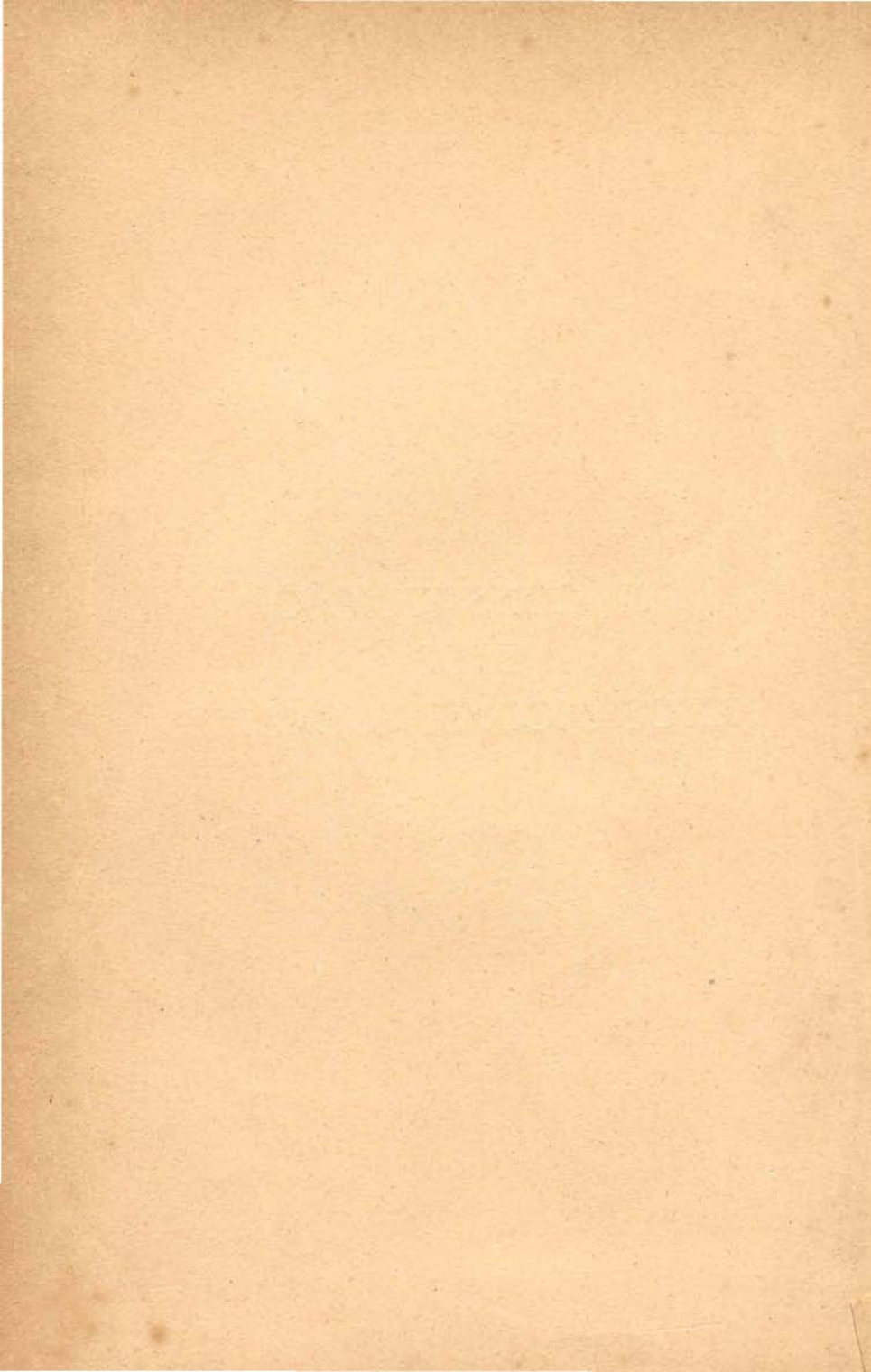


6-1-29

A CONSTITUIÇÃO  
E OS  
ACTOS INCONSTITUCIONAES





RUY BARBOSA

A CONSTITUIÇÃO  
E  
OS ACTOS INCONSTITUCIONAES  
DO CONGRESSO E DO EXECUTIVO  
ANTE  
A JUSTIÇA FEDERAL

2.<sup>a</sup> EDIÇÃO



**atlantida**

ATLANTIDA EDITORA  
RUA SENADOR DANTAS, 48  
— RIO —



✓  
341.2  
B238  
CAI  
2-ED.

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL

Este volume acha-se registrado

sob número 1655

de ano de 1946

ACÇÕES CIVIS  
DOS  
REFORMADOS E DEMITTIDOS  
PELOS  
Decretos de 7 e 12 de Abril de 1892





## RAZÕES FINAES

### EM PRIMEIRA INSTANCIA

Nas acções de reparação civil, que, em obediencia a um alto dever, absolutamente desinteressado, iniciei, perante a justiça federal, em nome dos brasileiros prejudicados pelos actos arbitrarios de abril de 1892, os principios, que hão de reger a solução do litigio, são, no substancial, os mesmos, através das variações accessorias, que agrupam os meus constituintes em series differentes.

Uns são militares.

Outros, paisanos.

Dos militares, uns pertencem ao exercito de terra; outros, ao de mar; o que, em pontos secundarios, os subordina a disposições legislativas tanto ou quanto diversas.

Os militares, como taes, perderam sómente a effectividade dos postos, feridos assim, pela reforma forçada, no direito, constitucionalmente perpetuo, á integridade das patentes. Os civis

viram-se esbulhados, em todas as suas vantagens, de cargos, nos quaes a Constituição lhes assegura a vitaliciedade.

Parte delles recebeu o golpe durante o estado de sitio; parte, antes d'elle, sem esse verniz, sequer, de pretexto cohonestativo.

Mas, sob essas diversidades superficiaes, o estôfo da questão é o mesmo em todas as causas, quer as encaremos no que respeita aos fundamentos da acção, quer no que toca ás objecções da defesa.

À acção, em todos esses pleitos, estriba nas mesmas regras constitucionaes que affiançam indistinctamente a estabilidade ás patentes militares, a inamovibilidade ás funcções civis de character vitalicio; argúe de infracção dessas regras organicas da sociedade nacional as resoluções do executivo, fulminadas contra os meus constituintes; firma-se no prejuizo material infligido aos Auctores por essas medidas arbitrarías do governo, para reclamar, contra seus effeitos, a tutela da justiça, apoiando-se na consideração de que esses actos são inconstitucionaes, de que actos inconstitucionaes são actos nullos, de que actos nullos não surtem resultado legal, e de que, para conhecer dessas nullidades, pronunciando-as, a auctoridade competente, no regimen adoptado pela Constituição de 24 de fevereiro, é a dos tribunaes federaes.

Por sua parte, ao revez, a defesa recusa categoricamente aos tribunaes essa competencia, allegando que as reformas decretadas pelo presidente da Republica aos 7 de abril do anno passado se legalizam com a moção parlamentar de janeiro anterior, em cujos termos o poder administrativo ficara auctorizado a empregar as deliberações mais energicas, para assegurar a ordem; que as reformas e demissões vibradas em 12 de abril de 1892 exprimem apenas o uso curial das faculdades extraordinarias conferidas ao executivo pela declaração do estado de sitio; que, sendo essas providencias meios de acção de alta policia politica, representam attribuições "soberanas", absolutas e irreparaveis em seus effeitos, a não ser por deliberação da propria autoridade que as resolveu.

