augusto Senhor declarar a V. Ex., para seu conhecimento e para que lh'o faça constar, que a opinião do Inspector é fundada e conforme com a disposição do art. 5º da Lei, que fixou as forças de terra para o corrente anno financeiro, cumprindo por isso que tenha sempre logar, em semelhantes casos, a indemnização. »

Julgamos ter demonstrado que a autoridade do visconde de Uruguay, invocada na consulta da secção de Justiça, não pôde servir de apoio á opinião que ella manifesta, porquanto francamente se pronuncia contra semelhantes principios, e não julgando sufficiente o prestigio do seu nome, cita tambem exemplos, quanto a nós irrespondiveis.

Que é controvertida a opinião se pôde ou não recrutar-se para os corpos policiaes, o sabemos perfeitamente, e que tambem os principios estabelecidos na consulta citada são acceitos por uma bem cultivada intelligencia, pelo Sr. conselheiro Paulino de Souza, que, no seu projecto de interpretação do Acto Adicional, apresentado em 1870 ao Corpo Legislativo, assim se expressa:

« Sendo, porém, as attribuições conferidas ás Assembléas Provinciaes excepções das da Assembléa Geral, e, portanto, limitadas sempre por estas, segue-se que nos meios que áquellas assembléas cabe decretar, afim de preencher-se o numero fixado

de praças para composição da força provincial, não pôde comprehender-se o recrutamento, materia que, por sua natureza e importancia, é da exclusiva competencia da Assembléa Legislativa Geral. »

A este respeito diremos com o visconde de Uruguay, em seus *Estudos Praticos*: « Como já demonstrei em outro lugar, força é entender cada uma das attribuições das Assembléas Provinciaes como comprehensiva das faculdades necessarias para levar-a a effeito. Competindo ás Assembléas Provinciaes organisar e fixar a força policial, indispensavel é que tenham o direito de lançar mão dos meios para esse fim necessarios. Que o alistamento voluntario é frequentemente insufficiente para completar a força fixada o têm provado a experiencia.

« A Assembléa Geral o reconheceu quando, por exemplo, na Lei n. 752 de 15 de Junho de 1854, art. 5º, autorizou o Governo Geral para conceder ás provincias o numero conveniente de recrutas nos corpos policiaes. Mas então o recrutamento era feito por ordem do Governo Geral. Que importa. Se o recrutamento é um meio essencialmente vexatorio e violento, que importa ao individuo que a violencia lhe seja feita por ordem do Governo Geral ou Provincial, sendo a mesma, e quando, como acontece, o recrutamento, quer ordenado pelo Poder Geral, quer provincial, é regulado pelas mesmas leis e feito pelas mesmas autoridades. »

Desde, portanto, que o recrutamento é *permittido* para os corpos policiaes, só a Assembléa Provincial é competente para syndicar o procedimento do presidente e approvar ou desapprovar o acto praticado, estatuinto o que lhe parecer justo sobre o assumpto; cabendo, entretanto, ao Governo Geral mandar responsabilisar o presidente e mesmo demitti-lo, quando tenha violado as leis, attendendo mais ás paixões do que ao bem do serviço, visto que convém evitar que sejam desrespeitados os preceitos constitucionaes e que a autoridade administ ativa e a judiciaria, tornando-se rivaes, vivão em conflictos, se embarecem e nullifiquem mutuamente, porque então alluido está pelos alicerces o edificio do Estado, ficando os cidadãos sem garantias contra taes excessos.

XLVIII.

Talvez pareça que somos adversarios da instituição do *habeas corpus*, e, portanto, da plena garantia da liberdade individual; o que não podemos admittir é, que a pretexto de dar-se á sociedade um instrumento de liberdade contra a tyrannia, contra o sacrificio illegal da liberdade do cidadão, se invertão os principios de jurisdicção e competencia, se esqueção os principios da divisão e harmonia dos poderes.

Não se póde entre nós *observar restrictamente* certas disposições adoptadas na Inglaterra e nos Estados-Unidos; nestes paizes os poderes administrativos são tão circumscriptos em suas attribuições, como o proprio governo; as leis procurão prevêr e regular todos os casos, ser precisas, imperativas e expressas, visto terem de ser applicadas por agentes que não dependem do governo; entre nós, porém, *a administração não se torna um executor estritamente encerrado na letra de um texto*, emanação do poder executivo, obra por si mesmo; e é sabido que nada é tão capaz de desvirtuar qualquer governo e tirar-lhe toda a sua força moral, como uma legislação contradictoria, sobretudo quando essa contradicção se verifica entre as leis regulamentares e as constitutivas.

Em virtude destes principios não podemos comprehender a disposição do art. 18 da Lei de 20 de Setembro de 1871, quando estabelece a concessão de *habeas corpus* aos que estiverem presos illegalmente, mesmo aos detidos a titulo de recrutamento, e por determinação de qualquer autoridade administrativa, bem como da ameaça de constrangimento, só havendo limitação quando se tratar da jurisdicção na ordem judiciaria.

E nossa comprehensão se torna ainda mais difficil em vista do que dispõe o seguinte Aviso de 6 de Fevereiro de 1873, expedido pelo Ministro da Justiça ao Presidente do Espirito-Santo, concebido nos seguintes termos: « Com o Officio

n. 12 A de 25 de Novembro do anno passado V. Ex. remetteu cópia do que lhe dirigira o chefe de policia dessa provincia, consultando:

« Se a faculdade, conferida aos juizes de direito pelo art. 18 da Lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871, relativa á concessão de *habeas corpus* em favor dos detidos a titulo de recrutamento, se estende ao ponto de dar-se aos recrutados esse recurso dentro do prazo, que lhes fôr marcado na conformidade do art. 22 do Regulamento annexo ao Decreto n. 2171 do 1.º de Maio de 1858, para apresentarem escusas legaes do serviço militar. 2.º Se a lei da nova reforma judiciaria revogou o citado Regulamento de 1858, passando para aquelles magistrados o conhecimento e decisão de taes escusas.

« Em resposta declaro a V. Ex., quanto á primeira duvida, que a ordem de *habeas corpus*, se o recrutado ainda não estiver com praça no exercito ou na armada, *póde ser concedida em qualquer tempo, mesmo dentro do prazo que pelo recrutador lhe foi marcado para provar sua isenção*. Quanto á segunda, que a competencia dos juizes de direito para conceder *habeas corpus*, no caso de que se trata, não exclue a das autoridades encarregadas do recrutamento para conhecer das isenções que perante ellas allegarem os recrutados. »

Blackstone, que é considerado o interprete mais esclarecido das leis inglezas, assim se expressa:

« É de grande importancia para o publico, que a liberdade pessoal seja mantida; se fosse permittido uma vez sequer ao magistrado, mesmo o mais elevado, poder prender arbitrariamente aquelles que elles ou seus agentes julgassem dever prender, dentro em pouco todos os direitos, todas as immunidades desaparecerião. As leis inglezas não permitem a prisão sem um motivo justo e legal, e os magistrados não podem ordenal-a sem autorisação expressa e formal da lei, e sem que o detido seja convencido do motivo da prisão, podendo em todo caso requerer *habeas corpus* para comparecer perante o tribunal, que, apreciando se a causa da prisão é justa, fará o que julgar de justiça.

« A violação do direito de liberdade pessoal, injuria que

se effectua por uma prisão não fundada, é motivo para a concessão de *habeas corpus*, como meio de fazer cessar a injúria e reparal-a; a prisão illegal consiste não só na detenção da pessoa, como também na illegalidade da detenção.

« Para que a prisão seja legal é preciso que seja effectuada em virtude de ordem da autoridade judiciaria e de qualquer official de justiça, tendo poder para prender; a ordem deve ser dada por escripto, assignada por elle, e conter os motivos da prisão, afim de que se possa examinar se ella é procedente, dado o caso de *habeas corpus*.

« Se o motivo não é expresso, o carcereiro não é obrigado a deter o prisioneiro. Porque neste caso, diz Eduardo Coke, as leis considerão, como o governador romano Festus, que é desarrazoado enviar um homem para a prisão, e não fazel-o ao mesmo tempo conhecer de que crimes elle é accusado. »

Entretanto, as leis inglezas não permitem a concessão de *habeas corpus* tão amplamente como entre nós a Lei de 20 de Setembro, nem tão pouco o permitem nos casos de *recrutamento*, eis como se expressa a este respeito o citado escriptor: « *Pôr em todos os casos em liberdade o detido, é o que não se poderia conceder com uma noção qualquer das leis e da sociedade politica; e o que d'ahi resultaria, seria a destruição completa da liberdade civil, porquanto tornar-se-hia impossivel protegê-la.* Mas, o que honra ás leis inglezas é ter claramente definido as circumstancias, as causas e a duração, isto é, quando, em que circumstancias e em que gráo a prisão de um subdito pôde ser legal. D'ahi segue-se a necessidade absoluta de expressar na ordem de prisão o motivo em que ella é fundada, afim de que o tribunal, dado o caso de *habeas corpus*, possa examinar a validade, e, segundo as circumstancias do facto, pôr em liberdade o prisioneiro, ou admittil-o em caução, ou reenvial-o para a prisão. »

As leis inglezas mais previdentes do que as nossas autorisão a suspensão da ordem de *habeas corpus* em caso grave, e permitem a prisão das pessoas suspeitas sem dar a razão; também autorisão a prisão em certos casos declarados na lei e em acto do parlamento, attendendo á necessidade das

circunstancias: por exemplo, para a prisão de um malfeitor por um particular não munido de ordem, *ou la presse des matelots pour le service public.*

Block em seu importante dicionario nos diz: « Que em 1689, em 1745, em 1793 e em 1822, épocas de grandes commoções, de perturbações nas populações industriaes, a execução deste *bill* fôra suspensa por uma lei, e muitas vezes na Irlanda, principalmente em 1848. »

Entendemos, portanto, que a disposição do art. 18 da Lei de 20 de Setembro de 1870 e com ella a dos Avisos de 22 de Janeiro e de 6 de Fevereiro de 1873, é irrealizavel na pratica e inadmissivel em theoria. A honra, a vida e a fortuna do cidadão demandão no poder, que os ha de proteger, uma estabilidade, uma independencia, uma fixação exacta e severa de attribuições. Mas, tambem a administração tem que presidir á protecção de interesses, de conveniencias, e até de direitos, que muito e consideravelmente influem na felicidade do homem, e na manutenção bem ordenada da sociedade.

A competencia administrativa prende a limitação de todos os actos do Poder Executivo, e as regras que determinão a sua natureza, acção e attribuições, a competencia administrativa que exprime a medida da jurisdicção do Poder Executivo, prendem a limitação de todos os actos deste poder, pôde dilatar-se e manobrar livremente, comtanto que não transponha os limites que lhe são fixados, não invada os do Poder Legislativo, nem os do Poder Judicial, diremos, portanto, com um distincto publicista portuguez, Silvestre Pinheiro: « Accumular em qualquer dos poderes politicos attribuições que só competem exclusivamente a qualquer dos outros, não é nada menos do que restabelecer o absolutismo; é maior attentado do que restabelecer o absolutismo, porque é illudir e ludibriar os povos. »

Segundo a Constituição, os Poderes do Estado são entre si distinctos e independentes, de tal fórma que nenhum delles pôde arrogar as funcções do outro, nem intrometter-se nos actos de competencia alheia, sem inteira confusão da ordem social; de outra maneira a Administração publica estaria

sempre exposta aos Tribunaes de Justiça, para lhe perturbarem ou impedirem a acção, ou para devassarem e conhecerem de seus actos, com grave transtorno da divisão e harmonia dos poderes, uma das mais solidas bases do systema constitucional.

Nos paizes constitucionaes as forças do exercito e armada são fixadas pelo Poder Legislativo e recruta-se por contingentes distribuidos pelas provincias, na proporção da sua população.

