

Rua Barrosa

ESCOLA POLYTECHNICA

ACÇÃO DE MANUTENÇÃO

REQUERIDA

PELOS LENTES SUSPENSOS

EM VIRTUDE

DO

Acto Ministerial de 15 de Julho

RIO DE JANEIRO

Typographia do JORNAL DO COMMERCIO, Rodrigues & Comp.

59-61 RUA DO OUEVIDOR 59-61

1896

ESCOLA POLYTECHNICA

ACÇÃO DE MANUTENÇÃO

REQUERIDA

PELOS LENTES SUSPENSOS

EM VIRTUDE

DO

Acto Ministerial de 15 de Julho

RIO DE JANEIRO

Typographia do JORNAL DO COMMERCIO, Rodrigues & Cia p.

59-61 RUA DO OUVIDOR 59-61

—
1896

ESTADO DE MANTUQUICAB

ESTADO DE MANTUQUICAB

REPUBLICA

ESTADO DE MANTUQUICAB

ESTADO DE MANTUQUICAB

Exm. Sr. Juiz de Secção do Districto Federal

Os Drs. André Gustavo Paulo de Frontin, Luiz Raphael Vieira Souto, Manoel Joaquim Teixeira Bastos, Arthur Getulio das Neves, Americo Monteiro de Barros, Viriato Belfort Duarte, Antonio de Paula Freitas, Licinio Athanasio Cardoso, Wencesláo Alves Leite de Oliveira Bello, José Agostinho dos Reis, Elysio Firmo Martins, Eugenio Tisserandot, Oscar Nerval de Gouvêa, Carlos Cesar de Oliveira Sampaio, Joaquim Galdino Pimentel e João Baptista Ortix Monteiro, lentes da Escola Polytechnica (Doc. n. 1), vêm impetrar deste Juizo manutenção de posse no exercicio desses cargos, de que illegalmente os suspendeu por tres mezes, com perda dos vencimentos, o Ministro da Justiça e Negocios Interiores, por acto de 15 de corrente (Doc. n. 2).

Após os factos lastimaveis, que perturbárão e interrompêrão os trabalhos escolares daquelle estabelecimento, em circumstancias que não vem a ponto recordar, publicárão os seus alumnos, pela imprensa, um *manifesto* onde sobresahião estas palavras (Doc. n. 3):

«Quanto á administração na parte relativa aos lentes, o Dr. Paula Freitas, longe de exigir a assiduidade e o zelo tão necessario, muito ao contrario, serve de capa para encobrir todas as faltas, todos os defeitos dos lentes, e como consequencia resulta daqui o sensivel desleixo que cada vez mais se pronuncia em *todo o funcionamento escolar*.

Resulta daqui o motivo porque *todos os lentes* se collocão em qualquer questão ao lado do director; porque elles têm certeza que a substituição do dr. Paula Freitas por um director energico lhes traria muitos dissabores, que são assim evitados.»

Não podendo ser insensíveis, sem quebra da honra professional e perda, com ella, da autoridade moral dos seus cargos, a essa accusação cathgorica, irrogada a todo o corpo docente pela generalidade dos seus discipulos, os lentes da escola, unanimes, resolvêrão, em sessão de 18 de maio, solicitar, como solicitarão, do governo uma commissão investigadora, que apurasse os factos e responsabilidades. O governo accedeu, instituindo uma commissão, e, como esta não dêsse cumprimento ao encargo, proveu, aos 30 do mez passado, o dr. Antonio Augusto Fernandes Pinheiro, no cargo de director da Escola, com a incumbencia «especial de investigar o fundamento das accusações articuladas pelos alumnos contra os membros da congregação». (Doc. n. 4).

Desde então o melindre da situação moral do corpo docente, naquelle estabelecimento, era evidentemente de uma delicadeza inconciliavel com a continuação immediata das lições. Annuindo á abertura do inquerito, a administração federal solemnizára as accusações assacadas pelos discipulos aos seus mestres, e estes, ante a solução accusatoria impendente, não podião accudir ao expediente diario do ensino, sem que primeiro se liquidasse a veracidade e a incidencia das imputações, que envolvião indistinctamente a todos. Por isso, quando propuzêrão ao Governo a instauração do inquerito, opinárão, ao mesmo tempo, em congregação, que, antes de concluido, não se reabrissem as aulas, juizo e conselho, que reiterárão na congregação de 7 deste mez. (Doc. n. 5).

As razões, de ordem tão elevada, em que se inspirava esta indicação, não callarão no animo do ministro do Interior. Entretanto, a medida que acabava de adoptar, reunindo as funcções da syndicancia nas mãos de um só funcionario, simplificava extremamente o curso do inquerito, permittindo que em breve prazo, elucidada a verdade, recommencassem os trabalhos escolares, voltando sem desprestigio os lentes ás suas cadeiras. Não era muito que, estando já interrompido o ensino em consequencia das violentas desordens de maio, se dilatasse alguns dias mais a suspensão dos trabalhos a bem da dignidade do magisterio, combalida por esse deploravel incidente. Mas o director, especialmente nomeado para averiguar da accusação, e propôr ao governo as medidas reparadoras, começou por aconselhar, antes do inquerito, a reabertura da escola, cujos cursos o governo, acquiescendo, mandou immediatamente funcionar.

