

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UnB)
FACULDADE DE DIREITO (FD)

**Tradição e Modernidade Constitucional:
a construção do Supremo Tribunal Federal e os regimes de historicidade do
início da República Brasileira.**

Eduardo Ubaldo Barbosa

Brasília/DF

2017

Eduardo Ubaldo Barbosa

**Tradição e Modernidade Constitucional:
a construção do Supremo Tribunal Federal e os regimes de historicidade do
início da República Brasileira.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito (FD) da Universidade de Brasília (UnB) para a obtenção do título de mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito, Estado e Constituição.

Linha de Pesquisa: Constituição e Democracia.

Orientador: Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins

Brasília/DF

2017

Após sessão pública de defesa desta dissertação de mestrado, o candidato foi considerado aprovado pela banca examinadora.

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins

Orientador

Prof. Dr. Andrei Koerner (Unicamp)

Membro

Prof. Dr. Cristiano Otavio Paixão Araújo Pinto (UnB)

Membro

Prof. Dr. Airton Cerqueira Leite Seelaender (UnB)

Suplente

Brasília/DF

2017

Agradecimentos

Inicialmente, agradeço aos meus pais, Antonio e Mariangela, e aos meus irmãos, Guilherme e Mariana, aos quais devo – antes de qualquer outra consideração – a minha vida. Sem vocês, saibam, todo o resto não faria sentido.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), nas pessoas dos professores Cristiano Paixão, Airton Seelaender, Gabriela Neves Delgado e Marcus Faro de Castro, os quais – cada um à sua maneira – contribuíram à elaboração da pesquisa que ora se apresenta. Em especial, agradeço ao meu orientador Argemiro Cardoso Moreira Martins que, com sua atenção dedicada e sua postura rígida e ao mesmo tempo compreensiva, foi figura central nesses meus dois anos do curso de mestrado, exercendo com maestria a gloriosa tarefa de ensinar – o que, sabemos, é privilégio (e dom) de que poucos dispõem.

À professora Tereza Cristina Kirschner, que me acompanha desde os meus primeiros semestres da graduação em História e se tornou, ao longo de minha ainda curta trajetória acadêmica, um exemplo de fibra, profissionalismo e elegância.

Aos colegas de advocacia, especialmente dos escritórios Mudrovitsch Advogados e Claudio Santos Advogados, devoto meus agradecimentos ciente de que a lida forense haveria de ter sido um obstáculo ainda maior à vida acadêmica não fosse o sincero auxílio que a mim sempre emprestaram.

Por fim, agradeço à Maria Carolina, companheira de anos e principal incentivadora para que, encerrada a minha dupla graduação em História e em Direito, concorresse no processo seletivo do mestrado em Direito na UnB quando muitos – a começar por mim – duvidariam que esse inaudito desejo pudesse efetivamente se realizar.

A todos, o meu muito obrigado.

Resumo

Procurando demonstrar a fragilidade das conclusões que se pretendem históricas segundo as quais, malgrado a teoria constitucional brasileira teria nascido com a Constituição republicana de 1891, o Supremo Tribunal Federal não teria alcançado de imediato todas as suas potencialidades em virtude de um suposto atraso cognitivo dos ministros e juristas da época, a presente dissertação defende que a contenda a respeito da legitimidade da jurisdição constitucional e dos limites de atuação de seu órgão de cúpula é tão antiga quanto a própria República, e que o desenvolvimento da Suprema Corte ao longo do século XX poderia ter tomado rumos diametralmente opostos àqueles hoje verificados. Para tanto, preocupa-se com a análise dos diversos projetos de Tribunal existentes quando da Proclamação da República (1889) e, nos anos que lhe sucederam, das discussões sobre os limites de atuação da Justiça quando confrontada com a apreciação de matérias de reflexos iminentemente políticos, especialmente em virtude do relativo sucesso alcançado pela denominada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”. Isso porque não se ignora, no período em análise, a coexistência de um “tempo social e político”, marcado pela substituição do regime monárquico pelo republicano em um contexto de enlaçamento de tradição e modernidade na virada do século XIX para o século XX, e de um “tempo do direito” que – não obstante influenciado por aquele – não pode ser mensurado no mesmo compasso de dias, meses e anos. Assim, defende-se que a Constituição de 1891 – marco de institucionalização do regime republicano – não deve ser tomada como a “certidão de nascimento” da jurisdição constitucional brasileira, uma vez que o “tempo do direito” engloba, em uma longa duração, mudanças que já estavam sendo lentamente operadas no Império, bem como abarca as diversas discussões impulsionadas pela atuação do Supremo Tribunal Federal nos anos inaugurais da Primeira República.

Palavras-Chave: História Constitucional Brasileira; Supremo Tribunal Federal; Primeira República.

Abstract

In a search to demonstrate the fragility of the conclusions intended historical ones and which also claim that, however the Brazilian constitutional theory would have been born with the Republican Constitution of 1891, the Supreme Federal Court (STF) wouldn't have reached immediately all of its potential, for a supposed cognitive delay of the ministers and lawyers at the time, the present thesis claims that the contend between the legitimacy of the constitutional jurisdiction and the work field's limits of its highest organ, is as old as the Republic itself, and that the development of the Supreme Court throughout the XX century could have taken absolutely divergent ways from the ones verified today. For this purpose, this work analyses the multitude of projects for a Tribunal during the Proclamation of the Republic (1889), and in the upcoming years, the discussions about the boundaries of justice's work field when confronted with undoubtedly political matters, especially in virtue of the relative success reached by the named "*Doutrina Brasileira do Habeas Corpus*". With the coexistence of a "political and social time", marked by the replacement of a monarchy for a republic in a context of tradition and modernity at the turn of the XIX century to the XX century, with a "law moment" that – nonetheless influenced by this change – cannot be measured at the same pace of days, months and years. Hence, it is claimed in here that the Constitution of 1891 – a milestone of the Republic's institutionalization – must not be taken as the "birth certificate" of the Brazilian constitutional jurisdiction, once the "law moment" includes, in a long-term, transformations that (slowly) were already in course for the Empire, and it also comprises the several discussions driven by the Supreme Federal Court' operation in the early years of the First Republic.

Key-words: Constitutional History of Brazil; Supreme Federal Court (STF); Brazilian First Republic.

Sumário

| | |
|---|-----------|
| Introdução | 1 |
| 1. Mudança de Regime e Incerteza Institucional: a instauração do regime republicano e o ambiente jurídico-intelectual ao final do século XIX no Brasil | 11 |
| 1.1 Da Monarquia à República: tradição e modernidade na virada do século | 11 |
| 1.2 Cultura Jurídica e Construção Constitucional | 24 |
| 2. Uma Corte Republicana? | 33 |
| 2.1 Dos Antecedentes do Supremo Tribunal Federal: a organização judiciária do Império e o papel do Supremo Tribunal de Justiça | 35 |
| 2.2 A Produção Legiferante e o Debate em torno da Organização Judiciária e a Construção do Projeto de Constituição no Governo Provisório (1889/1891) | 45 |
| 2.2.1 Os Anteprojetos e os Trabalhos da Comissão dos Cinco | 48 |
| 2.2.2 Uma Alternativa à Construção Oficial do Supremo Tribunal Federal: o Tribunal Constitucional de João Coelho Gomes Ribeiro | 62 |
| 2.2.3 A Redação Final do Projeto de Constituição pelo Governo Provisório | 72 |
| 2.2.4 O Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, e a Organização Judiciária Federal | 82 |
| 2.3 Os Silêncios do Congresso Constituinte | 89 |

| | |
|---|------------|
| 3. Um Tribunal em Construção | 105 |
| 3.1 A Redação do Artigo 72, § 22, da Constituição Federal de 1891 e a “Doutrina Brasileira do <i>Habeas Corpus</i>” | 111 |
| 3.2 A Construção de um <i>locus</i> institucional para o Tribunal Republicano: a recepção do <i>judicial review</i> e a querela das “questões políticas” | 141 |
| Conclusão | 168 |
| Fontes e Referências Bibliográficas | 176 |

*os mortos vêem o mundo
pelos olhos dos vivos*

*eventualmente ouvem,
com nossos ouvidos,
certas sinfonias
algum bater de portas,
ventanias*

*ausentes
de corpo e alma
misturam o seu ao nosso riso
se de fato
quando vivos
acharam a mesma graça*

Ferreira Gullar
“Os Mortos”, em *Muitas Vozes*

Introdução

[...] A consciência jurídica da Nação sentiu-se profundamente alarmada com a situação que assumiu o Supremo Tribunal, aquiescendo com os desejos dos interessados de pôr a solução do caso sob a sua égide. Colocado o Presidente da República em uma posição de restrição constitucional, criada pela amplitude de outro poder que exorbitou de sua esfera de ação, não tinha ele outro caminho a seguir senão negar cumprimento à ordem de habeas corpus. [...] O Supremo Tribunal Federal agiu como um vendaval que espalhou a tempestade da anarquia até resolver-se ou pela absorção do Presidente da República ou pelo desprestígio do maior tribunal do país; infelizmente realizou-se a segunda hipótese pela defesa intransigente e inconcussa que fez o depositário do Poder Executivo em sua autonomia constitucional. [...] O caso do Conselho era uma questão exclusivamente política em que não devia interferir o Supremo Tribunal. O Supremo Tribunal Federal perturba as boas relações com os poderes pela inconstância de suas decisões, esquecido de que a justiça, como a verdade, ou subsiste sempre idêntica e uniforme, ou então deixa de ser a expressão real do direito. [...] Trata-se de uma questão essencialmente política; o ato do Presidente da República é exclusivamente político.

Felisberto Freire

Em parecer apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em 1911.

É a ditadura dos tribunais a que enfia de terror as boas almas dos nossos puritanos. Santa gente! [...] Os tribunais não usam espadas. Os tribunais não dispõem do Tesouro. Os tribunais não nomeiam funcionários. Os tribunais não escolhem deputados e senadores. Os tribunais não fazem ministros, não elegem e deselegem presidentes. Os tribunais não comandam milícias, exércitos e esquadras. Mas é dos tribunais que se temem e se tremem os sacerdotes da imaculabilidade republicana. Com os governos, isso agora é outra coisa. Das suas ditaduras, não se arreceia a democracia brasileira. Ninguém aqui se importa com as ditaduras presidenciais. [...] Seja ele, embora, entre nós, o poder dos poderes, o grande eleitor, o grande nomeador, o grande contratador, o poder da bolsa, o poder dos negócios, e o poder da força, quanto mais poder tiver, menos lhe devemos cogitar na ditadura, atual, constante, onímoda, por todos reconhecida mas tolerada, sustentada, colaborada por todos.

Rui Barbosa

Em discurso proferido no Instituto dos Advogados do Brasil, em 19 de novembro de 1914.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, mas especialmente a partir dos primeiros anos do século XXI, o Supremo Tribunal Federal alcançou notável projeção na vida pública nacional. Seus ministros, cujas faces até então eram desconhecidas do grande público, tonaram-se íntimos dos lares brasileiros; suas decisões – transmitidas em tempo real pela televisão e repercutidas no Tribunal do Santo Ofício da pós-modernidade, as redes sociais –, objeto do escrutínio de especialistas e populares em uma vasta e desigual rede de intérpretes da Constituição. Ato contínuo, multiplicaram-se as investigações e as pesquisas acadêmicas que pretendem, com maior ou menor êxito, expor suas contradições,

laurear suas façanhas, alertar para os perigos de sua atuação expansiva e legiferante, denunciar interesses e estratégias inconfessáveis etc. Em poucos anos, as decisões do Supremo Tribunal Federal foram erigidas ao *status* de objeto preferencial de investigação por parte de cientistas políticos, juristas e até mesmo de jornalistas. Assim, para grande parte da comunidade acadêmica, a compreensão do atual Supremo Tribunal Federal tornou-se naturalmente uma imposição da realidade.

Nesse cenário, revela-se compreensível que também os historiadores se preocupem em vasculhar o passado dessa instituição que, para nos valermos dos termos cunhados pelo ministro Aliomar Baleeiro em 1968, sempre pareceu aos olhos dos acadêmicos brasileiros esse outro desconhecido.¹

Pessoalmente, o interesse em estudar a história do Supremo Tribunal Federal – e, mais especificamente, a maneira pela qual, desde o início da Primeira República (1889/1930), este foi sendo inserido na vida política nacional testando seus limites e possibilidades na relação com as cúpulas decisórias dos demais Poderes – surgiu de um evento que pode ser temporal e geograficamente individualizado.

O ano era 2013. Mal iniciara minha trajetória acadêmica, dividindo meu tempo entre as aulas nas faculdades de Direito e de História, quando, por alguns dias, minhas atenções se voltaram para a Praça dos Três Poderes, em Brasília capital federal. Projetado por Lucio Costa, o quadrilátero deserto de pedras portuguesas que abriga as sedes dos Poderes da República – equidistantes entre si em uma emulação arquitetônica do equilíbrio constitucionalmente pretendido – serviu, metaforicamente, de palco a uma verdadeira guerra retórica entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional.

Em 24 de abril de 2013, sob a relatoria do deputado opositor João Campos (PSDB/GO), a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados decidiu pela admissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 33/2011, de autoria do parlamentar governista Nazareno Fonteles (PT/PI). Dentre outros aspectos, a PEC n. 33/2011 pretendia ampliar a competência do Parlamento para sustar atos normativos do Poder Judiciário que exorbitassem de seu poder regulamentar, bem como condicionar a eficácia de súmulas e decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal à aprovação do Congresso Nacional.

¹ BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

As reações foram imediatas. Em poucas horas, ministros do Supremo Tribunal Federal foram à imprensa para rebater o texto que, aprovado na CCJC da Câmara dos Deputados, haveria de ser levado à apreciação do plenário da Câmara, em dois turnos, e, ato contínuo, enviado ao Senado Federal, câmara alta do Parlamento brasileiro. Para o ministro Marco Aurélio Mello, a aprovação da PEC n. 33/2011 violaria cláusula pétrea da Constituição Federação atinente à garantia da separação dos poderes da República. Partindo de uma análise conjuntural das instituições brasileiras na segunda década do século XXI, o ministro afirmou que a redação da proposta de emenda constitucional soaria como uma “retaliação” à atuação do Tribunal promovida pelo Parlamento. Em suas palavras, “a última palavra [em matéria constitucional] não cabe ao setor político, cabe ao Judiciário”, e, mais especificamente, ao seu órgão de cúpula, “o guarda da Constituição”.²

No mesmo sentido, o ministro Gilmar Mendes identificou na deliberação da CCJC da Câmara dos Deputados uma espécie de reação à atuação do Supremo Tribunal nos anos imediatamente anteriores:

A toda hora temos escaramuças, decidimos mandados de segurança, decidimos pela inconstitucionalidade de leis, produzimos decisões contramajoritárias. Pode ser qualquer questão, como a decisão sobre aborto de fetos anencéfalos, a permissão de pesquisa a partir de células-tronco embrionárias, união homoafetiva. Enfim, temos esse ônus de decidir e isso, sem dúvida, acaba desagradando e, às vezes, de forma muito ampla.³

Ao observar que “discussões semelhantes se arrastam há muito tempo e já foram superadas pelo constitucionalismo mundial”, o ministro Gilmar Mendes invocou argumentos históricos para justificar o suposto anacronismo material contido na redação da PEC n. 33/2011 no sentido de que “é preciso ver a importância do trabalho do tribunal ao longo da história e verificar que, em geral, não é essa a solução adequada para resolver esse tipo de tensão entre poderes da República”. Nas palavras do ministro,

na nossa memória constitucional, isso evoca coisas tenebrosas. Nós temos precedente na Constituição de 1937, chamada polaca, em que o presidente da República podia cassar decisões do Supremo e confirmar a constitucionalidade de leis declaradas

² Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-24/ministros-criticam-pec-submete-decisoes-stf-congresso>
Acesso em 22/03/2016.

