

NOVUM JUS

RESTITUIÇÃO DE VENCIMENTOS

POR

Executivo Fiscal

APPELLAÇÃO

PARA O

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Appellante — A Fazenda

Appellado — O Dr. J. Pereira Guimarães

ADVOGADO

Ruy Barbosa

RIO DE JANEIRO

Typ. do *Jornal do Commercio*, de Rodrigues & Comp.

1898



NOVUM JUS

RESTITUIÇÃO DE VENCIMENTOS

POR

Executivo Fiscal

APPELLAÇÃO

PARA O

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Appellante — A Fazenda

Appellado — O Dr. J. Pereira Guimarães

ADVOGADO

Ruy Barbosa

RIO DE JANEIRO

Typ. do *Jornal do Commercio*, de Rodrigues & Comp.

1898



Não tem um só precedente nos annaes judi-
ciarios, nem ainda na historia das pretensões fis-
caes, a especie, de que aqui se tracta.

Um funcionario, que, durante annos. percebeu,
fundado na lei, nas ordens dos ministros, nos actos
das secretarias, no assenso do Thesouro, os ven-
cimentos de um cargo, soffre inesperadamente
executivo e penhora, para os restituir, apresen-
tando-se como prova indiscutivel de debito liquido
e certo o simples documento de os haver recebido.

Não se prova, note-se, que elle houvesse re-
cebido *illegalmente*. Não se prova que o Thesouro
tivesse pago *indevidamente*. Nem a tal respeito se
admitte questão. Prova-se apenas que o Thesouro
pagou, e o empregado *recebeu*. Tanto basta, para
constituir a favor do Thesouro um *debito liquido e
certo*, para sujeitar o empregado a *executivo e penhora*.

Consequencias :

1º Todo aquelle, que recebeu do Thesouro, é
devedor Thesouro, e ha-de restituir, se o Thesouro
o executar, salvo simplesmente o seu direito de 2

ventilar depois, em acção ordinaria, os fundamentos da restituição executivamente extorquida.

2º Qualquer funcionario, quando menos cuide, pode ser obrigado *executivamente* a repor á Fazenda os vencimentos, que esta lhe houver pago.

A prevalecer, pois, essa doutrina, manda a prudencia que o empregado publico não facilite, despendendo os seus vencimentos. Contente-se de miral-os, e recolha-os ao banco; porque da noite para o dia lhe pode sobrevir o executivo para a restituição, e, nessa especie de meio judicial, *a prova de haver embolsado os vencimentos constitue o funcionario na obrigação liquida e certa de o restituir.*

Dir-se-hia historia, dir-se-hia anedocta; mas é realidade: o objecto deste pleito *é isso.*

RUY BARBOSA

Embargos

Por embargos a penhora de fls. 7, diz e provará o almirante Dr. José Pereira Guimarães, contra a Fazenda Nacional :

1.º

Nenhum fundamento em direito assiste a este executivo, insigne extravagancia, que se ha de assignar como um dos specimens mais curiosos na chronica dos despropositos fiscaes.

2.º

Assenta, com effeito, a pretensão da fazenda unicamente na consideração (fls. 3) de que, «na forma da lei, não podia o executado accumular os vencimentos de lente jubilado a faculdade de medecina desta cidade com os de inspector da saude naval conforme os papeis annexos ao aviso n. 192 do ministerio dos negocios da marinha de 25 de janeiro ultimo».

Mas

3.º

No ministerio dos negocios da marinha certi-3

ficam ao executado não se ter expedido alli o aviso, a que allude a certidão de fls. 3, o que, a ser verdadeiro, inquinará de falsidade pela base o procedimento fiscal.

4.º

Quando, porem, realmente exista o aviso invocado, para justificar a reclamação vertente, necessario seria attribuir a esses actos, de pura administração, a força de dar e tirar direitos legislativamente adquiridos, isto é, reconhecer ao governo auctoridade ultra-legislativa.

5.º

De facto, na forma de actos legislativos em vigor, não só não é verdade que o executado seja devedor á fazenda nacional de rs. 17:611\$378, por que o demandam, como, pelo contrario, a realidade é ser elle credor da fazenda nacional na somma correspondente aos vencimentos accumulados, que se lhe deixaram de pagar de janeiro de 1894 em diante, e que o prejudicado já reclamou do ministerio da fazenda.

6.º

Não ha duvida, em verdade, que perante as regras geraes de direito administrativo, «o funcio-

nario publico de qualquer ordem ou cathegoria, que, *depois* de aposentado, ou jubilado, acceitar do governo geral, ou provincial, emprego ou commissão remunerada, perderá, durante o exercicio, todas as vantagens da aposentadoria, ou jubilação.» L. n. 3.396, de 24 de novembro de 1888, art. 33.

Mas o caso do executado não se acha sob o dominio dessa disposição, senão sim sob o de actos legislativos especiaes, que individualmente o regem.

Realmente

7º

A situação do executado não é a de um funcionario, que, achando-se no goso de uma aposentadoria, ou jubilação, administrativamente concedida, acceitasse «*depois*», na phrase da lei supra-transcripta, nova nomeação, por arbitrio administrativo.

8º

A jubilação do executado no cargo de lente da faculdade de medicina do Rio de Janeiro e sua nomeação para o lugar de inspector da saude naval foram decretadas *simultaneamente* em 31 de janeiro de 1891. (Docs. n. 2 e 3)

O executado foi, portanto, jubilado no primeiro emprego com o intento manifesto de ser provido no segundo ; o que exclue, em relação á hypothese, a

razão determinante do art. 33 da lei de 1888, na qual se presuppõe que a confissão de validez, implicita no regresso voluntario ao serviço, importa renuncia ás vantagens da inactividade retribuida. A intenção do poder que, no mesmo momento, jubila um cidadão n'um cargo, e o nomeia para outro, é obviamente que elle accumule os beneficios da actividade paga no segundo aos da inactividade remunerada no primeiro.

9.º

Na especie esta conclusão não é só o que irrecusavelmente se deduz da simultaneidade entre os dois actos, como o que resulta da linguagem expressa d'elles; porquanto a jubilação foi dada ao lente « com todos os vencimentos », diz um decreto, « que percebe actualmente pela tabella, a que se refere o decreto n. 9.311, de 25 de outubro de 1884 » (doc. n. 2), e a nomeação feita, reza o outro, « de conformidade com o art. 4º do regulamento annexo ao decreto n. 683, de 23 de agosto de 1890 ». (Doc. n. 3.)

10.º

Depois, o direito do executado ao vencimento, que ora se lhe quer negar, a saber, o alcance irrecusavel do acto do governo provisorio foi authenticamente interpretado, em seu nome, no documento junto sob n. 5, onde formalmente se declara que

« ao dr. José Pereira Guimarães, jubilado por decreto de 31 de janeiro ultimo com todos os vencimentos no lugar de lente cathedratico de anatomia descriptiva da faculdade de medicina do Rio de Janeiro, *competete, de conformidade com o citado decreto e com a tabella annexa ao de n. 9.311 de 25 de outubro de 1884, o vencimento annual de 6:400\$000* ».

11º

Entre esta interpretação, formulada em nome do signatario dos decretos de 31 de janeiro de 1891, o chefe do governo provisório, pelo seu secretario de estado, o então ministro dos negocios da fazenda, e a do ministro da fazenda actual, não póde ser duvidosa a preponderancia da primeira sobre a segunda; tanto mais quanto essa intelligencia tem a sancção e a corresponsabilidade do cidadão que exerce presentemente o ministerio da fazenda, e que, occupando esse logar por muitos mezes de 23 de novembro de 1891 em diante, reconheceu o direito, que hoje nega ao executado, pagando-lhe os vencimentos, que agora lhe pretende tirar.

12.º

Indubitavelmente, pois, a situação creada, a favôr do executado, pelos dois actos simultaneos de 31 de janeiro de 1891, que o jubilaram n'um cargo, investindo-o em outro, constitue uma excepção intencional ao disposto na legislação anterior: é uma verdadeira dispensa n'ella.

A questão, portanto, está em saber se o governo, que assim procedeu, tinha auctoridade, para dispensar na lei, isto é, se dispunha de poder legislativo.

