

VOTOS EM SEPARADO SOBRE A 2.ª THESE

I

Tendo assignado com restricções o douto parecer da illustrada commissão de direito, venho dar á Academia as razões da minha divergencia, os motivos do meu voto. Poderia fazel-o verbalmente, por occasião da discussão, a que o trabalho da commissão tem de ser submettido; mas, attendendo á necessidade de methodo e á calma com que deve ser estudado tão importante assumpto, prefiro apresentar por escripto os fundamentos da minha humilissima opinião.

A these, que tive a honra de offerecer ao exame e apreciação da Academia, é esta: « Si organizado o Estado de accordo com o art. 63 comb. com o art. 15 da Constituição Federal, pôde o respectivo presidente—ou chefe do poder executivo—ser investido da attribuição de suspender magistrados? »

Diz a Constituição Federal, art. 15: « São órgãos da soberania nacional o poder legislativo, o executivo e o *judiciario*—harmonicos e *independentes entre si*. »

Art. 63:—« Cada Estado reger-se-á pela Constituição e leis que adoptar, respeitadas os principios constitucionaes da União. »

Antes de entrar no estudo da materia, julgo conveniente, para justificar as conclusões, a que devo chegar, estabelecer desde logo certos principios, que são hoje acceitos sem contestação no dominio da sciencia.

A este respeito e para não repetir-me sem necessidade, peço licença á Academia para reproduzir aqui o que, occupando-me do assumpto, disse em outro lugar :

« A *trias politica*, que se decompõe em *potestas legislativa, executiva e judiciaria*, é conhecida desde Aristoteles. Mas este philosopho não pretendeu assentar sobre a distincção de funcções publicas a organização do Estado.

« Foi Montesquieu quem deu curso á *theoria da divisão dos poderes publicos*. Tomando por modelo a constituição ingleza e inspirando-se no tratado de Locke denominado — *On civil government* — elle na sua obra monumental — *Esprit des Loïs* (1748) assignalou a separação e independencia dos poderes publicos como *condição essencial de um governo livre*.

« As doutrinas de Montesquieu exerceram a maior influencia sobre a Europa e a America na ultima metade do seculo passado e a *trias politica* tornou-se um dogma fundamental nas organizações livres.

« Foi ao clarão da nova doutrina politica que se organizaram as constituições dos Estados Unidos [1787] e da França (1791), assim como outras, que se seguiram : Brazil (1823), Portugal [1826], Belgica (1831), Chile (1833), Toscana, Piemonte [1848] etc., etc.

« Justificando a sua doutrina diz Montesquieu :

« Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo o *Poder Legislativo se acha reunido ao Poder Executivo, não ha liberdade*, porque póde-se receiar que o mesmo monarcha ou o mesmo senado *faça leis tyrannicas para executar-as tyrannicamente*.

« *Não ha liberdade*, si o poder de julgar *não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo*. Si o poder de julgar estiver reunido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrario, pois o juiz será legislador. Si estiver reunido ao Executivo, o juiz pode ter a força de um oppressor. Por consequencia, para que não se possa abusar do poder, é necessario que o poder detenha o poder (*Esprit des Loïs*, liv. 11, cap. 6). »

« Conheço, Sr. Presidente, a critica a que deu lugar a

doutrina de Montesquieu, assim como a *existencia de outros poderes* que Benjamin Constant e outros accrescentaram e que Bentham enumerou.

« Sei mesmo que a theoria não tem base scientifica, porque funda-se, como diz L. V. Steim, sobre o phenomeno da funcção e não sobre a natureza da entidade do Estado.

« Mas essas questões não entram no plano de meu estudo.

« Quiz assignalar a origem historica do principio da divisão de poderes. Passo a examinal-o sob o ponto de vista moderno.

« A organização do poder publico é o systema dos órgãos de cada Estado. O principio da divisão do trabalho, desde muito conhecido e seguido em materia de organização industrial, *tem tambem applicação em materia de organização politica*. Funcções differentes por sua natureza, como são as tres categorias das funcções fundamentais do Estado, tendem a separar-se externamente, isto é, a dividir-se de um modo systematico por órgãos diversos e diversamente constituidos.

« A divisão de poderes, assim entendida, não obedece, comprehende-se, a uma rigorosa precisão. Não é possivel determinar com exactidão onde uma funcção acaba e outra começa.

« A vida real do Estado, observa Jellinek, não póde ser completamente dominada por categorias abstractas. Mas a divisão, ou antes a *coordenação dos poderes* existe e não pode deixar de existir. (Apoiados).