Nos paizes mais adiantados do que o nosso, o recrutamento se faz por modo diverso daquelle que infelizmente ainda nos rege, e em legislação de paiz algum encontramos uma só disposição que autorise a autoridade judiciaria a tomar conhecimento de qualquer reclamação sobre a legalidade ou illegalidade do recenseamento e sorteo, pelo contrario, todas as autoridades *civis e militares* são obrigadas a prestar todo o auxilio ás respectivas autoridades administrativas, na prisão dos sorteados que se tornarem refractarios.

Assim, pois, entendemos que a autoridade judiciaria não deve envolver-se no que respeita ao *recrutamento*, quando a prisão é ordenada ou effectuada pela autoridade encarregada do mesmo recrutamento, e que a disposição do art. 13 da Lei de 20 de Setembro invade funções estranhas, que a Constituição collocou nas attribuições de um outro poder do Estado, não só porque a ordem das jurisdicções é de Direito Publico e não pôde ser invertida, como tambem porque o *recrutamento* é um acto cuja execução as leis commettem ao Poder executivo, e de modo algum pôde ser apreciado pelo Poder judiciario, porque então tornar-se-ha impossivel o preenchimento do quadro do exercito, tanto mais quanto, em vista do art. 18, § 1º, poderão os que se acharem sem isenção do recrutamento requerer *habeas corpus* a pretexto de se julgarem ameaçados de soffrer um constrangimento illegal.

O Decreto n. 2171 de Maio de 1858 declara quaes as escusas legais do serviço militar, e assim as reclamações dos recrutados quando fundadas em lei, interpostas contra um acto da Administração, não podem deixar de pertencer á *jurisdicção contenciosa administrativa*, como ensina Cabantous, n. 366.

Eu pensava que a Constituição era a collecção de principios fundamentaes de Direito publico ; persuadia-me que a Constituição politica de um Estado era a organização da sua fórma de governo, e, finalmente, cuidava que nella se estabelecião as relações do Governo com os governados, do poder social com os cidadãos ; o art. 18 da Lei de 20 de Setembro, alterando a ordem das jurisdições, e dando attribuições á autoridade judiciaria para conhecer das allegações dos recrutados veio demonstrar o engano em que eu estava, e que se podia em uma reforma judiciaria alterar a constituição de um paiz, lei da sua organização social, unicamente enxertando-se na respectiva reforma, lei de processo, lei ordinaria, *um simples artigo*.

Não ha duvida de que ha muita gente que se deixa fascinar facilmente, e ha palavras de época ou de moda, que apenas pronunciadas levão atrás de si o numero infinito dos que se deixão impressionar facilmente, *liberdade, igualdade*, estão neste caso. Para ser mais completa a liberdade do cidadão, seria melhor deixal-o pagar os impostos ao parocho, tratar de uma questão crime na recebedoria, uma causa commercial no juizo ecclesiastico, ou tudo junto onde melhor parecesse. O meio de regular as jurisdições, como estabelece a Lei de 20 de Setembro, póde ser bom, mas não póde ser liberal, antes é contrario e subversivo do systema constitucional representativo, porque destroe a independencia dos poderes, transtorna os principios, e inverte a ordem natural da distincção hierarchica, tão recommendada pelos escriptores que tratão da organização do Governo Representativo.

Como temos procurado demonstrar, é principio de Direito publico que a administração não póde, sempre que aprouver a outro poder, ser suspensa das funcções a seu cargo, em prejuizo do interesse publico, e tambem que, sendo diversos os poderes e igualmente separados e independentes os ramos ou subdivisões de cada um destes poderes, da autoridade administrativa não póde haver recurso para a judicial e vice-versa ; e assim o *recrutamento* ou é da competencia da autoridade administrativa ou da judiciaria, se é da competencia administrativa, os recursos são todos administrativos, se é da judicial

os recursos são todos judiciais, a ordem dos recursos sendo de direito publico não pôde ser preterida ou alterada.

A disposição do Aviso de 6 de Fevereiro de 1873 declarando : « *que os juizes de direito podem conceder ordem de habeas corpus até dentro do prazo marcado aos recrutas, para provarem isenção, e que essa competencia não exclue a dos encarregados do recrutamento de conhecerem as isenções que forem allegadas* » confunde as competencias, porquanto autorisa autoridades com attribuições diversas, pertencentes a poderes diversos, a tomarem conhecimento da mesma questão; estes principios de modo algum se harmonisam com o da independencia e divisão dos poderes, em que nenhum poder pôde tolher ao outro o uso das suas attribuições, nem invadir as dos outros ; por isso disse muito bem Silvestre Pinheiro. « A independencia dos poderes politicos entre si se compõe de quatro elementos, a saber : que nem a nomeação, nem a promoção, nem a conservação, nem a validade dos actos dos agentes de qualquer daquelles poderes dependa dos agentes de nenhum outro poder, salvo o principio da responsabilidade. »

Os principios são claros, e terminantes as leis ; a competencia nasce da lei, da natureza das causas, mas a competencia dos recursos vem da qualidade dos Juizes, de cujos actos só pode tomar conhecimento o seu legitimo e immediato superior de jurisdicção homogenea, porque de outra maneira termos que a incompetencia de um Juiz daria a outro, que não fosse seu superior, para lhe emendar seus actos ; e deste modo tambem augmentar-se-hão as prevenções de processos, que, nullificando a efficacia dos meios empregados pela autoridade, tornarão a sua acção impossivel, pela controversia dos Juizes e pela natureza dos meios e recursos empregados.

Ha certos principios que não podem ser violados impune-mente, o que diz respeito ao *habeas corpus* concedido aos recrutados, está neste caso ; e realmente a disposição do art. 18 da Lei de Setembro de 1871 levou o Governo a expedir o Aviso de 6 de Fevereiro do anno findo, que estabelece principios contrarios á sciencia do Direito, mesmo admitindo-se que juridicamente possa o Poder Judiciario apreciar as isenções

dos recrutados e conceder *habeas corpus*, dentro do prazo concedido pela autoridade encarregada do recrutamento ; o Aviso de 6 de Fevereiro desconhecendo a jurisprudencia que rege a *prevenção*, estabelece a anarchia, porquanto, ainda admittindo que a autoridade administrativa e a judiciaria sejam igualmente competentes para conhecer do mesmo negocio, mesmo assim não pode proceder a disposição do Aviso citado, porquanto, nos termos do Aviso de 15 de Outubro de 1832, desde que pela autoridade encarregada do recrutamento foi marcado prazo ao recrutado para provar a sua isenção, ficou *preventa* a jurisdição, ficou ella sendo a unica autoridade competente, não podendo nem devendo nenhuma outra autoridade officiar em semelhante assumpto, nem ingerir-se nelle.

Convém notar que, tendo em Dezembro de 1872 o Delegado de Cabrabó, provincia de Pernambuco, remettido ao respectivo Chefe de Policia diversos presos, entre elles o recruta José Pereira da Lima, e vindo por Piranhas, provincia das Alagoas, ao chegarem a Penedo foi o mencionado recruta solto por ordem de *habeas corpus*, concedida pelo Dr. Juiz de Direito daquella cidade.

O Delegado de Penedo, a quem o de Cabrabó havia recommendado taes presos, communicou todo o occorrido ao Dr. Chefe de Policia de Pernambuco e esto levou ao conhecimento da Presidencia; sendo ouvido o Desembargador Procurador da Corôa e Sobeania Nacional fôra de parecer que o Juiz de Direito de Penedo, obrara legalmente concedendo *habeas corpus* ao mencionado recruta.

Diversamente entendeu a Relação da Côrte, e em nossa humilde opinião muito juridicamente, eis como se expressa o Accórdão de 23 de Outubro de 1873: « Que dão provimento ao recurso ex-officio para reformar a decisão de fl. de que foi interposto ; porquanto, não tendo sido alterada pelo art. 18 e §§ da Lei de 20 de Setembro de 1871 a doutrina do art. 342 e seguintes do Código do Processo Criminal, a respeito dos limites das jurisdições nos casos identicos ao de que se trata, não cabia ao Juiz de Direito da Campanha conhecer da justiça ou injustiça da prisão do paciente, que tendo sido recrutado no Termo de

Pouso-Alegre, de comarca diversa, passava por alli em transitio para ser apresentado na capital da provincia. Em vista, portanto, da incompetencia com que procedeu o Juiz *a quo*, revogão a ordem de soltura concedida por virtude do *habeas corpus* e mandão que seja o paciente restituído á prisão de que foi relaxado, pagas pelo mesmo as custas. »

Citaremos tambem o seguinte Accórdão da Relação da Còrte, de 30 de Maio de 1873: « Que, feito o sorteio e relatorio do estylo, dão provimento ao recurso ex-officio para reformar, como reformão, a decisão, pela qual o juiz *a quo* concedeu a soltura, em virtude de ordem de *habeas corpus* ao recorrido John Merven Carrère ; porquanto, tendo sido a *jurisdicção do dito juiz limitada aos actos criminaes do 1º districto desta Còrte*, pelo art. 2º do Decreto de 28 de Dezembro de 1871, com a única excepção do art. 3º do mesmo Decreto, *faltava-lhe a competencia para expedir aquella ordem a respeito de um indiciado em crime infiançavel e em processo instaurado perante o juiz criminal do 8º districto*. Portanto, mandão que, ficando sem effeito a referida ordem, seja o recorrido restituído á prisão de que foi relaxado, pagas pelo mesmo as custas. »

Se, pois, co no bem reconhecem os Accórdãos citados, não foi alterada pelo art. 18 e §§ da Lei de 20 de Setembro de 1871 a doutrina do art. 342 e seguintes do Codigo do Processo Criminal a respeito dos limites das jurisdicções, e se o juiz de um districto não póde estender a sua jurisdicção a actos praticados por juizes, embora da mesma categoria, mas, pertencentes a districto diverso, será justo, conveniente, juridico e de accórdio com os principios que regulão a ordem dos recursos, a jurisdicção e competencia, que um membro do poder judiciario possa tomar conhecimento da justiça ou injustiça de actos praticados por agentes da autoridade administrativa dentro dos limites de suas attribuições?

A citada Lei de 20 de Setembro de 1871 no intuito, aliás louvavel, de attender ás exigencias da liberdade individual, quasi que desarmou a sociedade, entregando, por assim dizer, o recrutamento ao Poder judiciario, a uma magistratura, quasi toda politica e dependente do voto popular.

Os factos que diariamente se dão, as accusações e queixas que infelizmente apparecem, levão-nos a crêr que a disposição do art. 18 da Lei citada, como vai sendo interpretada e explicada, além de não preencher o fim que se teve em vista, augmenta os abusos e conflictos, tornando o Governo impotente e em estado de não poder desempenhar os deveres que a delegação dos direitos da soberania lhe impõe, e de que elle é depositario.

Desde que o Governo não concentra em suas mãos os meios necessarios para poder crear e dispôr de uma força material necessaria para garantir a existencia do Estado, as condições de ordem e de liberdade e os direitos legitimos dos poderes, ficará em uma posição precaria; o poder social, a cada passo paralyzado por outro poder independente, e *vitalicio*, não poderá vencer as suas resistencias, deixará de ser o representante da unidade pessoal do Estado; e finalmente entorpecida a Autoridade Administrativa, tornar-se-hão completamente illosorias as attribuições, que, em seu interesse, delega a sociedade aos poderes publicos; por isso diremos com Schützenberger, em seu interessante livro *As leis da ordem social*: « O enfraquecimento do Poder Administrativo é o signal precursor da decadencia, da desorganisação e da agonia dos corpos politicos. »

Desde que o *recrutamento* não fôr da privativa e exclusiva competencia do Poder Administrativo, o poder politico existirá apenas de nome, o direito do Estado e dos cidadãos ficarão á mercê das facções; as attribuições dos poderes não serão uma realidade, ficará compromettida a unidade organica do poder e dahi o enfraquecimento e a anarchia.