13.º

Ora que o governo provisório exerceu a pleno o poder legislativo, e que a força legislativa dos seus actos se acha plenamente sanccionada pelas instituições actuaes, não pode soffrer, hoje, a menor duvida sensata.

Toda a nossa vida civil e politica, administrativa e judiciaria presuppõe-lhe essa auctoridade; e se ella desaparecesse, ou fosse desconhecida, com ella se desconheceria, e estaria extincta a propria auctoridade da justiça, cuja actual organização é obra de um decreto do governo provisório, como obra d'elle é, em immensa escala, a legislação admi-

nistrativa, politica, civil, commercial, criminal e processual, sob que actualmente vivemos.

14.º

E, para que esses actos revestissem auctoridade legislativa, bastava, como na especie em questão, que fossem consignados em decreto, isto é, que reunissem á assignatura do ministro, por quem corria o assumpto, a do chefe do estado.

E' o que está firmado pela jurisprudencia administrativa, judiciaria e parlamentar.

15.º

Especialmente no que respeita á jubilação de membros do corpo docente nas instituições de ensino superior, a doutrina acha-se definida até por decisões formaes do governo actual.

Haja vista o documento junto sob n. 4, do qual consta um despacho do ministro dos negocios do interior, em novembro do anno transacto, nestes termos:

« O petionario, contando pouco mais de oito annos de serviço no magisterio, foi jubilado no logar de lente cathedratico com vencimentos integraes, por decreto de 21 de fevereiro de 1891.

« Esse acto do governo provisorio *tem evidentemente character legislativo*; pois que a aposentadoria concedida em taes condições não se baseava em nenhuma das leis ou regulamentos então em vigor acerca de aposentadorias, jubilações, ou reformas, e, se fosse practicado em regimen normal e por motivos excepcionaes, só poderia ser valido, se o poder legislativo houvesse dado prévia auctorização ao executivo para o fim especial de dispensa na lei. »

16.º

O que este executivo arma a arrancar ao executado, portanto, é um direito adquirido por titulo legal indisputavel, cuja auctoridade tem sido reconhecida por todos os ministros da fazenda, *inclusive o actual*, já pelo continuado pagamento dos vencimentos durante trinta e cinco mezes, já pela portaria de 20 de abril de 1891 (doc. n. 5), já pelo despacho exarado no documento n. 5, concernente ao seu montepio.

17.º

Esse direito adquirido está, de mais a mais, sob

a protecção da lei n. 44 B, de 2 de junho de 1892, cujo art. 1º dispõe :

« Os direitos já adquiridos por empregados inamovíveis, ou vitalícios, e por aposentados, na conformidade das leis ordinarias anteriores á constituição federal continuam garantidos em sua plenitude. »

18.º

A essa consagração accresce a do decr. n. 117, de 4 de novembro de 1892, que, regularizando a concessão de aposentadorias a funcionarios publicos, deixou expressamente fóra das suas disposições os aposentados por leis excepcionaes, prescrevendo, no art. 9º :

« São excluidos das disposições desta lei os funcionarios, *cuja aposentadoria é regulada em lei especial.* »

Ora, a mais especial das leis especiaes é a que especialmente regula a condição de certo e determinado individuo.

E neste caso se acham os decretos *legislativos* expedidos, em 31 de janeiro de 1891, pelo primeiro legislador republicano acerca do executado.

19.º

Mas, se, em relação aos vencimentos, em que †

ainda se não embolsou, da sua aposentadoria, decorrentes de janeiro de 1894 para cá, o direito do embargante é um direito *adquirido*, desde que direito adquirido, na definição de Savigny, é o que se funda n'um facto juridico verificado, mas que ainda se não fez valer, — a respeito dos vencimentos já pagos e agora excentricamente exigidos mediante este executivo, o seu direito é de character ainda mais cathegorico : é um *direito consummado*. Direito consummado é o direito adquirido, que já produziu todos os seus effeitos. O direito do embargante era adquirido pelos decretos de 31 de janeiro de 1891, e consummado tornou-se pelo pagamento, realização material desse direito, que recebeu.

20.º

Ora,

«quando uma relação juridica se consummou, o objecto do direito já não existe na sua individualidade : *confundiu-se no patrimonio*, tornando-se materia, a que se não póde retroceder nas ultiores transformações dessa relação juridica.» GABBA : *Della retroattività delle leggi*, vol. 1, pag. 35.

21.º

E' doutrina corrente que o pagamento é um

dos modos, pelos quaes o direito *se consumma*; e, consummado o direito, nem mesmo as leis expressamente retroactivas, nos casos em que o legislador dispõe do arbitrio de expedir leis taes, podem attingil-o.

« Importa ora determinare quali siano *i modi nei quali i rapporti giuridici ottengano quella finale perfezione che li sottrae all'azione di qualunque legge posteriore* BEN CHÉ RETROATTIVA.

« Tali modo sono : la transazione, la sentenza passata in giudicato E IL PAGAMENTO. » GABBA : *Ibidem*.

« *Il pagamento* e pure, come osservano il Bergmann (p. 156) e il Waechter (vol. II, p. 187), um modo di ultimare i rapporti giuridici *irretrattabile mediante una legge posteriore, a cui l'arbitrio del legislatore abbia dato forza retroattiva.* » Ib. p. 37.

22.º

De modo que, ainda quando sobreviesse uma lei, e uma lei formalmente retroactiva (caso ao congresso, entre nós, não fosse denegado pela constituição o poder de expedir leis dessa natureza), irretractavel seria, a despeito della, o pagamento, feito

ao embargante, dos vencimentos, que agora o The-
souro pretende reaver.

23.º

A não exercer, portanto, o ministerio da fazenda uma soberania ultra-legislativa, uma auctoridade *sui-generis*, mais alta do que seria a do proprio congresso nacional, se a constituição brasileira lhe permittisse decretar leis retroactivas, a attitude desse ramo da administração na especie vertente, buscando por este artificio converter o embargante de credor em devedor, representa um erro palmar e um abuso grosseiro.

E, se prevalecesse a invenção juridica, que se envolve neste executivo, o funcionario publico, de ora avante, se veria na posição de depositario dos seus proprios vencimentos, sujeitos á restituição sob penhora, quando quer que o governo, considerando mal feito o pagamento, deliberasse reembolsar-se.

Em vez de subsistir do seu salario, o empregado teria de recolhel-o ao banco, na previsão do executivo impendente a cada momento.

24.º

Nos melhores de direito, pois, devem os presentes embargos ser recebidos, para o fim de se jul-

gar, afinal, insubsistente a penhora, condemnada a
Fazenda Nacional ás custas.

Protesta-se por todos os meios e termos de
direito.

Rio de Janeiro, 29 de maio de 1896.

Ruy BABBOSA.

RAZÕES FINAES

DO

EXECUTADO

Decididamente o fisco brasileiro não se digna de raciocinar como nós outros simples mortaes.

O art. 201 do dec. n. 848, de 11 de outubro de 1890, converteu se em panacéa irresistivel a beneficio das mais grosseiras extorsões tentadas pelo Thesouro, graças a uma hermeneutica, por obra da qual aos immensos privilegios da fazenda se accrescenta agora o de não ser obrigada a provar os debitos, cujo pagamento demanda, e o de tirar, ainda em cima, ao executado o direito de lhes provar a irreabilidade.

Já não basta ao Estado, na arrecadação das suas dividas activas, a garantia formidavel do *solve et re-pete*, nem as fórmulas singulares da sua cobrança judicial. Começam as demandas fiscaes, por onde as outras acabam: pela execução, pela penhora. Firma-se deste modo para os interesses do erario um systema de segurança absoluta.

Mas ainda era pouco.

Como o texto miraculoso, que encabeça a con-210

testação de fls. 30, diz que, «a materia da defesa estabelecida a identidade do réo, consistirá na *prova da quitação*, nullidade do feito, ou prescripção da divida», conclue a logica fiscal que a simples *allegação* da divida, por parte da Fazenda, obriga o executado a pagal-a, se não puder exhibir prova da quitação. Custa a conceber desvio tamanho na intelligencia de clausula tão clara.

O interprete não admitte á defesa outro direito, além do de mostrar a extincção do debito.