« Os órgãos da soberania do estado, diz Gareis, em regra são meros appparelhos ligados mecanicamente á comunidade, mas com ella *crescem e com ella estão*, além da connexão juridica, em *uma connexão organica*, que obra instinctivamente, e que tira a sua força de outros attributos do ser humano, que não o do direito. »

« Bluntschli, na *Theoria do Estado*, de que tenho aqui á mão a edição franceza de 1891, diz, a proposito do principio moderno da divisão de poderes :

« L'idée qu'une *division subjective des organes* doit cor-

responder à la *distinction* objective des *fonctions* appartient aux formes modernes. Montesquieu, qui en a été l'heureux prometteur la proclame au nom de la liberté et de la sécurité des citoyens. Un pouvoir excessive réuni dans une même main met sans doute la liberté personnelle en danger; la division des pouvoirs pose des bornes réciproques.

Neanmoins, Montesquieu se trompe en faisant de la plus grande protection de la liberté civile la raison déterminante de la division qu'il réclame. Le fondement de celle-ci est plutôt une raison *d'organisme* que de politique: — chaque organe, créé en vue d'une fonction spéciale, la seule qu'il ait à exercer, sera naturellement plus parfait en lui-même et dans son action. L'homme d'E'tat imite ici l'art admirable de la nature; l'œil est fait pour voir, l'oreille pour entendre, la bouche pour parler, la main pour saisir et pour agir. Le corps de l'E'tat doit présenter un organisme semblable. Depuis Montesquieu l'on distingue ordinairement: 1) le pouvoir législatif; 2) le pouvoir exécutif; 3) le pouvoir judiciaire. Les théoriciens anglais ont adopté cette division, et toute une série de constitutions modernes, précédées par l'exemple des E'tats-Unis d'Amerique, l'ont sanctionnée. » (1)

« Conhece a Camara a theoria alemã da classificação dos órgãos do Estado. Prescindo de expô-l-a, pela necessidade que teria de critical-a.

« Lembrarei, porém, palavras de Holtzendorff, que confrontando as constituições dos Estados da Europa, encontrou n'ellas tres typos parlamentares:

—« O parlamento, diz elle, ora está acima, ora ao lado, ora abaixo do chefe do Estado. » A Inglaterra apresenta o primeiro typo. O parlamento constituiu-se centro da direcção politica do Estado. O monarcha não é mais do que um presidente hereditario, a quem compete exercer uma certa influencia correctiva sobre os ministros

(1) Cap. VII, pag. 461.

depositarios da confiança da maioria da camara dos Communs. O segundo systema prevalece na França e nos paizes, cujas constituições se filiam á escola de Montesquieu e se basêam sobre a divisão dos poderes: a assembléa legislativa é considerada como um poder separado e da mesma categoria o poder executivo. O terceiro systema generalizou-se nos Estados da Allemanha e da Austria, onde o poder de legislar *pertence á corôa*, mas não pôde ser exercido sem o concurso do parlamento. (Holtzendorff, *Das deutsche Verfassungsrecht*, § 43).

« Parece-me escusado dizer á Camara que a nossa Constituição, inspirando-se na dos Estados Unidos do Norte, pertence ao segundo systema. (Apartes).

« Mas deixando de parte essa questão de parlamentos autonomos e não autonomos, cumpre proseguir no exame do principio da divisão de poderes.

« Não ha duvida, Sr. Presidente, que assignalam grandes defeitos á doutrina de Montesquieu. Mas a verdade é que esses defeitos são mais apparentes do que reaes. A necessidade de coordenar os órgãos para que o Estado tenha uma organização vital, o eminente publicista a reconheceu.

« Mas, ainda admittindo como erroneas as doutrinas de Montesquieu, prevalece o principio—que invoquei—de que a distribuição organica das funcções legislativas, executivas e judiciarias é condição de um regimen de legalidade e a mais preciosa garantia dos direitos dos cidadãos. (Apoiados)

« Vem a proposito, pois, perguntar :

Quaes são os caracteres pelos quaes o moderno Estado constitucional se distingue de todos os outros ?

« A esse respeito tenho á vista uma observação que peço licença para ler á Camara :

« Não encontramos esses caracteres, diz um notavel professor de direito, na fórmula monarchica ou republicana, a qual pode servir de base a uma subdistincção, mas não obsta que os Estados civilizados da Europa e da America tenham instituições communs e prosigam os mesmos fins. Sobeste ponto de vista não ha distincção es-

pecial a fazer entre as Republicas representativas [França, Suissa, Estados Unidos] e as monarchias constitucionaes (Inglaterra, Belgica e Brazil de 1823).