³ Vale lembrar que, no mesmo dia 24 de abril de 2013, o ministro Gilmar Mendes havia suspenso, em decisão liminar proferida em sede de mandado de segurança (MS 32.033/DF), a tramitação no Congresso Nacional do projeto de lei (PL 4.470/2012) que criava restrições para a criação de novos partidos políticos – atraindo a crítica de muitos agentes políticos já insatisfeitos com as assim entendidas interferências judiciais nos trabalhos do Parlamento.

inconstitucionais. Acredito que não é um bom precedente e que a Câmara vai acabar rejeitando isso.⁴

Como um rastio de pólvora, a controvérsia logo ganhou a imprensa. Editorial do jornal *Folha de São Paulo* de 26 de abril demonstrou preocupação com o “conflito anunciado” entre os Poderes da República. No texto, os editorialistas chamaram atenção para o “evidente potencial deletério” da proposta de emenda constitucional, uma vez que o reconhecimento da prerrogativa conferida ao Supremo Tribunal Federal para dar “a última palavra quanto à constitucionalidade das leis aprovadas pelo Congresso [...] é uma garantia indeclinável para o bom andamento de uma democracia”. Aprovada a proposta, prosseguem, reduzir-se-ia “o Supremo Tribunal Federal, na prática, a uma espécie de consultoria jurídica de luxo”.⁵

A permanência da polêmica forçou o presidente da CCJC, deputado Décio Lima (PT/SC), a emitir, já em 25 de abril, nota de esclarecimento na qual reforçava que a “polêmica” que se estabelecera depois da aprovação da admissibilidade da PEC n. 33/2011 na CCJC da Câmara não passava de “tempestade em um copo d’água”. Em suas palavras, nada haveria de anormal no debate entre os Três Poderes da República, especialmente porque “nenhum assunto é proibido de se discutir na democracia e o Legislativo é o poder da República legitimamente constituído para o debate e a formulação da legislação brasileira”.⁶

Em 4 maio, em artigo veiculado na mesma *Folha de São Paulo*, o deputado Nazareno Fonteles voltou a defender a aprovação da PEC n. 33/2011. Em tom ácido, qualificou a proposta como “uma vacina contra o vírus mutante do despotismo legislativo do Supremo Tribunal Federal”, que, em suas palavras, “tem violado, reiteradamente, as prerrogativas do Parlamento e ferido as cláusulas pétreas da separação dos Poderes e do voto direto e universal, que legitima o Congresso”. No limite, sua proposta se prestaria à rediscussão da própria legitimidade democrática das decisões da Corte, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal estaria anulando “a soberania de mais de 130 milhões de votos”, “humilhando publicamente [o Parlamento] na sua função legislativa”.⁷

⁴ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-24/ministros-criticam-pec-submete-decisoes-stf-congresso> Acesso em 22/03/2016.

⁵ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/paywall/signupcolumnista.shtml?http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/105860-conflito-anunciado.shtml> Acesso em: 15/06/2016.

⁶ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoespermanentes/ccjc/noticias/nota-de-esclarecimento-pec-33-2011> Acesso em: 15/06/2016.

⁷ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2013/05/1273306-nazareno-fonteles-contrao-despotismo-legislativo-do-stf.shtml> Acesso em: 14/06/2016.

Como se pode deduzir da já mencionada fala do ministro Gilmar Mendes na crise de abril de 2013, a menção à experiência histórica do Tribunal ao longo da República tem sido comumente utilizada como argumento de autoridade nas atuais e cada vez mais frequentes discussões a respeito dos limites de atuação do Supremo Tribunal Federal em um cenário de forte judicialização da vida política nacional. Aliás, não é por acaso que a construção de uma evolução histórica da jurisdição constitucional no Brasil republicano tem se tornado um dos mais poderosos pilares da construção da imagem que hoje se faz do Supremo Tribunal Federal.

Para além da correção dos argumentos de ambos os lados da contenda que se instalara, os eventos de abril de 2013, por sua própria gravidade, logo despertaram o interesse acadêmico voltado à compreensão dos limites do órgão de cúpula do Poder Judiciário em sua relação com os Poderes Executivo e Legislativo, especialmente em virtude da faculdade àquele conferida no mister de definir a “última palavra” em matéria constitucional.

Como escreveu José Ortega y Gasset nos idos da década de 1920, “surpreender-se, estranhar, é começar a entender”.⁸ De certa maneira, o estranhamento provocado pelo confronto explícito a pôr em risco a retórica harmonia entre os Poderes prometida pelo artigo 1º da Constituição Federal de 1988 foi o grande responsável pelo interesse primário no estudo da história do Supremo Tribunal Federal, ponto de partida da presente investigação.

Porém, esclareça-se, desde já, que esta dissertação não pretende analisar a jurisdição constitucional no Brasil de hoje a partir da busca das “raízes” do quadro institucional atual, marcado pela proeminência de uma Suprema Corte que se vale, ela mesmo, da construção de um discurso sobre seu próprio passado para legitimar a fruição dos poderes de que dispõe no presente.⁹ Antes, procura-se aqui justamente questionar os trabalhos que, a partir da construção de argumentos de autoridade de viés históricos, acabam por alçar o Supremo Tribunal Federal no pós-1988 ao patamar de ente soberano e inquestionável – o que tem sido uma tônica no debate atual, conforme se verificou na reação à PEC n. 33/2011 anteriormente mencionada.

Em um trabalho de história das ideias que não se confunde com a *histoire événementielle*¹⁰, os debates derivados da recepção da teoria norte-americana do *judicial review*

⁸ ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas* (e-book). Ed. Ridendo Castigat Mores; p. 60. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/ortega.pdf> Acesso em 15/06/2016.

⁹ HESPANHA, A. Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012; p. 14.

¹⁰ Por *histoire événementielle*, estamos compreendendo a visão positivista da história como crônica de acontecimentos, tal qual combatida pela corrente historiográfica francesa conhecida como *École des Annales*, que proponha, desde a sua fundação em 1929, substituir o tempo breve da história dos acontecimentos pelos processos de longa duração, com o objetivo de tornar inteligíveis a civilização e as “mentalidades”. A propósito, cf. BURKE, Peter. *A Escola dos Annales: 1929-1989*. São Paulo: Edit. Univ. Estadual Paulista, 1991.

pelo sistema jurídico brasileiro durante as primeiras décadas da Primeira República (1889/1930) constituem o pano de fundo de uma narrativa que, investigando o cenário de incertezas que marcou a instituição do novo regime, pretende demonstrar que a contenda a respeito da legitimidade da jurisdição constitucional e dos limites de atuação de seu órgão de cúpula é tão antiga quanto a própria República, e que o desenvolvimento da Suprema Corte no século XX poderia ter tomado rumos diametralmente opostos àqueles hoje verificados.

Tal construção será desenvolvida a partir da análise dos diversos projetos de Tribunal existentes quando da Proclamação da República e, nos anos que lhe sucederam, das discussões a respeito dos limites de atuação da Justiça quando confrontada com a apreciação de matérias de reflexos iminentemente políticos, sumariamente simbolizada na escolha dos trechos que servem de epígrafe a esta Introdução.

Assim, objetiva-se demonstrar a fragilidade das conclusões que se pretendem históricas segundo as quais, malgrado a teoria constitucional brasileira teria nascido com a proclamação da República e, mais especificamente, com a Constituição de 1891,¹¹ o Tribunal republicano não teria alcançado de imediato todas as suas potencialidades em virtude de um suposto atraso cognitivo dos ministros e juristas da época¹² – incapazes que seriam de vislumbrarem as virtudes derivadas de uma maior interferência do Poder Judiciário na vida pública nacional, apanágio do constitucionalismo brasileiro no pós-1988.

Para tanto, a presente investigação parte do pressuposto de que leituras dessa natureza padecem de grave vício de origem: ignoram a existência de regimes de historicidade (ou, ainda, camadas de temporalidades) distintos, cuja apreensão revela-se essencial à compreensão da construção do direito.

Isso porque estudar o processo de institucionalização do Supremo Tribunal Federal no início da Primeira República implica reconhecer a coexistência de um “tempo social e político”, marcado pela substituição do regime monárquico pelo republicano em um contexto de enlaçamento de tradição e modernidade na virada do século XIX para o século XX, com um

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica* (3ª ed.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013; p. 500.

¹² NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1943; p. 168; BOSSON, Luís Felipe. *História dos conflitos do Supremo Tribunal Federal com os outros Poderes da República*. In: FIÚZA, César (coord.). *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2002; p. 177; COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ed. UNESP, 2006; p. 25; MARTINS, Wilson. *História da Inteligência Brasileira*. Vol. IV: 1915-1933. São Paulo: Ed. Cultrix, 1978; p. 21.

“tempo do direito” que – não obstante influenciado por aquele – não pode ser mensurado no mesmo compasso de dias, meses e anos.

Torna-se possível, assim, defender a hipótese de que a Constituição de 1891 – marco de institucionalização do regime republicano – não deve ser tomada como a “certidão de nascimento” da jurisdição constitucional brasileira, uma vez que o “tempo do direito” engloba, em uma longa duração, mudanças que já estavam sendo lentamente operadas no Império, bem como abarca as diversas discussões impulsionadas pela atuação do Supremo Tribunal Federal nos anos subsequentes.

Nesse ambiente argumentativo, tais explicações ora combatidas – especialmente no ponto em que procuram julgar, em exercício anacrônico, a atuação dos ministros e juristas brasileiros do final do século XIX – falham em compreender que a construção do direito e de suas instituições é um processo complexo que se desenvolve a partir de uma linguagem, de uma técnica própria; ignoram que, em períodos de transição, as transformações do direito se dão por intermédio da elaboração de um discurso técnico que se transforma em uma velocidade distinta daquela verificada nos acontecimentos políticos – valendo-se de institutos jurídicos por vezes seculares cujos pressupostos teóricos não podem ser revolucionados de uma vez por todas.

E mais: enxergar na promulgação da Constituição de 1981 o marco zero da “evolução” do controle de constitucionalidade no Brasil revela-se tese que, no limite, pode produzir o dano colateral de enxergar o início da atuação do Supremo Tribunal Federal na Primeira República como uma pré-história da jurisdição constitucional brasileira, a ser devidamente amadurecida ao longo do século XX rumo ao “estado da arte” atual – justamente a premissa cuja adoção tem vedado o aprofundamento, nos dias atuais, de discussões a respeito da própria legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal no presente.

Por isso, a presente investigação terá cumprido seu objetivo se lograr demonstrar que qualquer tentativa de construir uma teoria estanque da jurisdição constitucional no Brasil, calcada em um suposto avanço inevitável do papel da Suprema Corte na vida política nacional e que entenda a inauguração do regime republicano, em 1889, e a instituição do Supremo Tribunal Federal, em 1891, como a primeira etapa de um processo uniforme e evolucionista de construção do “melhor dos Tribunais possíveis” (à moda do Dr. Pangloss, personagem de Voltaire em *Candido*, ou *O Otimismo*¹³), fatalmente incorrerá em anacronismos e imprecisões históricas.

¹³ VOLTAIRE, François Marie Arouet. *Candido, ou O Otimismo*. São Paulo: Ed. L&PM Pocket, 2014.

*

Para tanto, a presente dissertação contou com a seguinte organização topográfica.

No primeiro capítulo (Mudança de regime e incerteza institucional: a instauração do regime republicano e o ambiente jurídico-intelectual ao final do século XIX no Brasil), será analisado – a partir da chave explicativa fornecida pelo par conceitual tradição e modernidade e com apoio nas contribuições teóricas de historiadores como o alemão Reinhart Koselleck e o francês François Hartog – como, no tempo histórico da virada do século XIX para o século XX, a Proclamação da República no Brasil se deu em meio à recepção das ideias e do vocabulário institucional dos Estados Unidos da América, tido naquele momento por boa parte da elite intelectual brasileira como a senha, o passaporte para a modernidade. Nesse cenário, será defendida a hipótese de que, nos primeiros anos do novo regime, as instituições nacionais experimentaram célere e profunda transformação, alargando-se em curto espaço de tempo a distância outrora existente entre o espaço de experiência e o horizonte de expectativa dos principais personagens desta narrativa, a elite jurídica brasileira.

Assim, o conturbado período de transição da Monarquia à República passa a ser entendido como palco de inúmeras experimentações teóricas e práticas visando a construção da nova arquitetura institucional brasileira, especialmente em virtude da inequívoca novidade trazida pela proclamação da República e a derrocada da ordem imperial e monárquica – evitando-se, porém, que a narrativa deixe-se levar pela retórica construída pelos vitoriosos republicanos no sentido de que o passado imperial se fora sem deixar rastros junto à comitiva de D Pedro II rumo à Paris, tal qual faziam crer, mais de cem anos antes, os revolucionários que, na mesma capital francesa, proclamavam estar sepultado todo o passado monárquico anterior à tomada da Bastilha sob o vago rótulo de *Ancien Régime*.

Nesse ambiente, argumenta-se que a adoção da forma republicana, do presidencialismo, do federalismo e, especialmente, do *judicial review* forneceu um rico mosaico de influências aos construtores do novo regime, contribuindo para a adoção de um vocabulário e de uma teoria constitucional moderna possivelmente capaz de enfrentar questões que se mostravam de mais a mais urgentes na nova realidade institucional brasileira em uma composição fluida com os elementos da tradição jurídica imperial – tomando-se a tradição não como um óbice à evolução da sociedade, mas, antes, como parte constitutiva do próprio tempo histórico no qual inseridos os agentes sociais.

No segundo capítulo (Uma Corte Republicana?), a preocupação inicial será, com base na historiografia disponível, indicar que mudanças na concepção do Poder Judiciário e nas discussões a respeito da atuação dos magistrados brasileiros em matéria de direito público já estavam sendo lentamente construídas desde o Império – processo que, no entanto, foi catalisado pela Proclamação da República e pelos eventos que a esta se seguiram. Ato contínuo, será defendido, que, com a abertura de indeterminadas possibilidades promovida pela instituição do regime republicano, uma multiplicidade de projetos e cenários possíveis submergiu, o que se traduziu na elaboração de soluções diversas à questão da organização judiciária e da relação da magistratura com a aplicação e a interpretação do texto constitucional – o que será visualizado pela análise dos anteprojetos elaborados ao longo do Governo Provisório (1889/1891), dentre os quais o modelo de Supremo Tribunal Federal proposto especialmente por Rui Barbosa e por Campos Sales, vencedor com a redação final da Constituição de 1891, esteve longe de granjear a simpatia unânime da *intelligentsia* jurídica nacional.

Assim, tomando-se como premissa argumentativa o fato de que a previsão do *judicial review* no texto constitucional tal qual arquitetada por Rui Barbosa e Campos Sales (apenas uma das possibilidades de controle de constitucionalidade ventiladas ao longo do período do Governo Provisório) não se fez acompanhar de maiores discussões no seio do Congresso Constituinte (1890/1891), especialmente no que diz respeito à definição dos limites de atuação do Tribunal republicano na vida política da Nação, será demonstrado que a exata definição (e o alargamento) das atribuições do novo Tribunal apenas foi sendo lapidada com o passar do tempo e a partir da atuação de seus ministros e das críticas então suscitadas.

Nesse sentido, o terceiro e último capítulo (Um Tribunal em Construção) procura elaborar uma sugestão de narrativa para uma melhor compreensão dos primeiros anos do Supremo Tribunal Federal a partir da análise da premente questão dos limites entre o Direito e a Política, grande chave de distinção trazida pela modernidade republicana que acabou por conferir ares de urgência a um debate já em gestação pela tradição imperial em meio à construção (nem sempre tranquila) da delimitação de poderes entre os órgãos da soberania nacional.

Tomando como ponto de partida os julgamentos do Supremo Tribunal Federal em sede de *habeas corpus* (nos quais se suscitaram algumas das mais importantes questões constitucionais à época), procura-se evidenciar a importância dos debates travados na Corte e também fora dela para a concretização do novo Tribunal republicano. Nesse ponto, ganhará

destaque a maneira pela qual a questão dos limites de atuação do Poder Judiciário em matérias relevantes à vida política nacional (peça-chave à compreensão do início da história do Supremo Tribunal Federal a partir da análise da recepção do judicial review) foi colocada pela jurisprudência e pelos juristas brasileiros na Primeira República – demonstrando-se que os ministros e juristas que defendiam ora uma alargamento ora um estreitamento do raio de atuação do Poder Judiciário na vida pública nacional se valiam do mesmo e moderno vocabulário norte-americano, sem, no entanto, olvidar por completo a tradição jurídica anterior e a complexa teia de interesse que impactavam subliminarmente na construção das decisões da Corte.

É a partir desse itinerário metodológico que se pretende jogar luz sobre a construção da própria localização do Supremo Tribunal Federal no desenho institucional da República nascente, ao tempo em que se procura relativizar mistificações por anos reproduzidas em prol da construção de um projeto de legitimação da jurisdição constitucional no Brasil do século XIX.