Este systema de raciocinio, especie de orbita cometaria, que foge, alongando-se, a perder de vista, do curso das leis da nossa harmonia constitucional, obriga-me a tomar o assumpto no seu complexo, qual elle se ramifica, atravez de todas as diversificações subalternas, pelas varias acções intentadas, mostrando que a defeza renega o nosso direito politico em suas bases elementares, em seus elementos sagrados. Com este intuito, procurarei evidenciar:

que a inviolabilidade das patentes e dos empregos vitalicios pertence á classe dos direitos

individuaes, consagrados pela Constituição republicana;

que taes direitos não podem ser alterados, senão em virtude de deliberação constituinte;

que, a terem as camaras esse poder, só poderiam delegar-o por acto legislativo, mediante os tramites competentes, que não são os das moções da especie alludida, enxerto espurio nos canones do nosso regimen;

que, não assistindo, porém, ás legislaturas ordinarias a prerogativa de reduzirem, ainda por meio de leis, o estado de direito firmado pelo pacto federal, o voto parlamentar de 21 de janeiro não legaliza os actos espoliativos de 7 de abril;

que o estado de sitio não suspende a Constituição, mas unicamente as garantias limitadas por ella ao definir esse recurso extraordinario de governo, e, não estando entre essas a vitaliciedade das funcções inamoviveis, exorbita de nosso direito constitucional o arbitrio que a violou;

que, consequentemente, a approvação do estado de sitio pelo Congresso deixa a descoberto as demasias desse arbitrio, não assistindo á legislatura a faculdade de attribuir ao executivo competencias, que a Constituição não reconhece a nenhum dos poderes do Estado;

que, por consequencia, a nullidade desses excessos, perante a Constituição, é manifesta e irrecusavel;

que os tribunaes não têm auctoridade, para os *revogar*, mas têm-n'a, indubitavelmente, para *lhes negar execução*, e manter contra elles o direito dos individuos, quando o caso fôr submettido á justiça, em acção regular pelos prejudicados;

que este direito de examinar a constitucionalidade dos actos legislativos, ou administrativos, é a chave de nosso regimen constitucional, seu principio supremo;

em summa, que as acções propostas emanam de um direito superior á força de todos os poderes constituídos, e correspondem a uma obrigação dos tribunaes, rudimentar no regimen americano, que é nosso.

No trabalho desta investigação, os varios casos particulares, tractados cada qual no seu feito, são modalidades, ora ligeiramente díspares, ora identicas, do mesmo abuso, de um attentado multiplo, a que o criterio juridico depara a mesma reparação. Pareceu-me, pois, enfeixar em um só estudo a apreciação geral de todas as especies individuaes, ainda que, num ou noutro tópicó, daquelles em que se estabelece a dissemelhança, o arrosoado commum se desvie das circumstancias peculiares a cada lide. Essa leve irregu-

laridade não tem inconvenientes; mas della, em compensação, resulta a vantagem de monographar-se num só quadro o exame integral da materia, ramificada em tamanho numero de pleitos, simplificando-se dest'arte o objecto da controversia e a tarefa da justiça, que aliás teria de arrastar-se fastidiosamente atravez de repetições infindáveis.

Por outro lado, esta unificação do debate me permite ventilar mais a fundo as questões capitaes, em cujo desenvolvimento me vejo obrigado a entrar na mais larga explanação, attenta, de uma parte, a relevancia excepcional de seu objecto, assim como a sua novidade, agora encarada pela primeira vez no fôro brasileiro, de outra a attitude radical da defesa, impugnando, com uma segurança digna das boas causas, verdades, que, em nosso organismo politico, constituem a substancia de seu tecido elementar.

Não entreveja o honrado procurador da Republica nas minhas palavras, por mais aspera que seja a sua vibração, o menor toque de desconsideração, ou desestima, pela sua pessoa. Está na minha indole a sympathia pelo merecimento; e, quando ao merecimento se associa a mocidade, essa attracção toma naturalmente, em meu espirito, as proporções da indulgencia admirativa. No calor, ou na severidade de minhas apreciações não se enxergue, pois, senão a aversão impessoal

aos erros, a que accidentalmente se liga, neste momento, o nome do joven magistrado, de cuja individualidade abstraio, para poder combater com liberdade os seus paradoxos.

Cada profissão tem suas preoccupações de officio, que muitas vezes podem mais do que a vontade dos que a exercem. Não sei si não seria á exigencia de uma dessas tradições imperiosas, transmittidas, por herança do cargo, na successão do ministerio publico entre nós, que obedeceu insensivelmente o nobre representante da justiça, na composição da theoria constitucional, com que advoga os interesses de sua cliente. Outros exageraram, talvez injustamente, contra o meu oppugnador, o alcance de seu passo, requerendo instrucções e ordens ao ministerio da fazenda, para cumprir os seus deveres nestes processos. Aliás essa diligencia era, pelo menos, ociosa, senão estranhavel. No simile, porém, que, em justificação d'elle, procurou estabelecer entre as suas relações professionaes com a Fazenda e as da advocacia ordinaria com a sua clientela, transluz o preconceito vulgar sobre o papel dessas funcções, trae-se a intelligencia imperfeita de sua verdadeira dignidade legal. O orgam da justiça publica não é um patrono de causas, interprete parcial de conveniencias, coloridas com mais ou menos mestria: é, rigorosamente, a personificação de uma alta magistratura. A lei não o

instituiu solicitador das pretensões contestáveis do erário, de seus interesses injustos: mandou-o, pelo contrario, em todos os feitos, onde servisse. "*dizer do direito*" (1), isto é, trabalhar imparcialmente na elucidação da justiça.

Dessa trilha creio que se desviou, mais do que seria desculpavel, o nobre procurador da Republica na contestação de fl., onde se accentua na intransigencia de suas prevenções a paixão exclusivista do advogado. Sophismas, que o interesse politico, na tribuna tempestuosa dos partidos, soprara desabrido, combatendo pelo poder, e que deixaram no animo do paiz as mais desagradaveis impressões, renascem, desmedidamente avultados, como atravez de um vidro ampliatorio, nas allegações do representante official da justiça. Entre os que mais se assignalaram, com effeito, em ensanchar liberdades ao executivo no uso do estado de sitio, e preconizar a auctoridade absoluta do Congresso no exame da constitucionalidade dessa medida, ninguem tentou roubar á justiça o direito de manter as garantias individuaes contra desmandos administrativos, anteriores ao estado de sitio, ou essencialmente

---

(1) "Compete ao procurador da Republica, na secção:  
"a) promover e exercitar a acção publica, funcionar e dizer de direito em todos os processos criminaes e causas que recaiam sob a acção da justiça federal". (Decr. n. 848, de 11 de out. de 1890, art. 24).



alheios á sua natureza constitucional, ainda que perpetrados no seu decurso; ninguém disse que a sanção *politica* das camaras ao acerto da *politica* do governo na applicação desse instrumento repressivo annulle o direito ás reivindicações *de ordem civil*, em defesa do patrimonio particular, estribadas nas clausulas da carta federal, que elle positivamente elevou acima da acção de todos os poderes.