Em presença dessa decisão inopinada, os supplicantes se achavão moralmente constrangidos nos seus sentimentos mais respeitaveis. Os alumnos ião volver aos bancos ; os mestres, á cáthedra. Mas as posições estavam invertidas : os alumnos erão accusadores ; os lentes accusados. O magisterio, porém não é só instrucção ; é autoridade tambem. E, dos dous elementos, que o compõem, o da palavra está subordinado ao do exemplo. Compromettido este, não ha reverencia, não póde haver attenção, e, portanto, não ha ensino. Professores ameaçados por um inquerito em que os denunciantes e as testemunhas accusadoras são os seus discipulos, não podem exercer acção moral sobre estes. Na conjunctura dessa extremidade, não devendo subordinar-se, nem exautorar-se, os supplicantes buscárão nas suas faculdades leaes a sahida juridica e conciliadora. Na attitude, que a sua consciencia e as tradições do seu

magisterio lhes dictarão, de protesto contra as resoluções ministeriaes sobre o confictio de maio, tinhão procurado cingir-se ás mais escrupulosas normas de respeito para com a autoridade. Ainda nas moções, a que o zelo do novo director tolheira o debate na congregação de 7 do corrente, era esta a sua linguagem, polida e reverente: « A congregação da Escola Polytechnica *julga conveniente ponderar ao governo.* » Nesta linha querião manter-se, evitando a humilhação, sem incorrer em rebeldia, acatando os direitos da autoridade, sem abdicar os proprios.

O codigo do ensino, promulgado com o decreto n. 1159, de 3 de dezembro de 1892, dispõe, no art. 47 :

«Os lentes cathedraicos, substitutos e professores, que deixarem de comparecer, para exercer as respectivas funcções, *por espaço de tres mezes, sem que justifiquem as suas faltas,* na conformidade deste regulamento, incorrerão nas penas marcadas pelo Codigo Penal.»

O art. 48 acrescenta : «Se a ausencia exceder de seis mezes, reputar-se-ha terem renunciado o magisterio, e os seus lugares serão julgados vagos pelo governo, ouvida a congregação.»

Em face destas provisões regulamentares é permittido aos lentes faltarem injustificadamente até seis mezes menos um dia, sem perder as cadeiras, e até tres, menos um dia tambem, sem incorrer em pena. Dessa tolerancia legal deliberarão aproveitar-se os supplicantes, para não comparecer ás aulas durante quinze dias, prazo que reputavão sufficiente para o inquerito prescripto. Tal resolução poderião ter assentado entre si, sem communicação á directoria. O resultado seria simplesmente perderem as

vantagens do exercicio proporcionalmente ao numero de faltas não justificadas. Para não envolver, porém, em clandestinidade um passo, que não se inspirava em malicia, mas no desejo licito e nobre de honrar a moralidade do ensino, preferiram dar francamente conhecimento do seu proposito á autoridade, buscando na elevação dos motivos, que o determinárão, a prévia justificação das faltas, que irão dar. (Docs. ns. 6 e 7). E tanto não estava no seu pensamento, nem entrava no seu acto a intenção de faltarem aos seus deveres de subordinação legal para com o governo, que, autorisados por um collega, o dr. M. Pereira Reis, a contar o seu voto em apoio de qualquer deliberação, por elles edoptada, «não importando em desobediencia» (Doc. n. 8), não hesitárão em associar a assignatura desse ás outras.

Taes as circumstancias, que levaram o ministerio do interior a expedir o acto de 15 do corrente (Doc. n. 2), que ordenou a suspensão dos supplicantes por tres mezes, com privação dos vencimentos respectivos, por entender que elles são passíveis das penas estatuidas no art. 57 do Codigo citado, por terem faltado ao cumprimento dos seus deveres, nos termos do art. 52, e que, pela anormalidade das circumstancias, compete ao governo tomar conhecimento directo do facto, independente da audiencia da congregação, visto constituirem os lentes signatarios das declarações indicadas a maioria da mesma congregação.»

Mas esse acto, que esbulha os supplicantes do exercicio legal de seus cargos, contravem á lei duas vezes :

1º porque os supplicantes não incorrerão nas penas do art. 52, indigitado pelo governo, ou em outra qualquer sancção penal estabelecida no Codigo do Ensino ;

2º porque, quando incorrido houvessem, o governo não n'os poderia privar do exercicio, senão mediante os tramites por esse codigo estabelecidos nos arts. 53, 54, 55, 56 e 57; sendo absolutamente inadmissivel a escusa, com que o governo, confessando a preterição da lei, busca regularisal-a.

O art. 52, citado pelo governo, absolutamente não contém materia applicavel ao caso. «Qualquer divergencia», diz elle, «que a respeito do serviço do estabelecimento houver entre o director e algum lente cathedratico, substituto, ou professor, deve por aquelle ser presente á congregação». Não é manifestamente a especie. E' de ter «faltado ao cumprimento do seu dever» que o acto ministerial explicitamente argúe os impetrantes. A clausula regulamentar, pois, a que se quiz referir, mas que a precipitação o induziu a errar, é a do art. 53, que simplesmente diz: «Se algum lente, nos actos do estabelecimento, *faltar aos seus deveres*, o director levará ao conhecimento da congregação o facto, ou factos praticados.»