Capítulo 1

Mudança de regime e incerteza institucional: a instauração do regime republicano e o ambiente jurídico-intelectual ao final do século XIX no Brasil

1.1 Da Monarquia à República: tradição e modernidade na virada do século

Assim ele vai, corre, procura. O quê? Certamente esse homem, tal como o descrevi, esse solitário dotado de uma imaginação ativa, sempre viajando através do grande deserto de homens, tem um objetivo mais elevado do que o de um simples flâneur, um objetivo mais geral, diverso do prazer efêmero da circunstância. Ele busca esse algo, ao qual se permitirá chamar de Modernidade; pois não me ocorre melhor palavra para exprimir a ideia em questão. Trata-se, para ele, de tirar da moda o que esta pode conter de poético no histórico, de extrair o eterno do transitório. Se lançarmos um olhar a nossas exposições de quadros modernos, ficaremos espantados com a tendência geral dos artistas para vestirem todas as personagens com indumentária antiga. Quase todas se servem das modas e dos móveis do Renascimento, como David se servia das modas e dos móveis romanos. Há, no entanto, uma diferença, pois David, tendo escolhido temas especificamente gregos ou romanos, não podia agir de outra forma senão vesti-los à moda antiga, enquanto os pintores atuais, escolhendo temas de uma natureza geral que podem se aplicar a todas as épocas, obstinam-se em fantasiá-los com trajes da Idade Média, do Renascimento ou do Oriente. Evidentemente, é sinal de uma grande preguiça; pois é muito mais cômodo declarar que tudo é absolutamente feio no vestuário de uma época do que se esforçar por extrair dele a beleza misteriosa que possa conter, por mínima ou tênue que seja. A Modernidade é o transitório, o efêmero, o contingente, é a metade da arte, sendo a outra metade o eterno e o imutável.

Charles Baudelaire

“A Modernidade”, em O Pintor da Vida Moderna

Ao final do século XIX, o cenário institucional brasileiro revestia-se do signo da imprevisibilidade. Ao menos no plano jurídico, a mudança de regime político operada em 1889 e consolidada com a promulgação da Constituição de 1891 representou uma ruptura com a tradição jurídica dos tempos imperiais, ainda que se saiba que toda ruptura não se dá imediatamente, consubstanciando-se, antes, em uma acomodação de tradições que se interpenetram gradualmente em um movimento de ressignificação que garante a atualidade dos bens culturais recebidos do passado.¹⁴

¹⁴ KIRSCHNER, Tereza Cristina; LACERDA, Sonia. *Tradição Intelectual e espaços historiográficos*. In: Textos de História, Brasília, vol. 5, nº 2, 1997; p. 17.

Tal qual arquitetada pelo historiador francês François Hartog, a noção de regime de historicidade revela-se operativa e fornece caminhos interpretativos não convencionais à análise da República brasileira em seus primeiros anos, a partir do estudo da maneira pela qual os atores históricos entendiam a relação do novo regime com as noções de progresso e modernidade tão caras à passagem do século XIX ao século XX, emprestando-lhe sentidos particulares e expectativas de futuro igualmente distintas.

Segundo François Hartog, a noção de regime de historicidade não é uma realidade dada; cuida-se, a bem da verdade, de uma categoria formal a ser construída pelo historiador que se aproxima do tipo-ideal weberiano, podendo ser compreendida como “uma maneira de engrenar passado, presente e futuro”, expressando “a forma da condição histórica, a maneira como um indivíduo ou uma coletividade se instaura e se desenvolve no tempo”.¹⁵

Igualmente operativa se mostra a categoria propedêutica de tempo histórico construída pelo historiador Reinhart Koselleck, segundo quem este tempo histórico – que, diga-se, não se confunde com o tempo cronológico – seria produzido pela distância (tensão) criada entre o “espaço de experiência” e o “horizonte de expectativa” nos quais se inserem agentes históricos em determinado contexto, oferecendo, assim, uma “chave para mostrar o tempo histórico em mutação”.¹⁶

Para Reinhart Koselleck, a quem muito deve o trabalho posteriormente desenvolvido por François Hartog, um processo de “temporalização das histórias” teria tido lugar no seio da civilização ocidental desde o último quartel do século XVIII, de modo que o conceito moderno de “História”, no singular maiúsculo, concebido como uma entidade *en soi même*, de natureza teleológica e (quase) metafísica, modificou inclusive a compreensão que a civilização ocidental passou a nutrir com relação à passagem do tempo.

Nesse ambiente, a Revolução Francesa iniciada em 1789, especialmente em razão da maneira pela qual se desenvolveu, abolindo radicalmente o passado sob o vago rótulo de *Ancien Régime* com vista à criação do Novo Homem, o Cidadão, acabou por levar a uma nova relação dos diversos grupos sociais com o próprio tempo histórico. Desde o final do século XVIII, assinala Reinhart Koselleck, essa relação temporal de articulação no presente das categorias do

¹⁵ HARTOG, François. *Regimes de historicidade: presentismo e experiências do tempo*. Belo Horizonte: Ed. Autêntica, 2013; p. 12.

¹⁶ KOSELLECK, Reinhart. “Espaço de experiência” e “horizonte de expectativa”: duas categorias históricas. *In: Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto, 2006; p. 322.

passado e do futuro torna-se de mais a mais assimétrica, deixando o passado de informar a experiência do presente e, via de consequência, de guiar a ação para o futuro, entendido como um horizonte de expectativas em aberto, a serem traçadas com o auxílio da moderna razão instrumental de matriz iluminista.

Não por acaso, François Hartog, com apoio nas lições já clássicas de Reinhart Koselleck, observa que, “desde então, o tempo não é mais somente o quadro do que acontece; as coisas não se dão mais no tempo, mas pelo tempo: ele se transforma em ator”, de modo que “é da tensão entre a experiência e a expectativa que resulta propriamente o tempo histórico”.¹⁷

Retomando as ideias de Reinhart Koselleck, no *Ancien Régime*, os atores sociais voltavam suas atenções ao estudo das lições do passado com o escopo de compreender o desenrolar dos acontecimentos no presente e, simultaneamente, projetar o futuro (nos moldes da milenar *historia magistra vitae*, do romano Cícero). No regime moderno, *contrario sensu*, é a categoria do futuro – entendida como o farol luminoso que torna o presente compreensível – que assume papel de destaque na ribalta da compreensão do tempo histórico: no singular maiúsculo, a própria História passa a designar uma sequência progressiva e unificada de eventos que, vistos como um todo, constituíram a marcha teleológica dos povos rumo ao progresso e à civilização, afastando-se, cada vez mais rapidamente, do atraso e da barbárie.¹⁸

É nesse contexto geral pincelado por Reinhart Koselleck que deve ser compreendido, inclusive, o surgimento do conceito moderno de Constituição, entendido como documento formal que, partindo da experiência passada de uma comunidade, objetiva principalmente direcionar o seu futuro com base nos valores à época considerados relevantes pelos atores do processo constituinte. Abandona-se, a partir de então, o arquétipo da Antiga Constituição, uma visão que consiste em descrever o modo de ser de um povo no tempo, seus costumes e suas normas cristalizadas pela tradição. Aliás, sequer faria sentido, tendo à vista o conceito da Antiga Constituição, falar inclusive de sua promulgação. Com efeito, a própria concepção histórica que embasava a própria ideia pré-moderna de Constituição estava centrada no pressuposto de que as instituições nacionais são frutos da experiência, moldadas lentamente como o resultado de centenas de ajustes realizados de acordo com as necessidades circunstanciais de um povo. A propósito, ao tratar da assim denominada teoria da Antiga Constituição (*Doctrine of the Ancient Constitution*), o historiador J. G. A. Pocock a conceitua a partir de uma concepção política e

¹⁷ HARTOG, *Op. Cit.*; p. 4.

¹⁸ KOSELLECK, Reinhart. *O Futuro passado dos tempos modernos*. In: *Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto, 2006.

social segundo a qual a lei comum (*Common Law*) é consuetudinária, isto é, cuja origem é encontrada nos usos tradicionais do povo e cuja declaração, interpretação e aplicação são feitas pelas Cortes de Justiça.¹⁹ Em suma, uma tradição intelectual diametralmente oposta aos sistemas racionalistas tão caros ao século XVIII e que estão na base do conceito moderno de Constituição, imerso em uma nova concepção na qual a própria História passa a designar uma sequência progressiva e unificada de eventos que, vistos como um todo, constituiriam a marcha da humanidade, cujas aspirações haveriam de ser fixadas em uma Lei Maior, a Constituição formal, escrita.

Nesse cenário moderno, com o futuro se abrindo a indeterminadas possibilidades e expectativas, o passado tornava-se cada vez menos referência para as mudanças a serem realizadas a partir de um arquétipo constitucional escrito. As transformações sociais, portanto, se deparam justamente com essa multiplicidade de projetos constitucionais possíveis, tornando-se o próprio tempo histórico daí forjado um elemento central da atuação dos atores sociais em movimento. Particularmente, o momento constituinte do início da República brasileira não pôde escapar desse movimento geral.

A despeito das inúmeras e justificadas críticas ao caráter oligárquico e excludente da Primeira República construídas pela historiografia brasileira no decorrer do século XX²⁰, é certo que, em seus primeiros anos, as instituições nacionais experimentaram célere e profunda transformação, alargando-se em curto espaço de tempo a distância outrora existente entre o espaço de experiência e o horizonte de expectativa dos principais personagens desta narrativa, a elite jurídica brasileira.

Como escreve a historiadora Hebe Mattos, “em menos de dois anos, uma monarquia, ainda que constitucional, mas repleta de hierarquias e títulos de nobreza [...] tinha se

¹⁹ POCOCK, J. G. A. *Burke and the Ancient Constitution*. In: *Politics, Language and Time*. Chicago: The University of Chicago Press, 1989; p. 205. Uma boa caracterização da Teoria da Antiga Constituição pode ser encontrada nos escritos do historiador George Gengembre a propósito da relação do Iluminismo britânico com a Constituição em contraposição àquela dos iluministas do outro lado do Canal da Mancha. Segundo Gengembre, “o povo inglês construiu para si mesmo, lenta, mas seguramente, uma Constituição, no curso dos tempos. Tornada seu patrimônio, enriquecida pela contribuição de gerações sucessivas, ela ilustra o laço entre conservação e progresso: o aperfeiçoamento conserva as conquistas. Sempre vivo e ativo o passado informa constantemente o presente”. GENGEMBRE, George. *Burke*. In: FURRET, François; OZOUF, Mona (org.) *Dicionário Crítico da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1989; p. 937.

²⁰ A propósito, cf.: LYNCH, Christian Edward Cyril. *Da Monarquia à Oligarquia: História institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930)*. São Paulo: Ed. Alameda, 2014; RESENDE, Maria Efigênia Lage de. *O processo político na Primeira República e o liberalismo oligárquico*. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (Orgs.). *O Brasil republicano (vol. 1): o tempo do liberalismo excludente*. Rio de Janeiro. Ed. Civilização Brasileira, 2003.

transformado em uma república cujo poder se assentava, a princípio, no sufrágio popular”.²¹ Ora, cuida-se de mudança que, ao menos no plano das formas jurídicas, admitiria uma ampliação da participação popular decorrente do ingresso de um maior número de pessoas à arena política e, por conseguinte, uma multiplicidade de novas projeções na luta pelo poder e pela definição das bases de atuação estatal, inclusive no que diz respeito à definição das competências e dos limites de atuação do Poder Judiciário.

Mesmo entre aqueles que privilegiam a ótica segundo a qual a ordem de nítida vocação oligárquica instituída com a queda da Monarquia em 1889 não mais representaria do que a materialização de um projeto excludente meticulosamente projetado por uma elite liberal aristocrática, subsiste a convicção de que poucas Constituições brasileiras teriam sido “cercada de tantas expectativas e considerações como aquela que primeiro serviu de marco legal à República”, uma vez que, aos olhos dos “republicanos de boa fé”, “a nova Carta preparava o país para uma nova era de democracia, grandeza e prosperidade, associada ao irresistível movimento político do continente americano”.²²

Nesse sentido, o conturbado período de transição da Monarquia à República acabou por servir de palco a inúmeras experimentações teóricas e práticas visando a construção da nova arquitetura institucional brasileira, especialmente em virtude da inequívoca novidade trazida pela proclamação da República e a derrocada da ordem imperial e monárquica. Como observa o professor Airton Cerqueira Leite Seelaender,

para que se criem ideias políticas novas, é preciso que uma dada sociedade, ou parte dela, já não mais se satisfaça com aquelas com que conta. Assim sendo, na maioria das vezes os grandes surtos criadores no pensamento político são resultado de alterações substanciais da realidade social, em períodos de transição; estes, afinal, por sua própria natureza tendem a ocasionar a aparição de novas indagações.²³

Para a antropóloga Lilia Moritz Schwarcz, “a virada do século XIX para o XX apresentou, no Brasil, características tão dramáticas quanto decisivas para o destino futuro do país”. Experimentando os brasileiros uma “espécie de suspensão das restrições de fundo legal, moral, político e social, tradicionalmente vigentes”, “o cenário que então se abriu era propício a todo tipo de utopia e projeção”. Em conclusão, “a República seguiu alardeando promessas de

²¹ MATTOS, Hebe. *A vida política*. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz (coord.). *História do Brasil Nação: 1808-2010* (volume 3): A abertura para o mundo (1889-1930). São Paulo: Ed. Objetiva, 2012; p. 92.

²² LYNCH, Christian Edward Cyril. *Da Monarquia à Oligarquia: História institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930)*. São Paulo: Ed. Alameda, 2014; p. 16.

²³ SEELAENDER, A. L. C. L. *Surgimento da ideia de liberdades essenciais relativas à informação - a Areopagítica' de Milton*. In: *Revista da Faculdade de Direito (USP)*, São Paulo, v. 86, 1991; p. 191.

igualdade e de cidadania – uma modernidade que se impunha menos como opção e mais como etapa obrigatória e incontornável”.²⁴

Em sentido semelhante, a historiadora Maria Tereza Chaves de Mello observa – valendo-se das críticas às filosofias da história tão caras ao pensamento oitocentista e de caráter marcadamente teleológico e evolucionista – que “a difusão de uma cultura democrática e científica no final do Império criou uma disponibilidade mental e afetiva à ideia de república no Brasil”, de modo que o próprio termo república “expandiu seu campo semântico incorporando as ideias de liberdade, progresso, ciência, democracia, termos que apontavam, todos, para um futuro desejado”, congregando em si, a um só tempo, “a oposição ao passado e a expectativa social de futuro”:

Em consonância com marcadas alterações socioeconômicas, novas ideias penetraram intensamente a sociedade brasileira letrada – e talvez não só nela – a partir da década de 1870. A mais profunda mudança por elas produzida foi a de dar um conteúdo histórico à já difundida e assimilada noção de progresso, noção que, agora, extravasava o campo dos avanços materiais que, entretanto, tanto maravilhavam os contemporâneos, orgulhosos do seu tempo. Valendo-nos de códigos visuais da época, alcançar o progresso exigia o embarque no trem da evolução rumo à estação “civilização”. Um lugar pré-figurado de paisagem definida. Dito em outra escala: uma teleologia que dava direção e sentido ao tempo linear ascendente.²⁵

Assim, prossegue Maria Tereza Chaves de Mello, em um “contexto de desejo de futuro, como sinônimo simultâneo de democracia e ciência, República foi o nome brasileiro da Modernidade”.²⁶ Sob tal perspectiva, é possível identificar no início da República o marco de uma verdadeira e potencialmente radical mutação na compreensão do tempo histórico. De um lado, à experiência monárquica (espaço de experiência) vai sendo acrescido o signo do atraso, do indesejável; de outro, a ideia de *res publica* (horizonte de expectativas) vai se firmando como o farol da novidade, da civilização e do progresso (à época, tomados quase como sinônimos).

Em consonância com essa tese, podemos mencionar, a título exemplificativo, o teor da Mensagem dirigida ao Congresso Nacional pelo então chefe do Governo Provisório da República, Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, quando da sessão de instalação do Congresso Constituinte no aniversário de um ano da Proclamação da República, em 15 de novembro de

²⁴ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *As marcas do período*. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz (coord.). História do Brasil Nação: 1808-2010 (volume 3): A abertura para o mundo (1889-1930). São Paulo: Ed. Objetiva, 2012; p. 19.

²⁵ CHAVES DE MELLO, Maria Tereza. *A Modernidade Republicana*. In: Revista Tempo. Número 26: Dossiê “A Nova ‘Velha’ República”, janeiro de 2009; p. 19.

²⁶ Idem; p. 31.

1890, tendo em vista que ilustra a retórica compartilhada pelos novos mandatários a respeito de quais haveriam de ser os caracteres particulares do regime republicano em seu nascedouro.