Todos são estados *culturaes* como os denomina Grumplowicz: vivifica-os o mesmo espirito, dominam a todos as mesmas tendencias e aspirações. O que assignala o moderno Estado é um conjuncto de caracteres, que sómente n'elle vemos reunidos e que, como Grumplowicz, podemos reduzir a tres:

a) governo segundo leis, isto é, soberania da lei sobre pessoas e não de pessoas sobre pessoas;

b) preponderancia das classes médias e por consequencia regimen parlamentar;

c) Desenvolvimento da cultura humana em todas as suas direcções.

Mohl assignala o moderno Estado constitucional por um dos seus caracteres reaes, quando o designa sob a denominação de *Estado juridico*.

A substituição do regimen do arbitrio pelo da legalidade é o pensamento, que domina todo o systema desses Estados.

Mas um governo *segundo leis não é possível sem a distincção organica das funções legislativas, administrativas e judicarias*.

Quando o chefe do Estado *legisla por si só e ao mesmo tempo administra*, não pode haver materialmente *distincção entre a lei e a ordenança ou decreto executivo: na pratica será sempre verdadeiro o brocardo do cesarismo romano QUOD PRINCIPI PLACUIT LEGIS HABET VIGOREM*.

Haverá então imperio de pessoas sobre pessoas, não da lei sobre pessoas.

Somente quando o chefe do Estado não pode legislar sem o concurso de um outro factor independente que é o parlamento, ha juridicamente uma vontade suprema expressa pela lei, contra a qual a vontade dos órgãos da administração não tem, nem pode reclamar efficacia.

A legalidade da administração é uma consequencia logica da existencia da lei, como o producto de uma actividade distincta da administração.

A mesma ordem de idéas obriga a *separar* a administração da *justiça*, visto como o preenchimento das funções judiciais por tribunaes ordinarios e *independentes* é a *suprema garantia da inviolabilidade do direito*.

A *divisão organica de taes funções*, consoante com o principio da divisão do trabalho, *é assim um corollario do principio fundamental da soberania da lei sobre pessoas*, e por isso ficou sendo o *ponto de partida* dos Estados modernos. » (2)

Joseph Story, um dos mais conceituados commentadores da Constituição Americana, tratando da importancia do estabelecimento de um departamento judicial no governo da Nação, escreve:

«...E todo o governo em que tal departamento não existir com poderes co-extensivos com os do departamento legislativo, é, em sua essencia, *nada seguro e nada proprio de um povo livre*.

« Onde não existir um departamento judicial para interpretar, pronunciar, dar execução ás leis, decidir contraversias e assegurar direitos, o governo tende a perecer ao peso da propria imbecilidade ou os outros departamentos do governo *usurparão poderes* no intuito de forçar a obediencia, *em detrimento da liberdade*.

« A vontade dos que governam ficará em taes circunstancias *absoluta e despotica* e tanto monta que o poder esteja entregue a *um só tyranno*, como a uma assembléa de tyrannos. Conceito nenhum está melhor fundado na experiencia humana do que o seguinte de Montesquieu: *«não ha liberdade si o poder judicial não estiver separado dos poderes legislativo e executivo»*.

« E não é menos verdade que a segurança individual e de propriedade particular repousa inteiramente na sabedoria, estabilidade e integridade dos tribunaes de justiça. Si com razão é chamado *despotico e intoleravel o governo*

(2) Congresso Nacional, Annaes da Camara dos Deputados, 1894 vol. 5.º, App., pag. 10 a 12,

em que a lei é vaga e incerta, AINDA MAIS OPPRESSOR E MALEFICO FAR-SE-A' toda a vez que a administração effectiva estiver dependente do capricho ou favor, da vontade dos que LEGISLAM ou da influencia da popularidade.

« Em todo o governo bem organizado, portanto, com referencia á segurança tanto dos direitos publicos, como particulares, *é indispensavel que haja um departamento judicial para conhecer e decidir dos direitos, punir crimes, administrar justiça e proteger o innocente contr a offensa e a usurpação.* »

« ... And every government must, in its essence, be unsafe and unfit for a free people where such a department does not exist with powers co-extensive with those of the legislative department. Where there is no judicial department to interpret, pronounce, and execute the law, to decide controversies, and to enforce rights, the government must either perish by its own imbecility, or the other departments of government must usurp powers, for the purpose of commanding obedience, to the destruction of liberty. The will of those who govern will become, under such circumstances, absolute and despotic ; and it is wholly immaterial, whether power is vested in a single tyrant or in an assembly of tyrants. No remark is better founded in human experience than that of Montesquieu. «there is no liberty, if the judiciary power be no separated from the legislative and executive powers.» And it is no less true, that personal security and private property rest entirely upon the wisdom, the stability, and the integrity of justice. If that government can be truly said to be despotic and intolerable in which the law is vague and uncertain, it cannot but be rendered still more oppressive and more mischievous, when the actual administration of justice is dependent upon caprice, or favor, upon the will of rulers, or the influence of popularity.