Nunca fomos apologistas da prisão preventiva sempre applaudimos em taes casos a applicação do remedio heroico do recurso de *habeas-corpus*. « Mas esse recurso extraordinario para garantia da liberdade individual, (como muito bem diz o illustrado jurisconsulto Sr. conselheiro Nabuco de Araujo, na petição de *habeas corpus* de Bernardo Lopes da Cruz, não tem por objecto senão a prisão illegal, quando constitue um damno irreparavel dessa liberdade individual. — Assim que, o *habeas corpus* não decide directamente sobre o fundo da questão, não conhece da materia principal, senão — *per modum*

causa — e tão sómente para apreciação da legalidade da mesma prisão. »

Agora perguntaremos: será illegal a prisão para recrutamento? E se o *habeas-corpus* não decide sobre o fundo da questão, não conhece da matéria principal, como facultar o recurso de *habeas-corpus* aos individuos recrutados? Não será facultar á autoridade judiciaria entrar na apreciação das qualidades e isenções, que tornão o recrutado incapaz de servir? Certamente que sim, tanto que ali está o Aviso de 6 de Fevereiro de 1873.

Mas a prisão para recruta, sendo effectuada pelas autoridades devidamente nomeadas pela Autoridade Administrativa competente, nunca pôde ser considerada *illegal*, não só porque, em vista do systema que infelizmente ainda nos rege, só depois de preso o individuo é que se pôde verificar se elle está ou não no caso de servir no exercito ou armada, esta apreciação nunca competio, *nem juridicamente* poderá ser encarregada á Autoridade Judiciaria; como também porque, nos termos do Aviso n. 375 de Agosto de 1865, « a instituição do *habeas-corpus*, não podendo deixar de ter a amplitude que lhe dá o art. 340 do Código do Processo, sendo applicavel a todo e qualquer constrangimento illegal, ou provenha elle de Autoridade Administrativa ou Judiciaria, só tem *uma unica excepção da prisão militar, na qual se comprehende o recrutamento, porque esta excepção se funda na especialidade necessaria á força militar, especialidade reconhecida pela Constituição do Imperio.* »

Antes da promulgação da Lei n. 2033 de 1871 já o Governo em diversos avisos havia procurado precisar os termos em que a Autoridade Judiciaria não podia conceder *habeas-corpus*; assim é que em Aviso de 9 de Setembro de 1841 declarara: « Que o remedio do *habeas-corpus* não tem applicação quando a prisão é feita por motivo de recrutamento, e que o recruta assim solto, ao qual não aproveita alguma das isenções marcadas nas instrucções respectivas, pôde ser novamente preso para o mesmo fim. »

E em Aviso de 20 de Outubro de 1843 sob n. 83 procurou

tornar bem clara a razão de semelhante excepção declarando : « Que as prisões para o recrutamento do exercito não estão sujeitas ás disposições sobre ordens de *habeas corpus*, quando ordenadas por autoridade encarregada do mesmo recrutamento; as razões são: 1º, porque, sendo uma das condições para a concessão do *habeas corpus*, que a prisão seja *illegal*, tem as ordens de prisão para o recrutamento por si sempre a presumpção de *legaes*, visto que a apreciação das qualidades que fazem o individuo apto para o recrutamento não pertence ás justizas ordinarias e sim ás autoridades administrativas; 2º, porque, sendo expresso no art. 69, § 7º da Lei de 3 de Dezembro de 1841, que a ordem de *habeas corpus* só pode ser expedida por juiz superior ao que decretou a prisão, vem a faltar a competencia de qualquer juiz para concedel-a em favor dos recrutados, uma vez que estes o são por autoridades de mui diversa ordem e jerarchia, de maneira que se não pôde estabelecer graduação entre ellas. »

Dirão sem duvida que todos estes Avisos citados estão revogados pelo art. 18 da Lei n. 2033 de 1871; se estão em vigor, e não podião deixar de estar, os principios que estabelecem a divisão e harmonia dos poderes, e os que regulão a jurisdicção e competencia, é claro que semelhante argumento não procede.

Não está em vigor a disposição do Regulamento que baixou com o Decreto n. 2171 de 1853? Terá o recrutamento deixado de estar comprehendido na excepção da prisão militar? E terá semelhante especialidade, necessaria á força militar e reconhecida pela Constituição, como declara o Aviso n. 375 de 1865, sido alterada ou revogada? Não certamente; logo, não estando revogados nem modificados os principios em que se fundarão os Avisos citados, não podem deixar de ter applicação ao caso, porquanto os avisos não podem constituir direito novo, não podem constituir direito que não esteja estabelecido nas leis, são apenas decisões do Poder Executivo, que esclarecem e explicão doutrinalmente os preceitos exarados nas leis.

Em sustentação dos principios que defendemos, nos apadriharemos com a autorisada opinião do Sr. conselheiro Ribas em seu livro sobre o *Direito Administrativo Brasileiro*, que

assim se expressa: « Cumpre attender-se que a prisão dos devedores fiscaes, dos recrutas e, em geral, quando ordenada pela Autoridade Administrativa no exercicio de suas attribuições legais, não está sujeita ao recurso do *habeas-corpus*, porque este só pôde ser concedido pelo juiz superior ao que ordenou a prisão, e entre as autoridades judiciais e administrativas não ha relação de superioridade ou inferioridade hierarchica. »

É, portanto, muito conveniente manter-se com todo o cuidado a separação dos dous poderes, distinguindo muito attentamente a competencia diversa de cada um delles. A confusão, a invasão, a usurpação, neste melindroso assumpto, podem occasionar gravissimos inconvenientes, e por isso diremos com Cormenin: « Regulando-se as competencias com clareza, evitão-se os processos, os conflictos, as demoras, as paralyações de serviço e as perdas de dinheiro. »

Chauveau Adolphe tambem se expressa muito judiciosamente quando diz: « Todas as vezes, e muito principalmente em Direito Administrativo, que não se agarra aos principios como a uma ancora de salvação, as opiniões fluctuão incertas e para o advogado a duvida sobre a jurisdicção é uma verdadeira calamidade. »

Henrion de Pansey — *De la compétence des juges de paix* — assim se expressa: « Se um julgador, revestido do direito de administrar justiça em uma circumscripção determinada, só pratica o facto de estender a sua jurisdicção além dos limites dessa área, o seu julgamento nem por isso deixa de ser um acto judicial, embora irregular; mas é *incompetente*, porque o julgador deu aos seus poderes uma extensão illegal, intervindo em um ramo da autoridade judicial, que a lei não collocara nas suas attribuições. »

Um jurisconsulto francez explica a differença que existe entre competencia e jurisdicção, na ordem meramente judicial, do seguinte modo: « A jurisdicção é o poder de julgar, delegado a qualquer autoridade judicial; a *competencia* é esse mesmo poder encerrado em limites mais ou menos extensos, segundo a natureza dos negocios, que estão dentro das attribuições de cada tribunal. »

Dufour assim se expressa : « A competencia, na sua mais restricta significação, exprime a medida das attribuições privativas dos diversos depositarios de um ramo do mesmo poder. Logo, a incompetencia corresponde á idéa de uma invasão do julgador sobre a jurisdicção de outro ; ao passo que o excesso de poder corresponde á idéa de uma usurpação da parte de um funcionario sobre o poder de natureza diversa do seu ; por exemplo, da parte de um juiz sobre o poder municipal, ou sobre o dos prefeitos, ou mesmo sobre o poder de um juiz de outra esphera. »

E finalmente diz Cormenin : « *A jurisdicção não é induc-tiva, prova-se, isto é, os diversos generos de jurisdicção devem ser estabelecidos por disposições de lei, decretos ou regulamentos ; por outras palavras, a jurisdicção não assenta em argumentos de analogia, em expressões remissivas de qualquer lei, é necessario que positivamente assente na sua lettra clara e expressa.* »

« A competencia presuppõe a jurisdicção ; é um principio, ao passo que a jurisdicção é um attributo, a competencia é susceptivel de desenvolvimentos, de apreciações, de discussão ; a jurisdicção, sendo meramente um attributo, não se presta a induções, encontra-se a explicação unica da sua existencia nas leis ou nos diplomas que têm força de Lei. »

Em favor dos principios que defendemos, citaremos a Circular do Ministerio da Guerra de 22 de Dezembro de 1873, assim concebida : « Não devendo ser enviados para esta Côrte os recrutas que allegarem isenção legal do serviço das armas, *sem que delles sejam exigidas, nos prazos determinados pelos Regulamentos, as provas de sua allegação e indeferidos os seus requerimentos pelas presidencias*, que deverão communicar ao Governo essa circumstancia a respeito de cada recruta com quem ella se dêr ; assim o declaro a V. Ex., para seu conhecimento e execução, na parte que lhe toca. »

Esta circular, dirigida aos Presidentes, exclue toda a intervenção da autoridade judiciaria no que respeita ás isenções dos recrutados, e, portanto, se acha em manifesta contradicção com o que dispõem os Avisos de 22 de Janeiro e de 6 de Fevereiro de 1873, expedidos pelo Ministerio da Justiça.

Citaremos também alguns artigos da proposição da Camara dos Deputados, relativa ao recrutamento, que já tendo passado no Senado, brevemente tornar-se-ha Lei. Nella se reconhece e estabelece a incompetencia do Poder Judiciario, para conceder *habeas-corpus* aos recrutados e para *tomar conhecimento de recursos, interpostos pelos recrutados*.

Assim é que dispõe no art. 2º: « Que o alistamento será feito em cada parochia por uma junta composta do Juiz de Paz, como presidente, da autoridade policial mais graduada e do *parcho*.

« Que os alistamentos feitos pelas juntas parochiaes serão apurados e decididas as respectivas reclamações nas cabeças de comarca, por uma junta de revisão, composta do Juiz de Direito como presidente, do Delegado de Policia e do presidente da Camara Municipal.

« Das deliberações da junta revisora haverá recurso, nas provincias, do Promotor Publico, dos interessados ou de qualquer cidadão *para os respectivos presidentes e destes para o Ministro da Guerra*, com effeito devolutivo.

« Na Corte o recurso será para o Ministro da Guerra. Para decisão destes recursos será consultada a secção competente do Conselho de Estado, e qualquer outra que se julgar conveniente. »

Como conciliar estas disposições com o art. 18 da Lei da reforma judiciaria? A Administração tem grandes encargos quanto ao que diz respeito ao recrutamento para o exercito e para a armada; as operações que um tal serviço demanda são melindrosas; quantas questões se suscitão, quanto escrupulo é indispensavel para que a Nação não falte á força organizada, e aos cidadãos se guarde a justiça que lhes é devida!!

Em vista, portanto, das considerações expostas, entendemos que dá-se verdadeiro excesso de poder, verdadeira inversão na ordem das jurisdicções, autorisando-se a Autoridade Judiciaria a conceder *habeas-corpus* aos detidos para recrutamento. É exacto que a Lei de 20 de Setembro assim o autorisa, mas não se segue dahi que, por semelhante Lei ter partido do Corpo Legislativo, todas as suas disposições sejam legitimas e constitucionaes; errar é a triste condição da humanidade; e o erro,

de que ninguém é isento, se a todos apparecesse como erro, se todos vissem o que é, em vez do que parece, ninguém erraria; a disposição do art. 18 da Lei de 20 de Setembro, na parte já citada, foi sem duvida o dormir de Homero, porquanto, com semelhantes principios, difficilmente ter-se-ha exercito, e a liberdade civil perigará, porque tornar-se-ha impossivel protegê-la.

XLIX.

Não ha duvida que, já antes da nova Lei de 20 de Setembro, em virtude do art. 340 do Codigo do Processo se applicava o *habeas corpus* a todo e qualquer constrangimento illegal, ou proviesse elle de Autoridade Judiciaria ou Administrativa.

Reconhecemos ao mesmo tempo, que já o Regulamento de 31 de Janeiro de 1842 considerava competente para conceder *habeas-corpus* o juiz superior ao que decretou a prisão, estabelecendo a gradação sómente na ordem judiciaria, e, portanto, que nesta parte a nova lei nada alterou nem innovou.