Felizmente o Supremo Tribunal Federal, em sua sentença de 27 de abril de 1892, proferida no *habeas-corpus* requerido por mim, resalvou as attribuições do poder judicial para depois do juizo politico do Congresso e, até, a interferencia dos tribunaes, para julgarem das imputações irrogadas aos accusados (2); o que *a fortiori* envolve a asserção de sua competencia, na materia civil, para a reintegração de direitos constitucionalmente inviolaveis, cuja perda se traduz em lesão material á propriedade particular. Essa affirmativa peremptoria da suprema justiça nacional, declarando que, depois de funcionarem as camaras, para julgar o procedimento do governo, “de-

---

(2) “Considerando que, *antes do juizo politico do Congresso*, não pode o poder judicial apreciar o uso que fez o presidente da Republica daquella attribuição constitucional...

“Considerando que a cessação do estado de sitio não importa, *ipso facto*, na cessação das medidas tomadas dentro delle, as quaes continuam a subsistir, *emquanto os accusados não forem submettidos, como devem, aos tribunaes competentes...*”

*viam*” funcionar os tribunaes, para julgar os cidadãos por elle accusados, quer dizer que o uso da função politica, ainda que absolutamente regular, não importa nunca a privação definitiva de direitos individuaes. Pronunciada pela representação nacional a absolvição mais plenaria dos decretos de abril, ainda assim, reza o accordão, os individuos sujeitos á acção daquelle acto não poderiam continuar presos, ou desterrados: teriam de comparecer, para se defenderem, perante a justiça, quando não fossem logo soltos pelo poder, que os accusara. Dest’arte firmou-se judicialmente, num aresto memoravel, o principio de que as immunidades individuaes, abrangidas pela Constituição de fevereiro em sua declaração de direitos, não se destroem por actos do poder executivo, ou do legislativo. Ora, a vitaliciedade das patentes e dos cargos inamoviveis tem sua consagração, lado a lado com a da liberdade pessoal, no mesmo capitulo da Constituição republicana.

Esta consideração bastaria, ao que me parece, para assegurar de plano o triumpho a esta causa, e prevenir contra as seducções da imaginação politica o respeitavel organ da justiça. O proprio sol, sôltas as redeas á phantasia das divagações, contavam os antigos que incendiara o mundo. Não se agastará, pois, commigo o nobre procurador da Republica, si eu lhe disser que a

carreira impetuosa de seu talento atravez destes autos me lembrou o episodio ovidiano. Ao encontro de suas doutrinas inauditas nada nos ficou das bases dessa Constituição malaventurada; porque as bases da Constituição republicana consistem na supremacia da lei fundamental sobre todas as leis e sobre todos os poderes, na limitação estricta da auctoridade da legislatura e da auctoridade da administração ás suas fronteiras escriptas, na impenetrabilidade da muralha de garantias, que protegem o individuo com o circulo de sua cinta acastellada de formas solemnes e de tribunaes tutelares, na intervenção reparadora das justiças da União em todos os casos de violencia ao direito constitucional, desça ella de que alturas descer. Todas estas trivialidades constitucionaes, que resumem a essencia do pacto republicano, seriam meramente palavras ôcas, si a argumentação da Fazenda, nestes autos, fosse defensavel. Levando as suas negações até os aliterces do nosso direito constitucional, o procurador da Republica obriga-me a levar até o chão raso, isto é, até os elementos mais elementares, a refutação dessa phantasia juridica. A evidencia carece reduzida agora a demonstração. Os axiomas invocam o concurso da analyse, que deveria presuppôl-os. Em taes condições, não me pode caber a responsabilidade da dilatação, que este arrazoado vai soffrer.

Nesta excursão pelas novidades de um regimen inteiramente sem passado entre nós, através dos artificios, com que as conveniencias e os infortunios de uma epocha anormal lhe vão solapando o solo, e cavando-lhe mina a mina o esboroamento, nossa lampada de segurança será o direito americano, suas antecedencias, suas decisões, seus mestres. A Constituição brasileira é filha d'elle, e a propria lei nos poz nas mãos esse foco luminoso, prescrevendo, nos artigos organicos da justiça federal, que "os estatutos dos povos cultos, especialmente os que regem as relações juridicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de *common law* e *equity* serão subsidiarios da jurisprudencia e processo federal." (3)

---

(3) Dec. n. 848, de 11 de out. de 1890, art. 387.

## LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS PODERES

Si actos do executivo demittindo funcionarios indemissiveis, reformando militares irreformaveis, se tornassem validos por auctorização prévia, ou ratificação ulterior do Congresso, assentada estava a regra de que o governo, com o concurso das duas camaras, põe e dispõe dos direitos individuaes. E' a formula mais absoluta da omnipotencia da legislatura, senão da omnipotencia do chefe do estado, servido por uma chancelaria parlamentar.

Tal, entretanto, em seu arcaboço, a theoria constitucional do meu antagonista, a summa, a resultante, o substractum de suas allegações. Bem pode ser que não lhe apraza vel-a sob esta fórmula chã. Mas a culpa não me cabe: é o esqueleto da sua opinião, desataviado.

Essa opinião, porém, assentará no direito brasileiro?

Paizes ha, onde a Constituição não resae das outras leis senão como as cumiadas mais altas de uma serraania entre as eminencias inferiores.

Para esses, a Constituição é o conjuncto dos actos ordinarios do parlamento legislando sobre as necessidades organicas do governo. Este o caso da Inglaterra. N'alguns, diversamente, a Constituição se formúla em um facto historico, em um corpo de principios superiores e fixos, sujeito. porém, á acção erosiva das correntes parlamentares, que podem modifical-o mais ou menos profundamente, sem pontos de resistencia n'outro poder contra essas transformações do direito fundamental. E' a hypothese de varias monarchias europeás. N'outros, emfim, a Constituição fortificou-se entre as suas proprias disposições, estendendo e levantando por toda a sua circumferencia o poder judicial como um dique de rochas, onde não se penetra senão por certas comportas, predispostas para esse effeito e solidamente defendidas contra as monções passageiras da politica, ou da multidão: as reformas constituintes. Esta a situação dos Estados Unidos, a nossa e a de varias republicas americanas.

Na Inglaterra, que é o typo do primeiro genero, outr'ora extensivo á Europa toda, hoje insulado n'aquelle paiz, "o que se appellida estatutos constitucionaes, desde a Magna Carta e o Bill dos Direitos, são puras leis ordinarias, que o parlamento poderia abrogar, quando lhe parecesse, exactamente como revogaria uma lei de viação, ou reduziria o imposto sobre o fumo.

Creou-se o habito de falar na Constituição britannica, como se fosse coisa Concreta e definida. Mas na Inglaterra não ha Constituição, como objecto distincto das outras especies de leis: ha apenas actos legislativos, em parte de arestos e usos correntes, que outros arestos e outros actos legislativos incessantemente vêm modificar”. (4)

Claro está que, neste systema, no qual, em 1830, THIERS e GUIZOT estavam de accôrdo, e que, sob a influencia da propagação ingleza, se corporificou na carta da monarchia de julho, “uma deliberação do parlamento nunca poderia ser inconstitucional, no sentido estreito da palavra.” (5) O poder constituinte, alli, “não se separa do poder constituido”. (6) Depositario do poder popular em sua plenitude, synonymo da propria nação, cuja vontade encarna em si (7), o parlamento aboliria, se quizesse, a igreja, a camara dos lords, a corôa, a si mesmo. (8) No uso dessa auctoridade absoluta, “sem freio, nem

---

(4) BRYCE: *The American Commonwealth*, 1st. ed., pag. 323.

(5) WILLIAM PULEY: L. VI, c. VII. Apud. ROD CALAMANDREI: *Monarchia e republica rappresentat.* (Torino, 1885), pag. 53.