In every wellorganized government, therefore, with reference tho the security both of public rights and private rights, it is indispensable that there should be a judicial department to ascertain and decide rights, to punish cri-

mes, to administer justice, and to protect the innocent from injury and usurpation. (3)

Accrescenta ainda Story, depois de accentuar que o poder judicial é tão importante no governo nacional como no do Estado, o seguinte :

« O poder que não dispõe de meios adequados á execução assemelha-se a um corpo cuja vida ficasse suspensa. Para os effeitos praticos é como si suas faculdades estivessem extinctas » :— « Power, without adequate means to enforce it, is like a body in a state of suspended animation. For all practical purposes, it is as if its faculties were extinguished. »

O eminente Sr. Lastarria, no capítulo da sua obra—*Licções de Política Positiva* (4)—consagrado ao *departamento judiciario*, diz isto : « Ao tratarmos d'este poder, mui facil é a tarefa que nos impozemos de construir a sciencia politica positiva com o accordo das opiniões dos sabios fundados na observação experimental. O accordo acerca dos principios philosophicos neste assumpto é universal, e positivas as bases da indução e da deducção logica, que os comprovam.

Partem os publicistas do principio de que o poder judiciario *deve organizar-se de modo que cumpra os fins de suas instituição*, possuindo a um tempo as faculdades e meios de *conter a usurpação e de dar força á execução de suas decisões*. D'este fundamento procedem os seguintes principios :

Que o departamento judiciario exerce uma funcção de poder politico do Estado *distincta* da funcção legislativa e executiva, de modo que se deve constituir *como verdadeiro poder politico* por delegação nacional e com inteira *independência d'aquellas outras funcções* ;

Que as attribuições do poder judiciario sejam adequadas ao objectivo capital de sua funcção ;

(3) Comment., obr. cit. § 1575, pag. 392 a 393.

(4) J. V. Lastarria, *Licç. de Polit. Positiva*, trad. portug. de Salvador de Mendonça 1893, pag. 379 e seguintes.

Que a competencia do poder judiciario do Estado deve ser universal para se pronunciar sobre toda a especie de negocios e a *respeito de todas as pessoas*, sem privilegios, nem fóros especiaes. » (5)

II

Foi sob a influencia d'esses principios, indubitavelmente victoriosos na sciencia politica, que o Congresso Constituinte de 1890 adoptou as disposições constantes dos arts. 15 e 63 da Constituição da Republica. E os Congressos Constituintes dos Estados, em sua quasi totalidade, acceitaram a doutrina e se submetteram á limitação creada pela lei basica da Federação á sua função organisadôra dos poderes politicos. De todas as Constituições que consultámos, novas e antigas, apenas duas deixaram de consignar disposições identicas ás do art. 15 da Constituição Federal: a do Rio Grande do Sul (14 de Julho de 1891) e a nova do Espirito-Santo (7 de Abril de 1892). A do Rio Grande do Sul estatúe: Art. 5.º O apparelho governativo tem por órgãos a presidencia do Estado, a Assembléa dos Representantes e a Magistratura, que funcionarão harmonicamente, sem prejuizo da independencia que entre si devem guardar na orbita de sua competencia, definida nesta Constituição. São quasi os mesmos os termos da Constituição do Espirito Santo.

E', pois, indubitavel que os Estados Brasileiros, em sua quasi totalidade, adoptaram a organização politica determinada pela Constituição da Republica e assente nos mais fundados principios da moderna sciencia politica.

Comprehenderam quasi todos que a divisão de poderes, que Blackstone e Montesquieu elevaram á altura de uma doutrina philosophica, tem por fim evitar a concentração da força, causa do despotismo; ou verdade ainda mais digna de ser repetida, que... *«Selon les expressions memes de la Déclaration formulée par la*

(5) Lastarria, Secç. de Polit. Posit., pags. 241.