São, portanto, competentes para conceder *habeas-corpus* os Juizes de direito, Relações e o Supremo Tribunal de Justiça.

« O principio de que sómente é competente para conceder *habeas-corpus* o juiz superior ao que decretou a prisão, diz o Sr. de S. Vicente, em seus *Apontamentos sobre o Processo Criminal*; funda-se no salutar principio da gradação judiciaria, porquanto, sendo uma attribuição e prerogativa de alta importancia, convém que seja exercida por autoridades que ministrem garantias efficazes e exerção sobre o acto da autoridade recorrida, illustrada inspecção. »

Estas reflexões sábias e juridicas forão completamente confundidas pelo Aviso de 22 de Janeiro de 1873, que assim o declara: « Com o officio de 19 de Novembro do anno

proximo passado, o antecessor de V. Ex. remetteu cópia do que lhe dirigira o Juiz Especial do Commercio da capital dessa Provincia, informando que, depois de ter expedido uma ordem de *habeas-corpus* a favor de Alexandre Ramos de Oliveira, que fôra preso como recruta e não estava ainda com praça, se reconheceu incompetente, visto achar-se o mesmo recruta na capitania do porto á disposição dessa presidencia.

« Em resposta declaro a V. Ex., para seu conhecimento e para fazer constar áquelle magistrado, que, tendo a Lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871, no art. 18, conferido expressamente aos Juizes de Direito a attribuição de conceder *habeas-corpus*, no caso de que se trata, cumpria-lhe tornar effectiva a sua ordem, requisitando a apresentação do paciente e todos os esclarecimentos que fossem necessarios. »

Discordamos da interpretação dada pelo Governo no citado Aviso e entendemos que as palavras *qualquer outra autoridade administrativa*, em que se funda o Aviso, de modo algum pôde comprehender os Presidentes de Provincia, porquanto é impossivel que o legislador o collocasse na dependencia de um Juiz de Direito ou de qualquer outro magistrado, embora de categoria superior.

Já o Aviso de 12 de Janeiro de 1844 havia sabiamente declarado: « Que dado o caso que um presidente ordene uma prisão illegal, não pôde ser concedida a favor do preso a ordem de *habeas-corpus* senão pelo Supremo Tribunal de Justiça, visto a disposição do § 7º do art. 69 da Lei de 3 de Dezembro de 1841, que sómente considera competente para conceder *habeas-corpus* o juiz superior ao que decretou a prisão. »

Os que seguem a opinião consignada no Aviso de 22 de Janeiro dizem: « Que a jurisprudencia do Aviso de 1844 já não procede, porque, em face da nova Lei, a superioridade de gráo na ordem da jurisdicção judiciaria é a que limita a competencia da autoridade. »

Semelhante razão de modo algum pôde proceder quanto aos Presidentes, que nos termos da Lei de 3 de Outubro de 1834, são a primeira autoridade da Provincia, que representam nella o

Poder Executivo, a acção do Governo, e debaixo deste ponto de vista estão-lhe todos sujeitos inclusivamente o bispo; isto é, todos os que residem e exercem autoridade dentro da Província, simples cidadãos ou empregados publicos, estão sujeitos á acção da sua autoridade, dentro da esphera e limites della.

São os depositarios da acção do Governo e a exercitão e de certo modo o representão a respeito de certas cousas, mas não podem mandar os juizes nas cousas do seu officio, e nem podem mandar os cidadãos nem obrigar-os a fazer aquillo a que a lei ou o direito os não obriga. Assim, a respeito das autoridades militares e administrativas elles são superiores; mas a respeito das outras autoridades e simples cidadãos, são os chefes da provincia, aos seus inferiores podem dar ordens, mas, a respeito das outras, que não estejam nos degrãos inferiores da jerarchia de que são os chefes, só podem executar as leis.

Se estas razões não bastão para tornar evidente a improcedencia do Aviso de 22 de Janeiro de 1873, já citado, ha outras de ordem publica, que convém respeitar e attender, ha casos excepcionaes em que os Presidentes não devem encontrar nenhum embaraço em seus movimentos, nem tão pouco que os seus actos possam ser invalidados; de modo algum convém deixar a primeira autoridade na contingencia de seus actos poderem ser desrespeitados e nullificados, ficando por-consequinte a mesma autoridade desarmada e abatida, sem força para proteger, sem vigor para reprimir; circumstancias se podem dar que os Presidentes se vejam na imperiosa necessidade de se armarem de um poder discricionario, para debellar a desordem e anarchia.

Não podemos, portanto, deixar correr impunemente e sem reparo o Aviso de 22 de Janeiro, porquanto, se a justiça é a primeira necessidade dos povos, o mais forte laço das sociedades humanas, tambem a administração publica é necessaria em todos os ramos do serviço do Estado, porque sem ella não pôde haver acção publica de qualquer genero; o que reconhecem e admittem todos os codigos das nações civilisadas, porquanto, desde o momento em que a anarchia levantasse o collo,

triumpharia a infração das leis e teríamos a morte da sociedade.

Em demonstração da improcedencia do Aviso de 22 de Janeiro, transcreveremos a importante consulta do Conselho de Estado das secções reunidas de Guerra e Marinha, de Justiça e de Estrangeiros de 13 de Setembro de 1849, que assim se expressa:

« Por Aviso expedido pela Secretaria de Estado dos Negocios da Marinha em data de 10 de Agosto, foi remettido ao Quartel General de Marinha os officios e mais papeis ácerca de conflictos que o Capitão de Mar e Guerra Joaquim José Ignacio tivera em Pernambuco com o Presidente da Relação e o Juiz de Direito da 1ª vara crime.

« Achando-se a bordo da fragata *Constituição* 57 presos, dos tomados no ataque de Mussupinho, e entre estes um de nome João Gabriel do Sacramento, espia dos rebeldes, a quem se encontrou uma carta anonyma para os mesmos, e que a voz publica dá por um grande assassino, delle requerêrão a soltura ao Juiz de Direito da 1ª vara criminal da cidade do Recife, Dr. Felix Peixoto de Brito e Mello, o qual por sua ordem de *habeas-corpus*, lhe mandara intimar por um official de justiça, que o fizesse ir á sua presença. O Presidente da Relação tambem expedio uma ordem de *habeas-corpus* a favor de Manoel da Silva Neves, preso politico, existente a bordo da barca *Tentativa Feliz*, que serve de deposito á ordem do Presidente da Provincia. O Capitão de Mar e Guerra Joaquim José Ignacio respondeu dizendo que, apezar de todo o respeito e elevada jerarchia da autoridade do Presidente da Relação, não podia cumprir a sua exigencia, visto estar preso á ordem da presidencia.

« Que não reconhecendo, elle commandante, legalidade em tal ordem, não só porque, em vista do Aviso de 12 de Janeiro de 1844 e leis por elle citadas, aos presos á ordem e disposição dos Presidentes de Provincias só pôde dar *habeas corpus* o Supremo Tribunal de Justiça, como porque só ao Presidente conhece por seu superior, e que a dar-se a possibilidade de qualquer autoridade mandar ordens aos commandantes

dos navios de guerra sobre os presos a seu bordo existentes, ficaria por certo destruída a policia e disciplina, que só aos commandantes compete, nos termos do art. 1.º cap. 1.º do Regimento provisional.

« As secções tomarão em consideração o art. 1.º da Lei de 3 de Outubro de 1834, que declarou ser o Presidente da Provincia a primeira autoridade della, a que todas as que nella se acharem serão subordinadas, seja qual fôr a sua classe ou graduação ; o § 7.º do art. 69 da Lei de 3 de Dezembro de 1841, que terminantemente dispõe ser sómente competente para conceder *habeas corpus* o juiz superior ao que decretou a prisão ; e o Aviso de 12 de Janeiro de 1844, que, fixando a intelligencia pratica dessas disposições, decidio : que dado que um Presidente de Provincia ordenasse uma prisão illegalmente, a ordem de *habeas corpus* a favor do preso não podia ser concedida senão pelo Supremo Tribunal de Justiça.

« Attenderão a que João Gabriel do Sacramento e Manoel da Silva Neves, por ordem do Presidente da Provincia, tinham sido presos e entregues á guarda do Capitão de Mar e Guerra Joaquim José Ignacio ; e que as ordens de *habeas corpus* a favor delles forão expedidas, uma pelo Juiz de Direito Felix Peixoto de Brito e Mello e a outra pelo Presidente da Relação do districto, com manifesta illegalidade, proveniente da incompetencia dessas autoridades, na conformidade da citada decisão imperial, firmada nas leis.

« E nestes termos, não poderão deixar de concordar na approvação da maneira por que se houve o referido Capitão de Mar e Guerra, negando o cumprimento a taes ordens illegaes, que lhe não era permittido executar, por obstar-lhe o disposto nos arts. 142 e 143 do Codice Criminal. São, portanto, as secções de parecer que, nos casos especiaes, sobre que tem a honra de consultar, negado devia ser o cumprimento ás ordens de *habeas-corpus* expedidas pelo Juiz de Direito e Presidente da Relação a favor de presos, por ordem do Presidente da Provincia ; e, por consequente, regular foi o procedimento do Capitão de Mar e Guerra Joaquim José Ignacio, quando lhes negou a execução. »

Forão votos nesta consulta os conselheiros de Estado José Joaquim de Lima e Silva, Caetano Maria Lopes Gama, Manoel Antonio Galvão, Antonio Paulino Limpo de Abreu, e José Antonio da Silva Maia.

As conveniências do serviço publico, do principio da autoridade, e do prestigio devido aos primeiros delegados do Governo Imperial nas provincias, exigem que os Presidentes tenham, com a superior inspecção que lhes cabe nos diversos ramos da administração, todos os meios de poderem desempenhal-a. Nem é conforme ás regras administrativas, que na Provincia encontre o Presidente quem possa annullar os seus actos; o meio consignado no Aviso de 22 de Janeiro não é certamente o mais conveniente para acautelar abusos; se os Presidentes, attendendo mais ás paixões do que ao bem do serviço, ordenarem prisões *ad libitum*, cumpre demittil-os e mandal-os responsabilisar, e não cercear-lhes uma attribuição para conferil-a á outra autoridade, deixando de continuar na posse de uma attribuição, que, por ter sido mal exercida por um ou por outro, não deixa de ser util á boa administração e não devêra ser cerceada.

O Aviso de 22 de Janeiro torna do poder judiciario um poder administrativo, quebra a barreira que separa estes dous poderes independentes, produzindo a desordem e confusão na sociedade, não menos fatal aos Tribunaes de Justiça, que á propria Administração, porque, quando os tribunaes administram, a Administração não deixará de julgar; esta garantia, diz Degeerando, dirige-se a prevenir que os tribunaes conheçam dos actos da Administração; que a Administração seja impedida ou perturbada em suas operações; que se destrúa ou desloque a responsabilidade na ordem hierarchica administrativa.

Dá lugar a que incessantemente se dêm factos da ordem dos que já se têm reproduzido no Pará, podendo dahi originar conflictos graves e estabelecer a rivalidade de classes, o que convém evitar, principalmente com a força armada. Convém não perder de vista que as attribuições do exercito, bem como as dos outros poderes publicos são determinadas pela natureza das funcções que elle exerce; que a disciplina é a principal

condição de uma boa organização da força armada e a obediência a primeira virtude militar, e finalmente que as relações hierarchicas estabelecidas no exercito são as relações de commando e de subordinação.

O Poder Judiciario é incompetente para se envolver em semelhantes assumptos. Só nos occorre um meio de garantir a liberdade individual, sem desarmar a sociedade e nem entregar a direcção da sociedade ao Poder Judiciario, evitando que o Governo se veja a todo momento manietado por um poder *inamovivel, independente* e quasi irresponsavel.