(6) *Hist. du dr. et des instit. de l'Anglet. comparés.* (Paris, 1883), tom. VI, pag. 46.

(7) BRYCE. I, pag. 336.

(8) *Ibid.*, pag. 324.

contraste" (9), sua jurisdição, na phrase classica, é de "tal transcendencia, que não tem raias, quanto á materia, ou quanto a pessoas". (10) "Seus erros de ninguem senão d'elle mesmo podem receber emenda." (11) Só não lhe é dado, na expressão de BLACKSTONE, o "naturalmente impossivel". (12) Sob a sua prerogativa, legislação e soberania são termos conversiveis (*sovereignty and legislature are convertible terms*). (13) Sua vontade "pode mudar a Constituição, como Deus creou a luz." (14)

Essa omnipotencia theorica encontra, todavia, no dominio da realidade, fronteiras efficazes. Os auctores têm-lhe indicado certos limites, averbando como invalidos os actos parlamentares, quando se opponham á moral, ao direito das nações (15), aos principios fundamentaes da *Magna Charta*. Lord COKE (16), juiz supremo do

---

(9) ORLANDO: *Stud. giuridici parlament.* (Bologna, 1886), pag. 24.

(10) ED. COKE, 4, *Inst.* 36.

(11) MAY: *Law of Parliam* (9th ed.), pag. 43.

(12) BLACKSTONE: *Comment.*, introd., § 2.

(13) DE LOLME: *Const. of England*, l. II, c. III, (ed. de 1853), pag. 157: "The legislative power can change the constitution, as God created the light".

(14) FRANQUEVILLE: *Le govern. et le parlem. britann.*, tom. I (Par., 1887), pag. 81-2.

(15) CALAMANDREI, *loc. cit.*

(16) UGO: *Sulle leggi incostituzionali* (1887), pag. 56.



*King's Bench*, sentenceou que o direito consuetudinario limita os actos do parlamento, e ás vezes os priva de validade, quando repugnantes á razão (*common right and reason*). (17) Lord HOBART, outro *chief-justice*, e, com elle, mais tarde, lord HOLT, declararam que os actos do parlamento são irritos, quando contrarios á equidade natural, porque *jura naturæ sunt immutabilia, sunt leges legum*. (18) Mais de uma vez, na historia constitucional de Inglaterra, especialmente durante o seculo dezoito, a humanidade dos tribunaes vingou a honra do paiz, espontando as armas de perseguição legislativa forjadas contra dissidentes e catholicos por parlamentos intolerantes. (19) Não raros exemplos se encontram alli, desde éras antigas, em que os juizes aboliram praticamente certas leis. (20) E, comquanto, ha muito, os tribunaes tenham aberto mão desse arbitrio, até os nossos dias “continua a vigorar como principio cardeal na

---

(17) HEARN: *The Govern. of Engl.*, c. II, pag. 48.  
KENT: *Comment. of American Law* (ed. de 1867), voi. I, pag. 485.

(18) HUGO: *Leggi incostit.*, pags. 194, 195.

(19) GLASSON: *Op. cit.*, vol. III, pags. 195-7, IV, pags. 167, 199, 203, 206. HALLAM: *The const. history of Engl.*, c. I.

(20) LAWRENCE LOWELL: *Essays in government*, 1889, pag. 170.

legislação ingleza a doutrina de que a legislatura é obrigada a acatar os direitos individuaes." (21)

De facto ,pois, em certo sentido, a Inglaterra não deixa de ter a sua Constituição, que determina plagas á soberania do parlamento. Ella está na tradição nacional, que naquelle paiz tem uma realidade viva. "Maximas ha, que o soberano sóe observar, e a que a sociedade no geral adhe-re", diz um dos mais insignes mestres de jurisprudencia, que aquelle paiz tem produzido. (22) "Si as leis, ou os actos do soberano collidem com ellas", continua AUSTIN (23), "esses actos, ou leis, podem se qualificar de *inconstitucionaes*. As leis retroactivas, por exemplo, denominadas *acts of attainder*, poder-se-hiam taxar de *inconstitucionaes* (se bem que no rigor legal o não sejam); porque contradizem uma norma de legislação tradicionalmente observada pelo parlamento e adoptada pela communhão britannica em sua generalidade". (24) O sentimento publico e o costume dos tribunaes revestiram certos direitos de uma inviolabilidade, que os le-

---

(21) GLASSON: *Op. cit.*, vol. III, pag. 195-7, IV, pags. 167, 199, 203, 206. HALLAM: *The const. history of Engl.*, c. I.

(22) LAWRENCE LOWELL: *Essays in government* (1889), pag. 170.

(23) "One of the most eminent professors of jurisprudence, that this country has produced". (*Times*, 12 ag. 1867).

(24) JOHN AUSTIN: *Lectures on jurisprudence*. (Lond., 1885), vol. I, pag. 266.

gisladores não ousariam arrostar. Esse costume não se estabeleceu, de certo, senão com o assenso tacito da legislatura; porque os tribunaes inglezes apenas declaram a lei: não a constituem. (25) Mas, uma vez assimilados á moralidade social, servem de directorio legislativo ao proprio parlamento, "contido pela opinião, que não permitiria votar certas leis, ou se insurgiria, si as votassem:" (26) Daqui o dizer um jurisconsulto inglez, dos que mais e melhor se têm occupado com a organização politica daquelle paiz (27), que "a inculcada omnipotencia do parlamento é quasi uma contradicção nos termos; pois, havendo, na Constituição, elementos estaveis, assim como ha elementos variaveis, obvio é que, si o parlamento puzer a mão na parte estavel, onde se embebem as raizes de sua propria existencia, commetterá imprudencia de suicida."

Não se creia, pois, que a ausencia de uma Constituição formal signifique, na Inglaterra, carencia de vinculos restrictivos á acção dos representantes do povo. Um dos constitucionalis-

---

(25) JOHN STUART MILL: *Dissertations and discussions*. (Lond., 1875), vol. III, pag. 237: "There is law which the legislature has never expressly announced, but which is, with its tacit consent, made by tribunals which are not regularly authorized to enact law, but only to declare it."

(26) FRANQUEVILLE, vol. I, pag. 82.

(27) SHELDON AMOS: *Fifty years of the english Constitution*. (Lond., 1880), c. II, pag. 14.

tas modernos que mais *ex-professo* se têm occupado com o assumpto, e que muito de espaço se demora em mostrar a incompetencia da justiça naquelle paiz como organ de resistencia aos excessos da legislatura, confessa, todavia, que não deixa de haver freios poderosos ao parlamento inglez (*non si deve però ritenere che il parlamento inglese manchi di freni*). (28) “Os grandes principios consagrados pela *common law*”, diz elle, “estendem seu imperio e suas obrigações até o parlamento ; e algumas limitações tem este creado a si mesmo, em certas clausulas, por exemplo, dos actos de união com a Escocia e a Irlanda em 1706 e 1800, assim como na de não poder tributar as colonias, estatuidas pela lei de 1778, a chamada Magna Carta Colonial. Além de que tambem obrigam o parlamento as garantias instituidas nas leis supremas, em virtude do principio de que um direito garantido contra um poder se deve igualmente reputar garantido contra os outros, como provam os casos do direito de resistencia.” Esse direito, affirmado, contra o rei, na Magna Carta, em 1215, e no triumpho da revolução de 1688, considera-se existente, no sentir dos melhores auctores, contra todos os poderes do Estado. (29)

---

(28) GIO. BATTISTA HUGO: *Leggi incostituzionali*, pag. 59.