Nesse texto não se define o que sejam «actos do estabelecimento», expressão desasada e enigmatica em linguagem legislativa, nem tão pouco o que seja, por parte dos lentes, «faltar aos seus deveres» em relação a taes actos. A esse respeito o Codigo não se enuncia em todos os seus trezentos e vinte artigos. Mas, como o dever principia, onde termina o direito, claro está que, assistindo ao lente o de faltar durante tres mezes menos um dia, independentemente de justificativa, sem incidir em pena (art. 47), não haverá quebra punivel do dever de frequencia (salvo o prijuizo nos vencimentos, correspondente ao numero de faltas) emquanto a ausencia não perfizer o trimestre. E, como uma

quinzena é apenas a sexta parte desse periodo, a interrupção da presença durante quinze dias, unica falta impuntavel aos impetrantes e ainda em principio de execução, não poderia jamais envolvel-os na sanção do art. 53.

A quem é dado abster-se de comparecer durante um quartel, não pode levar-se a crime o faltar duas semanas. A quem se permite ausentar-se por oitenta e nove dias *sem justificação de causa*, não ha-de vedar-se o não comparecer quinze apenas, autorizando a infrequecia com um motivo, não só de dignidade individual, como de interesse geral do ensino. Se a respeitabilidade do mestre não é uma quantidade desprezível no governo da instrução publica, a justificação não podia ser mais completa. Se, porém, a politica do ensino abstrae desses valores moraes, a consequencia unicamente é que as faltas ficavam injustificadas. Mas, como ellas em sua totalidade constituiriam apenas a sexta parte das que sem justificação lhes era licito dar, não ha, neste mundo, tribunal que os possa ter como incursos em transgressão do dever.

Formulada, porém, contra ellas a increpação de «*falta aos seus deveres*», avulta contra o acto do governo outro motivo de nullidade na usurpação manifesta da competencia da congregação, em que arbitrariamente se immittiu.

São do Codigo do Ensino estes preceitos:

«Art. 53. Se algum lente, nos actos do estabelecimento, faltar aos seus deveres, o director *levará ao conhecimento da congregação* o facto ou factos praticados.

«Art. 54. Neste caso a *Congregação nomeará uma commissão*, para syndicar dos ditos factos, e *mandará que o accusado responda dentro de 15 dias*.

«Art. 55. Dentro de igual praso, com a resposta do

lente, ou sem ella, *deverá a commissão apresentar o seu parecer motivado.*

«Art. 56. A' vista do parecer da commissão e da resposta do accusado, a *congregação deliberará se este deve ser advertido camarariamente, ou soffrer as penas do artigo seguinte.*

«Art. 57. Se não fôr bastante essa advertencia, o director, ouvindo a congregação, o communicará ao governo, propondo que sejam applicadas as penas de suspensão de tres mezes a um anno com privação de vencimentos, e observará o que a tal respeito fôr pelo mesmo governo determinado, com audiência da congregação».

Deante destas disposições peremptorias, a accusação, irrogada ao lente, de «faltar aos seus deveres» tem um processo estabelecido e um juiz indeclinavel. Esse juiz não é o governo. Esse processo não é o que elle observou.

O processo legal abrangia :

- 1º a communicação do facto á congregação;
- 2º a nomeação, por esta, de uma commissão de syndicancia;
- 3º o termo de uma quinzena ao accusado para a defesa ;
- 4º o parecer motivado da commissão inquiridora:
- 5º a deliberação da congregação, perante o parecer e a defesa, escolhendo entre a censura camararia e a pena de suspensão:
- 6º a communicação do seu voto, no ultimo caso, ao governo, sob a fórma de proposta.

Nesse processo o governo intervem apenas *depois de proferida a sentença, para lhe autorizar a execução.* Mas quem recebe a accusação, quem examina a prova, quem re-

conhece a culpabilidade, quem elege a pena, é a congregação, que pôde concluir pela innocencia do accusado, ou applicar-lhe apenas a admoestação camararia. O governo homologa simplesmente o julgado da congregação, executando-o, ou dispensa na pena deliberada, abstendo-se de applica-la. Mas não pôde pronunciar um castigo não proposto pela congregação, e muito menos impo-lo a um lente por ella não condemnado.

Assim, o processo, que é o descripto nos arts. 53 a 57 do Codigo do Ensino, foi de todo em todo supprimido.

E o tribunal, que era a congregação, foi completamente substituido pelo arbitrio do poder executivo.

Sem decisão della,

nem parecer de commissão investigadora,

nem inquerito,

nem defesa dos accusados,

nem notificação sequer ao corpo docente, de que

se abria algures um plenario mysterioso, ácerca da sorte de deseseis de seus lentes.

O governo condemnou os impetrantes a tres mezes de suspensão.

Isto é: elle foi a congregação; elle foi a commissão syndicante; elle foi o inquerito; elle prescindiu da defesa, fez a accusação, e proferiu a sentença.

A monstruosidade está confessada pelo proprio governo, no acto de 15 do corrente, onde cuida sanal-a com a allegação, que alli se faz, de não se poder levar a effeito o processo na congregação, por estar a maioria della envolvida na culpa.