Más se o debito nunca houvesse existido ?

Póde-se documentar a cessaçõ de um vinculo juridico, que nunca se formou ?

Póde-se constrangir o réo ao implemento de uma obrigação, cuja existencia o auctor não demonstra ?

Nem uma nem outra coisa quer o art. 201.

Elle não podia isentar o fisco exequente da prova do direito, que executa.

Elle não aboliu em proveito da Fazenda as regras universaes do processo, que commettem ao auctor o encargo da prova : *Incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* : (Paulo, fr 2 D. de probationibus.) *Necessitas probandi incumbit illo, qui agit.* (MARCIANO, fr. 21 cod.) *Auctore non probante absolvitur reus.* Quitação quer dizer liberaçõ de um compro-

misso. Se o compromisso é imaginario, não ha de que quitar : a quitação é impossivel. Logo quando o art. 201 obriga o executado á prova da quitação, é suppondo feita pelo Thesouro a prova do debito.

Não se hãvia mister de provisão expressa na lei, a tal respeito ; visto que a lei não é manual de rudimentos juridicos, nem compendio elementar de logica.

Entretanto, bem que o orgão da Fazenda, o não visse, lá está formalmente explicito, no decreto n. 848, o preceito aliás subentendido pelo bom senso. No capitulo do «Executivo Fiscal», que termina com o art. 221, a primeira disposição é a do art. 196, que abre por estas palavras :

« Com o documento comprobatorio da divida iniciar-se-á o processo, requerendo a expedição do mandado. »

Eis ahi peremptoriamente exigida ao fisco a *prova da divida* accionada.

A prova da divida pelo auctor, ainda que este seja a Fazenda, e a acção o executivo fiscal. precede, pois, necessariamente a prova da quitação pelo réo. Divida é obrigação ; e a obrigação emana do contracto, da culpa, ou da lei. Por outra : emana

da lei, directa, ou indirectamente. Indirectamente, pela acção dos factos, a que a lei reconhece esse poder ; directamente, pelo resultado immediato dos textos imperativos. Por isso determinou a constituição federal, art. 72, § 1º, reaffirmado o disposto na constituição imperial, art. 179, n. 1, que « ninguem póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.»

Dar ao erario o privilegio de cobrar dividas, sem proval-as, ou, o que é o mesmo, transferir do exequente para o executado, nas execuções fiscaes, o onus da prova, seria transgredir essa clausula constitucional.

Se o fisco não puder exhibir lei, ou facto legal, que lhe equivalha, em justificação do credito, que pleteia, ninguem me póde obrigar a pagal-o ao fisco.

« O direito de propriedade mantem-se em toda a sua plenitude», estatue ainda, a constituição no art. 72 § 17. E esse direito não existiria perante a erario, se, nas causas promovidas pela fazenda publica, o réo tivesse que provar a exoneração de obrigação, cuja realidade não se achasse primeiro justifica da pela auctora.

Num paiz, onde o direito fosse esse, o estado não necessitaria, sequer, de abalançar se á medida excepcional da confiscação, para se apoderar dos

bens particulares. Chegaria mais facilmente ao mesmo desideratum mediante o executivo fiscal. A defesa seria tanto mais impossivel, quanto mais irreal a obrigação demandada. Sendo completamente suppositicia a divida, ver-se-ia o executado na impossibilidade de apresentar *a prova da quitação*. E por esse ingenuo systema de executar dividas não contrahidas, negada a faculdade ao réo de ventilar a gratuidade da reclamação, o patrimonio individual manaria suavemente das mãos dos seus legitimos detentores para as arcas da Fazenda.

« Più che nei suoi privilegi », escreve MANTELLINI, « dal Codice si soccorre con le sue definizioni ai casi, che abbia la finanza da definire ; ma nè *potrebbero i privilegi per la finanza offendere i principi della proprietà*, ne le definizioni del Codice applicarsi ai casi dubbii del tributo, senza tener conto dei criteri connaturali a una legge di tassa. » (*Lo Stato e il Codice Civile*, vol I, pags. 241, 242).

O direito de propriedade está acima dos privilegios outorgados á administração das finanças. E, para que o direito de propriedade não desapareça, absorvido pelos privilegios fiscaes, necessario é manter rigorosamente nas execuções da fazenda, como nos pleitos communs, a regra de que o *onus probandi incumbit auctori*. E provar não é simplesmente allegar. 12

Se a allegação não se acompanhar de prova, ou se a prova adduzida não fôr concludente, a defesa do executado está feita : não ha que dar prova da quitação, por isso que não se apresentou prova da obrigação.

Nem é tudo. Se a quitação presuppõe a realidade anterior da obrigação allegada, a defesa pode incontestavelmente, discutir-lhe não só os elementos materiaes, como os elementos juridicos.

Não basta, por exemplo, o documento da inscrição do contribuinte em uma verba tributaria, para o constituir na obrigação de se quitar.

Se o lançamento não se baseia em lei, se o imposto é obra de um regulamento contrario á lei, ou de uma lei opposta á constituição, o executado tem direito á absolvição, provando, não a quitação, a que nada o obriga, mas a irregularidade do lançamento, a illegalidade ou a inconstitucionalidade da taxa.

Fallamos de taxas exemplificativamente ; porque a verdade elementar, em que nos firmamos, se applica do mesmo modo a todos os creditos fiscaes. E tanto a noção é corrente, não só no fôro deste juizo, como entre os competentes do Thesouro, que, no mandado a fl. 5 e na certidão a fl. 3, a razão expressa da cobrança está em se considerar o réo

«devedor á Fazenda Nacional da quantia de rs. 17:000\$378, *que illegalmente recebeu*».

Demanda-se o réo por essa importancia, allegando que o réo a embolsou *illegalmente*.

Não é, pois, o proprio juizo federal, não é o Thesouro mesmo quem reconhece que, verificada a legalidade do embolso, cessa o fundamento da obrigação, acaba o motivo de pedir?

Como desconhecer então ao executado o direito de mostrar que recebeu *legalmente*?

Sua quitação é a legalidade do embolso, em cuja illegalidade estriba o executivo.

Se o réo, portanto, mostrar que o recebimento cumulativo dos vencimentos dos dois cargos assentava, para elle, em titulo legal, exonerado estará do reembolso, que a Fazenda lhe exige. Eis a questão, determinada pela propria Fazenda no acto fiscal de fl. 3 e pela justiça federal no acto judiciario de fl. 5.

Ora, o pagamento, feito ao réo, dos vencimentos de jubilado no cargo de lente effectivo e no de inspector da saúde naval se apoia nos dois decretos, á fl. 20 e fl. 22, ambos do Governo Provisorio em 21 de janeiro de 1891, o primeiro pelo ministerio do interior, o segundo pelo da marinha.

Eram, ou não, legislativos esses actos ?

A questão é esta ; porque se os dois decretos daquelle data, expedidos a favôr do réo, eram legislativos, estão forçosamente incluídas na classe das «leis ordinarias anteriores á constituição federal», a que allude a lei n. 44 B, de 2 de junho de 1892, art. 2.º transcripto na contestação a fl. 31 v.

Tinham, pois, aquelles dois actos força da lei ?

O orgão da justiça publica acabrunha o Governo Provisorio com a accusação de graves abusos, por elle commettidos nos primeiros dias da republica em materia de aposentadorias.

Não é difficil a severidade com os mortos.

Mas como acabar é o destino de todos os governos, para os quaes não se abre excepção na ordem natural das coisas humanas, bem póde ser que o abuso administrativo, tão convencidamente advogado agora nestes autos, venha a encontrar vingança, por sua vez, algum dia, na austera palavra do ministerio publico, quando o caso aqui debatido passar á historia.

Entretanto, por muito que valha a sentença do representante judicial da Fazenda contra o Governo Provisorio, não vae até destituil-o da auctoridade de legislador.

Essa auctoridade recebe, até, a sancção do

orgam fiscal, em cujas allegações figura como argumento legislativo, no logar de honra, o dec. n. 848, de 11 de outubro de 1890.

Que é esse decreto, senão um acto do Governo Provisorio ?