Este meio é o Ministerio da Justiça baixar Instrucções aos Juizes, explicando o sentido litteral do art. 18 da Lei de 20 de Setembro de 1871, o que pôde conseguir-se, restabelecendo-se os principios do Aviso de 20 de Outubro de 1868, expedido pelo Ministerio da Justiça, concebido nos seguintes termos:

« Rio de Janeiro, 20 de Outubro de 1868.—Ilm. e Exm. Sr. — Suscitando-se a duvida a respeito da concessão de *habeas-corpus*, em casos de prisão para recrutamento, declaro a V. Ex. o seguinte :

« O Aviso n. 83 de 20 de Outubro de 1843 considerou incompetente o recurso de *habeas-corpus* no caso de prisão para recrutamento; mas, sendo um dos fundamentos dessa decisão a diversidade de ordem e jerarchia entre a autoridade recrutadora e a autoridade judicial, esse fundamento não existe no caso de prisão ordenada por uma autoridade policial, simplesmente nessa qualidade, pois taes actos estão virtualmente sujeitos ao exame dos tribunaes, quando restrinjam a liberdade individual.

« Se para subtrahir uma prisão ao conhecimento do Poder Judiciario, incumbido de garantir a segurança individual, bastasse a declaração de ser para o recrutamento, tornar-se-hia illusoria a importante instituição do *habeas-corpus*.

« Faz-se indispensavel que a prisão tenha o character militar, pelo fim como pela autoridade que a ordenou, para caber na excepção do art. 179, § 10, da 2ª parte da Constituição, como já foi decidido pelo Aviso n. 71 de 19 de Fevereiro de 1843.

« É, pois, unicamente quando a autoridade civil funciona como recrutador, accumulando esse emprego na fórmula do art. 3º do Decreto n. 2171 do 1º de Maio de 1858, que a prisão por ella ordenada torna-se uma prisão militar e tem nesse character a presumpção constitucional da legalidade, que exclue a intervenção do Poder Judiciario, pela garantia de *habeas-corpus*, até que por lei se determine o contrario.

« Deus guarde a V. Ex. — *José Martiniano de Alencar.* —
Sr. Presidente da Provincia de »

Os principios estabelecidos neste Aviso, que abraçamos completamente, é o unico remedio heroico, que se nos afigura, capaz de conciliar o art. 18 da Lei de Setembro de 1871, com as exigencias sociaes e com o livre exercicio dos poderes do Estado, sem que fique prejudicada a liberdade individual, porquanto, a continuar a ser interpretada e applicada como tem sido a Lei de 20 de Setembro, serão incessantes os abusos e conflictos em prejuizo do serviço e da disciplina militar.

Convém deixar á Administração toda a independencia de acção, que, como bem diz Laboulaye, esse escriptor insuspeito para o partido liberal: « Sem ella não ha senão impotencia e anarchia. É um erro tratar a Administração como inimiga. Bossuet disse: « O que vós quereis fraca em vos opprimir, torna-se impotente em vos proteger. » « Convém definir as attribuições da Administração, ella tem uma esphera legitima e nesta esphera nada deve embaraçar sua acção. Ella é a força ao serviço da lei; enfraquecel-a, é enervar a propria justiça e comprometter a segurança publica. A garantia está na propria responsabilidade da autoridade; assim comprehenderão os romanos, estes mestres na arte de governar; assim têm estabelecido os americanos, estes grandes organisadores da democracia moderna. A independencia dos poderes, contendo os poderes entre si, impede que nenhum prepondere, e o legislador não póde desconhecer estas condições, sem dar ao paiz uma organização mostruosa. »

Não resta duvida que a liberdade individual é a principal,

a base de todas as liberdades publicas; sem ella as outras nada serão, não poderão mesmo subsistir e todos os direitos desaparecerão; mas não é menos verdade que o que dá e conserva a liberdade, é o cumprimento do dever, o respeito á lei, não devendo ficar a Administração Publica na dependencia de um outro poder, sendo a todo o momento encarada como suspeita; e por isso aproveitando-nos das sábias reflexões de Delolme, *Const. d'Anglet*, diremos: « É sem duvida necessario para a manutenção da Constituição limitar o Poder Executivo; mas é muito mais necessario limitar o Poder Legislativo. O Poder Executivo só passo a passo e por uma serie de emprezas mais ou menos longas poderá illudir ou lançar por terra as leis... »

Convém ainda notar que os poderes não se avalião pela possibilidade dos seus defeitos, nem pelo erro de algum de seus membros; a lei suppoz que todos podião errar e para todos os erros procurou remedio; para corrigir os abusos do Poder Legislativo temos o *veto*, a *dissolução*; para os erros e abusos do Poder Executivo temos a *demissão*, a *responsabilidade*; e quanto ao Poder Judiciario temos os recursos e as acções competentes.

« A Administração deve ser *prompta e energica*; *prompta* porque a morosidade da Administração, como bem diz Colmeiro, *Direito Administrativo de Hespanha*, manifesta a fraqueza do poder e tira ás medidas administrativas o merito da providencia e da oportunidade; *energica*, porque uma Administração fraca será desconceituada na opinião publica; sem força moral, ella não poderá fazer obedecer ás leis; a Administração deve ser justa e forte, evitando a fraqueza degradante ou a tyrannia violenta. »

Para garantir a liberdade do cidadão, abrigando-o de qualquer violencia da parte da autoridade, não basta a disposição do Aviso de 22 de Janeiro, não basta que todos os actos da Administração estejam sujeitos á controversia e á censura, que a Nação exerça sobre elles continuação inspecção por meio da tribuna parlamentar e da imprensa.

A garantia que teve em vista o art. 18 da Lei de 20 de

Setembro só, se pôde conseguir *pela effectiva responsabilidade*, tenham as autoridades certeza de que nenhuma consideração os apadrinhará das violações da lei, e das offensas aos direitos dos cidadãos, e, estou certo, farão melhor uso de seu poder, da sua liberdade. Em todos os Estados livres, a responsabilidade é a primeira consequencia dos cargos publicos; esta responsabilidade durou na Grecia, em Carthago, em Roma, enquanto durou a liberdade; é absoluta na Inglaterra e nos Estados Unidos, e sem a responsabilidade os laços sociaes romper-se-hião.

Entre nós são poucas e bem raras as autoridades mandadas responsabilisar, quasi sempre as autoridades superiores se limitão a reprovar o acto praticado, devendo com isto se contentar a parte offendida; assim é que, tendo a consulta do Conselho de Estado, secção de Justiça, de Abril de 1873, *reconhecido que o procedimento do presidente do Pará não teve base na lei, que foi por elle abertamente violada*; guardou verdadeiro silencio se o presidente deveria ou não ser responsabilisado. Entretanto as leis inglezas, providentes e dignas de serem imitadas, punem toda a pessoa que ordenar ou effectuar uma prisão illegal, tendo a parte offendida o direito de exigir uma indemnização pelo tempo da prisão, e ficando as respectivas autoridades privadas do emprego, e declaradas incapazes de exercer outro cargo publico; assim nos diz Blackstone. Eis a garantia dos direitos do cidadão; eis como procedem os paizes livres, e mais adiantados do que o nosso.

L.

Julgamos ter exposto todos os argumentos a favor e contra as prerogativas da Administração, e nesse proposito procurámos demonstrar quaes os verdadeiros principios, quaes as condições sociaes e administrativas do Estado nos governos livres.

Temos a convicção de nada haver criado; em semelhantes

assumptos a pretensão á originalidade e á invenção, além de ridícula, tornar-se-hia suspeita, porquanto as idéas não têm autoridade senão quando têm adquirido um certo grão de generalidade entre aquelles que se dedicação a semelhantes estudos.

Em politica bem como no que diz respeito á Administração, não é bom pensar só, e assim não ousariamos aventurar certas idéas que consignámos neste trabalho, se ellas não fossem acceitas e ensinadas por todas as escolas politicas, sobre que se firmão os governos livres, e pelos mestres da sciencia administrativa.

Não temos a pretensão de regular nem de restringir a acção do Governo, os limites se achão clara e terminantemente estabelecidos na Constituição, que traça a esphera de acção de cada Poder, a distincção e separação de cada um, o que basta para garantir a liberdade dos cidadãos.

Entretanto, contrista-nos vêr que o amor ás novidades faça acceitar-se theorias anarchicas e que, a pretexto de extinguir as prerogativas da Administração, o *contencioso administrativo*, se tente invadir a direcção do governo do Estado, com grave detrimento de todos os principios de ordem! Esta tendencia, este desrespeito pela divisão e harmonia dos Poderes do Estado, este desejo de tudo reformar, são os indícios da decadencia politica e social de uma Nação, um triste symptoma das idéas anarchicas e das paixões desordenadas que se agitação.

As relações da ordem social se transformão lenta e insensivelmente; quando as reformas têm por fim restabelecer a relação normal entre a fórmula juridica das relações da ordem social e os interesses que as determinão, ellas se realizão sem nenhuma perturbação, sem nenhuma desordem.

A Constituição de um Estado é o symbolo de sua perpetuidade, as transformações organicas da Constituição são por sua natureza transformações parciaes, lentas e successivas.

Entre nós muito se abusa do direito de legislar; funcionarios impacientes, levando-se por doutrinas erroneas, procurão usurpar e assumir um direito que não têm, e reformar

os costumes pelas Leis e Constituições. Diversamente procedem as grandes nações como a Inglaterra e a Allemanha; não toçao em suas instituições senão com grande cuidado; a este respeito dizem os publicistas que : « A decadencia de uma sociedade está eminente, quando ella tem mais cuidado em fazer Constituições do que em observar a existente. »

As funcções do Poder Executivo, da Administração, são as mesmas, quer nas monarchias, quer nas republicas, hoje já não têm por missão sómente a protecção á ordem publica, e á liberdade civil, pertence-lhes a direcção de toda a politica geral, tanto interna como externa; a solução de negocios que interessão a grandeza e a dignidade do paiz, a iniciativa de grandes reformas na legislação, etc.

O tempo encarregou-se de demonstrar que a verdadeira Administração é muito diversa do indolente viver a que nos habituáramos, e que, em vez disso, occupa toda a esphera social e tem o nobre encargo de dar animação á vida dos povos, acudindo solicita a proporcionar-lhes commodidades e vantagens, e a demonstrar-lhes que é proficua ás associações humanas, e não uma simples formalidade, uma roda que pôde dispensar-se na machina governativa.

Assim, a lei pôde e deve determinar as attribuições dos órgãos do poder social, mas, não pôde, nem prevêr as situações creadas por actos de liberdade, nem prescrever os meios que o poder social deve empregar para proteger, de uma maneira conforme á justiça, os interesses nascidos de complicações accidentaes e de situações transitorias.

A principal condição do Poder Social é que seus órgãos se prestem mutuo apoio, este accôrdo é indispensavel á força do Estado, depende da unidade que resulta de sua acção collectiva. A acção collectiva e concordante dos poderes não resulta de um equilibrio imaginario, mas da especialidade de suas funcções respectivas. Cada poder pôde e deve desenvolver na esphera de suas attribuições a maior energia possivel; a harmonia ideal de suas funcções resulta do mais completo desenvolvimento.

A Belgica, onde se devem estudar as praticas do governo

constitucional, e o modo por que os Poderes se respeitão e funcionão, nos fornece muitos exemplos dignos de serem consultados, e imitados. Infelizmente entre nós os exemplos são para demonstrar quanto os poderes se rivalisão, se hostilisão, e quanto disputão entre si a suprema direcção do Governo; entrando nesse numero o Senado, quando, pela sua missão, pelas garantias de que se acha revestido, devia na pratica demonstrar que elle é o verdadeiro guarda da Constituição e das Leis!!

Já no capitulo 41 tratámos do que occorrêra na Camara Temporaria com relação á pretensão de João José Fagundes de Rezende e Silva para lavrar os rios Cayapó, etc. Esta pretensão, sendo em 1873 levada ao Senado, julgou-se incompetente a commissão de Emprezas Privilegiadas, que opinou para que fosse ouvida a de Constituição, que assim se expressára em seu parecer de 20 de Agosto :

Parecer da Commisão de Constituição.

MINERAÇÃO DE CAYAPÓ.