A allegação é improcedente; porquanto o art. 17 do Codigo do Ensino estatue:

«Nas questões, em que fôr particularmente interessado algum lente, poderá este assistir á discussão, e nella tomar parte; abster-se-ha, porém de votar, e retirar-se-ha da sala nessa occasião.»

Deste texto evidentemente resulta que os impetrantes não poderião votar no assumpto, mas tinham o direito de fallar nelle; não terião voto, mas tinham voz na congregação; em summa; não deliberavão, mas formavão *quorum*. Devião constituir a congregação, bem que nella não lhes coubesse parte no eserutinio. A congregação compôr-se-ia indistinctamente de todas os lentes em exercicio, retirando-se, por impedidos, no acto da votação, os que tinham interesse na lide.

E' a doutrina expressa no artigo supra-transcripto e confirmada pelo art. 8º, onde se estabelece:

«A congregação não pode esquecer as suas funções sem a *presença* de mais de metade dos lentes, que estiverem em effectivo exercicio do magisterio.»

Comtanto que a maioria esteja *presente*, a congregação é regular, ainda que só a minoria delibere.

E tanto essa é a intelligencia real dos dois textos, que o governo acaba de reconhecê-lo; pois as folhas do dia 19 do corrente, quando já os impetrantes estavam excluidos do exercicio, convocavão *uma congregação* para o dia 20. (Doc. n. 9.) Essa congregação tinha de reunir-se com a minoria remanescente em consequencia da eliminação da maioria pelo acto administrativo do dia 15.

Dê-se, porém, o contrario. Supponha-se que, com effeito, deduzidos os dezeseis lentes suspensos, já se não pudesse celebrar congregação. Seguir-se-hia d'ahi que o

ministro do interior ficasse *ipso facto* subrogado na jurisdicção a ella commettida pelo Codigo do Ensino? De onde surdiu esse direito? Acaso o poder executivo é o successor universal das competencias extinctas, cessantes, interrompidas em materia da applicação do direito?

Se o Codigo do Ensino particularisou em cinco artigos successivos o curso do processo no assumpto, se o submetteu a formas quasi judiciaes, se attribuiu á congregação, para o julgamento e a escolha da pena, uma alçada privativa, não se póde admittir, na competencia d'ahi resultante, substituição em outra autoridade, salvo se a lei expressamente a houver determinado. Mas a lei o não fez. E tanto o não fez, que o acto de 15 do corrente não pode invocar um textò em apoio do arbitrio, a que o governo se aventurou. O seu raciocinio resume-se nesta illação singular: «O tribunal legal desapareceu; logo, eu sou o tribunal necessario.»

Não: essa dialectica é falsa e subversiva de todo o direito. Se o tribunal não pode funcionar, porque os juizes estão envolvidos na causa, não se segue que a jurisdicção passasse *ipso jure*, como *bem de evento*, ao patrimonio dos poderes do executivo. Era mister, para isso, que a lei tivesse instituido a successão em favor delle. Aliás a autoridade, de que a congregação decahiu, não toca a ninguem. Onde não ha tribunal, para julgar, a causa cessa de ser julgada. Se a lei não creou julgadores para os juizes, os juizes ficarão impunes. No que toca á privação de direitos e á applicação de penas, as omissões da lei não se suppreem as competencias expressas não se substituem.

Logo, o acto do governo é usurpatorio e indefensavel.

Ninguem pode negar o character de *pena* propriamente tal á suspensão de um lente por tres mezes, com perda dos

seus vencimentos. O mesmo Codigo do Ensino, nos arts. 56 e 57, a designa por esse nome.

Essa pena tem a sua forma de applicação delineada nos arts. 53 a 57, e não pode ser imposta senão mediante juizo da congregação. Mas quem a impoz, foi o governo, e sem observancia de nenhuma das garantias alli estatuidas.

Ahi está, portanto, materialmente infringida a constituição da republica, art. 72, § 15, onde se determina :

« Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada.»

O acto de 15 do corrente avocou ao governo uma competencia penal, que o Codigo do Ensino não lhe confere, e aboliu, na especie, a forma de julgar por elle regulada.

Fica dest'arte evidenciado palpavelmente o attentado e, ao mesmo tempo, firmada para o caso, em face do art. 60, *a e b*, da constituição, a competencia da justiça federal.

Resta examinar a applicabilidade do remedio impetrado.

Os cathedraicos, substitutos e professores são vitalicios desde a data da posse. (Cod. do Ensino, art. 27). Como taes, a inaufribilidade do seu direito está sob a protecção inviolavel da Constituição, art. 74. Em virtude desse predicado, como todos os cargos perpetuos, os do ensino superior entrão como bens inalienaveis, salvas as condições legaes da sua extensão, no patrimonio dos seus titulares. Tem-se aqui, pois, uma propriedade, com ambas as faces de todo direito apropriavel: o dominio e a posse.

Em todo emprego ha dois elementos : em primeiro logar, o rotulo, que é a condição de appropriação, o dominio

directo do cargo ; em segundo, a effectividade, que constitue a sua posse.