A par dos arroubos retóricos que encontram vasto campo de penetração no seio dos discursos laudatórios e comemorativos, há que se considerar que, em sua manifestação, o presidente Deodoro da Fonseca – republicano de última hora que relutou, até o último momento, em pôr fim ao reinado de D. Pedro II, com quem travara boas e cordiais relações – contrapõe a “obra meritória e redentora de 15 de novembro” (símbolo da “integralização democrática da América”) às “instituições derrocadas”, “meras excrescências superpostas sobre uma sociedade americana de cujo seio não emergiram e que nunca puderam ser assimiladas”.²⁷

A monarquia – tida como “obra sem raízes na História” e que, portanto, “não poderia falar à imaginação e gratidão dos povos” – torna-se, no discurso vitorioso, o reino da “vontade irresponsável do ex-Imperador”, ao passo que a proclamação da República passa a simbolizar “a vitória da democracia”.²⁸ Nesse quadro, a Monarquia emerge, nas palavras do então Chefe do Executivo, sob as vestes de um “passado de opressivas desigualdades”. O Império oitocentista passa a ser retratado como o “regime onde o império da lei se achava completamente falseado”. Em síntese, procura-se opor, de um lado, o “absolutismo” e a “tirania” e, de outro, a “civilização” e o “progresso”.²⁹

Escrevendo décadas mais tarde, em 1931, Geminiano da Franco, jurista que se propôs a escrever uma História do Poder Judiciário no Brasil da Colônia ao início da República, observava, ao tratar das transformações operadas nas instituições jurídicas com a Proclamação da República, que, a partir dos eventos de 15 de novembro de 1889, “uma nevrose reacionária apoderou-se dos sectários das ideias republicanas”, que, embora minoritários, notabilizaram-se por um “radicalismo excessivo”. Em suas palavras, aos republicanos impunha-se refundar todo o sistema administrativo e político nacional:

Na nova Igreja só podiam comungar os fiéis do novo credo, aqueles que tivessem passado pelas águas lustrais da propaganda. Os servidores da Monarquia tinham o sangue desonrado e a diátese da corrupção. O furor iconoclasta, o espasmo jacobinista, chegou ao extremo de investir contra os símbolos imperiais, e exigindo a destruição de um monumento só por nele figurar a esfinge do primeiro imperador.³⁰

²⁷ BRASIL. *Anais da Constituinte de 1890*; v.1, p. 159.

²⁸ Idem.

²⁹ Ibidem; p. 162.

³⁰ DA FRANCA, Geminiano. *O Poder Judiciário no Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio: 1931; p. 44. Possivelmente, o mais notável dos exemplos acerca da necessidade de rejeição do passado em momentos de rupturas históricas tenha se dado com a Revolução Francesa, quando, ainda em 1789, optaram os revolucionários franceses pela rejeição radical do passado, recusando, sob o vago rótulo de “*Ancien Régime*” tudo

Mal os acontecimentos de 15 de novembro de 1889 iam sendo assimilados e se multiplicavam os esforços para transformar em República o que era Império. A “Corte” tornou-se “Capital Federal”. Em seu coração, o Campo da Aclamação passou a se chamar Praça da República; a estrada de ferro D. Pedro II converteu-se em Central do Brasil.³¹

Nesse particular tempo histórico referente à transição do Império à República, a categoria do presente, por sua vez, revelava-se, em certa medida, incompreensível, o que, via de consequência, enevoava projeções confiáveis de futuro – o que não deixa de ser comum aos períodos tidos como “de transição”.

Interessante, neste particular, a apropriação realizada por François Hartog da noção de “brecha (*gap*) entre o passado o futuro (*between past and future*)” construída por Hannah Arendt para se compreender esta espécie de “estranho entremeio no tempo histórico, onde se toma consciência de um intervalo no tempo inteiramente determinado por coisas que não são mais e por coisas que ainda não são”.³² Em suma, esse “presente perpétuo” seria um período suspenso, no qual, procurando enterrar um passado e construir um futuro, os atores careceriam de uma base sólida sob a qual poderiam andar, de modo que, sem referências seguras no passado – “inventando tradições”, inclusive, se necessário – tudo poderia ocorrer.

E foi justamente nesse “presente perpétuo” que se deu o primeiro momento constituinte da República. A propósito, tomando por base as palavras do professor Gilberto Bercovici, constata-se ser justamente essa uma das mais interessantes facetas dos processos de formulação de uma Constituição. Para Bercovici, o poder constituinte “não tem forma predeterminada de manifestação e carece de limites jurídicos”, mesmo porque, “se os tivesse, não poderia criar uma nova ordem, mas se moveria no marco da ordem preexistente, não seria constituinte, seria constituído”³³ – o que apenas contribui para se alcançar a conclusão de que, neste “presente

aquilo que a precedeu. A propósito, cf. BARBOSA, Eduardo Ubaldo. *O momento Burke: notas para a história de um Iluminismo contrarrevolucionário*. In: Em tempo de História (v. 1), Brasília, 2015; p.49-65.

³¹ Segundo Ângela Alonso, pretendiam os republicanos passar a cidade a limpo. Em suas palavras, “a Capital Federal virou terra de reformistas, ávidos por laicizar o estado, antes católico, e revogar etiquetas e hierarquias aristocráticas. O Rio sede da sociedade de corte virou pátria de ‘cidadãos’, termo com o qual os republicanos assinavam documentos oficiais, em rememoração tardia dos ritos da Revolução Francesa.” In: ALONSO, Ângela. *De Corte a Capital Federal: o Rio de Janeiro na passagem do Império à República*. In: Instituto Moreira Salles (Org.). O Rio de Marc Ferrez. São Paulo: Ed. IMS, v. 1, 2015; p. 230.

³² HARTOG, *Op. Cit.*; p. 22.

³³ BERCOVICI, Gilberto. *O Poder Constituinte do povo do Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte*. In: Constituição e Poder Constituinte: Lua Nova - Revista de Cultura e Política n. 88, 2013; p. 309.

suspensão”, narrativas e projeções de futuro encontram-se em gestação sem que seja possível saber, de antemão, os contornos que tomarão *a posteriori*.

Nesse sentido, o constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho leciona, com apoio nas já mencionadas categorias propedêuticas elaboradas por Reinhart Koselleck, que várias são as “instâncias de temporalidade” a serem convocadas visando a construção de uma “teoria da Constituição temporalmente adequada”:

Em primeiro lugar, qualquer constituição é o “presente do passado”, pois não deixa de ser “memória na história” mesmo quando propõe rupturas (revolucionárias ou não) com o seu passado. Em segundo lugar, é o “presente do presente”, pois ela dedica sempre uma indispensável *attentio* à conformação da ordem jurídica actual. Pretende ser – nalguns casos, como veremos, de forma utópico-programática –, o “presente do futuro” ao proclamar tarefas e fins para o futuro, mas, sobretudo, ao antecipar expectativas de se converter em lei para as gerações futuras. Neste sentido, a teoria da Constituição tanto localiza lugares filosóficos de esperança (“horizonte de expectativa”) como insiste nos lugares de experiência (“espaço de experiência”).³⁴

Retomando o marco teórico anteriormente fixado, a se tomar por base a mais recente produção historiográfica a respeito da Primeira República, especialmente a partir dos estudos empreendidos pelo historiador Nicolau Sevcenko em laborioso diálogo entre os campos da história cultural e da história social, o momento constituinte do final do século XIX se oferecia aos olhos da intelectualidade brasileira como uma oportunidade histórica única para, nesse “presente do futuro”, tornar o Brasil uma Nação moderna. Cuidava-se, em outras palavras, de alinhar a nova República ao centro gravitacional da Civilização não apenas no arranjo político, jurídico e institucional, mas também a partir das transformações dos usos e costumes culturais de uma sociedade (ainda) essencialmente agrária, analfabeta e atrasada.³⁵

Nesse contexto, a Proclamação da República foi acompanhada pela irrupção de movimento intelectual que, procurando desvencilhar-se do atraso monárquico, arrogava-se a condição de porta-voz da modernidade. Considerando-se autênticos intérpretes do estado de espírito moderno, grupos os mais diversos enxergavam-se como os únicos capazes de transmutar, no presente, a natureza da sociedade e das instituições brasileiras, relegando à

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra, Ed. Almedina, 2006; p. 26.

³⁵ SEVCENKO, Nicolau. *Literatura como missão: tensões sociais e criação cultural na Primeira República*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2003.

poeira do tempo o arcaísmo oitocentista com vistas à construção da modernidade republicana, expiando os “pecados” do passado recente.³⁶

Daí a expressão cunhada por Luís Martins – jornalista de *O Estado de São Paulo* que, inspirado na leitura de *Sobrados e mucambos* de Gilberto Freyre³⁷, emprestou-lhes uma roupagem freudiana em *O Patriarca e o Bacharel*, ensaio de pretensões sociológicas originalmente publicado em 1953 – para se referir à geração que fez a República: “geração parricida”. Para Luís Martins, no contexto da decadência do patriarcado rural e a conseqüente ascensão do liberalismo urbano analisado pelo sociólogo pernambucano, “duas entidades históricas do passado brasileiro sintetizavam os dois grupos sociais, as duas gerações: o fazendeiro e o bacharel”:

A segunda substituiu a primeira, isto é, os filhos venceram os pais na luta pelo progresso e pela civilização. Tratava-se, nitidamente, de uma situação edipiana. De fato, não havia, no caso, uma simples sucessão, imposta na marcha do tempo. Num momento decisivo da evolução brasileira – segunda metade do século XIX –, estabelecia-se um conflito de concepções, de mentalidade, de moral e de posição diante dos problemas sociais. Um conflito radical, entre o homem rural, conservador, escravocrata, monarquista, de gostos clássicos e o indivíduo mais jovem, urbano por excelência, liberal, republicano, de tendências românticas. [...] A geração dos bacharéis românticos fez a República, assimilando a figura hostilizada do Pai, até então encarnada na do potentado rural, à do imperador D. Pedro II, que passou a simbolizar, mais do que nunca (já era, pela situação de um rei, um símbolo natural de paternidade), a entidade paterna. Pedro II foi uma síntese de todos os pais particulares, polarizando os ódios filiais da horda rebelde. Depondo-o e exilando-o, os filhos extravasaram o seu ódio ancestral, reconstituindo, de maneira menos selvagem o episódio da horda primitiva, descrito por Darwin.³⁸

À moda edipiana, Luís Martins constrói assim sua hipótese de trabalho: duas concepções de mundo diversas, dois conceitos divergentes de moral, de liberdade e de sociedade se chocaram. Nesse processo, ao proporcionar aos pais uma autoridade desmedida, o patriarcado monárquico provocara a reação violenta de seus filhos, os bacharéis – “um inimigo dócil, bem-

³⁶ A propósito da geração intelectual forjada nas ruínas do Império, observou Sérgio Buarque de Holanda, em sua obra *Raízes do Brasil*, como era “realmente edificante a certeza que punham aqueles homens no triunfo final das novas ideias. O mundo iria irrevogavelmente por aceita-las”. In: HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1995; p. 158. Justamente em razão da atuação de paladinos das novas ideias, Nicolau Sevcenko observa que os principais intelectuais do período se auto intitavam “mosqueteiros intelectuais”.

³⁷ Após analisar, em *Casa-grande e Senzala*, a formação da família e da sociedade brasileira, o sociólogo pernambucano Gilberto Freyre (1900/1987) expõe em *Sobrados e mucambos* (originalmente publicado no ano de 1936), a decadência do patriarcado rural entre os séculos XVIII e XIX que, enfraquecida com o declínio da escravidão e pressionada pelas forças da modernidade vindas do exterior, perde espaço, prestígio e poder – vendo-se obrigada a trocar as casas-grandes por sobrados urbanos, enquanto seus ex-escravos se alojavam em casas de pau-a-pique, os mucambos, nos bairros pobres da cidade. A propósito, cf.: FREYRE, Gilberto. *Sobrados e Mocambos* (3ª ed.). Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1961.

³⁸ MARTINS, Luís. *O patriarca e o bacharel*. 2ª edição. São Paulo: Ed. Alameda, 2008; p. 27.

educado, tímido, que o tratava com todo o respeito que tantos anos de patriarcado impunham ('Senhor meu pai'), mas nem por isso menos perigoso em sua rebeldia dissimulada e fecunda".³⁹

No entanto, exilado o Imperador – condenado à morte política na esteira do golpe de 15 de novembro de 1889 – e proclamada a República dos Estados Unidos do Brasil, as forças políticas e sociais responsáveis pela mudança de regime não se constituíram em verdadeiros partidos de abrangência nacional capazes de oferecer um programa, um projeto abrangente de Nação.⁴⁰ Se substituir o regime passado e instituir um novo arquétipo de nação era tarefa inadiável aos olhos dos construtores da República, não se afigura menos correto afirmar que vários dilemas em relação ao modelo de representação política e ao funcionamento das instituições se aprofundaram nesse particular momento histórico do Brasil.

No plano teórico, os desafetos da Monarquia doravante vitoriosos encaravam de maneiras diversas a tarefa de construção do edifício republicano de acordo com a visão que cada grupo esposava com relação à solução desejada. Esquemáticamente, José Murilo de Carvalho propõe uma distinção didática para dar conta das principais posições reinantes entre os republicanos no período imediatamente posterior aos eventos de novembro de 1889.

Em primeiro lugar, José Murilo de Carvalho indica a posição dos proprietários rurais, especialmente a dos proprietários paulistas, em sua maioria organizados a partir do Partido Republicano Paulista, em funcionamento desde 1873. Para estes, escreve Carvalho, "a república ideal era sem dúvida o modelo norte-americano. Convinha-lhes a definição individualista do pacto social. Ela evitava o apelo à ampla participação popular tanto na implantação como no governo da República". Além disso, a par da defesa de um liberalismo excludente consagrador da desigualdade e da concentração do poder político e econômico, a sedução do modelo norte-americano explicar-se-ia sobremaneira pela defesa de uma solução federalista, formulada com vistas ao favorecimento das principais antigas províncias do Império, notadamente São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.⁴¹

Em segundo lugar, José Murilo de Carvalho recupera os grupos – não homogêneos, por certo – pertencentes ao setor da população urbana, "formada por pequenos proprietários, profissionais, jornalistas, professores e estudantes, para quem o regime imperial aparecia como limitador das oportunidades de trabalho". Para estes, que denunciam "o atraso, o privilégio, a

³⁹ Idem.

⁴⁰ FILHO, Alberto Venâncio. *Notas Republicanas*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2012; p. 46.

⁴¹ CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Cia das Letras, 2013; p. 24.

corrupção” do Império brasileiro, “a solução imperial ortodoxa não era atraente”, visto que “atraídos pelos apelos abstratos em favor da liberdade, da igualdade e da participação” – decotando da narrativa extraída dos ideais da Revolução Francesa, porém, os excessos jacobinistas, defendidos por grupos minoritários que não dispunham da força política e do enraizamento social necessários para fazer prevalecer um discurso mais radical para a República brasileira.⁴²

Em terceiro lugar, submerge, na definição de José Murilo de Carvalho, “a versão positivista da República”, construída a partir de bases científicas, que terminou por atrair o grupo social dos militares, especialmente na antiga província do Rio Grande do Sul. Partidários da ideia de uma ditadura republicana capaz de condenar a Monarquia em nome do progresso por intermédio da ação de um Executivo forte e interventor, aos positivistas soava herética a construção de um regime calcado na separação de Poderes à moda norte-americana.⁴³

Compartilhando do mesmo entendimento, a historiadora Ângela de Castro Gomes escreve que os primeiros dias, meses e anos da República foram “marcados pela incerteza política e por muitas disputas, que não só opunham monarquistas e republicanos como também dividiam os republicanos entre si”, tendo em vista que mesmo estes “discordavam quando se tratava de desenhar o que seria o novo regime e como ele deveria funcionar na prática”.⁴⁴

Assim, no momento da instituição do novo regime constitucional, as variáveis se sobrepujaram às certezas. Em certa medida, pode-se afirmar que, em poucas horas, todo um edifício institucional adquirido ao longo da septuagenária experiência monárquica ruiu sem que as bases da arquitetura republicana alcançassem foros de consenso entre os principais atores envolvidos. Àquela altura, sem referências seguras a serem recuperadas do passado, os caminhos para a modernidade revelaram-se sinuosos e diversos.⁴⁵

⁴² Idem; p. 26.

⁴³ Idem; p. 27.

⁴⁴ GOMES, Ângela de Castro. *O 15 de Novembro*. In: GOMES; PANDOLFI; ALBERTI (coord.) *A República no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, CPDOC, 2002; p. 16.

⁴⁵ Aqui, referimo-nos livremente à expressão cunhada pela historiadora norte-americana Gertrude Himmelfarb que, ao desmontar a tese de um Iluminismo único – geralmente associado como uma das causas das Revoluções Liberais do século XVIII, em especial a Revolução em França de 1789 – a partir da distinção do Iluminismo francês daqueles de matrizes britânica e norte-americana, identificou nos diversos movimentos de ideias no século das luzes variados “caminhos para a modernidade”, isto é, processos díspares que, ao fim e ao cabo, representariam diferentes aproximações à modernidade neste crítico momento que é o século XVIII. A propósito, cf. HIMMELFARB, Gertrude. *Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano*. São Paulo: É Realizações, 2011.