« João José Fagundes de Rezende e Silva dirigio ao Senado a petição junta, na qual, considerando ter havido demora na execução do Decreto n. 2002 de 24 de Agosto de 1871, que autorisa o governo para conceder-lhe privilegio por 90, annos afim de lavrar os rios Cayapó, Maranhão e seus afluentes, pede ao Senado que, pelo meio que *lhe suggerir sua alta sabedoria, persuada* á secretaria de Estado da Agricultura da *necessidade* de cumprir aquelle Decreto.

« O Senado quiz ouvir a este respeito a sua commissão de Emprezas Privilegiadas, a qual, com o fundamento de *não se tratar actualmente de considerar qualquer proposta concernente a esses assumptos*, julgou-se incompetente para iniciar qualquer medida, e foi de parecer que se submettesse o

conhecimento da petição á commissão de Constituição. Assim resolveu o Senado.

« A commissão de Constituição, pois, obedece como lhe cumpre á ordem do Senado, declarando desde já que acha inadmissivel a pretensão do supplicante. Porquanto :

« O que se pede não é da attribuição do Senado. Além disso releva ponderar que a execução da lei, invocada pelo supplicante, depende, segundo sua natureza, do prudente arbitrio do Governo, o qual pôde usar, ou não, da autorisação concedida, se exigirem no seu conceito, as circumstancias e conveniencias do serviço publico.

« A commissão tem para si que bastava estas succintas razões para concluir que a petição não merece o deferimento desejado.

« Este é o seu parecer.

« Paço do Senado, 20 de Agosto de 1873. — *Marquez de Sapucahy.* — *Barão de Cotegipe.* — *Cunha Figueiredo.* »

Em virtude deste parecer, aliás juridico, e de accôrdo com os principios constitucionaes, julgar-se-ha, sem duvida, que a questão deixou de existir, por não ter razão de ser; assim, porém, não aconteceu. A respectiva commissão do Emprezas, Privilegiadas, já não julgou-se incompetente para intervir na questão, avocou este anno a si a questão, fel-a ter andamento, e opinou para que o Senado pedisse ao Governo que declarasse a razão por que não havia feito uso da autorisação concedida pelo Decreto n. 2002 de Agosto de 1871, como elle se demorasse a dar as informações exigidas, sem duvida para não responder como um ministro em Inglaterra, quando foi-lhe pedida a explicação de um acto que praticára, que competia unica e privativamente ao Poder Executivo, resolveu-se a commissão de Emprezas Privilegiadas dar o seu parecer, que, reproduzindo quasi as mesmas razões em que o anno passado se fundou a commissão de Constituição, lamenta, entretanto, a falta havida na remessa das informações pedidas; eis o parecer :

Parecer da Commissão de Empresas Privilegiadas.

« Foi pela 3^a vez presente á commissão de Empresas Privilegiadas a pretensão do cidadão João José Fagundes de Rezende e Silva, solicitando do Senado uma resolução pela qual lhe seja directamente concedido o privilegio para a exploração dos rios Cayapó e Maranhão, da provincia de Goyaz, independente das informações pedidas ao Governo e que têm sido até hoje recusadas.

« Comquanto seja muito para sentir-se a falta havida na remessa das alludidas informações, entende comtudo a commissão que não pôde propôr ao Senado a medida requerida pelo peticionario, por isso que a concessão de privilegios e de cartas de patente para empresas industriaes é attribuição exclusivamente propria do Poder Executivo, não cabendo ao Poder Legislativo mais que a necessaria autorisação para se fazer, como com relação á empresa a que se propõe o peticionario, já teve logar pelo Decreto n. 2002 de 24 de Agosto de 1871.

« Sala das conferencias, em 22 de Julho de 1874. — *Nunes Gonçalves.* — *Uchôa Cavalcanti.* — *Barão de Maroim.* »

Não podemos, portanto, deixar de notar certa incoherencia no parecer da commissão de Empresas Privilegiadas, porquanto, se a materia, sobre que versa o parecer, depende do prudente arbitrio do Governo, o qual pôde usar, ou não, da autorisação concedida, segundo exigirem as circumstancias e conveniencias do serviço publico; e se a concessão de privilegios e de cartas de patente para as empresas industriaes é attribuição exclusivamente propria do Poder Executivo, não cabendo ao Poder Legislativo mais do que a necessaria autorisação para as fazer, como reconhece a commissão de Empresas Privilegiadas, no parecer, como pedir contas ao Governo das razões que teve para não usar de uma autorisação, que, segundo lhe aprouvesse, podia usar ou não?

Todas estas occurencias derão logar á reproducção de novos

factos, ainda mais subversivos e anarchicos, assim é que na discussão do parecer da commissão de Emprezas Privilegiadas, foi lida, apoiada e posta em discussão, conjunctamente, a seguinte emenda ao parecer da commissão :

« Em logar da conclusão [do parecer nas palavras:

« Entende que não pôde propôr ao Senado a medida requerida :

« Diga-se :

« A Assembléa Geral resolve :

« Art. 1.º Fica concedido a João José Fagundes de Rezende e Silva, privilegio para lavrar as minas dos rios Cayapó, Maranhão e seus affluentes, pelo mesmo prazo com que o Governo tem feito iguaes concessões.

« Revogadas as leis em contrario.

« Paço do Senado, 5 de Agosto de 1874. — *Silveira da Motta.* »

Na occasião de se votar sobre o parecer da commissão de Emprezas Privilegiadas, com a emenda apoiada, o Sr. Presidente disse : « Que a emenda consiste em um projecto de Lei ; que, sendo o caso novo e não havendo precedente para guial-o, submetteria á votação o parecer da commissão ; se fosse approvado consideraria prejudicada a emenda, se porém fosse rejeitado o parecer, poria a votos a emenda, e sendo approvada a consideraria como um projecto de Lei approvado em primeira discussão para entrar na ordem dos trabalhos. »

Posto a votos o parecer foi rejeitado, sendo approvada a emenda para passar á 2ª discussão !!!

As palavras do illustre Presidente do Senado, bem demonstrão a inconstitucionalidade da emenda apresentada, e encerrão uma especie de advertencia sobre a magnitude da medida que se ia votar, e que o Senado devia repellil-a, sob pena de praticar um abuso e excesso de poder.

Quando o Poder Social não domina as forças individuaes na esphera de acção que lhe é propria, a existencia do Estado é compromettida, e os interesses privados se substituem ao

interesse geral, a Administração, tendo perdido a força moral e material, nascerá a anarchia, porquanto, o poder dos interesses privados e dos interesses de partido, tornando-se igual ou superior á do Estado, da Administração, tornar-se-ha sem força para regular a fôrma juridica das relações da ordem social, a autoridade suprema da Lei, e para manter a acção de cada poder em sua esphera, assegurando a acção collectiva e concordante de todos os órgãos do Poder Social.

Entendemos que o Poder Legislativo tem o direito e mesmo o dever de examinar todos os actos do Poder Executivo e mesmo de retirar o seu apoio aos agentes deste poder, quando elles se esquecem de que são depositarios do poder no interesse do Estado, que se identifica completamente com os do corpo social, e empregão a sua missão e autoridade a bem de interesses particulares, que entorpecem o adiantamento material, moral, e intellectual do paiz; assim pensando, porém, entendemos ao mesmo tempo que, não é licito confundir as attribuições conferidas á Administração, representando o Estado, com os individuos representantes do Governo.

O Governo não é o senhor do Estado, é apenas servidor. O Estado é a propria Sociedade considerada em sua unidade e generalidade. O verdadeiro e legitimo alvo sobre que devem convergir todas as vistas, é para o Governo, representado pelos Ministros e demais agentes do Poder Executivo, estes sim, é que podem, abusando da força, da autoridade, do prestigio e do nome do Estado, pôl-as a serviço de suas paixões, de seus interesses pessoaes.

Infelizmente a distincção entre Estado e Governo, e a subordinação absoluta do segundo ao primeiro, é considerada ainda hoje, como muitos outros principios, puras abstracções que não têm passado dos livros e das Constituições para a realidade.

Se uns comprehendem que a Administração se personifica em instituições mais ou menos liberaes, que assegurão ao Estado sua missão benefica, sua dignidade e independencia, e aos cidadãos sua liberdade a mais completa; outros desnaturão completamente a Administração, fazendo-a um instrumento de

oppressão para os cidadãos, e de degradação para os funcionarios.

Se felizmente já se forão estes tempos, e hoje os governados têm o direito de escolher os governantes; se os povos estão em scena, não como simples comparsas, mas como actores, se a tendencia que predomina é que a Administração intervenha o menos que fôr possível na direcção do movimento social, e deixe livre e folgado o curso natural da actividade humana e desembaraçada a iniciativa poderosa do interesse individual; não se deve levar estes principios ao ponto de simplificar o Estado, de supprimil-o, deixando sómente a idéa, o principio; despojar o Estado de certas prerogativas, é cortar-lhe os braços e as pernas, é constituil-o uma sombra pairando sobre a sociedade, sem poder funcionar; quando a organização do Estado é essencial á ordem social.

As funcções do Estado querem funcionarios do Estado, porquanto, a sua missão é de tal ordem que não deve correr o menor perigo. Dahi o axioma acceito pelos publicistas—que á iniciativa individual pertence tudo quanto é de interesse privado, e á iniciativa do Estado tudo quanto é de interesse geral.—O Estado faz leis e se encarrega de assegurar a sua execução, ministra a justiça, faz executar grandes trabalhos de utilidade publica, véla pela defesa do territorio e pela ordem interna; tudo isto se faz pelo Estado e em nome do Estado.

Assim, toda construcção importante de caminho de ferro, canal, ponte, etc., torna-se trabalho do Estado, comtanto que interesse á prosperidade, á segurança e á saude publica; entretanto, nem todas as obras exigem o mesmo gráo de intervenção da parte do Estado: em uns casos exigem a acção directa e exclusiva, em outros a simples fiscalisação. A este respeito, pode-se estender ou restringir a acção administrativa, sem prejudicar os direitos individuaes nem os do Estado; tudo depende do temperamento nacional; o genio differente das sociedades faz variar a applicação. Por toda a parte e sempre, os trabalhos de utilidade publica são e devem ser submittidos á inspecção do Estado, unica autoridade competente no exercicio destas funcções.

E, realmente, por mais inclinado que se esteja a restringir o papel do Estado, não se pôde deixar de reconhecer a sua competencia no que respeita á direcção e á inspecção de trabalhos que têm um caracter de utilidade geral.

Assim, pois, a direcção dos grandes negocios que interessão a grandeza nacional, quer no interior, quer no exterior, a applicação de grandes medidas nos differentes serviços administrativos, eis o fim do Governo, no sentido lato e elevado da palavra; se ao Poder Executivo falta a iniciativa, não compete ao Poder Legislativo suppril-a; este direito, algumas vezes attribuido ás Assembléas, tem sido fecundo em consequências anarchicas, porquanto tende a transportar o Governo para o Parlamento.

A Assembléa tem sempre um meio de remediar a inercia ou a incapacidade do Poder Executivo: é advertil-o, demonstrar a sua ineptidão para o desempenho das funcções a seu cargo, mas não pôde substituil-o. A Administração confiada a um corpo torna-se impossivel ou pelo menos impotente; a usurpação das Assembléas parlamentares, nas attribuições do Poder Executivo, entorpece, e perturba a marcha do Governo; é o que a experiencia tem sempre provado, a historia parlamentar das nações demonstra que ellas nunca funcionarão séria e regularmente, e sem grave inconveniente para a causa publica, mesmo nas crises politicas onde a concentração dos poderes parecia necessaria.

O Governo das Camaras seria não só irrealizavel como impossivel, querer fundal-o é destruir não os abusos do Governo, mas o proprio Governo, principios sem os quaes não ha Governo possivel. Que se limite a acção do Governo, que se retenha na esphera constitucional, nada melhor; mas destruil-o em sua essencia, negando-se todos os principios, é o que não se pôde admittir.