Constituante de 1789, «toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.» (6)

Mas, sendo assim, cumpre perguntar, enfrentando o assumpto das theses :—é harmonisavel com o principio—dogma da divisão e independencia dos poderes a attribuição conferida ao executivo de suspender magistrados?—A resposta só pode ser uma e absolutamente negativa.

III

A independenciado poder judiciario vis-à-vis dos outros poderes, resulta, além d'outras, de duas condições : 1.^a perfeita limitação da sua esphera de acção, para evitar que a questão de limites dê motivo a invasões : 2.^a independencia pessoal dos individuos que são órgãos das suas funções e sob este ponto de vista a questão pode-se reduzir a este enunciado : a independencia do poder judiciario é a independencia do magistrado.

A este respeito devemos invocar, antes de quaesquer outras a autorisada opinião de um magistrado brasileiro, honra da toga, o Sr. Conselheiro Aquino e Castro. Diz elle : « O poder judiciario é a mesma lei em acção ; sua natureza e seus fins assáz o recommendam como sendo o poder constitucional, que mais directa e efficaçmente inflúe sobre a ordem publica e destinos da sociedade.

Compete-lhe exercer a sua poderosa e benefica influencia, intervindo com o prestigio da força e da autoridade nas occasiões de luctas entre as oppostas paixões e desconcontrados interesses que por toda a parte se chocam com grave detrimento da prosperidade geral. E tanto mais efficaç é essa influencia, quanto se faz ella sentir não só no julgamento das contestações individuaes, como até na repressão de abusos de outra ordem, igualmente infensos ao bom ser social. Si aos criminosos desman-

(6) Affonse Bard et Paul Robiquet, *La Constitution Française*, 1878, Introd.

dos dos particulares se vêm juntar as usurpações de um poder tyrannico e violento, ou se os actos de uma administração desregrada vão affectar os direitos dos cidadãos, é ainda o poder judiciario quem oppõe barreira á essa nova serie de males e attentados. Em toda a sua magestade então se ostenta o ministro da lei que só com ella sabe fazer prevalecer o direito sobre os arrojadados intentos da prepotencia.

« Estejam, pois, viciadas muito embora as demais instituições do paiz; envide o despotismo seus esforços para abafar a voz da opinião e conter o rapido desenvolvimento das idéas; tente em vão refrear os generosos impulsos da liberdade; gastas e deslocadas as molas da organização, politica estremeça mesmo em suas bazes a grande machina social, e tudo ainda não estará perdido, se permanecer em seu posto firme e inabalavel a magistratura do paiz. Mas por isso mesmo que o poder judiciario é a mesma lei em acção; precisa de ser independente para attingir os fins, a que se propõe. Tirai a independencia ao poder judiciario, diz um publicista nosso, e vós lhe tirareis sua grandeza, sua força moral, sua dignidade; não tereis magistrados, sim *commissarios, instrumentos ou escravos de um outro poder*. E a *effectiva* independencia do poder judiciario consiste sobretudo na *independencia pessoal dos magistrados*. » [7]

Escrevem a proposito os commentadores da Constituição Franceza de 1875: « Certes, nous n'avons pas le dessein de soutenir que la nomination des juges par le chef de l'Etat porte nécessairement atteinte á l'indépendance de leurs décisions. Toutefois, il ne faudrait pas remonter très-haut dans notre histoire pour trouver des circonstances ou la magistrature a été mise en demeure de prêter son concours á un parti politique. *Il est toujours mauvais de placer un magistrat dans la cruelle alternative ou de*

sacrifier sa carrière, ou de manquer à cette impartialité qui est le premier de ses devoirs professionnels. (8)

« A permanencia, como garantia da independência judiciária, ainda que imitada da pratica ingleza e de outras monarchias européas, escreve o Sr. Lastarria, foi considerada como mais necessaria na Republica. Story observa, como Kent, que as leis são frequentemente objecto de aversão e de odio, e até de resistencia popular, por mais beneficas e necessarias que sejam; e que nada é mais facil nas Republicas do que agitaremos demagogos, com astutos pretextos, combinações contraoexercício regular da autoridade, dirigindo-se contra o poder judiciario, como *ponto mais fraco da Constituição*, por ser elle quem os contem pela firmeza e rectidão de suas decisões. Claro está, que em taes circumstancias, si não fôr permanente o cargo dos juizes, estes se tornarão odiosos, não por causa de seu máo proceder, mas exactamente por *se recusarem a proceder mal*; e ficam então collocados na contingencia de cederem o lugar a outros, que possam ser mais doces instrumentos da demagogia.