O Governo Provisorio, porém legislava e, ao mesmo tempo, administrava. O unico poder, que elle não exerceu, foi o judiciario. Os dois outros estiveram enfeixados nas mãos dessa dictadura durante quinze mezes, em que a fecundidade legislativa competiu com a actividade administrativa. Mas, confundidos na mesma entidade os dois poderes, por que signal discernir os actos de cada um ?

Tem-se querido ver a caracteristica das leis promulgadas por aquelle governo na assignatura collectiva dos actos pela totalidade dos membros, que o compunham. Mas essa caracteristica é falsa. Rarissimos foram os actos do Governo Provisorio collectivamente subscriptos por elle. Salvo os decretos dos primeiros dias, que proclamaram a decadencia da realza, o advento da republica, e, mais tarde, os que separaram a igreja do estado, e promulgaram o projecto de constituição republicana, muito poucos restam com esse distinctivo. Na generalidade desses casos, porém, não era o poder legislativo o que elle exercia propriamente: era

antes o poder constituinte. Não se muda uma fôrma de governo, não se desthrona uma dynastia perpetua, não se abole uma religião de estado por leis ordinarias.

Quasi todas as leis ordinarias decretadas pelo Governo Provisorio tiveram apenas a assignatura do chefe do estado, com a referenda do ministro, á especialidade de cuja pasta dizia respeito o objecto do acto.

Assim, no ministerio da fazenda, os decrs. n. 164, de 17 de janeiro de 1890 e, ainda no mesmo anno, o dec. n. 850, de 13 de outubro e o decreto de 11 de novembro, que reorganizaram a legislação das sociedades anonymas, o dec. n. 165 de 17 de janeiro, que legislou sobre emissão e bancos, estabelecendo, a esse respeito, no paiz, um regimen novo, o dec. n. 165 A, da mesma data, concernente ás operações de credito móvel, o dec. n. 169 A, de 19 de de janeiro 1890, que reformou o nosso systema hypothecario, o dec. n. 196, de 1º de fevereiro que fundou novo direito e novas penas em materia de contrabando, o de 7 de dezembro, que estatuiu a fusão bancaria, e varios outros providenciando sobre a conversão da renda, o resgate do papel moeda e a amortização da divida nacional.

Assim, quanto ao ministerio da justiça, em

1890, os decrs. n. 350, de 26 de abril, que extinguiu o juizo conciliatorio; n. 521, de 26 de junho, que vedou o casamento religioso antes do civil; n. 847, de 11 de outubro, que estabeleceu o novo codigo penal; n. 848, da mesma data, que deu á justiça federal a sua organização; n. 916, de 24 de outubro, que fundou os registros de firmas commerciaes; n. 917 do mesmo dia, que reformou o codigo commercial, na parte relativa ás fallencias; n. 1030, de 14 de novembro, que organizou a justiça federal nesta cidade.

Do ministerio da agricultura poderemos apontar o dec. n. 1050, de 21 de novembro, que incorporou ao dominio do estado as terras com que fôra dotada a princeza imperial. Do do interior, o dec. n. 511, de 23 de junho, que regulou o processo eleitoral. Do do exterior, o dec. n. 997 A, de 11 de novembro, que reorganizou o corpo diplomatico. Do da marinha, os decrs. n. 509, de 21 de junho e 28 de novembro, que promulgaram o codigo disciplinar da armada, e o dec. n. 949, de 5 de novembro, que estatuiu o seu codigo penal.

Todos esses actos, que legislavam sobre assumptos da mais alta gravidade, e suppunham, em quem os exercia, o poder legislativo na sua mais completa plenitude, revestiam a mesma forma

exterior que os actos meramente administrativos desse governo: a rubrica do chefe do estado e a referenda singular do ministro.

Logo, não se differençando pela forma, nos actos do Governo Provisorio, os legislativos dos administrativos, o criterio, por onde havemos de separal-os, é a sua natureza.

Administra o poder, que executa a lei.

Legisla o poder, que a faz, ou altera.

Nos actos praticados, portanto, em conformidade com a lei preexistente, o Governo Provisorio administrava.

Nos actos praticados em desvio da lei, legislava.

Ora, seria executorio da lei existente em janeiro de 1891 o duplo acto do Governo Provisorio, que, na mesma data, jubiloou em um cargo o réo, e o proveu n'outro, assegurando-lhe assim as vantagens de ambos, com os onus apenas do segundo?

Não. Esse acto não gyrava na orbita da lei: dispensava nella: derogava a lei em favôr do executado.

Graves motivos devia ter tido para este procedimento o governo da revolução. Elle attendeu provavelmente ao merito excepcional do beneficiado. A administração da marinha considerava-lhe necessarios os serviços naquelle posto eminente.

Mas, não podendo obrigar esse funcionario e a resignar as vantagens da situação menos onerosa igualmente paga de lente, deliberou, por especial mercê, accumular nelle os proventos de ambas, eximindo-o ás obrigações de uma, para o ter inteiramente entregue aos deveres da outra.

Fossem, porém, quaes fossem os motivos dessa medida, o certo é que o Governo Provisorio não n'a podia ter adoptado senão em character de legislador; e, como legislador era elle, esse foi necessariamente o poder, que exerceu, ao decretal-a. Não importa o character individual do acto. Todas as legislaturas do mundo votam providencias de interesse individual, isenções, graças, dispensas singulares na lei. O Governo Provisorio exerceu muitas vezes esse arbitrio. Muitas das suas deliberações dessa natureza continuam em vigor. Entre outras, poderíamos indigitar o decreto n. 422, de 24 de maio de 1890, referendado pelo ministro da fazenda, que agraciou a Irmandade da Cruz dos Militares com a isenção completa do imposto da decima predial.

Ora, se *acto legislativo* quer dizer *lei*, lei eram os dois de 31 de janeiro de 1891, com que o réo foi beneficiado pelo Governo Provisorio; e, se

não eram lei constitucional, forçosamente haviam de cahir na categoria das *leis ordinarias*.

Sendo, pois, *leis*, e *ordinarias*, e *anteriores á constituição*, necessariamente incidem na reserva firmada pelo art. 1.º da lei n. 44 B, de 2 de junho de 1892, já invocado por nós á fls. 6, que prescreve;

« Os direitos já adquiridos por empregados inamovíveis, ou vitalícios, e por aposentados na conformidade das leis ordinarias anteriores á constituição federal, continuam garantidos em toda a sua plenitude.»

Aposentado, pois, por uma lei ordinaria, o dec. de 31 de janeiro de 1891, anterior á constituição federal, que é de 24 de fevereiro desse anno, o réo tem garantido em toda a sua plenitude o seu direito, que, de mais a mais, como se evidenciou nos embargos de fls. 16 a fls. 18, não é só direito adquirido: é direito *consummado*.

Sem duvida a posição do executado é *especial*, porque é especial a lei, de que ella resulta.

A isso chama o advogado da Fazenda «confissão nossa».

A' fé que lhe não percebemos o intuito.

Quererá dizer o nobre patrono *ex adverso* que, como lei especial, não se comprehende na inscripção de *leis ordinarias*?

Não vemos outra maneira de entendel-o.

Mas então é manifesto o engano, em que labora.

A expressão « leis ordinarias » contrapõe-se, não a leis especiaes, mas a leis *constitucionaes*.

E' essa a lexicologia juridica das duas phrases.

No texto em questão a antithese se acha, até, determinada manifestamente pela contiguidade entre os dois membros successivos do complemento, em que as duas expressões se reúnem: « *leis ordinarias anteriores á constituição federal* »

Vê-se que o pensamento do legislador foi distinguir, reunindo-as sob a mesma protecção, duas situações juridicas de origem diversa: a regulada pela constituição federal e a instituida pelos actos legislativos que a precederam.

Não quiz a lei de 1891 que os direitos adquiridos por taes actos se houvessem como extinctos pela regra geral da constituição.

O que elle quiz salvar, foram, portanto, os direitos adquiridos; e estes não deixam de sel-o, uma vez que nasçam de lei, porque esta seja especial. Ninguem avisadamente poderá sustentar que o

direito resultante de uma generalidade tenha mais vigôr do que o proveniente de uma disposição nominativa de lei.