Ao tratar da implantação da ordem política republicana no governo Campos Salles (1898-1902) em sua obra *A Invenção Republicana*, o cientista político Renato Lessa qualificou a experiência política da primeira década republicana como “entrópica” em virtude da “desrotinização da política”, do “mergulho no caos” decorrente do fato de que, segundo Lessa, “os primeiros anos republicanos se caracterizaram mais pela ausência de mecanismos institucionais próprios do Império do que pela invenção de novas formas de organização”. Dito de outra maneira, à destruição do regime monárquico não teria se seguido a construção de um arranjo institucional propriamente republicano – o que, no raciocínio de Lessa, apenas teria sido obtido pela nova rotina institucional implantada na Presidência Campos Salles mediante a instituição da assim denominada Política dos Governadores.⁴⁶

A propósito do uso da metáfora da “entropia” para descrever os anos iniciais da República, Renato Lessa observa que “a ideia de entropia, entendida como associação entre estado de anarquia e elevado grau de incerteza, se manifesta a partir da ruptura dos canais de integração entre *polis*, *demos* e governo, definidos pela ordem imperial”. Assim, prossegue,

[...] o abandono dos critérios monárquicos de organização do espaço público inaugurou um período de dilatada incerteza política. Nela, todas as questões institucionais reguladoras do direito que, de alguma forma foram resolvidos pelo Império, ficaram submetidos a um estado de mundo caótico, que apresentava a dramática superposição de uma multiplicidade de ordens possíveis. Na verdade, a ideia de *absurdo* mais uma vez aparece como apropriada e comparativamente mais potente do que a de caos ou mesmo de entropia. Seguindo a tradição da estética do absurdo, aquela ideia não designa apenas um mundo carente de sentido ou finalidade, mas uma arena dramática, habitada por uma pluralidade de sentidos e de atores que os portam e os instituem, sem que eles tenham controle garantido sobre os efeitos das ações que engendram.⁴⁷

A par da linguagem hiperbólica empregada por Renato Lessa – segundo quem “nem mesmo os que acreditam ter a História algum sentido podem honestamente supor que havia ordem subjacente e invisível a regular o caos da primeira década republicana no Brasil”, tendo em vista que “o tumulto dos primeiros anos republicanos é virtualmente avesso à narração sistematizada”⁴⁸ –, os traços de imprevisibilidade e de incerteza do cenário do início da República não devem ser menosprezados.

Nesse cenário, tomando por objeto investigativo o debate em torno da instituição do Supremo Tribunal Federal, vale investigar como o estudo das ideias políticas e jurídicas na

⁴⁶ LESSA, Renato. *A Invenção Republicana: Campos Salles, as bases e a decadência da Primeira República brasileira*. Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ, 1988; p. 43.

⁴⁷ Idem; p. 50.

⁴⁸ Ibidem; p. 49.

Primeira República autoriza o intérprete a deduzir que, nesta quadra inaugural da história republicana brasileira, questões cruciais ao bom andamento da *res publica* estavam naquilo que, na linguagem particular da ciência política, contemporaneamente define-se como a “agenda” de discussão na arena pública e deliberativa. Mesmo porque foi, sobretudo entre os juristas que tais questões figuraram no centro das preocupações acadêmicas e intelectuais. Afinal, como oportunamente sublinha Alberto Venâncio Filho, “sem institutos de altos estudos políticos e sociais, sem universidades, sem faculdades de ciências humanas, continuavam as escolas de direito a desempenhar, vicariamente, essa função de análises político-sociais”.⁴⁹ Não custa recordar que, no Brasil da Proclamação da República, a quase totalidade dos agentes políticos eram bacharéis formados, seja nas escolas brasileiras de direito de Recife, em Pernambuco, e do Largo de São Francisco, em São Paulo, seja nas universidades europeias, notadamente a de Coimbra, em Portugal – não sendo por acaso que o regime inaugurado em 1889 também passou à história com o epíteto de República dos Bacharéis.

Dessa forma, a passagem de uma ordem unitarista a um regime federativo consubstanciou-se na principal tarefa jurídico-política a que se propuseram as principais lideranças republicanas. E é nesse desafiador contexto de mudanças que a instituição do Supremo Tribunal Federal deve ser compreendida, especialmente se levarmos em consideração que o sistema norte-americano de separação de poderes – moldado, dentre outros aspectos, a partir da força dada à *Supreme Court*, entendida como elemento de equilíbrio entre os poderes desde o início do século XIX – revestiu-se de forte apelo à boa parte dos republicanos brasileiros.

Revela-se essencial, assim, analisar a maneira pela qual foi instituído no Brasil o regime republicano, entendido não apenas como uma construção abstrata de princípios jurídicos, mas como a tradução do equilíbrio de forças entre os grupos políticos e sociais vitoriosos em 1889 – o que implica analisar a tradição jurídica na qual inseridos os atores que atuaram nesse fundamental período de transição do Império à República.

1.2. Cultura Jurídica e Construção Constitucional

Ao aproximar o constitucionalismo brasileiro do modelo de matriz norte-americana, a Proclamação da República acabou por alterar o desenho institucional brasileiro não apenas em

⁴⁹ FILHO, *Op. Cit.*; p. 53.

seus aspectos mais evidentes, a saber, na adoção da forma republicana, do presidencialismo e do federalismo; igualmente, abriu caminhos (ainda que tortuosos) para uma possível modificação na própria concepção de separação de poderes radicada na possibilidade de correição, pelo Poder Judiciário, dos atos inconstitucionais dos demais Poderes.⁵⁰

Sob a influência do arranjo institucional dos Estados Unidos da América, a redação da Constituição de 1891 reservou ao Supremo Tribunal Federal o papel de órgão de cúpula do Poder Judiciário, outorgando-lhe a competência para julgar, em grau de recurso, as decisões judiciais que contestassem a validade de leis e atos governamentais em face da Constituição, bem como para solucionar os conflitos entre os entes federados, a teor do § 1º de seu artigo 60 e do inciso I do artigo 59, respectivamente.

Cuida-se, à primeira vista, de relevante inovação em um Estado que, durante a maior parte do século XIX, organizou-se de maneira unitária, sendo composto por províncias sem autonomia política⁵¹, cuja Carta Constitucional, outorgada em 1824 por D. Pedro I, delegava ao Poder Legislativo não apenas a atribuição de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, mas, especialmente, a de “velar na guarda da Constituição”, nos termos dos incisos VIII e IX do artigo 16 da Constituição imperial.

Face ao ineditismo da Constituição de 1891 nesse aspecto, grande parte da *intelligentsia* jurídica brasileira encontrou dificuldades em conceber quais, de fato, seriam as funções do Supremo Tribunal Federal, bem como em lidar com a instrumentalização dos poderes que lhe foram conferidos em virtude de sua posição hierarquicamente superior no desenho institucional do Poder Judiciário republicano, nos moldes da *Supreme Court* norte-americana.

Justamente por isso, parte considerável da historiografia sedimentou o entendimento de que, herdeiros de uma tradição intelectual romano-germânica que em muito pouco se assemelhava ao direito norte-americano, os primeiros componentes do Supremo Tribunal Federal – que, verificar-se-á mais adiante, eram, em um primeiro momento, os mesmos do

⁵⁰ Nesse sentido, cf.: ALVES, J. C. M. *A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil: as garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1993; p. 141; ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004; p. 147; NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948; p. 27.

⁵¹ Não se ignora, aqui, a importante tese historiográfica desenvolvida por Maria de Fátima Silva Gouvêa, segundo a qual não se pode negar a valorização da dimensão regional da política brasileira oitocentista, fornecendo nova abordagem ao tema da relação entre a grande política e as esferas de poder local no Império brasileiro; antes, procura-se apenas reforçar o caráter inovador, em termos jurídicos e institucionais, da adoção da forma federativa do Estado republicano. A propósito, cf. GOUVÊA, Maria de Fátima Silva Gouvêa. *O Império das Províncias*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2008.

antigo Superior Tribunal de Justiça do Império⁵² – não possuiriam a bagagem intelectual necessária à compreensão de um modelo de organização funcional do Poder Judiciário que não fosse integrado a um rígido e clássico sistema de separação de poderes.

Assim, argumenta-se correntemente que, se, nos Estados Unidos da América, a competência do Judiciário para efetuar o controle de constitucionalidade dos atos legislativos e executivos exigiu um longo e elaborado processo de construção doutrinária e jurisprudencial, no Brasil, por sua vez, tal criação se deu impositivamente por uma Constituição pouco clara a este respeito, destacada de um contexto alienígena distinto do brasileiro e de sua tradição jurídico-constitucional.⁵³

Um dos primeiros e mais relevantes intérpretes da atuação histórica do Supremo Tribunal Federal, Aliomar Baleeiro, ministro da Suprema Corte entre os anos de 1965 a 1975, observou em sua obra *Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*, publicada no ano de 1968, que a primeira década republicana teria se caracterizado como um “período tormentoso e difícil de tomada de consciência pelo Supremo de sua missão constitucional” consagrada na Constituição da República de 1891. Afinal, ainda segundo Aliomar Baleeiro, “os juristas da época se formaram sob outras instituições, em contraste com as quais era novidade um Tribunal competente para recusar a execução a uma lei porque em contradição com os mandamentos constitucionais”.⁵⁴ Igualmente célebre tornou-se a afirmação de João Mangabeira, biógrafo de Rui Barbosa, de que, na República, o Supremo Tribunal Federal teria sido o Poder que “mais falhou”, justamente por não ter, na visão do autor, exercido a contento e sem amarras os poderes políticos que lhe haviam sido conferidos, desde 1891, em decorrência de sua suposta posição privilegiada de intérprete último do texto constitucional.⁵⁵

Cuida-se de interpretação de vasta penetração nos meios acadêmicos brasileiros desde a primeira metade do século XX, ainda que, verificar-se-á ao longo desta dissertação, não havia unanimidade a esse respeito no início da Primeira República.

Em 1943, o então ministro do Supremo Tribunal Federal, Castro Nunes, alinhado à política do Estado Novo de Getúlio Vargas e seu processo ideológico de desconstrução da

⁵² DIREITO, Gustavo. *O Supremo Tribunal Federal – uma breve análise da sua criação*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 260, maio/agosto de 2012; p. 260.

⁵³ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010; p. 185.

⁵⁴ BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968; p. 25.

⁵⁵ MANGABEIRA, João. *Ruy, o Estadista da República*. São Paulo: Ed. Martins, 2ª ed., 1946; p. 68.

experiência anterior à Revolução de 1930, assentava que, nos primeiros anos da República, o Supremo Tribunal Federal apareceria aos seus próprios membros como “um sistema pouco conhecido”, uma vez que aqueles sofreriam de “preconceitos da educação judiciária haurida nas fontes romanas, nas tradições do antigo regime e nos expositores do direito público francês”, influenciados que estariam por uma formação jurídica “inadequada à compreensão das novas instituições”.⁵⁶

Mais recentemente, Lenio Luiz Streck recupera raciocínio semelhante ao observar que “como a maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal eram provenientes do Supremo Tribunal de Justiça, estes trouxeram para dentro do novo sistema a velha tradição”, de modo que “novos paradigmas passaram a ser trabalhados a partir de velhas estruturas de saber (e de poder)”:

No caso do Supremo Tribunal Federal republicano, a questão assumia foros de dramaticidade, uma vez que, no Império, não havia forma de controle jurisdicional de constitucionalidade. Mais do que isso, criado para ser o Tribunal da Federação (...) o Supremo Tribunal Federal não detinha, na sua composição, capital político-jurídico suficiente para cumprir tal desiderato.⁵⁷

Em idêntico sentido, Luís Felipe Bosson afirma categoricamente que a República teria incorrido no “erro de aproveitar todos os ministros do antigo Supremo Tribunal de Justiça, que, até por questão de formação e mentalidade, não estavam preparados para o exercício das funções que lhe reservava o novo Regime”.⁵⁸

Ao tratar do mencionado descompasso derivado do embate entre a criação de “novas instituições” e a manutenção de “antigas tradições”, a historiadora Emília Viotti da Costa escreve que:

[...] dos ministros que foram então nomeados, muitos pertenciam à geração que nascera na década da Independência. Eram homens experientes que tinham participado da vida política, da administração e da magistratura imperial. Muitos vinham dos quadros do extinto Supremo Tribunal de Justiça, cujas funções tinham sido mais limitadas, à semelhança das Cortes de Cassação do modelo europeu. A grande maioria passava dos setentas anos de idade. [...] [Ademais, alguns] usavam ainda títulos de nobreza que, embora extintos pela República, tinham se tornado uma segunda natureza e, como tal, continuavam a ser usados.⁵⁹

⁵⁶ NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1943; p. 168.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica* (3ª ed.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013; p. 507.

⁵⁸ BOSSON, Luís Felipe. *História dos conflitos do Supremo Tribunal Federal com os outros Poderes da República*. In: FIÚZA, César (coord.). *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2002; p. 177.

⁵⁹ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ed. UNESP, 2006; p. 25.

Segundo Wilson Martins, parte das razões deste descompasso poderia ser derivada da própria Constituição republicana que, “decalcada por idealismo abstrato na Constituição norte-americana”, inicialmente “nos pareceu um corpo estranho no organismo político nacional”, de modo que, “no plano doutrinário, essa singularidade traduziu-se no fato de que a Constituição de 1891 foi incapaz de gerar intérpretes autênticos e jurisprudência autônoma”.⁶⁰

No entanto, ainda que parcialmente correta a partir do cotejo das fontes do período de transição constitucional experimentada pelo Brasil na passagem da monarquia à república, a conclusão alcançada por Wilson Martins – secundada por toda uma renitente tradição historiográfica – pode acabar por obscurecer e encobrir um aspecto essencial à compreensão do desenvolvimento dos debates jurídicos dos primeiros anos da República: a viva discussão a propósito do enquadramento funcional do Supremo Tribunal Federal na nova arquitetura institucional republicana, especificamente com relação aos limites de sua atuação nas assim denominadas “questões políticas”, inúmeras vezes levadas à sua apreciação na Primeira República muito em função da recepção do *judicial review* norte-americano pelo ordenamento jurídico republicano.

Dito de outra maneira, não se pretende negar que os juristas brasileiros do final do século XIX encontravam dificuldade em lidar com a modernidade republicana: não por acaso, é justamente do contraponto fluido entre tradição e modernidade que se vale a presente investigação – conforme denunciado, desde a primeira hora, pelo título que dá início e acompanha os parágrafos desta dissertação.

É certo que a vitória republicana produziu um alargamento do tempo histórico no qual estão inseridos os responsáveis pela instituição do Supremo Tribunal Federal, uma vez que o futuro se abria a indeterminadas possibilidades e expectativas, enquanto o passado tornava-se cada vez menos referência para as mudanças a serem realizadas. Noutra giro, porém, os modelos oitocentistas ainda estavam presentes no espaço de experiência de muitos dos atores constituintes.

Assim, parece-nos mais profícuo, ao longo da presente investigação, procurar entender como, a despeito de todas as dificuldades, o desenho da nova organização judiciária republicana – e, mais especificamente, de seu órgão de cúpula – terminou por induzir e impulsionar a realização de debates de ideias e projetos em gestação desde os tempos imperiais em uma

⁶⁰ MARTINS, Wilson. *História da Inteligência Brasileira*. Vol. IV: 1915-1933. São Paulo: Ed. Cultrix, 1978; p. 21.

espécie de sobreposição de camadas de tempos históricos. Com efeito, diante de um contexto nacional marcado pela instabilidade política e institucional anteriormente destacada, diversas foram as tentativas de se compreender as funções e mesmo a natureza do novo Tribunal encarregado de substituir o Supremo Tribunal de Justiça do Império – as quais, a toda evidência, alimentavam-se igualmente da tradição que antecederia a modernidade republicana.

De fato, dez dos dezessete membros do antigo Tribunal imperial foram mantidos na configuração da nova Corte republicana (alguns, como o visconde de Sabará e os barões de Lucena, Sobral e Pereira Franco, conservaram seus títulos nobiliárquicos mesmo após a proclamação da República) – o que contribuiu para que, em um primeiro momento, a média de idade dos membros alcançasse a marca de sessenta e cinco anos.⁶¹ Ademais, em um indício de que, não obstante a proclamação da República tenha conduzido a mudanças no sistema constitucional brasileiro, as velhas mentalidades oitocentistas sobreviveram por algum tempo nos tribunais e escolas de bacharéis. A primeira sessão do Tribunal recém-instituído, realizada em 28 de fevereiro de 1891, foi presidida pelo visconde de Sabará e transcorreu no velho palacete na Rua do Lavradio, no Rio de Janeiro – o mesmo que, nos tempos imperiais, servira de sede ao Supremo Tribunal de Justiça.⁶²

Partindo da premissa – atualmente irrefutável – de que, para a história constitucional, a Constituição é um produto histórico que, como tal, é definida por seu contexto, importante é a observação de Gustavo Zagrebelsky no sentido de que as Constituições – ainda que forjadas nos mais inflamados ambiente revolucionários, nos quais a ruptura total com o passado torna-se a principal bandeira de legitimação do regime a ser implantado – se valem de elementos da cultura jurídica comuns ao período anterior à nova ordem constitucional. Ante a impossibilidade de fazer do passado uma tábua rasa (ainda que o discurso político se esforce em fazer crer que não), para Zagrebelsky há, em toda Constituição, um elemento de conservação, expressa ou não, das instituições pretéritas – ainda que adaptadas à nova realidade.⁶³

⁶¹ REIS, Daniel A. *O Supremo Tribunal do Brasil*. Rio de Janeiro: Mabri Livraria Editora Ltda., 1968; p. 13.