(29) *Ib.* pag. 62.

Como quer que seja, porém, ainda que sob todas estas sancções e condições, o poder constituinte, o poder de crear e reformar a Constituição, é exercido, naquelle reino, pela legislatura ordinaria, que o practica sob a fórma de leis ordinarias, sem outros requisitos de processo além dos instituidos a respeito destas. Si um parlamento pudesse divorciar-se do sentimento nacional, ao ponto de confundir as funcções da justiça com as do executivo, subordinar o direito de reunião á auctorização prévia do governo, estabelecer a electividade da magistratura, dar á milicia a escolha de seus officiaes, ou retirar aos tribunaes ordinarios os crimes de ordem commum perpetrados por militares, a inconstitucionalidade de taes leis, seu conflicto com esse espirito de liberdade, que é a expressão geral do direito politico na Inglaterra (30), que fórma, por assim dizer, a sua Constituição immanente, não teria paradeiro, não encontraria solução em nenhum dos poderes constituídos. Só a reacção da vontade nacional pelos meios moraes, pelas urnas populares, ou pela revolução, poderia reequilibrar a tradição juridica, abalada pelo legislador. E, si não fossem esses tres contrapesos, dos quaes os dois primeiros acabaram por inutilizar

---

(30) BROUGHAM: *The British Constitution* (Edimb., 1873), c. XVII, pag. 285.

o ultimo, si elles não representassem, na doutrina constitucional, assim como na pratica, um poder, o poder que sobrepairá aos outros, e os refreia a todos, o inglez não poderia ensoberbecer-se, como se ensoberbece, de que "o governo de Inglaterra nunca foi theoreticamente o despotismo". (31) O governo de Inglaterra seria, em principio e de facto, o despotismo do parlamento.

O regimen americano é a antithese deste. "Na Inglaterra os grandes poderes politicos não são no minimo grau creaturas de um poder constituinte; porquanto a existencia delles precede a de qualquer acto constituinte, que se conceba. Seu titulo não é uma vontade expressa, regular, e distinctamente manifestada em certo dia, mas uma antiga posse de facto, que, no correr de seculos, não soffreu turbação. Seu fundamento está fóra de toda e qualquer lei de organização. solemnizada com o sello da soberania nacional. Está, por consequencia, fóra da Constituição, no significado francez desta palavra. E, si esses poderes nella figuram, não é porque ella os institua, ou consagre; é, ao revez, porque elles a engendraram. A Constituição, allí, não vem a ser mais

---

(31) *Essays introductory to the study of Engl. Constit. History by resident members of the University of Oxford.* Ed. by H. O. WAKEMAN AND A. HASSALL. (London, 1887). Ess. IV, pag. 159.

do que a evolução successiva de um ajuste de fronteiras entre essas forças immemoriaes, que, coexistindo lado a lado, se estendem, se estreitam, se encontram, reagindo e transigindo incessantemente entre si." (32) No systema dos Estados Unidos, pelo contrario, servindo-me da expressão de um publicista francez a respeito da França (33), o poder legislativo é obra da Constituição. "Sendo a Constituição", dizia, acerca da americana, um de seus principaes auctores, "sendo a Constituição derivante de uma auctoridade superior á legislativa, cabe a esta apenas expô-la, e obedecer-lhe, não regel-a, ou alteral-a." (34) Quasi quarenta annos antes, em 1795, o juiz PATERSON, no estado de Philadelphia, rejeitando uma lei do congresso, por avêssa á Constituição, disse: "A Constituição é a lei suprema; sua dignidade prevalece á da legislatura; só a auctoridade, que a fez, poderá mudal-a; o poder legislativo é creatura da Constituição; deve á Constituição o existir; recebe os seus poderes da Constituição; e, pois, si os actos delle não conformam com ella, são nullos." (35)

---

(32) BOUTMY; *Études de droit constitutionnel* (1885), pags. 229-30.

(33) HELLO; *Du régime constitutionnel*, part. 2.<sup>a</sup>, c. I.

(34) MADISON, carta a C, J, Ingersoll, em 1831, Apud Story; *Commentaries on the Const. of the Unit. States*, (Ed. de Boston, 1891) vol. I, pag. 389.

(35) KENT: *Commentaries* I, pag. 489.

A nossa politica de phraseologia, a nossa ausencia de educação juridica, os vicios francezes de nossa disciplina intellectual levam-nos a confundir a nação com as assembléas representativas, e a usar indifferentemente da palavra *soberania*, quando nos referimos ao povo, ou quando nos referimos ao corpo legislativo. "A revolução ave-sou-nos ao despotismo das assembléas" (dizia LABOULAYE aos constituintes de 1871), "e apenas de hontem para cá é que se principia a falar, entre nós, em limites ao Estado. Si, entretanto, olharmos para a historia, veremos que o progresso da liberdade é simplesmente uma redução successiva do governo". (36) "Os francezes" (poderíamos dizer os brasileiros) "vêm nas camaras a voz da nação; e, como nada pôde coarctar a vontade nacional, tambem nos parece que nada pôde limitar a auctoridade legislativa das assembléas. Identificamos o mandatario e o mandante. deploravel confusão, que confisca a soberania nacional em proveito de alguns homens, entregando-lhes o paiz á mercê. Para os americanos, ao contrario, a soberania é inalienavel; os deputados têm apenas um poder subalterno e derivado; nunca lhes seria dado esquecer que o povo é o seu soberano, e que não lhes assiste direito

---

(36) ED. LABOULAYE: *Questions constitutionnelles* (1872), pag. 387.



nenhum de excederem o mandato por elle conferido. Esse mandato é a Constituição." (37) Numa palavra, conclue esse eminente espirito, "todo o systema politico dos americanos assenta no principio de que ha uma lei, a que o legislador está submettido. Essa lei, *dirigida contra a omnipotencia das assembléas*, é a Constituição." (38)

E' a essa doutrina fatal da omnipotencia das assembléas, doutrina anachronica e contraria ao nosso direito escripto, que se aferra o nobre procurador da Republica, avocando para o Congresso o direito de annullar, por meio, não só de leis, como de simples moções, isto é, por acenos de seu poder, sem ao menos a fórma do processo legislativo, os direitos constitucionaes do individuo. Talvez o espante agora a disformidade do erro, a que o levou o zelo pelas conveniencias de sua constituinte, muito mais interessada aliás em que lhe preservem a integridade da Constituição. paladium necessario dos verdadeiros interesses nacionaes.

Mas, em que lhe pese, esse é o erro do meu contradictor, erro irrelevavel deante da Constituição de 1890. SISMONDI (39), ha meio seculo

---

(37) *Ib.*, p. 385.

(38) *Ib.*, p. 388.

(39) *Études sur la constitution des peuples libres*, pag. 259.

profligava como palmar a confusão “da soberania, que estabelece as proprias bases da sociedade, com a acção popular exercida nas fórmas pre-determinadas pela Constituição.” O ministerio publico no Brasil, anno 1893, em face da Constituição americana, cuja imagem é a nossa, da opulencia de seus commentarios, de seus arestos, de seus livros elementares, dispensa ás maiorias, para revogarem a Constituição, condições que esta prestabeleceu até para a votação das leis triviaes.