« Nos governos livres, onde a maioria obtem o poder temporareamente, suppondo-se que representa a vontade do povo, *é muito mais importante a independencia judiciaria*, para garantir os direitos dos cidadãos desde que é uma barreira opposta á oppressão de uma facção dominante, armada momentaneamente do poder e abusando da influencia adquirida.

« Demais, aquella independencia é necessaria para premunir o povo das *usurpações do executivo* e do legislativo; porquanto si os juizes *dependerem de qualquer d'elles*, não só por nomeação *temporarea*, como tambem em sua *remoção e promoção*, *obedecerão* em todo o tempo *à vontade do poder dominante*, *buscar-lhe-ão a approvação para conservar o cargo*, *resolverão como parecer melhor ás opiniões do dia*, esquecendo que os preceitos do direito se

(8) Afonse Bard et Paul Robiquet, *Droit Constitutionnel Comparé*, 1878, pag. 348.

fundam em bases eternas; e d'est'arte a maxima fundamental da Republica—*ser o governo das leis e não dos homens*—será tacitamente falseada ou francamente preterida. » (9)

Mas, si é condição essencial da independencia do poder judiciario a independencia do juiz, libertando-o tanto quanto possivel da influencia do executivo, cuja intervenção na administração da justiça é, no dizer de Tocqueville, sempre fatal [10]; si tal independencia não pode existir, desde que a nomeação, *conservação e promoção* dos juizes dependem do executivo ou do legislativo [11], porque, como diz Guizot, *entre a politica e a justiça* qualquer intelligencia é damnosa, qualquer contacto pestilencial;—si assim como a unidade organica exige que o homem individualmente tenha posições diversas realisadas por meio de órgãos diversos e a ellas apropriados, com maior razão o organismo muito mais complexo do Estado deve ter órgãos diversos para suas diversas funções (12);—si a discriminação de cada uma das funções que constituem o mecanismo pelo qual se move o corpo social é uma condição indispensavel para a regularidade do jogo das distribuições [13];—si a confusão dos poderes é fatal á liberdade;—porque acarreta o injusto e violento sacrificio de alguns dos grandes interesses da sociedade [14]; como admittir, que o executivo possa intervir na vida do poder judiciario, armado do direito de suspensão dos magistrados?

IV

Allude-se no estudo da these á *questão historica* e objecta-se: a Monarchia instituiu a suspensão dos magistra-

(9) Liec. de Politica Positiva, pag. 383—384.

(10) *L'Ancien Regime et la Revolution* pag. 81.

(11) Lastarria obr. cit. pag. 383.

(12) Luigi Palma, Corso di Diritto Costituzionale, part. 1.^a, cap. VI, ns. 8 e seguintes.

(13) J. Pazy, *Cours de legislation Constitutionnelle*, douzième séance.

(14) Ed. Laboulaye, *Révision de la Constitution*, cap. IV.

dos e os publicistas do Imperio nunca invocaram contra o facto a doutrina, que agora se apresenta.

Não ha duvida; mas o argumento não tem a menor procedencia. E é facil demonstral-o.

Havia, realmente, sob o imperio o direito de suspender magistrados, sendo estes ouvidos depois de consultado o Conselho de Estado. Mas esta funcção, conforme a Constituição de 1823, art. 101 § 7.º e art. 154, era exercida no Brazil, como em Portugal (Constituição, art. 121) e na Hespanha [Constituição, art. 69, Acto—Adicional, art. 12] pelo Poder Moderador, chave de toda a organização politica, delegádo privativamente ao Imperador para, como chefe da Nação, velar sobre a manutenção da independencia, equilibrio e harmonia dos mais Poderes Politicos (Constituição, art. 98). Ora, não se podendo confundir o Poder Moderador, producto da theoria constitucional de Benjamin Constant, com o Poder Executivo, de que trata o art. 15 da Constituição da Republica, é claro que nenhum valor tem a objecção. O proprio Conselheiro Aquino e Castro, que defende a prerogativa magestática, escreve:—«Mais incertas seriam ainda as garantias da recta distribuição da justiça si o Executivo, poder activo e forte pela força de que dispõe, e pela parte immediata que toma na administração geral do paiz, *podesse intervir no judiciario*. Si lhe fôsse dada por lei essa intervenção (de suspender magistrados), teria desaparecido a separação ou independencia dos poderes politicos para dar lugar ao *abastardamento* e confusão do regimen constitucional.» (15)

E basta considerar a differença fundamental do regimen e a natureza das funcções do poder judiciario na Republica para comprehender que não aproveita á solução do problema o exemplo da Monarchia. Sob o imperio havia um poder superior aos outros poderes, encarregado de velar incessantemente sobre a manutenção da independencia, equilibrio e harmonia dos demais (Const., art. 98);