⁶² MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal: Império e República*. 3ª Ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011; p. 9. Igualmente sugestiva é a informação, recuperada por Lêda Boechat Rodrigues, de que, até 8 de agosto de 1891, os trabalhos no recém-instituído Supremo Tribunal Federal foram regidos pelo regimento interno do antigo Supremo Tribunal de Justiça, malgrado a sessão inaugural da Corte republicana tenha ocorrido em 24 de fevereiro de 1891. In: RODRIGUES, Lêda Boechat. *A História do Supremo Tribunal Federal: Tomo I, 1891 – 1898*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1991; p. 13.

⁶³ Nesse sentido, Ernst-Wolfgang Böckenförd defende que a Constituição transcende os textos constitucionais e sua interpretação, daí a importância da história constitucional, em cujos marcos é necessário examinar os pressupostos, o contexto e os efeitos do texto constitucional. In: BÖCKENFÖRD, Ernst-Wolfgang. *La constitución: entre la historia y el derecho*. Entrevista con E-W Böckenförd, por Joaquín Valera Suanzes-

Assim, para os fins desta investigação, os debates sobre a instituição do Supremo Tribunal Federal e os primeiros anos de funcionamento da Corte devem ser encarados como um período fundamental ao desenvolvimento da jurisdição constitucional nacional, confundindo-se com a própria consolidação da ideia e da prática da *res publica* brasileira, uma vez que, desde o fim do Império, ocupou-se parte da inteligência jurídica nacional em efetivar o novo regime constitucional e, particularmente, em situar o Supremo Tribunal Federal nesta nova arquitetura institucional, proporcionando-se, assim, um alargamento do horizonte de expectativa jurídico da época.

Nessa perspectiva, mesmo a construção teórica anteriormente recuperada a partir das palavras de Aliomar Baleeiro no sentido de que a Corte teria, aos poucos, “tomado consciência de sua missão constitucional” falece de força explicativa, tendo em vista não ser possível identificar, de antemão, a existência de uma “missão constitucional” pré-estabelecida a ser cumprida pelo Supremo Tribunal Federal ao longo da história republicana, sob pena de incorrer em raso exercício anacrônico, marcado por um fatalismo que deve ser prontamente rechaçado pelos historiadores do direito.

Despiciendo observar, no atual estágio científico alcançado pela história do direito, que “a constituição do direito não é a descoberta de alguma coisa já feita”, sendo, antes, “a invenção de uma realidade social, cuja existência dá-se apenas na esfera das interações e práticas humanas”.⁶⁴ De acordo com António Manuel Hespanha, não deve a história do direito se prestar a legitimar o direito posto a partir de uma “teoria do progresso linear”, que “resulta frequentemente de o observador ler o passado desde a perspectiva daquilo que acabou por acontecer”. Ainda segundo António Manuel Hespanha, “é sempre possível encontrar prenúncios e antecipações para o que se veio a verificar”; não obstante, “normalmente perde-se de vista tanto todas as outras virtualidades de desenvolvimento, bem como perdas originadas pela evolução que se veio a verificar”.⁶⁵

Cientes de que, especialmente nas “introduções históricas” dos nossos manuais de direito constitucional, “a influência das crenças políticas na descrição do passado costuma se acentuar no campo específico da história do direito público”, compartilhamos com Airton Cerqueira Leite Seelaender a convicção de que “não se reconhece a história constitucional

Carpegna. Traduzido por Benito Alaez Corral. In: Historia constitucional – revista eletrônica, nº 5, 2004; p. 334. Disponível em <http://hc.rediris.es/05/indice.html>. Acesso: 18/08/2016.

⁶⁴ LOPES, José Reinaldo Lima de. *As palavras e as leis*. São Paulo: Editora 34, 2004; p. 33.

⁶⁵ HESPANHA, *Op. Cit.*; p. 29.

brasileira sem contato direto com as fontes, e com seus novos intérpretes – sobretudo neste momento em que a história do direito se estrutura no Brasil como área científica”.⁶⁶

Assim, a presente empreitada investigativa não se preocupará em condenar a suposta incapacidade dos primeiros ministros do Supremo Tribunal Federal em identificar as supostas potencialidades oferecidas pelo novo regime constitucional; tampouco procurar-se-á vaticinar que aquilo que o Supremo Tribunal Federal veio a se tornar ao longo do século XX e, especialmente, no pós-1988 já estaria dado a quem quisesse enxergá-lo desde o final do século XIX.

No contexto de transição da Monarquia à República, entender como se deu o processo de instituição do Supremo Tribunal Federal implica, necessariamente, investigar a partir de um contato direto com as fontes primárias, como os juristas e congressistas do início da República enxergavam o Tribunal Republicando no arranjo do novo regime e se ele poderia estar conectado a um projeto de modernização advindo dos eventos de novembro de 1889. Como se deram os debates legislativos sobre a instituição do órgão de cúpula do Judiciário republicano? Como ele foi positivado na Constituição de 1891? Qual foi o peso e a influência das instituições norte-americanas nesse processo? Havia, em suma, uma doutrina constitucional construída por brasileiros que procurassem investigar a natureza e as atribuições do nascente Supremo Tribunal Federal?

Procurando oferecer possíveis respostas a tais indagações, buscar-se-á, dentro dos limites metodológicos próprios de uma dissertação de mestrado, analisar os debates travados, seja em âmbito legislativo, seja em âmbito doutrinário e jurisprudencial, a propósito das possíveis novas configurações da organização judiciária brasileira ao final do século XIX. Afinal, mais do que meras expressões do pensamento, tais debates estabelecem uma conexão entre um texto e um problema, formalizando um momento histórico, filosófico e político particular⁶⁷, cabendo ao historiador do direito investigar as soluções à época ventiladas levando

⁶⁶ A propósito, vale transcrever as relevantes observações tecidas por Airton Cerqueira Leite Seelaender a respeito das antigas concepções comuns aos trabalhos de história constitucional brasileira ainda hoje reproduzidas em determinados meios jurídicos e acadêmicos: “Centrando a história constitucional em um *embate perene entre liberdade e opressão*, alguns autores julgam por um único – e anacrônico – método constituições dos mais distintos períodos, buscando extrair ‘lições’ supostamente úteis para os dias atuais. Outros mostram as Constituições como etapas de um *avanço inevitável dos ordenamentos* rumo à maior liberdade ou à construção de uma sociedade mais solidária. Metodologicamente ingênuas, essas concepções estáticas ou ascensionais da história constitucional geram obras datadas, que mais ensinam sobre as preferências ideológicas de seus autores que sobre o direito anterior a 1988. Note-se que este último não surgiu para preparar a Constituição atual e que apresentava aspectos contingentes, por se vincular à estrutura social, ao quadro institucional, ao ambiente cultural e às circunstâncias políticas do passado. In: SEELAENDER, *Op. Cit.*; p. 235.

⁶⁷ ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. São Paulo: Alameda, 2010; p. 46.

em consideração todo o instrumental teórico e prático de que dispunham os contemporâneos ao período em estudo.

Capítulo 2

Uma Corte Republicana?

Notou que a pouca gente que havia ali não estava sentada, como de costume, olhando à toa, lendo gazetas ou cochilando a vigília de uma noite sem cama. Estava de pé, falando entre si, e a outra entrava e ia pegando na conversação sem conhecer os interlocutores; assim lhe pareceu, ao menos. Ouviu umas palavras soltas, Deodoro, batalhões, campo, ministério, etc. [...] Quando Aires saiu do Passeio Público, suspeitava alguma coisa, e seguiu até o largo da Carioca. Poucas palavras e sumidas, gente parada, caras espantadas, vultos que arpejavam caminho, mas nenhuma notícia clara nem completa. Na Rua do Ouvidor, soube que os militares tinham feito uma revolução, ouviu descrições da marcha e das pessoas, e notícias desencontradas. Voltou ao largo, onde três tilburis o disputaram; ele entrou no que lhe ficou mais à mão, e mandou tocar para o Catete. Não perguntou nada ao cocheiro; este é que lhe disse tudo e o resto. Falou de uma revolução, de dois ministros mortos, um fugido, os demais presos. O imperador, capturado em Petrópolis, vinha descendo a serra. [...] Aires olhava para o cocheiro, cuja palavra saía deliciosa de novidade.

Machado de Assis

“Manhã de 15”, capítulo do romance *Esau e Jacó*.

De acordo com Lêda Boechat Rodrigues, logo nas primeiras linhas do volume inaugural de sua *História do Supremo Tribunal Federal*, indo Salvador de Mendonça, acompanhado de Lafayette Rodrigues Pereira, despedir-se de D. Pedro II a fim de cumprir missão oficial aos Estados Unidos da América, em julho de 1889, teria ouvido do imperador as seguintes palavras:

Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir a ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Deem toda a atenção a este ponto.⁶⁸

Poucos meses mais tarde, em uma manhã de sexta-feira, 15 de novembro, o general Deodoro da Fonseca, ladeado de militares e alguns poucos civis no Campo da Aclamação, centro da cidade do Rio de Janeiro, depunha o último dos gabinetes ministeriais do Segundo Reinado, chefiado por Afonso Celso de Assis Figueiredo, o visconde de Ouro Preto.

⁶⁸ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A História do Supremo Tribunal Federal*: Tomo I, 1891 – 1898. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1991; p. 1.

Na estreita rua do Ouvidor, Aristides Lobo, Silva Jardim, José do Patrocínio e outros republicanos de menor estofamento revezavam-se em discursos inflamados. A se tomar como base a cobertura realizada pelo jornal *O Paiz*⁶⁹, dirigido por Quintino Bocaiúva e nitidamente simpático à causa republicana, desfiles tomaram as ruas da Capital e populares rompiam as janelas e sacadas, saudando com lenços e bandeiras as tropas armadas em cotejo à Câmara Municipal. Dentro do Palacete, às 3 horas da tarde, os vereadores presentes, sob a liderança de José do Patrocínio, oficialmente proclamaram a República, nos seguintes termos:

Exmos. Srs. Representantes do Exército e da Armada nacionais. Temos a honra de comunicar-vos que, depois da gloriosa e nobre resolução que [...] depôs a monarquia brasileira, o povo, por seus órgãos espontâneos e pelo seu representante legal nesta cidade, reuniu-se no edifício ainda vigente, declarou consumado o ato de deposição da monarquia e, ato seguido, [...] ainda na forma da lei, proclamou como forma de governo do Brasil, a República.⁷⁰

O Império caíra. À época com 63 anos, D. Pedro II encontrava-se em seu palácio em Petrópolis quando, ainda na manhã do dia 15, foi informado dos últimos acontecimentos por telegrama. De volta à cidade do Rio de Janeiro, dirigiu-se ao Paço Imperial onde, após breve conferência com o visconde de Ouro Preto, permaneceu guardado por tropas até o dia seguinte, 16, quando recebeu o comunicado do Governo Provisório solicitando sua saída do país dentro do prazo de 24 horas. Já na madrugada de 17 de novembro, D. Pedro II partia em exílio ao continente europeu, onde permaneceu até sua morte em 1890, em Paris, capital da França.

Não obstante a derrocada imperial, a proclamação da República dos Estados Unidos do Brasil terminou por fortalecer – no contexto de transição à “modernidade republicana” explorado no primeiro capítulo desta dissertação – os debates jurídicos e legislativos a respeito da criação de um novo Tribunal nos moldes da *Supreme Court* norte-americana, preocupação já externada pela cúpula imperial, tal qual observado por Lêda Boechat Rodrigues na passagem anteriormente transcrita.

⁶⁹ Jornal *O Paiz*; edição de 16 de novembro de 1889: “Não podia ser mais imponente o aspecto que apresentavam as forças de terra e mar, formadas no Campo da Aclamação, desde o amanhecer, em frente al quartel das primeiras, onde, situada a secretaria de guerra, conservava-se prisioneiro do povo e dos militares o gabinete decaído. [...] Ao ser comunicada ao povo e aos militares a queda do ministério, levantaram-se aclamações de todos os lados à República Brasileira e vivas estrepitosos, enquanto o parque de artilharia dava uma salva de 21 tiros [...]. O general Deodoro, o redator-chefe de *O Paiz*, Quintino Bocaiúva, e o tenente-coronel Benjamin Constant foram então disputados pelo povo e pelos militares, que os carregavam em verdadeiro triunfo”.

⁷⁰ GOMES, Ângela de Castro. *O 15 de Novembro*. In: GOMES; PANDOLFI; ALBERTI (coord.) *A República no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, CPDOC, 2002; p. 16.

Américo Freire e Celso de Castro escrevem que, “assentada a poeira da ação militar que destronou D. Pedro II, o país, ainda no dia 15 de novembro de 1889, ganhou um novo governo, um novo nome e uma nova diretriz política”.⁷¹ Ato fundador da nova República, foi o Decreto nº 1 que concentrou o poder central nas mãos de um corpo político temporário denominado Governo Provisório que, por sua vez, foi o responsável pela instituição do Supremo Tribunal Federal, com a promulgação do Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890.

Assim, será objeto do presente capítulo o estudo da maneira pela qual a elite jurídica e política dos albores da República, valendo-se do projeto inacabado de uma instituição já projetada na era imperial, procurou desenhar as funções do Supremo Tribunal Federal, ora identificando-o como um sucedâneo de instituições imperiais como o Poder Moderador, ora tratando-o como uma inequívoca novidade republicana.

Para tanto, revela-se imprescindível a análise das fontes históricas que melhor traduzem o contexto intelectual e jurídico do final do século XIX no Brasil, especificamente no que diz respeito à organização judiciária do novo regime, dando particular atenção à produção e ao debate durante o Governo Provisório da República e o Congresso Constituinte de 1890/1891, lastreado, sempre que necessário, pelas impressões e reações daí advindas e estampadas nos meios jornalísticos e na doutrina jurídica da época (itens 2.2 e 2.3).⁷²

Antes, porém, faz-se necessário realizar breve panorama da atuação da Corte de Justiça que, ao longo do século XIX, antecedeu o Supremo Tribunal Federal republicano (item 2.1), permitindo, assim, uma compreensão mais exata de seu significado histórico e da importância do debate em torno de sua instituição e de seu funcionamento para a definição da própria arquitetura institucional do novo regime republicano.

2.1 Dos antecedentes do Supremo Tribunal Federal: a organização judiciária imperial e o papel do Supremo Tribunal de Justiça

⁷¹ FREIRE, Américo; CASTRO, Celso. *As bases republicanas dos Estados Unidos do Brasil*. In: GOMES; PANDOLFI; ALBERTI (coord.) *A República no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, CPDOC, 2002; p. 32.

⁷² De plano, anota-se que não se trata de recorte metodológico arbitrariamente definido; antes, cuida-se do reconhecimento de que a “organização constitucional do Brasil no período republicano consta de duas partes absolutamente distintas: a realizada pelo Governo provisório e a do Congresso Constituinte” – tal qual assentado, nos idos de 1915, por Aureliano de Araújo Leal em sua obra *História Constitucional do Brasil*. In: LEAL, Aureliano. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014; p. 153.

Ao comentar a redação da Constituição Provisória enviada ao Congresso Constituinte, veiculada pelo Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, o Chefe do Governo Provisório Marechal Deodoro da Fonseca observou, em anotação de próprio punho recuperada por Ernesto Senna, que “o Supremo Tribunal de Justiça, tal como se acha organizado, é muitas vezes uma roda inútil, manca e cara no mecanismo de nossa magistratura”.⁷³ Em sentido semelhante, ao tratar, em 1931, da evolução do Poder Judiciário do Império da República – e, mais, especificamente, do Supremo Tribunal de Justiça (1829-1891) – em obra intitulada *O Poder Judiciário no Brasil*, Geminiano da Fonseca⁷⁴ observava que “não tinha o poder judiciário do Império a preeminência nem as amplas atribuições do da República”, tendo em vista que “a engrenagem constitucional tirava-lhe muito do seu brilho”, sendo “por muitos considerado, de um fato, um ramo do poder executivo”.⁷⁵

Outorgada no início de 1824 por D. Pedro I, a Constituição imperial⁷⁶ confiou a administração da Justiça aos juízes de paz, ao júri, aos juízes de direito e às Relações. No entanto, previu em seu artigo 163 que, para além das Relações provinciais, deveria ser instituído, na capital do Império, “um Tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça”, “composto de juízes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades, [...] condecorados com o título do Conselho”.