Magistrado do regimen americano, o nobre procurador da Republica fala como um funcionario da Convenção. A contrariedade firmada por elle é um documento da escola revolucionaria franceza, contraposta á escola americana, de que a minha petição se inspira nos principios fundamentaes. Na primeira dessas escolas, entre as quaes medeia o mesmo abysmo que entre o jacobinismo de 1792 e o americanismo de 1789, “a assembléa é soberana por delegação do povo soberano”. Na outra “a soberania não se delega; está sempre nas mãos do povo; porque a soberania de uma assembléa seria forçosamente a negação e a ruína da soberania nacional.” Numa “o poder judiciario depende inteiramente da assembléa”. Na outra “o poder judicial é de todo em todo independente della, a Constituição domina as leis, os tribunaes guardam a Consti-

tuição". Na primeira, "é illimitada a competencia das assembléas". Na segunda, "a competencia destas é restrictamente limitada na Constituição, pela qual lhes é absolutamente defeso tocar na liberdade de imprensa, no direito de reunião, no jury" (40), nas outras instituições fundamentaes.

Os auctores de nossa Constituição, em cujo nome tenho algum direito de fallar, não eram alumnos politicos de ROUSSEAU e MABLY, como o nobre procurador da Republica: eram discipulos de MADISON e HAMILTON. Não queriam essa illusoria soberania do povo, da qual dizia o insigne professor de legislação comparada no Collegio de França que nunca foi, em seu paiz, "senão um grito de guerra explorado por ambiciosos". E, sabendo que essa soberania tumultuaria, inconsciente e ludibriada "não serve senão para destruir" (41), querendo utilizar com sinceridade a soberania do povo como peça regular, como força conservadora no mecanismo politico, embeberam a sua obra exclusivamente no exemplo americano; porque a doutrina das revoluções francezas, onde a democracia apparece apenas como um nome, cobrindo as oligarchias demagogicas, deixa no povo simplesmente a

---

(40) LABOULAYE: *Quest. constit.*, pags. IV-VII.

(41) LABOULAYE: *Quest. constit.*, pag. 294.

ficção da soberania, cuja realidade se absorve a benefício das assembléas legislativas.

Ora, os americanos, nosso padrão nesse trabalho, que hoje rege o paiz (ao menos nominalmente), sempre se distinguiram por "um profundo apego á liberdade individual e uma desconfiança invencível contra todo poder, fosse qual fosse. Aos seus olhos, as assembléas electivas não offereceriam mais segurança do que um rei hereditario, e o arbitrio de umas não é menos formidavel do que o absolutismo do outro. Estava-lhes em mente a lembrança da resistencia, que tinham tido que oppôr ao parlamento inglez. em defesa de seus direitos e interesses. Deante delles se erguia a memoria do monstruoso egoismo e da nescia obstinação, com que lords e commons se avieram por tanto tempo em sua politica colonial. E sentimentos tão vivazes não podiam deixar de exercer accentuada influencia na Constituição dos Estados Unidos." (42)

Essa experiencia fructificativa explica a Constituição americana. Ella fizera-lhes sentir como a oppressão é a mesma, "seja o poder exercido por um só tyranno, ou por uma assembléa de tyrannos". (43) O typo constitucional da

---

(42) DUPRIEZ: *Les ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique*, vol. II (1893), pags. 3-4.

(43) "It is wholly immaterial, wether power is vested in a single tyrant, or in an assembly of tyrants". STORY: *Commentaries*, II, pag. 391.

mãe patria não podia servir-lhes. Victimas dos abusos parlamentares, arrastadas por elles á revolução e á separação, as colonias americanas não podiam confiar no systema, cujos perigos tão duramente provaram. Depois, o todo, em que iam fundir-se, era uma associação de Estados, que, renunciando a soberania de corpos independentes, careciam assegurar a individualidade de provincias autonomas. A essa necessidade só poderia corresponder um pacto expresso, isto é, uma Constituição escripta; e, como ella devia abroquelar a um tempo os Estados contra a União e os individuos contra o poder, cumpria que essa Constituição se esmerasse em circumscrever a auctoridade federal, em seus varios ramos, especialmente naquelle, que, investido na funcção de fazer a lei, podia, a este titulo, invadir o contracto primitivo, e alteral-o, si este lh'o não vedasse em termos absolutos.

O que com esta immensa innovação politica lucraram os Estados Unidos, expõe-no lucidamente um dos mais novos, mas não dos menos auctorizados commentadores da Constituição americana. "Os esforços perseverantes e victoriosos do povo inglez", diz elle (44), "no emprehendimento de reprimir o poder da corôa, re-

---

(44) CLARK HARE: *American Constitutional Law*, Boston, 1889, vol. I, pag. 122.

sultaram em fundar a supremacia do parlamento, que, posto conservador até estes tempos, vai-se transformando com rapidez numa assembléa meramente popular, e bem poderá proceder, em relação á propriedade territorial na Inglaterra, como procedeu na Irlanda, contrariar a fé dos contractos, ou affrontar a economia politica, reduzindo a effeito as theorias socialistas. Poderes tão absolutos, não era seguro enfeixal-os numa só mão. Mas é mais facil abalizar a auctoridade de um rei do que pôr limites á soberania do povo, ou de um governo que obra em seu nome. Os fundadores do governo federal e dos governos dos Estados, porém, obviaram á difficuldade, reduzindo os principios da Magna Carta e da Petição de Direitos a clausulas, que se incorporaram á Constituição, para servir de freio assim á legislatura, como ao executivo, e não permittindo que a propria maioria do povo possa alteral-a, a não se unirem nella tres quartas partes do numero dos Estados. Dahi proveiu a subordinação da vontade nacional, exprimida, ou adulterada, pela legislatura, á firme deliberação nacional de que a vida, a liberdade, a propriedade serão tão garantidas contra o Congresso, as assembléas dos Estados, ou o povo destes reunido em Convenções, quanto o são, em Inglaterra, contra o monarcha."

Notae bem: a democracia americana não

se contenta de premunir-se contra seus representantes: premune-se contra si mesma; abriga o povo contra as legislaturas infieis; abriga a nação contra as maiorias populares. E' o transumpto pratico, a realização politica desse ideal das democracias limitadas pela liberdade, do numero limitado pela lei, do individuo escudado contra a multidão, das minorias protegidas contra as maiorias, que preoccupa todos os conservadores, desde BURKE (45) até NOAILLES (46), todos os liberaes desde HAMILTON (47) até STUART MILL (48), todos os pensadores desde VOLTAIRE (49) até SCHERER (50), e que, em

---

(45) "Whatever is supreme in a State ought to have, as much as possible, its judicial authority so constituted as not only not to depend upon it, but in some sort to balance it. It ought to give security to the justice against its power. It ought to make its judicature, as it were, something exterior to the State". BURKE: *Reflections on the French Revolution*.

(49) "Voltaire admirava ces institutions où il n'y a démocratie cherchant des garanties contre elle même, par défiance de ses propres entraînements?" DE NOAILLES: *Cent ans de république aux États Unis*, vol. II, pag. 153.

(47) *The Federalist*, LXXVIII.

(48) *On Liberty*.

(49) "Voltaire ammirava ces institutions où il n'i aucune place à l'arbitraire". ATTILIO BRUNIALTI: *Sul sistema parlamentare in Inghilterra* (Torino, 1886), pag. LXI.