(15) Pratica das Corr., pag. 31.

na Republica todos os poderes são iguaes [Const., art. 15], sendo erronea e condemnavel a pratica de dar ao executivo superioridade sobre os outros departamentos. (16) No imperio o guarda por excellencia da Constituição e das leis era o Poder Moderador. Na Republica essa função suprema cabe ao Poder Judiciario. A America, diz um publicista europeu, deu nisto um passo gigantesco : creou um poder judiciario independente e collocou entre as leis do Congresso e a Constituição o Poder Judiciario. «Exproba-se aos francezes, diz Laboulaye, o habito de cortar todas as questões pelo tumulto ; mas assim succede, porque não temos confiança na justiça politica. Demasiado sabemos que nas trinta ou quarenta mil leis que contem o Boletim haverá sempre arma contra nós. Na Inglaterra, como na America, tudo se reduz a litigio ; nesses paizes diz-se : temos juizes, vamos apurar a questão. Nós, infelizmente, carecemos de semelhante paciencia civica. Assim, em 1848, a questão de saber si dar banquetes era ou não um direito, devera ter terminado por um processo, como aconteceria na America ; mas achámos melhor resolvel-a com uma revolução. E' mais caro que um pleito, pois afinal quem paga as custas é... a liberdade!»

Pelo que tóca á natureza das funções, ha ainda um argumento decisivo em apoio da doutrina da independencia dos poderes. E' este :—em quasi todos os Estados os presidentes ou governadores têm de ser julgados pelos representantes do poder judiciario isoladamente ou por estes e os representantes do poder legislativo. Mas, si fôr permittido ao presidente ou governador suspender magistrados, isto é, compôr á sua feição o tribunal que o tiver de julgar, o que ficará sendo a responsabilidade penal? Como conter o executivo em seus excessos e usurpações?

A diversidade de condições não permite o estudo do assumpto á luz dos preceitos da legislação Norte-americana-

na. Na America a Constituição, limitando os poderes federaes, deixou aos Estados a maior liberdade na organização de seus governos. *Federalist*, n. 31, *Story*, pag. 711; *Kent's commentaries*, vol. I, pag. 364. O estatuto Federal não consignou ali o preceito do nosso art. 63. A unica limitação imposta aos Estados, diz Laboulaye, é não poderem constituir senão governos republicanos. Lastarria, obr. cit., pag. 385. Mas, não obstante ser assim, e a despeito da existencia de magistraturas temporarias e não temporarias, o representante do poder executivo não foi armado do formidavel recurso de suspender magistrados.

Pode ser consultada, além d'outras, a Constituição do importante Estado de New-York.

Em conclusão, e para não alongar demasiado este trabalho, traçado ao correr da penna, cumpre consignar aqui palavras de Laboulaye, que devem ter sempre presentes todos os politicos, que amam a patria. — «Podeis dar ao povo papel activo, podeis crear-lhe occupaões constantes no governo, mas não julgueis que com isso lhe daes liberdade. Submettel-o-eis a certo numero de agitadores que exploram as paixões populares, creareis politicos de profissão, gente cujo negocio consiste em governar para caçar empregos. *A liberdade é cousa diversa, é o reinado da lei*, da lei feita para o povo e pelo povo, e judiciosamente feita. Em que se oppõe a isso a immobibilidade dos juizes? Si esta tem de produzir a melhor justiça possivel, como poderia existir uma soberania que se oppozesse á melhor justiça possivel? Que direito haverá capaz de impedir que um povo tenha a justiça mais desejavel? Não ha nisto questão alguma de principios, salvo si se quizer confundir, como no anno de 1793, o poder do povo com a liberdade. O poder do povo não é mais que o imperio da maioria (nas decizões parlamentares); não o da liberdade: o d'esta consiste no reinado da lei judiciosamente sancionada, sabiamente applicada: a necessidade de manter semelhante beneficio foi o que creou a inamovibilidade da magistratura.» (17)

(17) Cours de Leg. Comp., lec. XXII, Lastarria, obr. cit., pag. 385.

Ao concluir submetto á sabedoria da Academia a seguinte conclusão :

—Organisado o Estado nos termos do art. 63, combinado com o art. 15 da Constituição Federal, não póde o respectivo presidente ou governador ser investido da attribuição de suspender magistrados.—

Sala das Sessões da Academia, 18 de Junho de 1895.

JUSTINIANO DE SERPA.