Ato contínuo, previu, nos incisos do artigo 164, que competiria a este Supremo Tribunal de Justiça “conceder ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira que a Lei determinar” (inciso I), “conhecer dos delitos, e erros do Ofício, que cometerem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomático, e os Presidentes das Províncias” (inciso II) e “conhecer e decidir sobre os conflitos de Jurisdição e competência das Relações Provinciais” (inciso III).

Sob a Presidência do deputado Pereira da Nóbrega, a Câmara dos Deputados do Império do Brasil reuniu-se em sessão em 7 de agosto de 1826 para a leitura de projeto de lei de autoria do deputado Bernardo Pereira de Vasconcelos, que visava justamente regulamentar os

⁷³ SENNA, Ernesto. *Deodoro: subsídios para a História*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981; p. 6.

⁷⁴ Bacharel pela Faculdade de Direito do Recife, foi ministro do Supremo Tribunal Federal de 1922 a 1931. In: LAGO, Laurêncio. *Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal: dados biográficos (1828-1978)*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1978; p. 205.

⁷⁵ DA FRANCA, Geminiano. *O Poder Judiciário no Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio: 1931; p. 40.

⁷⁶ Disponível, em sua íntegra, em: NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras (vol. I: 1824)*. Brasília: Senado Federal, 2012; p. 65-88.

dispositivos constitucionais referentes à organização judiciária imperial e a instituição do Tribunal previsto na Carta outorgada por D. Pedro I.

Uma vez sancionada a Lei pelo Imperador em 18 de setembro de 1828, o Supremo Tribunal de Justiça foi instalado em 9 de janeiro de 1829, sob a presidência do Conselheiro José Albano Fragoso,⁷⁷ tendo início assim longa atuação judicante que encontrou seu termo final já sob o regime republicano, em fevereiro de 1981.

Antes, porém, de investigar as funções e a atuação do Supremo Tribunal de Justiça ao longo do século XIX para, em seguida, identificar as mudanças e continuidades observáveis a partir da Proclamação da República em 1889, cumpre entender o contexto no qual estava inserido o Poder Judiciário no Império.

A despeito da divisão formal de competências entre os órgãos judiciais previstos na Constituição e nas diversas leis de organização judiciária promulgadas ao longo do Império, a historiografia aponta que, durante parte considerável do século XIX, muitas das competências concentradas pela República dentro da esfera de atuação do Poder Judiciário eram compartilhadas por diversos agentes da política imperial, como, por exemplo, o Conselho de Estado e o Ministério dos Negócios da Justiça.

Com relação a este último, José Murilo de Carvalho observa que muitas eram as competências decisórias atribuídas ao titular da pasta da Justiça, como a possibilidade de proceder à nomeação e à demissão de funcionários ligados à administração da Justiça, tais quais delegados de polícia, guardas de prisão e comandantes e oficiais da Guarda Nacional. Ademais, por meio de consultas, não eram raras as hipóteses nas quais, perante a superveniência de dúvidas hermenêuticas com relação à aplicação da lei, juízes recorriam ao Ministério dos Negócios da Justiça que, através de avisos e circulares, participava da construção e da uniformização da interpretação do ordenamento jurídico do Império.⁷⁸

Já o Conselho de Estado – órgão intrinsecamente ligado ao exercício, pelo monarca, do Poder Moderador – atuou, durante boa parte do período imperial, como o centro gravitacional dos grandes debates constitucionais e administrativos da nação.⁷⁹ Chamado por Joaquim

⁷⁷ O Presidente era eleito pelo Imperador dentre os membros do Tribunal e servia por três anos, prestando juramento em suas mãos. Os outros membros do Tribunal prestavam ao Presidente. In: MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2014; p. 282.

⁷⁸ CARVALHO, José Murilo de Carvalho. *Teatro de sombras: a política imperial*. Rio de Janeiro: Vértice/IUPERJ, 1988; p. 169.

⁷⁹ Idem; p. 107.

Nabuco de “o cérebro da monarquia”, o Conselho de Estado foi instituído em 1823, após a dissolução da Assembleia Constituinte, com a função de auxiliar D. Pedro I na tarefa de elaborar a Constituição imperial que, aliás, veio a efetivá-lo no centro da arquitetura institucional imperial em seu artigo 137. Composto, nos termos da Constituição, de conselheiros vitalícios nomeados pelo imperador, o Conselho de Estado funcionou de modo precário até o início do período regencial, quando foi suprimido, tendo sido restituído com funções mais bem definidas com a vitória do Regresso conservador: ao colegiado competiria aconselhar o imperador em questões como a substituição de ministérios, a elaboração de reformas legislativas e assinaturas de tratados de paz; elaborar pareceres opinativos e não vinculantes a respeito de questões governamentais técnicas; e, ao que nos interessa mais diretamente, atuar como o tribunal administrativo do Império, dirimindo dúvidas do Governo Central a respeito de questões afetas à legalidade da organização e dos procedimentos governamentais.⁸⁰

Além destes, não é nada desprezível, especialmente durante o período regencial, a concentração de poderes nas mãos dos juizes de paz, verdadeiros signatários do poder local, especialmente com relação aos procedimentos de persecução penal e de controle do processo eleitoral, atuando ao largo da atuação e do controle dos órgãos integrantes do Poder Judiciário. A título ilustrativo vale observar, ainda, que o chefe de polícia era hierarquicamente superior aos juizes de direito e municipais, podendo controlar-lhes a sua atividade, determinando a abertura de investigações e processos. Ademais, aos membros da magistratura não eram asseguradas as garantias da vitaliciedade e da inamovibilidade: os magistrados de qualquer nível poderiam ser aposentados pelo Poder Moderador e os juizes podiam ser removidos por iniciativa do Ministério dos Negócios da Justiça.⁸¹

Em síntese, pode se afirmar que as atribuições exercidas pelos magistrados membros do Poder Judiciário não lhes eram privativas, subsistindo uma vasta gama de agentes e atores sociais que, imersos em um sistema plural de competências, atuavam na distribuição da justiça e na consecução do fim último de pacificação das relações sociais.

Nesse cenário, revela-se correta a tese encampada por Andrei Koerner de que, “na ordem política do Segundo Reinado, o Poder Judicial era distinto apenas funcionalmente do poder imperial”. Distinção que se manifestava na vedação ao “julgamento de qualquer causa

⁸⁰ LOPES, José Reinaldo Lima. *O Oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil Império*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 115 e ss.; GRINBERG, Keila. *Conselho de Estado (verbetes)*. In: VAINFAS, Ronaldo (org.) *Dicionário do Brasil Imperial*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2002; p. 165.

⁸¹ NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras* (vol. I: 1824). Brasília: Senado Federal, 2012; p. 26; KOERNER, Andrei. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira*. São Paulo: Ed. Hucitec, 1998; p. 36-37.

que envolvesse o poder político”, mas que não se mostrou suficiente à construção de um Poder autônomo e capaz de aplacar (ao menos, em tese) o controle político da atuação dos magistrados – mesmo porque a nomeação para um cargo judiciário representava a mais privilegiada das formas de ingresso na carreira política imperial.⁸² Dito de outra maneira, o Poder Judicial imperial consistia em um braço, uma divisão funcional do poder soberano do Imperador, de quem recebia a delegação de atuar em conjunto (e em posição de subordinação) com vistas à mediação dos conflitos porventura existentes entre os súditos.

Assim, encontra reverberação a já mencionada observação de Geminiano da Fonseca no sentido de que, no Império, o Poder Judiciário era “por muitos considerado, de um fato, um ramo do poder executivo”.⁸³ Nesse cenário, tal qual positivado na Carta Constitucional de 1824 e na Lei de 18 de setembro de 1828, ao Supremo Tribunal de Justiça competiria conceder ou denegar revistas, que poderiam ser interpostas em face de sentenças definitivas proferidas em última instância, mas apenas nos casos de “nulidade manifesta” ou de “injustiça notória”. Aquela corresponderia à hipótese na qual se verificasse a observância de alguma formalidade procedimental relevante, como a ausência de citação do réu ou a declaração de incompetência absoluta do juízo. Esta, por sua vez, relacionava-se à violação do direito expresso, isto é, de preceito legal em abstrato.⁸⁴

Tendo o texto legal à vista, verifica-se que o Supremo Tribunal de Justiça se revestia do caráter de uma espécie de Corte de Cassação – que, ainda assim, encontrava severas dificuldades em fazer prevalecer sua jurisprudência em face dos demais Tribunais e juízes imperiais. Isso porque, a teor do artigo 1º do Regulamento nº 9, de 17 de fevereiro de 1838, na hipótese de o Supremo Tribunal de Justiça julgar procedente a revista – seja por injustiça notória, seja por nulidade manifesta –, a Corte ordenava a remessa dos autos a uma Relação revisora distinta (a ser designada por aquela), que julgava os processos em definitivo, muitas vezes de maneira diametralmente oposta à orientação emanada pelo órgão de cúpula.⁸⁵

⁸² KORNER, Andrei. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira*. São Paulo: Ed. Hucitec, 1998; p. 47-48. Segundo Koerner, para quem a fidelidade partidária era a condição principal para a nomeação dos jovens bacharéis em juízes de direito, “a carreira dos magistrados era dirigida para este objetivo e podia assumir caminhos diversos, de caráter judicial, político ou administrativo ou administrativo. A sua situação política era ao mesmo tempo a de representantes do poder imperial, de membros de um partido, e, portanto, de aliados ou adversários das facções locais, e de juízes”.

⁸³ DA FRANCA, *Op. Cit.*; p. 40.

⁸⁴ MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009, p. 144.

⁸⁵ NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência: Império*, vol. I. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000; p. 42; MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão; p. 144.

Com efeito, o problema da uniformização da interpretação das leis era recorrente no Império, apresentando foros de dramaticidade à preservação da autoridade das decisões do Supremo Tribunal de Justiça. Afinal, a Constituição de 1824 concedera ao Poder Legislativo a faculdade não apenas de fazer as leis, mas também de “interpretá-las, suspendê-las e revogá-las” (artigo 15, item 80). E mais: levando-se em consideração que o poder de interpretação era comumente exercido pelo Parlamento, tal prerrogativa terminou absorvida pelo Poder Executivo. Nesse sentido, Octaciano Nogueira dá notícias da “praxe disseminada de praticamente todos os juízes suscitarem dúvidas quanto à interpretação das leis, nos casos sob seu julgamento, submetendo os autos, para consulta, aos órgãos do Executivo, por intermédio dos Presidentes de Províncias”.⁸⁶

Ademais, reforça-se a tese defendida por Andrei Koerner de que, no Império, a atuação do Poder Judiciário – e, mais especificamente, do Supremo Tribunal de Justiça – era comumente entendida, especialmente entre os conservadores, como o do juiz *bouche de la loi* teorizado pelo Barão de Montesquieu em *O Espírito das Leis*:

Para o pensamento conservador, a atribuição do Poder Judicial era aplicar as leis judiciárias aos casos concretos. As leis judiciárias eram as que regulavam as relações privadas dos cidadãos e as que determinavam as punições dos crimes. [...] De sua parte, os magistrados não podiam interpretar as leis por disposições genéricas, nem julgar de modo contrário ao sentido evidente dessas, porque em sentido contrário estariam usurpando as atribuições do Poder Legislativo. Não podiam ainda julgar segundo critérios de equidade, nem recusar a jurisdição, deixando de julgar sob o pretexto de haver lacuna na lei. Essas obrigações implicavam a responsabilidade dos magistrados, não só criminalmente, em virtude do Título V do Código Criminal de 1830, mas especialmente perante o Poder Moderador, pelo qual o magistrado poderia sofrer remoção forçada ou ser suspenso do exercício de suas funções.⁸⁷

Autor de obra de fôlego e de grande valia a esta investigação em razão da compilação ampla e vertical de fontes sobre a história do Poder Judiciário no Brasil da Colônia à República, Lenine Nequete escreve que “pouca ou nenhuma função política, na verdade, tinha o Tribunal”, mesmo porque, inexistente o poder de defesa da Constituição em face do Poder Legislativo por meio do controle judicial de constitucionalidade das leis, sequer caberia ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os ministros de Estados ou, ainda, eleger o seu próprio Presidente, posto que este era nomeado pelo Imperador.⁸⁸

⁸⁶ NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras (vol. I: 1824)*. Brasília: Senado Federal, 2012; p. 29.

⁸⁷ KORNBER, Andrei. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira*. São Paulo: Ed. Hucitec, 1998; p. 40-41.

⁸⁸ NEQUETE, *Op. Cit.*; p. 41.

Ao conhecimento do Poder Judiciário, e, mais especificamente, de seu órgão de cúpula, encontravam-se excluídas as questões de interesse geral, públicas e administrativas. Sob essa perspectiva, Andrei Koerner escreve que ao “Poder Judicial cabia a punição dos crimes e a resolução dos conflitos de direito privado”. Em suas palavras,

só poderia haver decisão de tipo judicial nos conflitos dos cidadãos entre si, e também nas punições dos crimes, porque envolviam direitos privados ou individuais. Nos conflitos dos cidadãos com o governo, não haveria decisão propriamente judiciária, porque neste caso seriam confrontados o interesse coletivo e o direito, ou interesse, particular. Se o interesse coletivo afetasse um mero interesse individual, o único recurso ao indivíduo seria suscitar uma jurisdição graciosa, na qual a reconsideração do ato pelo agente do governo seria discricionária. Se o interesse coletivo afetasse um direito privado, a decisão seria de tipo contencioso, processado com as devidas garantias, mas decidida por um órgão administrativo.⁸⁹

Não obstante, mudanças no entendimento sobre os limites de atuação dos magistrados e da competência do Poder Judiciário foram se avolumando especialmente durante o Segundo Reinado. De um lado, ganhou corpo a discussão sobre a extensão do poder dos magistrados de interpretar as leis, não sendo poucas as vozes que defendiam a reedição, pelo Supremo Tribunal de Justiça, dos antigos *assentos* que, nos tempos coloniais, eram estabelecidos pela Casa de Suplicação no intento de enunciar, de forma genérica e com força regulamentar, como deveria se dar a aplicação das leis pelos juízes e tribunais.⁹⁰ Como visto, ao longo do Império, a fixação da interpretação das leis cabia primordialmente ao governo – e, em especial, ao Ministério dos Negócios da Justiça –, que o fazia por intermédio de Avisos e Circulares endereçadas aos juízes e aos tribunais.

De outro lado, também o debate a respeito da definição da competência judicial para julgar questões administrativas floresceu a partir da década de 1870, perdurando até o final do Império. Ao contrapor as posições liberais e conservadoras sobre o tema, Andrei Koerner observa que, para estes, “não podia haver controle judicial da administração pública, em nome da própria diferença de natureza entre essas duas esferas de poder”; para aqueles, por sua vez, “o controle judicial das autoridades administrativas era um ponto programático”⁹¹ – não tendo

⁸⁹ KORNER, *Op. Cit.*; p. 41-42.

⁹⁰ Segundo Andrei Koerner, no seio do próprio Conselho de Estado a questão era controversa: “Alguns conselheiros defendiam a atribuição ao Supremo Tribunal de Justiça da interpretação por forma geral e regulamentar, outros afirmavam que a interpretação autêntica era uma atribuição indelegável do Poder Legislativo (Pimenta Bueno) e outros, ainda, achavam necessário que esta se mantivesse provisoriamente na competência do Conselho de Estado”. In: KORNER, Andrei. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira*. São Paulo: Ed. Hucitec, 1998; p. 67.

⁹¹ Idem; p. 68.

tal querela se resolvido nem mesmo após o advento da República, conforme se verificará doravante.