Não dissemos, como affirma, o honrado procurador da Republica, que « o que rege o caso e apoia a pretensão do réo é o art. 9º da lei n. 117, de 4 de novembro de 1892 ».

Nas nossas palavras, escriptas a fls. 16 v., está coisa diversa.

« *A essa consagração* », dissemos allí, depois de nos occuparmos com a lei de 2 do junho de 1892, e applical-a á especie, « accresce a do decreto n. 117 de 4 de novembro de 1892, que, regularizando a concessão de aposentadorias a funcionarios publicos, deixou expressamente fóra das suas disposições os aposentados por leis excepcionaes, prescrevendo, no art. 9º:

« São excluidos das disposições d'esta lei os funcionarios, cuja aposentadoria é regulada por lei especial ».

Buscámos, por conseguinte, nesse texto um *argumento adicional* aos anteriores.

Apontámos na lei de 4 novembro um reforço ao argumento deparado na lei de 22 de junho.

Isso não é affirmar que a primeira é que rege o caso, mas que o instrue e auxilia.

Desapparecesse porém, a clausula da lei de 4 de novembro, e, ainda assim, não ficaria menos evidente o direito do réo.

Mas porque não ha de caber á situação do réo o prescripto na lei de 4 de novembro ?

Porque (falla o exequente) as leis, a que se refere o art, 9º da lei de 4 de novembro, « não são por modo algum os decretos graciosos do Governo Provisorio. »

E porque não ?

O poder legislativo tambem pratica actos graciosos, que, emanando do legislador, revestem, *ipso-facto*, a auctoridade de leis.

Se esses actos do Governo Provisorio não eram de administração, visto estarem fóra da lei, por isso mesmo eram legislativos.

Poderão ser revogados por outras leis, contanto que se resalve o direito por elles estabelecido, ao menos *nos seus effeitos já consummados*. Mas, em face de uma disposição como a do art. 9º da lei de 4 de novembro de 1892, que abre excepção ao direito commum, a bem « dos funcionarios, cuja aposentadoria é regulada *por lei especial* », o direito de um funcionario, cuja

aposentadoria se fixou por uma lei especial entre as especiaes, por uma lei nominativa, recebeu indubitavelmente novas garantias.

A aposentadoria do réo pelo Governo Provisorio é um acto de legislação, desde que quebrava os moldes legaes em vigôr.

O que a regula, portanto, é a lei especialissima, que a decretou.

E o direito favorecido por uma lei especialissima não pode deixar de estar sob a protecção estabelecida em beneficio daquelle que tem o seu assento em leis especiaes.

O superlativo da especialidade não diminue a garantia creada a favôr d'ella.

Chamando, quanto ao mais, a attenção deste respeitavel juizo para a argumentação deduzida por nós nos embargos de fl. 12 a fl. 18 e não respondida na contestação de fl. 30 a fl. 32, aqui terminaremos, esperando que elle os considerará provados, para absolver o réo, e ordenar o levantamento da penhora, decahindo a auctora do executivo intentado.

Rio, 7 de dezembro, 1896.

RUY BARBOSA

Razões finais

DA

FAZENDA EXEQUENTE

Verá o digno Julgador que o arrasado por demais extenso e fatigante de fls. 36 a fls. 59, pode ser tudo: *um manual de rudimentos juridicos, um compendio de logica, um dictionario biographico do Governo Provisorio*; mas, certo, não é a defesa que a lei consagra e o direito ensina nos executivos fixaes.

Não ha que insurgir-se (1) contra disposição tão expressa e duplamente justificavel do art. 201 do dec. n. 848 — de 1890, com que iniciamos as razões de fls. 30: expressa, já pela clareza dos termos em que o texto é concebido, já por ser méra reproducção de um dispositivo que, ha 8 annos, foi chrystalisado no art. 2º do dec. n. 9.885 — de 1888: justificavel porque concilia o direito individual com o interesse

(1) Interpretar a lei de accordo com o direito não é *insurgir-se* contra ella. Quem ler as nossas razões, pags. 17-36, verá que, longe de nos insurgirmos contra ella, a justificamos, dando-lhe a intelligencia racional e juridica. Contra a lei se insurgem os que a torturam e illudem, como evidentemente quer fazer a absurda hermeneutica do fisco. — R. B.

social, pois que, não tolhe a defesa d'aquelle, a qual tem lugar no contencioso, onde ha para isso um verdadeiro processo; e porque permite a União recolher, com a devida presteza, a seus cofres, os dinheiros com que tem de occorrer ás urgentes e inilludiveis necessidades publicas.

Panacéa, diz o douto patrono *ex-adversus*, referindo-se ao artigo citado.

E' possivel que o seja; estamos, porem, profundamente convencidos de que, em tempo opportuno, sentirá o executado a efficacia da dose empregada. (1)

Das numerosas allegações produzidas pelo honrado advogado *ex-adversus*, muitas ficam intactas para, sem *liga* de controversia, serem apuradas pelo illustre Julgador, que, com certeza, confrontal-as-ha com a lei, sopezando ainda o valôr dos argumentos adduzidos e a autoridade do direito que os repelle.

Apenas de duas occupar-nos-hemos nas presentes razões e vêm a ser d'aquella em que se pede sejam julgados provados os embargos oppostos, pelo

(1) A dose já falhou; porque a sentença do juizo federal (pags. 44-5) nos foi inteiramente favoravel.—n. n.

facto de não haver a A. exequente provado o seu direito e d'aquell'outra, em que se nos ensina, em resposta a uma argumentação por nós produzida a fl. 31 v. e 32, que, « a expressão *leis ordinairias* contrapõe-se, não a *leis especiaes*, mas sim, a *leis constitucionaes*» (fls. 55.)

Julgavamo-nos dispensado de fazer a prova do direito da União Federal ao pagamento pedido na petição de fl. 2, pelos motivos seguintes:

1º porque o art. 2º do dec. n. 9.885 de 29 de Fevereiro de 1888, revigorado pelo art. 190 do dec. n. 848 de 1890 e pelo art. 14 do decr. n. 173 B — de 1893, assim dispõe:

(Art. 2º cit.): «Considerar-se-ha divida liquida e certa, para o effeito da Fazenda Nacional entrar em juizo com sua intenção firmada de facto e de direito, quando consistir em somma fixa e determinada e se provar... por documento incontestavel nos ca-²⁰

(7) Julgava-se o Fisco « dispensado de fazer a prova do direito da União Federal ao pagamento », que reclama !

«sos em que as leis permitem a via executiva, quanto ás dividas que não têm origem rigorosamente fiscal.»

Ora, ninguém póde contestar a authenticidade do documento de fl. 3, que é uma conta extrahida dos livros do contencioso pelo empregado competente e por elle proprio assignada ;

2.º porque o documento indicado «tem força de escriptura publica e comellantra a Fazenda em juizo com sua intenção fundada de facto e de direito.

E' por isso que em juizo não se póde admittir defezas que importem a discussão de divida como tal», porque ella constitue cousa julgada. (S. Bandeira. Manual do Procurador dos Feitos, nota 77, *in-fine*, ao § 86) ;

3.º porque o executivo, como se infere do proprio termo é—*execução* e nesta não se discute mais o direito do A., já debatido na acção ; mas sim e unicamente trata-se de «reduzir o julgado a effeito contra a vontade do condemnado.» (P. Baptista, Comp. de Th. e Pract. do Proc., § 191).

Na hypothese destes autos, a acção administrativa que precede ao executivo, corre pela Directoria do Contencioso, cuja sentença corporifica-se na conta alli processada (1) e depois da transcorrença do prazo em que a dita sentença ou decisão passa em julgado é a conta remetida a juizo para a execução.

Vê-se, pois, que por mais poderosas que sejam as allegações indicadas, não podem ellas, attendendo contra a fórma do processo, revogar as leis que a prescrevem.

No intuito de refutar quanto adduzimos a fls. 31 v. e 32, sobre a lei a que se soccorre o executado para amparar a sua pretensão, escreve se *ex-adversus*, entre outras cousas, a seguinte affirmativa por demais symptomatica de caprichosa dialectica: — «A expressão—*leis ordinarias* contrapõe-se, não a *leis especiaes*, mas, a *leis constitucionaes*. E' essa a lexicologia juridica das duas phrases». Fls. 55. (2)

Póde ser que assim seja, pois somos os pri-

(1) Falso. Na especie não ha sentença, nem conta, mas apenas certidão dos vencimentos recebidos pelo réo.