A effectividade, manifestação especial da posse neste genero de haveres, subdivide-se, por sua vez, em tresideias elementares :

Primeiramente, o exercicio, a acção docente do magisterio, a influencia moral e intellectual da funcção, á exterioridade do direito no seu aspecto mais elevado, na sua expressão inestimavel :

depois, o vencimento, remuneração do serviço ; em terceiro lugar, a antiguidade, capitalização do tempo accumulado em beneficio da inactividade futura.

Si a suspensão illegal lesasse o professor unicamente na sua remuneração e na contagem da aposentadoria, os prejudicados terião contra esses abusos remedio sufficiente nas acções de nullidade reguladas pelo dec. n. 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13, e talvez no recurso de revisão, estabelecido pelo pacto federal, art. 59, n. III, e 81, posto que, na especie vertente, não se possa propriamente considerar que haja «processo findo», não tendo havido processo algum.

Nenhum desses dois meios de restituição, porém, acode á perturbação actual da posse, á indebita interrupção do exercicio, á occupação usurpatoria do cargo por incompetentes, á *juris possessio* do lente, á solução de continuidade verificada no dominio util da seu direito.

Contra esse effeito do attentado o unico meio idoneo em direito é o interdicto possessorio.

Demais, a acção da lei n. 221, fôra tardia, para corrigir a turvação da posse, nos termos em que a perpetrou o acto de 15 do corrente. A acção para indemnização do damno, além de não n'o reparar quanto ao elemento, que, ha pouco,

alludião os impetrantes, seria intempestivo agora, emquanto o prejuizo não se acha consummado.

Tem-se contestado ultimamente entre nós, a beneficio de interesses politicos, que direitos incorporeos possam constituir objecto de posse. Mas a essa doutrina de occasião, palmarmente erronea, tem feito este juizo a devida justiça em luminosas sentenças.

Numa dellas, que os impetrantes pedem venia para transcrever, porque encerrão em periodos de uma concisão magistral a summa da verdade juridica no assumpto, sentença este tribunal, cujas tradições tem conseguido firmar em pouco tempo a autoridade veneravel das jurisprudencias consolidadas pela antiguidade :

«O direito nacional tem apresentado casos de posse de direitos incorporeos : posse de liberdade, que no regimen da escravidão dava direito a manutenção em certos casos, *posses de cargos publicos*, etc.

«Sente-se que o espirito juridico popular, fonte de todo o direito, pretende verificar na pratica realidades juridicas, que theoreticamente tem traços communs como pertencentes á mesma familia de institutos.

«No direito pre-republicano, alguns dos actos do poder publico, turbatorios de direitos privados, estavam sujeitos aos interdictos ; durante a monarchia portugueza absoluta, veja-se por exemplo Lobão, Interdictos Possessorios, paragrapho e seguintes ; durante o regimen imperial brasileiro, veja-se a lei numero 242, de 1841, artigo terceiro.

«O direito constitucional da republica (artigo 60, *a, b e c*, do pacto federal) deu maior latitude e submetteu inteiramente á justiça federal os actos do governo, que não fossem meramente *ex jure imperii*, ou que não offendessem di-

reitos privados fundados na constituição, nas leis, nos tratados, ou nos contractos.

«Por este regimen ficou a União sujeita ao direito civil, á justiça e aos meios judicarios communs, quando fosse posta em algum litigio.

«Se, pois, o particular que ameaça turbar, ou turba direitos corporeos, ou incorporeos, está sujeito ao interdito, na mesma posição fica a ré (União) se do mesmo modo proceder quanto aos direitos individuaes».

JHERING, numa das suas obras mais recentemente vulgarizadas por MEULENAERE, occupa-se deste assumpto, com a sua eloquencia e profundeza habituaes: «Grande é o valor da posse dos direitos para a theoria possessoria. Aqui é que se manifesta, com uma clareza impossivel de illudir-se, uma verdade, a cujo respeito se tem errado em materia de *posse das coisas*, a saber, que A POSSE NÃO É O PODER PHYSICO sobre o objecto, MAS O EXERCICIO, A EXTERIORIDADE DO DIREITO.» (1)

Algumas paginas adiante accrescenta o grande jurisconsulto:

«Extraordinaria é a extensão, que a posse dos direitos tem recebido no direito moderno. Neste caminho o precedeu o direito canonico e a jurisprudencia dos tribunaes ecclesiasticos, que a applicarão a todas as regalias, dignidades, funcções, beneficios e dizimos da igreja, sendo o seu exemplo tão cabalmente seguido pela legislação, bem como pela jurisprudencia dos tribunaes seculares, que *não ha uma relação de direito publico e privado, que não fosse posta em communicação com a idéa de posse*, desde que a esta houvesse meio de adaptal-a». (2)

(1) R VON IHERING: *Possession. Oeuvres Choies* (Paris, 1893), p. 257.

(2) *Ib.*, p. 261.

Os termos da Ord. l. 3, t. 78 § 5º, genericamente extensivos a toda ameaça de turbação de direitos patrimoniaes; o emprego comesinho da manutenção, antes da lei de 3 de maio, nas causas de liberdade; o recurso á protecção possessoria, como se recorda na supracitada sentença deste juizo, contra a usurpação de cargos publicos, são outras tantas provas da applicação usual dos interdictos possessorios, entre nós, em todos os tempos, como amparo judicial á quasi-posse, isto é, á posse de cabedaes incorporeos, direitos, elementos immateriaes do nosso patrimonio.