E, realmente, no meio de todas as modificações do Governo, através de todos os ministerios, de todas as maiorias, de todas as realezas, que passam e que mudão debaixo dos golpes da revolução ou da morte, ha um ser identico, sempre duravel, sempre necessario, sempre vivo e activo, *é o Governo*;

ha um certo ajuntamento de principios e de factos sociaes que nenhum Governo póde prescindir delles, principios e factos sem os quaes não ha Governo, seja qual fôr a sua fôrma politica.

As combinações constitucionaes não têm sido arbitrariamente imaginadas; na vida historica dos povos os Governos não se improvisão, não se inventão. A emenda que foi acceita pelo Senado, é uma alta questão de moral politica, não nos importa o facto material, é o facto moral, é o direito; e é sabido que o Corpo Legislativo não póde usurpar attribuição de nenhum poder, parar a marcha do Governo e tornar a Administração impossivel; e desde o momento que o exemplo dado na questão *Cayapó* se reproduzisse, que o Poder Legislativo pudesse impunemente invadir o Executivo e assumir a administração do Estado, o paiz cahiria em um marasmo social, porquanto, para governar, não só convém bem obrar, mas também funcçãoar incessantemente, e por isso dizem os publicistas que as necessidades de todo o Governo são: *A unidade, a direcção, a acção de continuidade, a moderação e a paciência*, condições que não podem residir no Corpo Legislativo, e sem as quaes não ha Governo possivel.

É um erro crer que o mecanismo do Governo Constitucional exige que os tres poderes estejam sempre de accôrdo. A lei não torna-se lei senão pelo assentimento livre dos poderes; basta que um dos poderes a recuse para que ella morra antes de nascer; não é isso um desarranjo do mecanismo constitucional, é pelo contrario seu jogo normal e regular; desde o momento em que um dos poderes pudesse fazer prevalecer a sua vontade sobre os outros, teriamos a lei fraudulentamente illudida, teriamos uma mentira politica e com ella a omnipotencia de um dos poderes destruindo os outros; longe de ser a salvação do Governo Representativo, será a sua morte.

Não fazer tudo quanto quer o Poder Executivo é algumas vezes necessario, e o Corpo Legislativo deve resistir; mas também obrigar o Poder Executivo a aceitar e executar uma medida que elle repelle, é destruir o proprio Governo;

as rédeas do Estado fluctuarião ao acaso, o paiz seria anarchisado, deshonrado e perdido.

Os Poderes Politicos constituem um Governo Representativo, porque elles representam os grandes interesses sociaes. Não resta duvida que o Poder Executivo deve ser despojado de todo o poder arbitrario, e que não deve funcconar senão depois de preenchidas as condições constitucionaes, depois de ter passado pelas investigações, discussões e votos que são estipulados para garantir que uma medida é boa e util ao Estado. É precisamente depois de ter preenchido todas as exigencias constitucionaes, que o Poder Executivo acha nas funcções que elle tem recebido da Constituição, os meios de conquistar a influencia necessaria a fazer marchar o Governo, e nisto consiste principalmente o merito e o fim da Constituição, que nos garante a unidade, a direcção, a força no poder, a fiscalisação; garantia e limites oppostos aos excessos eventuaes do poder.

O procedimento do Senado na questão *Cayapó* nos faz vacillar sobre os fins politicos dos argumentos invocados a todo o momento contra a *jurisdicção administrativa*; e leva-nos a convicção de que, depois de conquistada a liberdade, se procura crear a prepotencia legislativa, concentrando em si o Poder e o Governo; e como é hoje impossivel pela propria natureza das cousas, tenta-se anarchisar o paiz, tornando impossivel a organização regular e efficaz do poder social, para substituir sua autoridade absoluta a que fôra destruida, embora para isso se leve a opinião publica em um progresso sempre crescente de erros.

Consideramos tão melindrosas e importantes as attribuições da Administração, do Poder Executivo que entendemos que é uma usurpação flagrante do Poder Legislativo, quando, para embaraçar o Governo, e tornal-o impossivel, recusa-lhe as leis annuas. Deixar o Poder Executivo privado de meios financeiros, necessarios para o mecanismo do governo, com o proposito de obrigar-o pela fome a despojar-se de todo o poder, seria admissivel em outras épocas, quando o Thezouro Publico não existia, quando a realeza tudo possuia

em seu nome, dispunha das finanças como bem queria; naquelles tempos esta medida tinha uma razão de ser, recusavão-se os meios para obter concessões politicas; era a marcha revolucionaria e ascendente da sociedade empregando o facto extra legal para chegar ao estabelecimento regular e livre da ordem politica.

Hoje, porém, que conquistámos este estado legal, que de facto e de direito o Poder Executivo governa com o concurso das Camaras, o emprego de semelhante meio revolucionario é absurdo, porque destruiria o que fôra conquistado.

Não se diga que, se as Camaras podem conceder tambem podem recusar, estes principios são applicaveis, em nosso entender, tão sómente aos creditos supplementares e extraordinarios, mas não á *lei do orçamento*, sem a qual não se póde ordenar despesa alguma, nem ha direito para se cobrarem os impostos.

As Camaras podem e devem antes de votar a *lei dos meios*, indispensavel a todo o governo, examinar se têm fundamento os creditos pedidos, e se forão bem applicados os votados, promovendo a responsabilidade e accusação ministerial, quando os dinheiros publicos tenham tido applicação menos licitas e justificaveis.

Nunca podem recusar os meios necessarios á marcha de todo o governo constitucionalmente organizado, porquanto, se o intuito é obrigar o ministerio a retirar-se, este meio não é o mais aconselhado pelos publicistas, porquanto, é crear as mesmas difficuldades e embaraços ao governo que porventura venha a substituir ao que fôra obrigado a se retirar; nos governos representativos constitucionaes temos os votos de confiança, a recusa de projectos considerados peça ministerial.

A recusa das leis annuas, que combatemos por subersiva a todo o governo constitucional, nem sempre é proficua, politicamente fallando, porquanto segundo a Constituição póde a Corôa recorrer á dissolução do Parlamento, e nem todos os paizes estão na altura de resistir a uma luta, quasi um

duello travado entre o Governo e o Parlamento, como ha poucos annos acontecêra na Allemanha. Convém ter muito em vista que no intervallo que decorre entre a dissolução e a nova reunião do Parlamento não pôde ficar o Estado sem Governo, nem parada a Administração; tem, portanto, quer o governo seja legal ou illegal, definitivo ou provisorio, necessidade indeclinavel de recorrer aos meios indispensaveis para satisfazer as exigencias diarias, e então o mal aggrava-se, o Governo, pretextando força maior, applicará como entender os dinheiros publicos, assumirá por assim dizer a dictadura, e é sempre doloroso que o Corpo Legislativo por seus actos justifique o emprego de meios menos regulares ou dê lugar a que se repitão as palavras dirigidas pelo Presidente da Republica Franceza, Mac-Mahon, na mensagem que em Julho ultimo dirigira á Assembléa: « Para defender os poderes que me forão conferidos usarei dos meios de que estou armado pelas leis. »

Terminando diremos: se julga-se que a Administração em face das leis existentes tem poderes muito amplos, que é preciso restringil-os, e mesmo acabar com o *contencioso administrativo*, proponha-se ao Corpo Legislativo a revogação destas leis, faça-se o que em caso identico fez o grande estadista italiano Minghetti, hoje ministro da fazenda, quando ministro do interior em 1861, membro do governo com Cavour e Ricasoli, apresentou em Abril de 1861 um projecto de lei dando nova organização á Administração, restringindo um pouco ás suas attribuições.

Assim, pois, entendemos que, em face do *Direito constituido*, não é licito duvidar-se da existencia do *contencioso administrativo* e nem sustentar-se a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário em assumptos que as leis conferem á Administração.

O Paiz, a Nação, seus interesses, suas necessidades e costumes, mudão e se transformão sem duvida, mas, lenta e gradualmente, e por isso diremos com Poitou, na sua interessante obra *A liberdade civil e o poder administrativo em França*, que, não obstante se pronunciar franca e energicamente contra a *jurisdição administrativa*, reconhece e diz:

« Abolir com uma pennada a justiça administrativa em França, é evidente que seria perturbar profundamente o jogo de nossa administração e embarçar por muito tempo sua marcha. Sabe-se que logar occupa a Administração, que papel ella representa na vida de nossa sociedade franceza.

« Os Inglezes e Americanos, não têm quasi administração publica ; elles mesmos se administram. Nós, em França, quasi não sabemos mais nos administrar. Se nos têm feito perder o habito e o gosto ; o Estado tem confiscado em seu proveito, e abusivamente, muitas partes da administração local ; pôde-se mesmo imputar a esta centralisação grande parte da nossa ineptidão e do nosso pouco gosto para dirigir nós mesmos nossos negocios ; hoje é um dos traços dos nossos costumes, do nosso character nacional.

« Não sómente soffremos de bom grado que se nos administre, mas ainda estimamos ser administrados, e temos necessidade de o ser ; a prova é que, ao menor abuso, ao menor embaraço, nosso primeiro movimento é sempre invocar a intervenção do Governo.

« Não convém cuidar de transportar para nosso paiz um systema feito para os Inglezes e Americanos. Uma administração immensa e complicada como a nossa, pondo em movimento um exercito de funcçionarios, é um facto enorme e que convém attender, e que impõe necessidades ás quaes convém se sujeitar. A revolução de 1789, nivelando violentamente o sólo, acabando com os privilegios, com os poderes locais, tem tornado possível, facil e talvez mesmo em parte necessario o estabelecimento desta gigantesca machina administrativa, que funciona em França desda o anno viii. O systema administrativo tornou-se a medulla de nossos Governos, de nossa sociedade.

« O systema administrativo tem engendrado o Direito Administrativo, que por sua vez creou as jurisdicções administrativas ; seria pueril querer supprimir do dia para a noite semelhante ajuntamento de factos politicos e sociaes ; o unico remedio é corrigir os abusos conservando o systema. Conservemos, pois, a jurisdicção administrativa, porquanto temos

uma organização administrativa tão complicada; mas ao menos ponhamos esta jurisdição especial em harmonia com os princípios do Direito moderno. »

É realmente, para apreciar uma instituição, é preciso examinal-a em todos os seus pontos de contacto com os interesses sociaes. Uma grande parte das instituições antigas adoece-m deste vicio, e não é possível levar a effeito uma reforma verdadeiramente util, sem partir dos grandes principios, que devem servir como de centro de unidade a todo o systema civil. Não basta que tal instituição possa ser util de-baixo deste ou daquelle aspecto, é preciso, sobretudo, que não se achem em opposição com os interesses moraes e economicos da sociedade em geral.

As reformas sensatas e opportunas salvão um paiz, mas as reformas podem perdê-lo, se o Legislador, cedendo a uma vertigem reformadora, altera e destroe sem substituir com reconhecida vantagem. Com taes erros a sociedade soffre nos mais caros e importantes interesses, porque o maior dos males é a contingencia dos direitos pela incerteza da legislação que os regula.

Não basta tambem a bondade absoluta das reformas perante a sciencia ou systemas theoricos, é indispensavel a bondade relativa, que accommode as reformas aos costumes e as circumstancias especiaes do paiz, sem o que nem são executadas nem chegam a ser comprehendidas, e promulgaõ-se apenas para tirar a força e prestigio á lei antiga, cujos erros ou defeitos, se existem, continuão em vigor, porque o Legislador vê-se forçado a adiar e prorogar o prazo para principio de execução das reformas irreflectidas, que as difficuldades, que deveria ter removido, não deixão praticar.

É assim transcrevemos o que se lê no discurso preliminar do Codigo Civil Francez: « As leis não são meros actos de poder, são actos de sabedoria, de justiça e de razão. O Legislador exerce menos uma autoridade do que um sacerdocio; não deve esquecer que as leis são feitas para os homens, e não os homens para as leis; que estas devem ser accommodadas ao character, aos costumes, ao estado do povo para quem são feitas;

que deve ser sobrio de innovações em materia de Legislação, porque, se é possível, quando se trata de uma instituição nova, calcular as vantagens que a theoria apresenta, é difficil conhecer todos os inconvenientes que só a pratica revela.