Certidão de vencimentos pagos a um funcionario é apenas prova de que elle os recebeu, não de que os deve restituir.

n. n.

(2) Mas quem foi que já contestou esta noção elementar, obvia, comensinhu, escolar? n. n.

meiros a confessar a nossa pouquidade nas letras jurídicas e nenhuma competência nas regras dos D.D.

Entretanto o illustrado patrão *ex-adversus* ha de nos permittir que com os dictionarios da lingua portugueza (1) affirmemos (*tout court*) que o adjectivo *especial* contrapõe-se ao termo *ordinario* e que apoie-mos ainda tal affirmativa na auctoridade obstinada do senso commum.

Solicitando a preciosa attenção do honrado Julgador para as razões de fl. 30, esperamos sejam julgados não provados os embargos de fl. 12, condemnado o R. no pedido de fls. 2 e custas, como é de justiça.

Rio—22—Março—1897.

ESMERALDINO BANDEIRA.

(1) Teve, porém, a precaução de não apontar um só; porque não ha um só, que o apoie. n. n.

SENTENÇA

A Fazenda Nacional, autora, julgando-se credora do contra-almirante dr. José Pereira Guimarães, da importancia de Rs. 17:511\$378, quer haver o pagamento da respectiva quantia, mediante o presente executivo fiscal, fundada na certidão do Thesouro á fls. 3, onde se menciona que o mesmo contra-almirante recebeu illegalmente vencimentos como lente jubilado da faculdade de medicina do Rio de Janeiro, desde 2 de fevereiro de 1891 até 9 de dezembro de 1893, visto que, na fórmula da lei, não podia accumular taes vencimentos com os de inspector de saude naval, conforme os papeis annexos ao aviso n. 192 do ministerio dos negocios da marinha de 25 janeiro de 1896.

Feita a penhora, visto não ter o executado dentro do prazo de 24 horas satisfeito o pagamento da divida e custas, embargou o referido executado a penhora, allegando que nada deve á fazenda nacional, pois recebeu legalmente os vencimentos em questão em virtude dos decretos do Governo Provi-²²

sorio de 31 de janeiro de 1891, jubilando-o, um, no cargo de lente da faculdade de medicina, e nomeando-o, o outro, inspector da saude naval, sendo evidente que a intenção do poder que, no mesmo momento, jubila um cidadão n'um cargo, e o renomeia para outro, é que elle accumule os beneficios de um e outro emprego; accrescendo que, a lei, que o jubilou no logar de lente, e o nomeou para o cargo de inspector da saude naval, é uma lei especial, como são as que regulam a condição de um certo e determinado individuo.

Allega ainda o réo que a auctora não provou o o seu direito.

E, considerando que a certidão a fl. 3 é defeituosa, não é uma certidão authentica, extrahida dos respectivos livros de contas correntes, não só porque não menciona a folha e letra dos mesmos livros, como porque trata da restituição de vencimentos indevidamente recebidos pelo réo e indevidamente pagos pelo Thesouro, casos em que é illegitimo o emprego do executivo, que só tem applicação na cobrança de divida certa, que é a provada por documentos indiscutíveis e incontestáveis, nas hypotheses em que a lei permite a via executiva, quanto ás dividas, que não têm origem rigorosamente fiscal, assim como em relação ás dividas restrictamente

fiscaes, provenientes dos referidos livros de contas correntes ;

considerando que, na dúvida quanto á procedencia do executivo, deve o Fisco intentar a acção ordinaria, para haver a restituição do que foi indevidamente pago, fornecendo mais ampla discussão á defeza ;

considerando que a impropriedade ou illegitimidade da acção é motivo de nullidade ; porque affecta as formalidades substanciaes do processo ; julgo improcedente a acção, ou nullo o presente meio executivo, e condemno a Fazenda Nacional nas custas .

Publique-se. Districto Federal, 24 de maio de 1897.

GODOFREDO XAVIER DA CUNHA.

RAZÕES DE APPELLAÇÃO
PELA FAZENDA

Ao Egregio Supremo Tribunal Federal.

Rectificando o equívoco em que incorremos no final da pag. 62, em que inadvertidamente demos por existente a acção que outr'ora corria pelo Contencioso do Thesouro, e que hoje só existe no Tribunal de Contas ; limitamo-nos a offerer o merecimento dos autos á sabedoria do Egregio Tribunal, aguardando a costumada

Justiça

Rio, 14 de dezembro de 1897.

ESMERALDINO O. TORRES BANDEIRA

Em tempo ; a demora que se nota na causa supra é devida a extraordinaria affluencia de trabalhos da procuradoria da Republica.

Era supra

ESMERALDINO O. T. BANDEIRA

RAZÕES DE APPELLAÇÃO

PELO

EXECUTADO

A promoção a fl. 68 equivale a um *Fiat Justitia*.

De outro modo se não pôde traduzir o procedimento do representante do ministerio publico, que, tendo, para obter a reforma de uma sentença longamente fundamentada como a de fls. 63-4, interposto appellação, se limita, depois de reter consigo os autos durante 44 dias (fl. 68 e v.), a offerecer ao tribunal superior «o merecimento dos autos».

«O faça-se justiça» e o «offereço ao tribunal o merecimento dos autos» são fórmulas equipollentes, que, em presença de um julgamento cuidadosamente arrazoado, o orgão dos interesses do estado não pôde empregar, senão quando o recurso intentado é apenas o meio de salvar o dever legal do officio, conciliando, pela observancia silenciosa da pragmatica, o dictame da consciencia com a obrigação do cargo.

Sendo, pois, o julgado a nosso favor, e não lhe tendo o appellante opposto a minima refutação, nós

é que poderíamos terminar aqui, e offerecer ao Egregio Tribunal o merito dos autos, reproduzindo os fundamentos da sentença appellada, que julgou improcedente a acção e condemnou a fazenda,

«considerando que a certidão a fl. 3 é defeituosa, *não é uma certidão autentica*, extrahida dos respectivos livros de contas correntes, não só *porque não menciona a folha e letra dos mesmos livros*, como porque tracta da restituição de vencimentos indevidamente recebidos pelo réo, ou indevidamente pagos pelo Thesouro, casos em que *é illegitimo o emprego do executivo, que só tem applicação na cobrança de devida certa*, provada por documentos indiscutíveis, incontestáveis, nas hypotheses em que a lei permite a via executiva, quanto ás dividas que não tem origem rigorosamente fiscal, assim como em relação ás dividas restrictamente fiscaes provenientes dos referidos livros de contas correntes ;

considerando que, na duvida quanto á procedencia do executivo, deve o

Fisco intentar a acção ordinaria, para haver a restituição do que foi indevidamente pago ; e considerando que a impropriedade ou illegitimidade da acção é motivo de nullidade ; porque affecta as formalidades substanciaes do processo». (Fl. 64.)

Que contrapoz a estas verdades elementares, a estas proposições evidentes o nobre procurador seccional? *Nada*.

Logo, não tinha a defesa agora mais do que entregal-as á sua propria força, a esse character de indiscutibilidade, que tapou a bocca ao advogado fiscal.

A necessidade, todavia, de liquidar alguns pontos da promoção da fl. 61-2, após a qual ainda não fallámos no pleito, nos obriga a algumas considerações.

Não nos queremos defender contra a arguição de «por demais arido e fatigante», com que o patrono do erario nos obsequia, alludindo ao nosso arrazoado na primeira instancia. Quando os

agentes da fazenda se mettem a aquilatar homens de letras, o escriptor maltratado bem pode encolher os hombros. Sómente nos importa accentuar que, se esse arrazoado vae de fl. 36 a fl. 59, como adverte o nosso adversario, com o intento de lhe attribuir proporções desmedidas, é porque escrevêmos unicamente no rosto das folhas, e pouco mais que do meio delle para baixo; o que, feita a conta com lealdade e arithmetica, reduziria o numero de folhas occupadas pelas nossas allegações pouco mais ou menos a um quarto do numero apparente, isto é, apenas *a sies*.