A minha incompetencia em assumptos que se prendem á philosophia do direito, tira ao meu voto divergente todo o prestigio, de que careceria para ser opposto a opiniões, que pairam tão alto nas regiões da sciencia. São timidas objecções as que opponho á conclusão do parecer, praticas por demais, porém não menos attendiveis que a doutrina professada pelos preopinantes, desde que são inatingiveis todas as verdades absolutas.

Da combinação do art. 15 da Constituição Federal, creando os tres órgãos da soberania nacional, harmonicos e independentes, com o art. 63, que obriga os Estados a respeitarem os principios n'ella consagrados, se deduz perfeitamente á commissão a independencia do poder judiciario em cada um d'elles.

Apurando, porém, essa independencia, nos parece que chegou mal aos extremos da inamovibilidade dos juizes, principalmente á negação formal de que o poder executivo possa suspendel'-os.

A independencia de poderes, reduzida á medida rigorosa que se lhes traça, é um equivoco como observa Bentham.

O que vem a ser o despotismo senão uma independencia absoluta ?...

O despota não passa de um homem revestido de autoridade, independente inteiramente de todas as outras... de um homem, do qual todas as outras dependam. É o desprendimento, assim, de um dos órgãos da soberania nacional affectaria a solidariedade dos mandatarios da

nação, trazendo quebrado um dos élos que prendem todos os poderes, para produzirem a consubstanciação da força e direitos—que symbolisa a soberania nacional.

E nunca a suspensão de um juiz affectaria a independência do poder judiciario—fôsse decretada pelo poder executivo, ou por ventura pelo legislativo. O facto attingiria a individuos, sem attingir nem ao poder judicial, nem mesmo a ordem dos magistrados; por isto que, como é corrente e das usanças do paiz, prevaleceria sempre esse poder para julgar, não fazendo o executivo mais, do que exercer a attribuição de iniciar um procedimento criminal entre os proprios pares do juiz suspenso.

Imagine-se uma ordem judiciaria, em que os chefes da União e dos Estados não tivessem a faculdade de suspender juizes, e teriamos aquelles privados da eminente funcção de prover a punição e repressão dos crimes, provocando a instrucção da culpa á delinquentes que fôsem juizes!...

Na these discutida, a suspensão foi considerada uma pena, o que não é verdadeiramente.

Ella não passa de um acto, pelo qual o poder executivo declara um funcionario sujeito á acção dos tribunaes, seja juiz ou seja de outra qualquer ordem.

Importa por ventura a interdicção do juiz a suspensão ou suppressão de funcções do poder judiciario?... Affecta a sua permanência, subtrae mesmo o individuo á acção d'elle?...

O elasterio figurado para independencia do poder judiciario importa um córte, não sómente nas faculdades conferidas ao poder executivo, mas a annullação do proprio chefe dos tres poderes—o presidente da União—o preposto da nação, cujo objecto e fim, na cupula do edificio social, é fazer observar as leis.

A eliminação do poder moderador no Brazil não trouxe a abrogação inteira das funcções que elle exercia; não fez do chefe da nação «o porco com alguns milhões para a céva», que Bonaparte lembrava ao abbade Siéys; e, parallelamente, os chefes dos Estados federados.

Aquelle e estes continuám chefes dos tres poderes, quo

respeitam, mas presidem, como suprêmos magistrados por delegação da nação e dos povos federados.

Penso assim, sem ferir theorias do governo livre, e me atendo ás verdades palpaveis que preexistem á nossa lei constitucional, e tiveram n'ella a sua consagração.

Si nossas idéas, por esse simples traço de união dos dous poderes, soffrerem a pécha de cesarismo, por indevida susceptibilidade de ordem ou de classe, que desconjuncta e desharmonisa em favôr de uma exagerada independencia, dirêmos que há sempre perigo nos extrêmos.

Antigas republicas italianas, sob um governo quasi puramente judiciario, fizeram esquecer todo o despotismo dos chefes de Estado contemporaneos—príncipes e conjunctamente juizes.

Na interpretação peor do nosso direito publico, suspender para fazer punir, não é privar do cargo, nem siquer das vantagens d'elle; e toda aberração no sentido figurado seria preferivel a Estados no Estado, pelo exagero de uma independencia que tocaria á méta de uma soberania, que não tem em absoluto o povo mesmo, quando prefere, ao seo livre arbitrio, o bem estar e a segurança que lhe garantem as leis.

Em vista do exposto —vôto contra o parecer.

Fortaleza, 25 de Junho de 1895.

HENRIQUE THÉBERGE.