A unica restricção á applicabilidade regular desse meio assecutorio ou recuperatorio da posse, ameaçada, ou espoliada, está nos actos comprehendidos sob a rubrica do *jus imperii*. *Jus imperii* é a denominação antiga do terreno moral, onde se exerce a acção *discrecionaria* do estado. Esse vem a ser propriamente o dominio politico. E' a esphera, onde a acção do poder se move livremente na plenitude do arbitrio governativo, a saber: onde não entende com a personalidade individual, com direitos adquiridos, com garantias constitucionaes. Onde quer que exista um individuo, um direito legal, ou uma garantia protectora de certas situações estabelecidas, a questão cessa de ser politica, e, ainda que se relacione com a administração, o governo, ou a legislatura, assume o character judicial. Neste regimen, toda a vez que o poder se ache em contradicção com a lei, ou esta em conflicto com a constituição, o direito violado na primeira collisão, ou na segunda, tem por si a interfeerencia coercitiva da justiça, restabelecendo a constituição contra a lei, a lei contra os regulamentos, ou os regulamentos contra as deliberações administrativas.

De accôrdo com os arts. 59 e 60 da Constituição, o art. 13, § 10, da lei de 20 de novembro de 1894 prescreveu á magistratura negar observancia «ás leis manifestamente

inconstitucionaes e aos regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis, ou com a Constituição.» Quando as leis, os regulamentos, ou os actos officiaes não envolvem direitos do indivíduo, ou de personalidades juridicas, a acção dos tribunaes é impossível; porquanto ella não se exercita, senão em reclamo do direito de uma pessoa, individual, ou collectiva. Em não havendo esse direito, a materia, administrativa, regulamentar, ou legislativa, toca ao *jus imperii*: é de ordem politica. Em estando empenhado, porém, o direito positivo de uma entidade, physica, ou moral, quanto a relações, que interessem a segurança pessoal, a liberdade, ou o patrimonio, o caso é judiciario.

No que respeita ao patrimonio, o direito individual corre o risco de ser violado por dois modos: na propriedade e na posse. Contra as lesões da propriedade a lei n. 221 creou o meio redintegrante.

Contra as turbações correspondentes *da posse*, iminentes, ou effectivas, porém, a salvaguarda do direito não pode estar senão no interdicto prohibitorio, ou na manutenção.

A aposentadoria, a reforma e a demissão arbitrarías em cargos inamovíveis equivalem ao esbulho da propriedade. Esse esbulho repara-se mediante a acção sumaria da lei de 20 de novembro de 1894, dentro no anno, ou, mais tarde, pela acção ordinaria, pois é erro suppôr que a instituição da primeira houvesse eliminado a segunda.

A suspensão illegal, porém, importa simplesmente a turbação na posse do direito. Seu remedio está, pois, nos interdictos possessorios, instrumentos judicarios de tutela do direito, que, sem mudar de natureza, vão-se adaptando, com a evolução juridica, ás novas applicações da posse, ás necessidades ultteriores de sua protecção.

Foi assim que a jurisprudencia americana recebeu da

ingleza o *mandamus* e a *injunction*, duas armas judiciaes, defensivas da posse dos direitos, e, sob as exigencias da modificação republicana, lhes deu, nos Estados Unidos, larga amplitude.

« Onde quer que exista o direito de exercitar um emprego, desempenhar um serviço, ou uma função », dizia LORD MANSFIELD o maior magistrado saxonio, « e um individuo é mantido fóra da posse, ou desapossado desse direito, não havendo legalmente remedio especifico, que lhe aproveite, o tribunal pode valer lhe com um *mandamus*. » (3) Por esse meio se corrige alli a turbação consummada, que a *injunction* previne, e veda. (4) O primeiro corresponde, pois, á nossa manutenção ; o segundo, á acção de mandado prohibitorio.

« Para manter um systema de governo capaz de assegurar aos cidadãos os seus direitos », reflecte MOSES, no seu tratado acerca deste assumpto, « necessario é ter pessoas nomeadas, ou eleitas, para executarem a lei. Essas, quando revestem poder tal, assumindo os deveres de funcionarios publicos, têm d'est'arte contrahido o compromisso de observal-os ; e, se negligencião ou recusão fazel-o, a todo individuo, cujos direitos forão por esse modo offendidos, assiste o jus de pedir reparação O remedio ministrado pelo nosso regimen legal, assim como pelo da Inglaterra consiste em um processo, iniciado no ramo judiciario do poder, com o fim de compellir o funcionario a fazer o que lhe impõe o cargo, que occupa. Esse meio denomina se alvará de *mandamus*; e, quando existe o direito de *exercer um emprego*, desempenhar um serviço, ou desfructar uma franqueza, *especialmente em sendo materia de interesse publico*

(3) MERRIAL : *Law of Mandamus* (1892), p. 1-2, 16.

(4) *ib.*, p. 46.