(50) "Si la démocratie ne parvient pas à se limiter, elle est condamnée au desordre, et, comme les sociétés ne supportent jamais longtemps le desordre, la démocratie est condamnée à accepter le premier sauveur venu. Une force sans contrepoids; celui qui exerce le gouvernement indépendant de celui qui est gouverné; ce qu'il y a de plus esclave

nossos tempos, a sociologia acaba de assimilar aos seus principios fundamentaes consolidado nas palavras de SPENCER: "Numa nação popularmente governada, o governo é simplesmente uma junta de administração. Mera commissão de gerentes, claro está que não possui nenhuma auctoridade intrinseca a si mesmo. A conclusão inevitavel é que sua auctoridade se reduz á que lhe conferirem os que o nomeam, encerrando-se precisamente nas raías que estes lhe puzerem... D'antes a funcção do liberalismo era demarcar limites á potestade dos reis. A funcção futura do verdadeiro liberalismo será limitar a discreção do parlamento." (51)

Essa aspiração da democracia conservadora na Europa é já, para os Estados Unidos, uma tradição antiga e, para nós, na letra constitucional, uma actualidade. "Para formar a Constituição de um Estado", observava DE LOLME (52), "é absolutamente necessario limi-

---

des impulsions, la foule, réduit à trouver en soi toutes les vertus nécessaires à la prospérité des sociétés, raison, prudence, empire sur soi même, telle est la terrible antinomie que la démocratie doit résoudre...

"Je ne vois pas *a priori* pourquoi la démocratie n'arriverait point à demander aux institutions des garanties contre elle même". EDM SCHERER: *La démocratie en France* (Par., 1883), pags. 54, 75.

(51) HERBERT SPENCER: *The man versus the State* (8<sup>th</sup> ed. 1885), pag. 106-7.

(52) *The Constitution of Engl.*, l. II, c. III, pag. 156.



tar o poder executivo; *mas ainda mais necessario é restringir o legislativo.*” Imbuídos neste sentir, os organizadores da Constituição executada por WASHINGTON e MARSHALL comprehenderam que, assim como acima da funcção legislativa está a soberania popular, acima da soberania popular estão os direitos da liberdade. “Ser soberano, sem ser despota” (53) era o problema. Esse problema, é a gloria dos patriarchas da independencia americana haverem-n’o resolvido, “contendo efficazmente por meio do federalismo os excessos da democracia.” (54) De modo que, quando, ha tres anos, a Suprema Côrte Federal, nos Estados Unidos, celebrava o seu centenario, o orador encarregado pelo fôro de commemorar as gerações de magistrados, a que aquella instituição deve o seu esplendor, poudes pôr acima de todas as suas glorias a de ser a expressão do dever illuminando o instincto, a razão nacional limpida sempre entre as reacções populares contra o direito. “Este tribunal”, exclamava elle, “é a consciencia do povo, que, por se precatar contra os desvios da precipitação e da injustiça, submetteu os seus representantes ás restricções da lei suprema. E’ o espirito

---

(53) HARES, I, pag. 123: “To be sovereign and yet not despotic.”

(54) “Gli eccessi della democrazia sono efficacemente contenuti dal federalismo”. ATTILIO BRUNIALTI: *Unioni e combinazioni fra gli stati composti e lo stato federale.* (Tor., 1891), pag. CXCVI.

e o accento do povo em seus melhores momentos. E' a salvaguarda da minoria contra as vehemencias impulsivas da maioria." (55)

Como limita, porém, a democracia americana a acção de seus representantes?

Não lhes permittindo tocar nas disposições constitucionaes, e subalternando-os a ellas.

E como se limita a si propria?

Exigindo, para as reformas da Constituição, maiorias tão amplas, que não possam exprimir transportes ephemeros, obter-se por influencias de partido, reflectir eclipses da moralidade nacional, inspirar-se em paixões anti-sociaes, ou liberticidas. "O povo", dizia o celebre WEBSTER, pleiteando o caso *Luther v. Borden*, "póde coarctar não só os seus legisladores, como a si mesmo; e muitas vezes, de feito, se coarcta, segurando-se contra reformas instantaneas, promovidas pela força ordinaria das maiorias. Disto é prova manifesta o art. V da Constituição dos Estados Unidos". (56) Esse artigo é o que demanda a acquiescencia de tres quartos dos Estados nas alterações constitucionaes.

O merito capital da Constituição brasileira é ter aproveitado esta lição, buscando precaver-

---

(55) SEMMES: *The personal characteristics of the Chief-Justices*, CARSON: *The Supreme Court of the United States* (Phil., 1892), parte II, pag. 659.

(56) HARE, I, pag. 122.

nos, pela transplantação da idéa americana, contra a tyrannia parlamentar, que os mais convenidos propugnadores do parlamentarismo constituinte confessam mais fatal aos direitos dos cidadãos do que qualquer outra tyrannia. (57) No art. 34 fixou a nossa Constituição a competencia legislativa. Tirante as materias abrangidas nesse artigo, toda acção das camaras, que não disser respeito ao seu regimen interior (artigo 18), á licença para processar deputados e senadores (art. 20), ou para os auctorizar a acceitarem certas nomeações do governo (art. 23) e as funcções judicarias ou administrativas do senado (arts. 33, 48 n. 12, 56, 57 § 2.º), está fóra da Constituição. E a reforma desta só se pode effectuar pelos meios constituintes, que ella prescreve no art. 90.

Logo, toda lei adoptada fóra do circulo do art. 34 contravem á Constituição.

Mas, ainda para actuar sobre as materias que o art. 34 lhe submete, a competencia toca indisivelmente ao Congresso Nacional com a sancção do presidente da Republica (art. 16), e

---

(57) "Nell'epoca attuale non si devono credere impossibili gli abusi del potere legislativo nei rapporti dei diritti dei cittadini. La storia della democrazia antica, medievale e moderna sta là per dimostrare in modo inconcusso che, lasciata senza freno, può essere fatale più di qualsiasi tirannide esercitata da un solo o da una accolta di pochi individui". Ugo: *Leggi incost.*, pag. 76.

não poderá exercer-se senão por acção convergente das duas camaras, isto é, mediante a acceitação de projectos, que transitem successivamente por ambas, segundo a praxe das deliberações legislativas. (Arts. 18, 37 e 39).

Não é permittido, portanto, ás camaras fazerem, por meio de indicações, moções, votações de uma só discussão, ou manifestações instantaneas, adoptadas simultaneamente numa e noutra, o que lhes é defeso praticar por meio de leis. Isto é, o que se veda ao poder legislativo na sua acção conjuncta e plena, não pode ser licito a uma de suas casas, ou a ambas, obrando separadamente em resoluções de occasião.

Concluindo, pois, eis as premissas iniciaes, que podemos agora fixar:

*O poder de fazer a lei não comprehende o de reformar a Constituição.*

*Toda lei, que cerceie instituições e direitos consagrados na Constituição, é inconstitucional.*

*Por maioria de razão, inconstitucionaes são as deliberações não legislativas de uma camara, ou de ambas, que interessarem esphera vedada ao poder legislativo.*

## INCONSTITUCIONALIDADE IMPORTA NULLIDADE

Definindo a qualificação de inconstitucionalidade perante os varias systemas de constituições, escreve DICEY, o insigne constitucionalista inglez:

“A expressão “*inconstitucional*”, applicada a uma lei, tem, pelo menos, tres accepções differentes, variando segundo a natureza da Constituição, a que alludir:

“(I) Empregada em relação a um acto do parlamento inglez, significa simplesmente que esse acto é, na opinião do individuo que o aprecia, opposto ao espirito da Constituição ingleza; mas não pode significar que esse acto seja infracção da legalidade e, como tal, nullo.