Não é muito, quando se tem de apurar com o Fisco as primeiras letras juridicas.

No seu habito de personalidades, tão destoante da compostura do ministerio publico, o illustre advogado do Thesouro admite, quando muito, que, naquelle trabalho, houvessemos traçado «*um manual de rudimentos juridicos, um compendio de logica, um dictionario biographico do governo provisorio*», ironias que o nosso eminente collega sublinha graphicamente, quiçá para as tornar sensiveis á intelligência menos sagaz de apreciadores obtusos.

O governo provisorio não se biographa a si mesmo como os desconhecidos pretenciosos.

Mas que o enxovalhem (como, o, fez a fl. 31, o procurador seccional) com apreciações injuriosas, os agentes fiscaes, esquecidos de que, na successão dos governos, *o governo é um só*, e de que nesse nexo de continuidade, solidariedade e respeito está a base de toda auctoridade no seio da ordem legal, é o que já exorbita dos limites da tolerancia admissivel, e não podia deixar sem resposta um membro do governo provisório, gratuitamente offendido no melindre collectivo da administração, que fundou o regimen actual.

Nem é tambem nossa a culpa de trazer o debate até *os compendios de logica e os rudimentos juridicos*; porque a tal pode uma pessoa, mui contra a sua vontade, se vêr coagida em verdadeira situação *de legitima defesa*. Não nos vemos nós agora obrigados a descer até á *Artinha*, para dizer ao nosso adversario que não somos nós quem erra, escrevendo «patrono *ex adverso*», mas elle, quando, emendando-nos, repete quatro vezes em duas folhas o solecismo «*ex adversus*»? para o precaver contra essa confusão entre nominativos e ablativos, capaz de abolir o direito civil, e substituir o *Corpus Juris* pelas ordens do Thesouro?

Ahi está porque este, claudicando sempre em coisas elementares, censura como «por demais sym-

ptomático de caprichosa dialectica (fl. 62 v.) o nosso asserto de que «*leis ordinarias* se contrapõem, não a *leis species*, mas a *leis constitucionaes*.»

A esta verdade, cuja elucidação, desenvolvida por nós a fls. 54—6, era necessaria á intelligencia da lei n. 44 B, de 2 de junho de 1892, art. 1º, oppõe o honrado patrono *ex-adverso* tão somente o asserto de que «os dictionarios da lingua portugueza e a auctoridade obstinada do senso commun oppõe o adjectivo *especial* ao termo *ordinario*» (fls. 62 v.)

A innocente calumnia felizmente não individualiza um só dictionario. E' que em nenhum delles se poderia encontrar a justificação desse falso testemunho ao senso commun.

O que nunca se contestou neste mundo, é que *genero* se contrapõe a *especie*, é que de *genus generis*, derivou o portuguez *geral*, de *species speciei* descendeu o latim *specialis*, o vulgar *especial*, e que, portanto, o que se contrapõe á lei *especial* é a lei *geral*. Agora, se, deixando a etymologia e a lexicologia commun, buscarmos o sentido technico das palavras juridicas onde havemos de achal-o, isto é, nos livros dos juriconsultos, seja-nos licito appellar para a auctoridade de Ribas, que, no seu *Curso de Dir. Civ. Brasil*, vol. I, pag. 204 e 205 ensina :

« Consideradas em sua ampli-

tude, podemos dividir as leis em *generaes, especiaes e individuaes.*» (1)

Por outro lado, para contestar que a expressão *lei ordinaria* lembra por antithese a locução *lei constitucional*, e não lei especial, é necessario esquecer o uso comesinho da linguagem, onde a cada momento a *lei constitucional* se defronta com a *ordinaria*, o legislador ordinario com o legislador constituinte. Escrevendo estas razões no campo e sem livros, não temos á mão os auctores, com que tão facil nos seria comprovar essa trivialidade, abrindo a esmo os manuaes mais vulgares. Por accaso temos aqui, porém, graças á sua novidade, uma das publicações mais recentes de direito politico: o *Trattato di Diritto Costituzionale* di Francesco Contuzzi, (Torino, 1895) E nesse livro do eminente professor da Universidade de Napoles se nos depara: «*Distinzione fra le LEGGI COSTITUZIONALI e le LEGGI ORDINARIE*» (pag. 29); «*Ivi HA importanza la distinzione tra le le leggi COSTITUZIONALI e le leggi ORDINARIE*» (p. 30),

(1) O douto procurador seccional esqueceu, até, a regra de hermeneutica elemental, ensinada aos principiantes de direito, na qual essa contraposição é manifesta: *Lex generalis non derogat specialem. Lex specialis derogat generalem.*

A esse rudimento juridico se refere DALLOZ nos dois topicos seguintes, que aqui additamos em reforço ao exposto no texto:

«*Les lois générales ne sont pas non plus présunées déroger aux spéciales.*» *Repertoire*, v. XXX, p. 213, n. 548.

«*Mais dans les points sur lesquels la loi spéciale est muette, la loi générale doit suppléer à son silence.*» *Ib.*, n. 549.

« Ogni atto non COSTITUZIONALE può essere modificato dalle legislature ORDINARIE, senza le formalità indicate per la revisione degli atti COSTITUZIONALI » (ib., n. 1); « Della sola importanza giuridica che in Italia può avere la distinzione tra leggi FONDAMENTALI e leggi ORDINARIE ». (Pag. 35) « La vera e propria importanza giuridica in Italia della distinzione fra leggi COSTITUZIONALI e leggi ORDINARIE » (Ibid.) « Rapporti fra lo STATUTO e le leggi ORDINARIE » (Pag. 41.)

E' preciso ter atraz de si o Thesouro Nacional, para ousar a audacia de negar vulgaridades taes, julgando-se em seguida, ainda em cima, com o direito de arguir de prolixo o pobre contendor obrigado á tarefa ingrata de *provar a evidencia*.

Mas, na especie, o arrojio é tanto mais digno de assombro, quanto a contraposição contestada se acha explicita na propria letra do texto, que se analyza: « Os direitos já adquiridos por empregados inamoviveis, ou vitalicios, e por aposentados, na conformidade das *leis ordinarias* anteriores á *constituição federal*, continuam garantidos em toda a sua plenitude. » (L — n. 44 B, de 2 de junho de 1892, art. 1.º).

Ora, tendo sido o R, na mesma data, aposentado em um cargo e nomeado para outro por *decretos* do governo provisorio, e exercendo o go-

verno provisorio pelos seus decretos auctoridade legislativa, claro está que os direitos do R. aos vencimentos de aposentado n'um emprego e effectivo no outro emanam de *uma lei anterior á constituição federal.*

Segundo o prescripto, portanto, na lei n. 44 B de 1892, art. 1º, esses direitos subsistem *em toda a sua plenitude.*

E assim o entendeu sempre o governo, até que um bello dia, aprouve a um arbitrio de um ministro suspender-lhe os vencimentos da aposentadoria, e intimal-o a restituir a quantia a esse titulo até então recebida.

Adeante porém, do secretario do estado lançou á barra o órgão judicial da Fazenda, que, em vez de mover a acção ordinaria, onde se ventilasse a questão de direito, inteiramente nova, suscitada pela extranha deliberação ministerial, cuidou que, para lograr o intento, lhe bastava uma certidão do Thesouro e um executivo.

Felizmente a sentença appellada, adoptando a doutrina por nós expendida, restabeleceu os principios rudimentares, violados por esse arbitrio.

Só em duas especies de casos, diz ella optimamente, admite a lei o emprego do executivo:

se as dividas são strictamente fiscaes, mediante

exibição da certidão authentica extrahida dos livros de contas correntes do Thesouro ;

se as dividas não tem origem rigorosamente fiscal, mediante a apresentação do documento indiscutivel e incontestavel, que torne a obrigação liquida e certa. (Decr. n. 148, de 1890, art. 190.)

E' propriamente fiscal o debito, de que se trata? Evidentemente não. Debitos fiscaes propriamente dictos são os que nascem da lei pelas relações por ella estabelecidas entre os contribuintes, ou os agentes fiscaes, e o Fisco. E' debito fiscal o do contribuinte, porque nasce *ex vi legis* da sua situação pessoal entre os tributados ; e, como tal, se não se póde mostrar quite, *ipso facto* se reputa devedor.