(*more especially if it be a matter of public concern*), ou que se envolva vantagem, e o senhor desse direito se acha injustamente destituído da posse delle, ou lh'a tirarem, o tribunal interferirá mediante *mandamus*, apoiando-se em motivos de justiça e razões de ordem publica, no intuito de preservar a estabilidade e as normas da sua administração regular.

« Esse remedio é substancialmente um meio civil, em auxilio dos cidadãos privados do seu direito, comquanto o feito se inicie e processe em nome do Estado. O Estado figura como parte apenas nominalmente. E', portanto, um desses recursos, a cujo amparo se soccorrem aquelles, que desejão reimmittir-se na posse de um direito injusta e illegalmente subtrahido.

« Cumpre que, em todo governo bem constituido, a mais alta autoridade judiciaria tenha necessariamente um poder de superintendencia assim sobre os tribunaes e juizes subordinados, *como sobre todos os que exercem autoridade publica (and all others exercising public authority)*. Se commetterem erros, emendal-os-ha. Se negligenciarem, ou recusarem cumprir o seu dever, constrangel os-ha. No primeiro caso, pelo *writ of error*; no segundo, pelo *writ of mandamus*.

« Essa instituição, cuja origem data de longe na historia da jurisprudencia ingleza, foi engendrada, porque a justiça publica e o bem do governo o exigião; e desde então se usa, desenvolvendo-se e melhorando por effeito de providencias legislativas, á medida das necessidades de uma nação progressiva. Se, na Inglaterra, é um dos florões do tribunal do Banco do Rei, aqui é uma das gemmas do nosso regimen judiciario. Por meio delle os servidores do governo se mantêm sujeitos á vontade soberana da lei, *o cidadão é restituído aos postos de dignidade, ou lucro, em que foi*

provido pelos seus concidadãos, e o governo obrigado a restabelecel-o no goso das franquezas, que lhe assistirem.» (5)

Outro abalisado tractadista da materia ensina: « Cabe o alvará de *mandamus* contra todos os funcionarios administrativos (*ministerial officers*), para oscoagir a executarem os deveres positivos dos seus empregos, e desempenharem as funcções, cuja delegação se lhes confiou a bem do publico, ainda que a transgressão não os sujeite a penalidade.» (6)

Certamente na applicação desse remedio possessorio, manifesta adaptação do interdicto romano em uso entre nós, «os tribunaes não examinarão as questões de *conveniencia*, resolvidas pelas auctoridades administrativas. Este é um dos mais importantes principios geraes no uso desses meios de protecção judiciaria, e interessa fundamentalmente quasi todos os casos. Elle provalece, qualquer que fôr a situação, ou o caracter do funcionario; cujos actos se pretendão reprimir. Por humilde que seja, se o seu poder for discricionario, no exercicio delle não se pôde admittir ingerencia fiscalizadora. *Mas, por mais alta que seja a sua auctoridade, em havendo lei, que a restrinja, ha de ser obrigado a respeitá-la. Be he never so insfurntial he must act in accordance withe the law.*» (7)

A differença entre as duas hypotheses se discrimina ainda melhor n'outro lance de um escriptor já citado: «Quando os chefes dos varios ramos do executivo são agentes politicos ou confidenciaes do governo, meramente

(5) MOSES : *The Law of Mandamus and the Practice connected with it*, p. 14—5.

(6) WOOD: *A Treat. on the leg. remedies of Mandamus and Prohibition*, (2 and edit. , 1891) P. 83.

(7) GOODNOW: *Comparison Administrative Law*, v. II, p. 205.

para executar as deliberações do presidente, NOS CASOS EM QUE, CONSTITUCIONAL, OU LEGALMENTE, A ADMINISTRAÇÃO DISPÕE DE ARBITRIO (IN CASES WHERE THE EXECUTIVE POSSESSES A CONSTITUTIONAL OR LEGAL DISCRETION), clarissimo é que os seus actos só politicamente poderão ser discutidos. MAS ONDE A LEI EXPRESSAMENTE LHES IMPÕE DEVERES OFFICIAES (*but where a specific ministerial duty is assigned by law*), e do cumprimento desses deveres dependerem direitos individuais, parece igualmente obvio assistir ao individuo, que se presume lesado, o direito de recorrer, em busca de remedio, ás leis do paiz; e o remedio adequado então vem a ser o *mandamus*.» (8)

A limitação ao recurso da protecção possessoria, pelo *mandamus*, em beneficio do direito individual, está em que a intimação tem por objecto unicamente «*constranger á observancia da lei tal qual é*, e não se estende, pois, a casos nella ommissos.» (9) Os tribunaes «não podem constranger um funciouario a praticar um acto, que antes da ordem judiciaria, elle não estivesse legalmente obrigado a praticar, um acto estranho aos deveres, que, em virtude do cargo, legalmente lhe incumbão, um acto illegal, ou que a lei não autorize.» (10).

O remedio possessorio actua, pois, obrigatoriamente sobre toda a hierarchia administrativa, desde o subalterno até ao ministro, logo que haja violação positiva da lei e, com ella, esbulho, de direito individual, para cuja reparação *completa* não exista outro meio competente. «E' regra perfeitamente assentada que, quando os funcionarios publicos obrão sem autoridade legal, com violação de prescripções legislativas, ou em obediencia a disposições in-

(8) MOSES: *The Law of Mandamus*, c. VI, p. 63.