“(II) Applicada a uma lei das camaras francezas, exprimiria que essa lei, ampliando, supponhamos, a extensão do periodo presidencial, é contraria ao disposto na Constituição. Mas não se segue necessariamente dahi que a lei se tenha por vã; pois não é certo que os tribunaes francezes se reputeem obrigados a desobedecer ás leis

inconstitucionaes. Empregada por francezes, a expressão de ordinario se deve tomar como simples termo de censura.

“(III) Dirigido a um acto do Congresso, o vocabulo “*inconstitucional*” quer dizer que esse acto excede os poderes do Congresso e é, por consequencia, *nullo*. Neste caso a palavra não importa necessariamente reprovação. O americano poderia, sem incongruencia alguma, dizer que um acto do Congresso é uma boa lei, beneficia o paiz, mas, infelizmente, pecca por *inconstitucional*, isto é, *ultra vires*, isto é, *nullo* (58).

Este o principio estabelecido pelo regimen americano e invariavelmente observado pelos seus executores. “*Todo acto do Congresso*” (diz KENT, o grande commentador) “todo acto das assembléas dos Estados, toda clausula das constituições destes, que contrariarem a Constituição dos Estados Unidos, são necessariamente *nullos*. E’ uma verdade obvia e definitiva em nossa jurisprudencia constitucional” (59).

Esta consequencia resulta evidentemente da propria esencia do systema. Onde se estabelece uma Constituição, com delimitação da auctori-

---

(58) DICEY: *Lectures introductory to the study of the law of the Constitution* (Lond., 1885), pag. 165-6.

(59) KENT: *Commentaries*, I, pag. 337.

dade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que estes não podem ultrapassar essa auctoridade, sem incorrer em incompetencia, o que em direito equivale a cahir em nullidade. *Nullus est major defectus quam defectus potestatis.*

A invalidade da acção dos poderes politicos fóra do circulo dos textos constitucionaes é o dogma cardeal do constitucionalismo americano. A evolução logica desse dogma foi traçada admiravelmente por MARSHALL, o supremo expositor da Constituição americana.

Reproduzirei aqui, em sua integra, essa pagina deslumbrante de claridade:

“Toda a construcção do direito americano tem por base a noção de que o povo possui originariamente o direito de estabelecer, para o seu futuro governo, os principios, que mais conducentes se lhe afigurem á sua utilidade. O exercicio desse direito original é um insigne esforço: não póde, nem deve repetir-se frequentemente. Os principios, que dest’arte uma vez se estabeleceram, consideram-se, portanto, fundamentaes. E, como a auctoridade, de que elles dimanam, é suprema, e raro se exerce, esses principios têm destino permanente. A vontade primitiva e soberana organiza o governo, assignando-lhe os differentes ramos, as respectivas funcções. A isto póde cingir-se; ou póde estabelecer raias, que

elles não devam transpor. Nesta ultima especie se classifica o governo dos Estados Unidos. Definiram-se e demarcaram-se os poderes da legislatura; e, para que sobre taes limites não occorresse erro, ou deslembração, fez-se escripta a Constituição. Com que fim se estipulariam esses poderes, e com que fim se reduziria essa estipulação a escripto, si os limites prescriptos pudessem ser ultrapassados exactamente por aquelles, que ella se propunha a cohibir? Acabou-sse a distincção entre os governos de poderes limitados e os poderes indefinidos, si os confins, que se estabelecem, não circumscreverem as pessoas, a que se impõem, e ficarem igualmente obrigativos os actos permittidos e os actos defesos. Ou havemos de admittiir que a Constituição annulla qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou annuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinarias a Constituição. Não ha contestar o dilemma. Entre as duas alternativas não se descobre meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformavel por meios communs; ou se nivela com os actos de legislação usual, e, como estes, é reformavel ao sabor da legislatura. Si a primeira proposição é verdadeira, então o acto legislativo, contrario á Constituição, não será lei; si é verdadeira a segunda, então as constituições escriptas são absurdos esforços do povo, por limitar



um poder de sua natureza illimitavel. Ora, com certeza, todos os que têm formulado constituições escriptas, sempre o fizeram com o intuito de asentar a lei fundamental e suprema da nação: e, conseguintemente, a theoria de taes governos deve ser que qualquer acto da legislatura, offensivo da Constituição, é nullo. Esta doutrina está essencialmente ligada ás constituições escriptas, e, portanto, deve-se observar como um dos principios fundamentaes de nossa sociedade". (60).

Esta demonstração, bem se vê, não asenta em considerações peculiares á nação americana. Baseia-se não tanto nos textos como na indole de seu regimen constitucional, que a Constituição brasileira reproduz, e que se applica, em geral, a todas as constituições escriptas com separação limitativa dos poderes. "A regra de que todo acto da legislatura, opposto á Constituição, é irritado", dizia KENT, "não procede só neste paiz; procede em todos os outros, onde houver uma Constituição escripta, designando as faculdades e deveres do poder legislativo assim como dos outros ramos do governo". (61).

---

(60) *The writings of JOHN MARSHALL, late Chief-Justice of the United States, upon the Federal Constitution*, (Bost., 1839), pag. 24-5.

(61) "In all other countries where there is a written constitution, designating the powers and duties of the legislative, as vell as of the other departments of government". KENT: *Commentaries*, I, pag. 485.

Outra auctoridade americana, commentando recentemente as palavras de MARSHALL, diz igualmente:

“Este raciocinio irrespondivel applica-se a todas as constituições escriptas, sob as quaes existir uma justiça independente e uma legislatura de poderes restrictos”. (62)

Mas escusa estar a amontoar auctoridades, para evidenciar a evidencia.

Si, porém, os actos do legislativo, attentorios do direito constitucional, são nullos, não menos nullos, por identico motivo, são os actos do executico, que incorrerem na mesma taxa. “A Constituição é a ultima base, onde se ha-de apoiar a validade de todos os actos do governo nacional. Quaesquer actos de funcconarios federaes, que a Constituição não auctorize, são legalmente nenhuns”. (63).

Mas, si a legislatura não póde violar a Constituição, sem que os seus actos incorram fatal-

---

(62) “This unanswerable reasoning applies to every written constitution under which there exists an independent judiciary and a legislature with limited powers”. HENRY HITCHCOCK: *Constitutional development in the Un. States as influenced by Chief-Justice Marshall*. No vol. *Constitutional History of the Un. States as seen in the development of american law* (1889), pag. 79.

(63) “All acts of federal officials, which the Constitution does not authorize, are legally void”. CHARLES A. KENT: *Const. develop. of the Un. Stat, as influenced by decisions of the Supr. Court since 1864*. No vol. *Constitutional development*, pag. 203.

mente em nullidade, claro está que, por delegação, ainda quando esta seja legitima, e revista a fórma regular das leis, não póde habilitar o executivo a violal-a. Delegação é transferencia de poderes. Poderes, que não existem, não podem transferir-se. O poder é uma propriedade de acção. Onde não reside a propriedade, não ha possibilidade de transmittil-a. *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet* O acto delegatorio é nullo, por ausencia, no delegante, da faculdade que se delega.

Em virtude destas noções de evidencia vulgar tem-se julgado, nos Estados Unidos, que não póde aproveitar nunca ao funcionario, para lhe legalizar os actos, ou isental-os de responsabilidade legal, o allegar, em defesa de seu procedimento, a auctoridade de leis inconstitucionaes. (64).

Aqui posso registrar, pois, mais estas premissas:

*Toda medida, legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionaes, é, de sua essencia, nulla.*

*Actos nullos da legislatura não podem conferir poderes validos ao executivo.*

---

(64) HARE: *Americ. Const. Law*, II, pag. 1063.