Debito fiscal é, ainda, por exemplo, o do exactor, que arrecadou, e não recolheu ; porque, se á prova da cobrança não póde oppor a da entrega, *eo ipso* está constituido em atrazo para com o erario, de quem é cobrador e depositario legal.

N'uma e n'outra hypothese o documento liberatorio contra a conta do Thesouro ha de ser a quitação do Thesouro. Aquelle, portanto, que não possui a quitação, está naturalmente sujeito pela conta á execução fiscal.

Ha, porém, algum ponto de affinidade entre essas e a especie vertente? Que contribuição deixou

o R. de pagar á Fazenda? Que quantia recebeu, para lhe entregar? Não está obrigado, para com ella, nem como contribuinte, nem como responsável fiscal.

Logo, não é fiscal o seu debito.

Mas, quando o fosse, necessario seria que a conta do Thesouro apresentasse os requisitos legais de authenticidade, coisa que não acontece com o doc. a fls. 3, base desta lide, o qual não indica nem a folha, nem o proprio livro, de onde se extrahiu. E', portanto, viciosa e nulla: não produz fé.

Tratando-se assim de uma divida, que não tem propriamente natureza fiscal, necessario era apoiá-la em titulo, que certificasse a sua liquidez.

Vejamos se satisfaz a essa exigencia o doc. de fls. 3.

A esse respeito labora o ministerio publico numa confusão deploravel, de tão grosseira que é.

Transcreve, nas razões finaes de primeira instancia, o art. 2.º do decr. n. 9.885, de 29 de fevereiro de 1888, revigorado pelo art. 190 do decreto n. 848, de 1890 e pelo art. 14 do decreto n. 173 B, de 1893, cujos termos são: «Considerar-se-ha divida liquida e certa, para o effeito da Fazenda nacional entrar em juizo com sua intenção firmada de facto e de direito, quando consistir em somma fixa e deter-³⁰

minada, e se provar. . . por documento incontestavel, nos casos em que as leis permitem a via executiva, quanto ás dividas, que não tem origem rigorosamente fiscal».

Trasladando assim a parte do texto concernente «ás dividas que não tem origem rigorosamente fiscal», e supprimindo, com a reticencia acima indicada, o membro do artigo relativo «ás dividas de origem fiscal», cuja prova se ha de fazer «pela conta corrente do alcance julgada definitivamente por certidão authentica extrahida dos livros respectivos, donde conste a inscripção», é o proprio orgão da Fazenda quem reconhece não ser dos de origem rigorosamente fiscal o debito em questão, e tratar-se, *não de uma dessas dividas que se liquidam pela exhibição de conta extrahida aos livros do Thesouro*, mas de uma das que só se podem apoiar *noutros documentos* de concludencia incontestavel.

Entretanto, é elle mesmo quem, logo após, balburdiando as especies diversas, que acabava de discriminar, accrescenta: «Ora, ninguem pode contestar a authenticidade do decr. de fls. 3, que é uma conta extrahida dos livros do contencioso (1) pelo empregado competente e por elle proprio assignada.»

(1) Na promoção a fls. 68 (pag. 46 deste folheto) o advogado fiscal substitue *contencioso* por *tribunal de contas*, o que não altera os termos da questão.

(Fls. 62.) E, continúa, citando SOUZA BANDEIRA num topico manifestamente allusivo ás *contas do Thesouro*: « Porque o doc. indicado « tem força de escriptura publica.» (Ibidem).

Admittamos, porém, que o doc. a fls 3 se possa equiparar ás contas do Thesouro, quando essas, segundo a lei e o senso commum, se referem ás *dividas fiscaes*, e, segundo a confissão do A., a divida em questão está na outra classe. Ainda assim, cumpria que essa conta revistisse os caracteres de authenticidade, que lhe faltam, desde que não menciona a folha e letra do livro, de onde se extrahiu, como adverte a sentença. (Fls. 63 v. 64).

Demos, comtudo, que seja authentica. Que é o que ella resa?

Que o R. recebeu do Thesouro 18:269\$130 rs. de vencimentos de lente jubilado. Recebeu-os «illegalmente», diz o sub-director do Thesouro, que firma esse papel, sem advertir que invade a competencia dos tribunaes, e dá por provado o que justamente se tracta de verificar: a legalidade, ou illegalidade, do recebimento. A certidão não sentença do direito: *attesta o facto*. Não julga da legitimidade do pagamento feito ao R.: certifica esse pagamento.

Ora, ninguém contesta que o Thesouro houvesse pago ao R. aquella somma, e que o R. a recebesse³¹

do Thesouro. Logo, não se contesta á certidão, conta, ou escriptura publica (chamem-lhe como quizerem) a sua força probante, nos limites do objecto que ella se destina a provar : *que o R. recebeu, e a A. pagou.*

Mas, provado que a A. pagou, e o R. recebeu, que é o que se segue? Que a A. tenha o direito de reaver, e o R. a obrigação de restituir? Evidentemente não; porque, para chegar a esse effeito, seria mister provar primeiro que o pagamento fôra indevido e illegitimo o recebimento.

Ora isso não prova, nem pode provar a conta do Thesouro, a que, sem se lhe querer absolutamente restringir o valôr como *documento de um facto*, não se pode reconhecer a minima auctoridade como solução de um litigio de direito. Essa questão é a que o emprego do executivo pretende evitar, substituindo-se á acção ordinaria pelo jogo ob e subrepticio do mais palmar dos sophismas.

A repetição do indebito não se pode effectuar por esse meio. Se o Thesouro pagou, e quer reaver, não basta, para reaver, provar que pagou; é necessario mostrar *que pagou mal*. É a tal resultado não se póde chegar senão mediante a discussão do direito, a que o executivo, pela rigidez das suas formulas, se oppõe.

Se aquelle, que pretende a restituição, affirma

que pagou indevidamente, aquelle a quem ella prejudica, tem o direito de provar que não embolsou e mais que o devido. E sem o debate plenario, que só a acção ordinaria autoriza, seria impossivel a defesa contra as repetições infundadas. Por uma inversão original, por uma conculcação odiosa dessas noções, o Fisco, anarchizando agora ideias inconcussas, quer da méra prova do pagamento, sem a demonstração da sua illegitimidade, fazer titulo liquido e certo, indiscutivel e incontestavel á restituição.

E, accrescentando o escarneo ao sophisma, julga ter salvado a iniquidade, e justificado a extorsão, quando nos diz: Obedeça ao executivo, e venha depois com a acção ordinaria; restitua, e depois demande. Pois não se enxerga, ao menos, a singularidade, a esdruxulez desta *restituição* judiciaria abrindo espaço a uma *contra-restituição* judicial?

Espremida a essencia a essa theoria, teremos apurado o principio novo de que *o Fisco, para se fazer restituir, basta provar que pagou*. Isto é: o pagamento, que era até hoje, confissão do debito por parte do devedor, passa a ser, em favor deste, quando elle fôr o Thesoiro, titulo contra o credor. *Recebeu: logo, reponha. Paguei: logo reembolso*.

Dest'arte, após annos e annos de emprego publico, o misero funcionario pode ser intimado um³²

dia, sob penhora, a recolher em 24 horas ao The-
souro todos os vencimentos até então embolsados.
Em vão appellará para a lei, em cujo nome lhe
pagaram. A conta fiscal de que os recebeu será o
documento liquido e certo do debito. *Pague, e discuta
depois na acção ordinaria.*

Tal o ultimo fructo das opiniões detestaveis
hoje advogadas entre nós a beneficio do Fisco, ar-
mado da sua prepotencia para disputar, n'uma epocha
de anarchia, o quinhão leonino aos direitos do indi-
viduo, cada vez menos amparados.

Nunca se aventaram monstruosidades maiores,
sob o systema dos regalistas, quando a irrespon-
sabilidade da administração publica tinha os seus
orgãos nos advogados d'el-rei.

Temos fé que este egregio Tribunal as não
subscreverá.

Nova Friburgo, 27 de janeiro, de 1898

RUY BARBOSA