(9) MERRILL: *Law of Mandamus*, p. 67.

(10) *Ibidem*.

constitucionaes, praticando actos, que materialmente offendão, lesem, alterem, ou destruão direitos individuaes adquiridos (*private vested rights of individuals*), não tendo os prejudicados remedio especial contra o damno, se lhes concederá mandado prohibitorio (*injunction*), em repressão do infractor. » (11)

O ultimo ponto agora por liquidar está em saber se a posse de empregos publicos inamoviveis, ou vitalicios, envolve direito individual.

Tambem não pôde haver duvida na affirmativa, se attentarmos em que a existencia do direito individual se determina pelo interesse legal da pessoa, da liberdade, ou do patrimonio. O emprego vitalicio, ou inamovivel, é uma aquisição permanente no patrimonio individual. Valor juridico e material a um tempo, elle representa um capital empregado, uma autoridade adquirida e uma renda assegurada. As constituições e as leis affianção-lhe a inviolabilidade, não só contra a espoliação absoluta, senão tambem contra a turbação transitoria; isto é: contra a destituição e as suspensões illegaes. O emprego, no funcionario indemissivel, é, portanto, objecto incontestavel de posse civil. Logo, não se lhe pode negar a protecção possessoria. A administração não se lhe poderia oppôr em nome do *jus imperii*. O *jus imperii*, equivalencia da soberania, quer dizer faculdade discricionaria e não ha discricção, onde a auctoridade do administrador se circumscreve a manter direitos particularisados na lei.

Por isso a jurisprudencia americana assegura os remedios usuaes da posse em auxilio do empregado arbitrariamente exonerado, ou removido. «Sustentão os tribunaes»,

(11) MELCHEM: *A Treatise on the Law of Public Offices and Officers* (Chicago, 1890), 662, § 995.

diz GOODNOW (12), « que, onde a lei não autorisa a exonerar do cargo o funcionario, sem causa, compete á justiça decidir o em que consista a causa admissivel, contrastando assim o arbitrio da autoridade, que exonera. Verdade seja que os tribunaes não fundão esses julgados no intento de superintender a discrição das funcções administrativas, mas na these de que o verificar a realidade juridica da causa não é materia de arbitrio, e sim de legalidade (*the question, what is cause, is not a question of discretion, but a question of law*). Esta consideração, porém, não altera o facto de que, em ultima analyse, a justiça exerce contraste sobre a discrição dos funcionarios administrativos, e isto em ponto, onde muitos cuidarião ser necessario que a administração disponha de arbitrio illimitado.»

Mais precisamente ainda encontramos elucidada a questão nos praxistas judiciarios e administrativos.

MECHEM (13), por exemplo, no seu tractado das funcções publicas, diz, com referencia aos mandados prohibitorios (*injunctions*): « Bem que este remedio não se conceda para verificar a legitimidade do titulo a um cargo, póde utilizar-se com o fim de proteger no seu exercicio os actuaes occupantes, obstando a que outros o assummão, emquanto pelos meios competentes não fêr liquidada a validade do direito. *while the writ will not be granted to try the title to an office, it may be issued to protect the actual incumbents in their exercise of it by preventing others from interfering until the title can be determined by the proper proceedings.*»

E WOOD: « A estes alvarás (de *mandamus*) se recorre, ás vezes, com o intuito de restabelecer um individuo no

12 *Comparat. Administr. Law*, v. II, p. 206.

(13) MECHEM: *On public officers*, p. 662, § 994.

cargo, de cuja posse foi illegalmente privado. *This writ is sometimes resorted to for the purpose of restoring an individual to an office, where he has been illegally deprived of the possession thereof.*» (14)

E LAWSON : « Procede o *mandamus*, para o effeito de repôr no cargo o funcionario illegalmente exonerado. *It will lie to restore an officer, who has been unlawfully removed.*» (15)

Tendo assim demonstrado os impetrantes :

1.^o que a sua suspensão é contraria á le expressa ;

2.^o que os cargos, em cujo exercicio foram perturbados por esse acto, são objecto *de posse*, no sentido juridico da palavra ;

3.^o que os interdictos possessorios, se applicão á *posse de direitos* ;

4.^o que entre esses direitos se comprehendem os correspondentes ás funcções publicas inamoviveis ;

5.^o que o uso da protecção possessoria, em relação a cargos publicos, tem na jurisprudencia das nossas leis existencia conhecida ;

6.^o que o emprego desse remedio para taes fins encontra novo e ainda mais solido apoio nas tradições de nosso direito constitucional ;

requerem a V. Ex. que, autoada e distribuida a presente, os mande manter na posse legal dos ditos cargos,

(14) WOOD : *Mandamus and Prohibition*, p. 11.

(15) LAWSON : *Rights, remedies, and practice*, vol. VII, § 4030, p. 6335.

contra o attentado do acto de 15 do corrente, passando-se-lhe o respectivo mandado, sob as penas da lei, com intimação do dr. procurador da republica, para os fins de direito.

Rio, 23 de Julho de 1896.

E. R. M.

Ruy Barbosa.

02108
C03

VALLEY

(39)