E, finalmente, é preciso acabar-se com o máo habito de se encarar a Administração como suspeita, que só sabe punir, como uma função que só póde ser exercida por privilegiados, que não têm os mesmos interesses que a sociedade em geral; convém pelo contrario demonstrar que o Governo é uma entidade necessaria a toda a sociedade, e que os altos cargos da hierarchia social são accessiveis a todos, uma vez que se tornem aptos pela instrucção e pelo trabalho.

FIM.

INDICE

INTRODUÇÃO.	PAG. VII a XXXII
CAPITULO I.—Noções preliminares sobre a jurisdição administrativa, e sobre a constitucionalidade do Contencioso administrativo; opiniões a este respeito	1 a 7
CAPITULO II.—Do Conselho de Estado, causas que concorrerão para que a Lei da sua criação sahisse imperfeita, opiniões a respeito da sua insufficiencia quanto ao Contencioso administrativo.	7 a 12
CAPITULO III.—Da jurisdição administrativa, seu historico e opiniões a este respeito, a sua organização em diversos paizes	13 a 20
CAPITULO IV.—Da separação da Autoridade Administrativa, da Judiciaria, relações destas autoridades entre si; da necessidade da amovibilidade dos agentes do Poder Executivo, opiniões a este respeito	21 a 30
CAPITULO V.—Da necessidade da jurisdição, administrativa, sua conservação, cpiniões a este respeito; incompetencia da Autoridade Judiciaria para se envolver nas questões que respeitão a Administração; distincção entre a Autoridade Administrativa e a governamental propriamente dita; do Contencioso administrativo, opiniões a este respeito	31 a 38
CAPITULO VI.—Incompetencia do Poder Jndiciario para se envolver em assumptos que dizem respeito ao Contencioso administrativo, e nas questões entre a Administração e os empregarios; opiniões, legislação e decisões a este respeito	38 a 61
CAPITULO VII.—Continuação da mesma materia, officios da Directoria do Contencioso e consultas do Conselho de Estado, a respeito da competencia contenciosa da Administração	62 a 70
CAPITULO VIII.—Consulta do Conselho de Estado sobre o conflicto de jurisdição entre o Presidente do Rio de Janeiro e o Juiz dos Feitos; opinião do Conselho de Estado equiparando a Fazenda, quando contracta, no mesmo caso que qualquer particular, e sujeita ao Poder Judiciario.	71 a 90
CAPITULO IX.—Consultas do Conselho de Estado opinando pela competencia do Poder Judiciario nas questões entre o Estado e os particulares; e pela acção ordinaria, quando as dividas ao Estado não forem de impostos.	91 a 101

CAPITULO X.—Arestos invocados pela Consulta do Conselho de Estado, de 30 de Novembro de 1872, improcedencia delles.	PAG. 102 a 118
CAPITULO XI.—Ainda a apreciação dos arestos citados.	119 a 138
CAPITULO XII.—Opiniões do Conselho de Estado a respeito da indemnização do damno causado ao Estado	139 a 157
CAPITULO XIII.—Apreciação a respeito da execução promovida contra o major Pereira de Abreu, e da legitimidade dos accórdãos preferidos a este respeito	158 a 169
CAPITULO XIV.—Jurisprudencia que regula a competencia do Tribunal do Thesouro no que respeita aos responsaveis, importante consulta do Conselho de Estado a este respeito	170 a 193
CAPITULO XV.—Jurisprudencia do Conselho de Estado sobre o <i>juizo arbitral</i> nos contractos entre a Administração e os particulares. Pareceres sobre o conflicto entre o Presidente de S. Paulo e a Companhia Sorocabana. Artigo da <i>Revista Juridica</i> pugnando pela jurisdicção commercial quando nos contractos se estabelece a clausula arbitral.	194 a 231
CAPITULO XVI.—Analyse das opiniões sobre o juizo arbitral, improcedencia da clausula arbitral nos contractos em que figura a Administração.	231 a 238
CAPITULO XVII.—Ainda a improcedencia da clausula arbitral e da intervenção do Poder Judiciario nos contractos em que figura a Administração.	238 a 242
CAPITULO XVIII.—Continuação da mesma materia.	243 a 249
CAPITULO XIX.—Ainda a mesma materia.	250 a 253
CAPITULO XX.—A mesma materia.	254 a 261
CAPITULO XXI.—Occorrencias havidas entre o Ministerio da Fazenda e a Companhia da Dôca, occasionadas pela clausula arbitral	265 a 278
CAPITULO XXII.—Improcedencia das opiniões manifestadas no sentido de equiparar a Administração, quando contracta, a qualquer particular. Da competencia dos ministros para exercerem a jurisdicção contenciosa	178 a 182
CAPITULO XXIII.—Continuação da mesma materia.	283 a 288
CAPITULO XXIV.—Ainda a mesma materia	288 a 291
CAPITULO XXV.—Consulta da secção de Justiça do Conselho de Estado Pleno, acerca do conflicto entre o presidente do S. Paulo e o Juiz dos Feitos. Opiniões de varios conselheiros de Estado a respeito da clausula arbitral, e da competencia administrativa.	291 a 320
CAPITULO XXVI.—Questão entre a companhia de Carris de Ferro Jardim Botânico e os emprezarios da linha para Santa Thereza, opinião do Conselho de Estado, invasão do Poder Judiciario em assumptos da competencia administrativa, decisões a este respeito.	320 a 338
CAPITULO XXVII.—Analyse da jurisprudencia estabelecida pelo Conselho de Estado na consulta de 30 de Novembro de 1872; improcedencia da <i>acção ordinaria</i> , inconvenientes da Administração submeter a Poder Judiciario a solução de questões que competem á Autoridade Administrativa.	338 a 349
CAPITULO XXVIII.—Continuação da mesma materia, violação do	

caso julgado pelos principios da consulta de 30 de Novembro de 1872, improcedencia das opiniões que admittem a competencia da Autoridade Judiciaria para apreciar as decisões proferidas pela Autoridade Administrativa	PAG. 349 a 356
CAPITULO XXIX.—Continuação da mesma materia, <i>praxe</i> erronea da Fazenda Nacional recorrer algumas vezes aos meios ordinarios para haver o pagamento do que lhe é devido.	357
CAPITULO XXX.—Decisões contra a <i>praxe</i> da Fazenda recorrer aos meios ordinarios, improcedencia e inconveniente deste recurso nos casos a que se refere a consulta do Conselho de Estado, de 30 de Novembro de 1872	363 a 370
CAPITULO XXXI.—Da applicação do meio executivo a toda e qualquer divida ao Estado, improcedencia das opiniões em contrario, jurisprudencia a este respeito.	371 a 382
CAPITULO XXXII.—Principios e jurisprudencia contra a invasão do Poder Judiciario no que é da competencia da Autoridade Administrativa, providencias a este respeito. Do conflicto	382 a 393
CAPITULO XXXIII.—Inconvenientes e improcedencia das opiniões do Thesouro e da consulta do Conselho de Estado, de 30 de Novembro de 1872, decisões a este respeito.	393 a 405
CAPITULO XXXIV.—Da jurisdicção administrativa contenciosa, da extensão desta jurisdicção a todos os ministerios, erro dos que sustentão existir sómente para o ministerio da Fazenda.—Inconveniente da <i>praxe</i> adoptada pela Directoria do Contencioso, de dar ordens e direcção ao Procurador dos Feitos no que respeita ás attribuições a seu cargo	406 a 415
CAPITULO XXXV.—Opiniões contra os principios da consulta do Conselho de Estado, de Novembro de 1872, exemplos e decisões contra o restabelecimento da jurisprudencia aconselhada por esta consulta.	416 a 424
CAPITULO XXXVI.—Da invasão da Autoridade Administrativa nas attribuições da Autoridade Judiciaria, exemplos.	425 a 440
CAPITULO XXXVII.—Apreciação das decisões e opiniões citadas no capitulo precedente, perigos e improcedencia de semelhante <i>praxe</i>	441 a 447
CAPITULO XXXVIII.—Continuação da analyse, opiniões contra o modo porque forão apreciadas as questões, perigos e inconvenientes dos principios adoptados	447 a 454
CAPITULO XXXIX.—Continuação do capitulo precedente, necessidade do Governo Geral recommendar certas providencias aos seus delegados nas provincias, abusos das Assembléas Provinciales, inconstitucionalidade e perigos da Autoridade Administrativa se envolver no que é da competencia da Autoridade Judiciaria.	455 a 465
CAPITULO XL.—Dos recursos administrativos, sua necessidade, legislação a este respeito, jurisprudencia do Conselho de Estado, modo de interpor os recursos	466 a 471
CAPITULO XLI.—Irregularidades na interposição e acceitação dos recursos, principios contra a jurisdicção administrativa, perigos	

do Poder Judiciario e Legislativo tomar conhecimento das decisões da Autoridade Administrativa, e e reformal-as.	PAG. 472 a 477
CAPITULO XLII.— Dos recursos para o Conselho de Estado, opiniões a respeito do Conselho de Estado, deficiência do Conselho de Estado, necessidade de reformar a legislação, inconvenientes de certas praticas administrativas.	477 a 487
CAPITULO XLIII.— Apreciação da jurisprudência do Conselho de Estado e do procedimento do Ministerio da Fazenda com relação á questão muito contravertida e debatida—do privilegio da Fazenda em concurso de credores	487 a 496
CAPITULO XLIV.—Legislação, jurisprudencia, e opiniões a respeito do privilegio da Fazenda em concurso de credores; occurencias diversas.	497 a 555
CAPITULO XLV.—Opiniões contra o Juizo Privativo da Fazenda, erros e improcedencia destes principios, inxequibilidade das Instrucções de 30 de Novembro de 1863.	555 a 565
CAPITULO XLVI.—Do <i>habeas corpus</i> aos responsáveis á Fazenda, erro em que laborão os que sustentão a concessão deste recurso aos exactores etc, etc, legislação e decisões a este respeito. . . .	566 a 583
CAPITULO XLVII.—Do <i>habeas corpus</i> aos recrutados para o exercito e armada: opinião do conselho de Estado quanto aos recrutados para os Corpos Policiaes, conflicto entre o Juiz de Direito e o Presidente do Pará; considerações a este respeito, competencia das Assembléas Provinciaes para legistar sobre o recrutamento; opinião do visconde de Uruguay e de outros.	584 a 600
CAPITULO XLVIII.—Do <i>habeas corpus</i> . Inconvenientes do artigo 18 da Lei de 20 de Setembro de 1871, e dos avisos do Ministerio da Justiça explicando a Lei; da concessão do recurso de <i>habeas corpus</i> entre nós, e as praticas inglezas, applicação erronea do <i>habeas corpus</i> , perigos que d'ahi podem provir, considerações a respeito do artigo 18 da Lei de Setembro de 1871, sua improcedencia, decisões e julgamentos, considerações a este respeito. . . .	601 a 616
CAPITULO XLIX.—Do <i>habeas corpus</i> . Analyse da jurisprudência a respeito da concessão deste recurso, perigos para a Administração, conflictos que têm havido, opinião do Conselho de Estado, da necessidade de pôr termo aos conflictos, considerações a este respeito, medidas que podem garantir a liberdade individual sem desarmar a sociedade nem subordinar a Administração ao Poder Judiciario.	616 a 625
CAPITULO L.— Da Administração, da necessidade dos Poderes do Estado se respeitarem e gyraarem na sua esphera, dos perigos quando esta harmonia não existe. Procedimento do Senado na questão <i>Cayapó</i> , pareceres a este respeito, analyse, perigos e inconvenientes que podem provir da reproducção de semelhantes factos, e do Poder Legislativo recusar a lei dos meios ao Governo — Opinião de Poitou sobre a jurisdição administrativa; considerações.	625 a 641