Importante esclarecer que tais debates impulsionaram reformas legislativas de cunho liberal, como aquela que resultou na promulgação da Lei nº 5.886, de 23 de outubro de 1875, que concretizou a “antiga aspiração de entrega exclusiva ao Judiciário da função interpretativa das leis”⁹² ao estabelecer a competência do Supremo Tribunal de Justiça para estabelecer outros *assentos* para fixar “a inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando na execução delas ocorressem dúvidas, manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo tribunal, relações e juízos de primeira instância”⁹³. Indicava-se, assim, a possibilidade de que seu raio de atuação pudesse ser gradativamente alargado, fornecendo, ainda, força decisória e maior autoridade à jurisprudência produzida e firmada pelo Supremo Tribunal de Justiça. Não obstante, como pontuava Geminiano da Franca, a referida lei “nunca teve execução, foi sempre letra morta [...], tantas foram na prática as exigências para a sua aplicação e o poder da força da rotina”.⁹⁴

De toda sorte, a mudança de mentalidade no seio do próprio Poder Judiciário foi se reforçando nos últimos anos do Império, o que fornece indícios de que a construção da autonomia do Judiciário como um verdadeiro Poder Político foi acelerada – mas não criada – pelo advento da República. A título exemplificativo, Geminiano da Franca narra episódio carregado de simbolismo, no qual os ministros do Supremo Tribunal de Justiça chegaram a aprovar mensagem de censura endereçada ao Ministro dos Negócios da Justiça, que havia emitido Aviso no qual “chamava a atenção dos magistrados para a observância de certos preceitos legais, que, na sua opinião, estavam sendo esquecidos”:

Entre muitos é de salientar o ocorrido em 1888. O Ministro da Justiça, autoritariamente, expediu um aviso, no qual chamava a atenção dos magistrados para a observância de certos preceitos legais, que, na sua opinião, estavam sendo esquecidos. Era, evidentemente, uma reprimenda dirigida à magistratura nacional. O Supremo tribunal não trago em silêncio a afronta. Ao ter conhecimento do ato, imediatamente, se reuniu e, por proposta do Ministro Andrade Pinto, lavrou o seguinte protesto: “O Supremo Tribunal de Justiça, por si, e como o mais elevado órgão do poder judiciário, protesta solenemente contra o aviso circular que foi ontem dirigido ao seu presidente pelo Ministro da Justiça, por ser atentatório da soberania e independência do mesmo poder, não reconhecendo superioridade no executivo, de igual categoria política e com separada esfera de atribuições, para receberem deste poder os juízes e tribunais judiciários censuras e ordens, sobre o modo por que devem eles exercer as funções de sua exclusiva competência e com única inferioridade de

⁹² DA FRANCA, *Op. Cit.*; p. 38.

⁹³ Idem. No mesmo sentido, cf.: MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009; p. 205.

⁹⁴ DA FRANCA, *Op. Cit.*; p. 39.

hierarquia hierárquica”. E o Visconde de Sabará, como Presidente do Tribunal, assim acusou o recebimento do aviso: “Depois do mais refletido exame considero-me no indeclinável dever de pedir a V. Ex. a reconsideração sobre o aviso incluso, que não pode ter aplicação no Supremo Tribunal de Justiça, o qual, no desempenho de suas atribuições, que lhe confere a Constituição, não tem superior que legalmente possa reprová-lo ou censurar os atos praticados no exercício de sua privativa e suprema jurisdição”.⁹⁵

No entanto, escreve a historiadora Keila Grinberg, se, por um lado, “os sucessivos projetos e reformas da Justiça no Brasil imperial tenham significado [...] uma modernização real do Estado, com a criação de instâncias decisórias próprias e a extinção paulatina dos tribunais coloniais”, por outro, “o imperador, amparado nas prerrogativas do Poder Moderador, continuou a exercer a mesma função de árbitro que tinha o rei no período colonial”.⁹⁶

Assim, em linhas gerais, pode-se afirmar, com Andrei Koerner, que, na ordem política imperial, “a última instância de resolução dos conflitos era simbolicamente identificada a uma faculdade pessoal do imperador. Porém, ao contrário do Império, a ordem política republicana não era, em princípio, representada por ninguém”, de modo que “o poder político deveria ser exercido em termos impessoais”. Assim, conclui Andrei Koerner,

tornava-se necessário definir qual seria a última instância para a resolução dos conflitos políticos e privados, de que modo esta última seria composta e como seriam tomadas as suas decisões. Essa questão se apresenta no tema do poder de interpretar a Constituição, pois é pelo exercício dessa atribuição que é fixado de modo genérico o significado da Constituição, e a relação desta com as leis e as situações concretas.⁹⁷

Fixadas tais balizas, revela-se em sua inteireza a importância do debate em torno do novo modelo jurisdicional que se seguiu à queda do Império: do contraponto fluido entre tradição e modernidade, a vitória republicana produziu um alargamento do tempo histórico no qual inseridos os responsáveis pela instituição do Supremo Tribunal Federal. No entanto, o modelo de organização judiciária imperial ainda estava vivo no espaço de experiência de parte considerável dos atores constituintes, especialmente em virtude das modificações nas mentalidades nos últimos anos do Império com relação aos poderes e funções da Justiça, tomadas como heranças a não serem prontamente descartadas. Tanto é verdade que, com o Golpe de 15 de novembro de 1889, aboliu-se de imediato o Conselho de Estado, dissolveu-se a

⁹⁵ Idem; p. 40.

⁹⁶ GRINBERG, Keila. *Justiça (verbete)*. In: VAINFAS, Ronaldo (org.) Dicionário do Brasil Imperial. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2002, p. 453. Exemplificativamente, Keila Grinberg noticia que “sentenças mais graves, como as de morte e as de galés perpétuas, podiam ser comutadas ou perdoadas a partir de apelos diretos ao imperador. Tal possibilidade fez com que muitas vezes escravos, libertos e cidadãos em geral usassem esse recurso, ao perderem as esperanças de ver suas demandas ouvidas pelo Poder Judicial”.

⁹⁷ KORNER, *Op. Cit.*; p. 152-153.

Câmara dos Deputados e a vitaliciedade do Senado, mas ficou resguardada a inviolabilidade dos órgãos judiciários.⁹⁸

Além disso, como já mencionado, uma dupla mudança de mentalidade já estava sendo gestada no seio da inteligência jurídica imperial. De um lado, ventilava-se, de modo cada vez mais expresso, a possibilidade de se ampliar os limites da atuação hermenêutica dos juízes e tribunais, para além da aplicação cega da lei, tal qual determinada pelo Poder Executivo. De outro, discutia-se abertamente a inserção, no rol de competências dos órgãos judiciais, do processamento e julgamento de questões administrativas e de direito público⁹⁹ – para além da resolução de conflitos privados entre particulares e da punição de crimes por estes cometidos.

Encarando-se a questão sob tal perspectiva, falece de força explicativa a interpretação, que ainda hoje prevalece nos meios acadêmicos, segundo a qual “o Supremo Tribunal de Justiça não é base ou antecedente do Supremo Tribunal Federal senão na medida em que também exerceu, no seu tempo, o papel de órgão de cúpula do Poder Judiciário”, de modo que o papel herdado pela Corte republicana de seu congênere imperial nada mais seria do que “uma herança limitadora da qual o novo Supremo Tribunal teve que se livrar nos primeiros tempos de República”.¹⁰⁰

Antes, mais útil se releva a pesquisa que se imbui da tarefa de recuperar os debates sobre qual deveria ser a função do Poder Judiciário e de seu órgão de cúpula no novo regime republicano, especialmente em sua relação com os demais Poderes na definição dos sentidos e diretrizes da nova ordem constitucional. *A priori*, a análise, ainda que superficial, da atuação da Justiça no Império parece indicar que, em seus últimos anos, a opinião comum a respeito das funções do Poder Judiciário estariam em lento, porém perceptível processo de mudança,

⁹⁸ “As funções da justiça ordinária [...] continuarão a ser exercidas pelos órgãos até aqui existentes, com relação aos atos na plenitude de seus efeitos; com relação às pessoas, respeitadas as vantagens e os direitos adquiridos por cada funcionário”. In: NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência: República*, vol. II. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000; p. 17.

⁹⁹ Para os fins desta investigação no que diz respeito ao direito imperial, utilizamo-nos da definição de Direito Público consagrada por José Antônio Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente, em sua obra *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, publicada originalmente em 1857. Segundo Pimenta Bueno, “o Direito Público tem por domínio todas as relações para com o Estado, relações de interesse geral, e que por isso não pertencem à ordem privada. [...] O nosso Direito Público positivo é a constituição do império; ela é que rege nossa sociedade política, os poderes brasileiros, nossos direitos e obrigações públicas”. Dentro desse ramo, Pimenta Bueno destaca o Direito Administrativo, por ele definido como “o complexo de princípios e leis positivas de um Estado (o Brasil, por exemplo), que regulam a competência, direção ou gestão do seu poder executivo quanto aos direitos, interesses e obrigações administrativas da sociedade e dos administradores na esfera do interesse geral”. In: PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império (1857)*. Brasília: Senado Federal, 1978; p. 8-10.

¹⁰⁰ PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo (USP), 2007; p. 120-121.

potencialmente compatível (ao mesmo parcialmente) com a nova ordem republicana. Faltaria-lhe, porém, o grito de ruptura capaz de subverter discursivamente a posição historicamente destinada aos seus órgãos e seus magistrados – o que veio à luz no imediato pós-Proclamação da República, ainda durante o Governo Provisório que se estendeu de 1889 a 1891.

2.2 A produção legiferante e o debate em torno da organização judiciária durante a construção do projeto de Constituição no Governo Provisório (1889/1891)

Bem-sucedido o levante militar que pôs fim ao último gabinete imperial, ocuparam-se os vitoriosos, reunidos em colegiado, em proclamar, ainda em 15 de novembro de 1889, a República Federativa dos Estados Unidos do Brasil. Mediante a edição do Decreto nº 1, o novo regime passou a ser regido por um Governo Provisório “enquanto, pelos meios regulares, não se proceder à eleição do Congresso Constituinte do Brasil” (artigo 4º). Por intermédio do mesmo Decreto, as antigas províncias imperiais passaram à condição de “Estados Unidos do Brasil”, dotados de “legítima soberania” (artigos 2º e 3º), a serem temporariamente presididas por “governadores delegados do Governo Provisório” (artigo 4º), tendo em vista a disposição segundo a qual “o Governo Provisório não reconhece nem reconhecerá nenhum governo local contrário à forma republicana” (artigo 7º).

A composição inicial do Governo Provisório dá conta da heterogeneidade de projetos sombreados pela vitoriosa bandeira republicana quando do ocaso do Império: havia militares de carreira, como Deodoro da Fonseca (Chefe do Governo) e Eduardo Wandenkolk (ministro da Marinha), e militares de formação científica, como Benjamin Constant (ministro da Guerra); republicanos históricos como Quintino Bocaiúva (ministro das Relações Exteriores) e Aristides Lobo (ministro do Interior), e membros do Partido Republicano Paulista como Campos Sales (ministro da Justiça); e, ainda, intelectuais reformistas como Rui Barbosa (ministro da Fazenda) e de viés positivista, como Demétrio Ribeiro (ministro da Agricultura, Comércio e Obras Públicas).¹⁰¹

Com efeito, a própria forma de atuação colegiada do novo governo constitui relevante indicativo da desconfiança recíproca reinante entre os seus integrantes que, reunidos em prol

¹⁰¹ MATTOS, Hebe. *A vida política*. In: SCHWARCZ, Lília Moritz (coord.). *História do Brasil Nação: 1808-2010* (volume 3): A abertura para o mundo (1889-1930). São Paulo: Ed. Objetiva, 2012; p. 91.

da queda da Monarquia, poucas convicções partilhavam entre si.¹⁰² Segundo o historiador Edgar Carone, “a heterogeneidade dos membros do Governo Provisório reflete, em parte, a complexidade dos compromissos das forças antagônicas que fazem a República”. Nesse ambiente, observa, a título exemplificativo, que “a falta de unidade ideológica e as diferenças comportamentais transformavam as questões controversas em sérios acirramentos, que motivam, muitas vezes, questiúnculas individuais entre seus membros”.¹⁰³

Mesmo o procedimento a ser adotado para a adoção da nova Constituição republicana foi motivo de controvérsia. Desde a sugestão, encaminhada pelo Apostolado Positivista, para que Deodoro se proclamasse ditador e outorgasse uma Constituição ditatorial positivista, passando pela defesa, por parte de Campos Sales, da outorga de uma Constituição baseada no projeto elaborado em conjunto pelo Governo Provisório, até chegar à proposta de Rui Barbosa no sentido da realização de um plebiscito junto à população para a aprovação da Carta Republicana, não se sabia ao certo como se daria a devolução da normalidade constitucional no período imediatamente posterior ao golpe de 15 de novembro de 1889. Por fim, chegou-se à conclusão, inicialmente sugerida por Quintino Bocaiúva, de que se procedesse à convocação de uma Assembleia Constituinte responsável por apreciar – e, na medida do possível, limitar-se a ratificar – o projeto de Constituição a ser encaminhado pelo próprio Governo Provisório.¹⁰⁴

Não obstante, malgrado o comportamento ciclotímico da coalizão presidida por Deodoro da Fonseca, é certo que a sua atuação legiferante não deve ser menosprezada. Para além da elaboração de um projeto de Constituição a ser remetido para a apreciação do Congresso Constituinte, o Governo Provisório promoveu uma série de reformas legais, dentre as quais se destacam: a separação da Igreja do Estado, em 7 de janeiro de 1890; a regulamentação do casamento civil, em 24 do mesmo mês; a regularização do processo eleitoral, em 8 de fevereiro; a abolição da pena de galés, seguida da promulgação do Código Penal, em 11 de outubro de 1890; a Lei de Falências, em 24 do mesmo mês; a Lei das Sociedade Anônimas, já em 1891; dentre outras inovações normativas.¹⁰⁵

Com efeito, sequer a reunião do Congresso Constituinte pôde deter a sanha legislativa do Governo Provisório, em que pese o já mencionado Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889,

¹⁰² LYNCH, Christian Edward. *O momento oligárquico: a construção institucional da República (1889-1891)*. In: VISCARDI, Claudia Maria Ribeiro Viscardi; ALENCAR, José Almino (orgs.). *A República revisitada: construção e consolidação do Projeto Republicano Brasileiro*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016; p. 4.

¹⁰³ CARONE, Edgar. *A República Velha: evolução política*. São Paulo: Difel, 2ª ed., 1974; p. 8- 26.

¹⁰⁴ KORNER, *Op. Cit.*; p. 147.

¹⁰⁵ LEAL, Aurelino. *História Constitucional do Brasil (1915)*. Domínio Público, p. 203; DA FRANCA, Geminiano. *O Poder Judiciário no Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio: 1931; p. 45.

tivesse delimitado temporalmente a atuação deste até a reunião daquele. De acordo com Aureliano Leal, a concentração de poderes legiferantes em tão restrito colegiado era explicada em termos comuns às primeiras décadas do século XX:

Embora, pois, funcionando o Congresso Constituinte, o Governo não abriu do poder legislativo que então exercia. [...] Ninguém se deve desperceber de que, em momentos de reconstrução política e jurídica de um país, recorrer ao Poder Legislativo importa em travar as rodas do carro, em empecer a obra conservadora que é preciso opor às exaltações do liberalismo. Pelo número de seus membros, o Parlamento é, não raro, um órgão de confusão e, sem exceção, uma máquina preguiçosa, de movimentos difíceis, de molas emperradas.¹⁰⁶

No que interessa mais propriamente a esta investigação, igualmente intensa foi a produção do Governo Provisório com relação à organização judiciária da nova República em uma clara tentativa de distingui-la do desenho institucional do Império. Tendo à frente a figura de Campos Sales, responsável pela pasta da Justiça, o Governo Provisório fez publicar em, 30 de novembro de 1889, Decreto estabelecendo novas regras relacionadas às regras de tratamento consagradas à magistratura. Nele, lê-se que ficavam abolidas as fórmulas de “Senhor” e “Majestade” dadas aos Tribunais, “porque o poder judiciário devia invocar tão só a sua autoridade, sem dependência de poder estranho”. Ato contínuo, Decreto de 18 de dezembro do mesmo ano encurtou as férias forenses sob o fundamento de que o “regime republicano era essencialmente de trabalho e de atividade”. Em 20 de fevereiro de 1900, foi publicado Decreto determinando que os presidentes do Supremo Tribunal e das Relações fossem escolhidos por eleição, e não mais por indicação do Poder Executivo.

Especificamente com relação à organização judiciária do novo regime, destacou-se, no seio do Governo Provisório, a atuação de dois de seus integrantes: Rui Barbosa, à frente da pasta da Fazenda, e Campos Sales, ministro da Justiça.¹⁰⁷ Não se ignora que, em um segundo momento, suas divergências ideológicas colocariam esses dois personagens em campos opostos e antagonicos com relação à interpretação constitucional da República. De um lado, Campos

¹⁰⁶ LEAL, Aureliano. *História Constitucional do Brasil* (1915). Domínio Público, p. 203-204. Com efeito, a ideia de que o parlamento se configura um obstáculo, um campo de discussões estereis deslocado da realidade social emerge com toda força nas primeiras décadas do século XX com a crise do modelo de democracia representativa oitocentista e a ascensão dos regimes fascistas e protofascistas, inicialmente na Europa continental, mas também em países periféricos como o Brasil. A título exemplificativo, em 1934, antes, portanto, da instalação do Estado Novo de Getúlio Vargas, escrevia Francisco Campos que “para as decisões políticas uma sala de parlamento tem hoje a mesma importância que uma sala de museu”. CAMPOS, Francisco. *A política e o nosso tempo*. In: O Estado Nacional: sua estrutura; seu conteúdo ideológico. Rio de Janeiro, 1934; p. 28.

¹⁰⁷ Em sua *História Constitucional do Brasil*, Aureliano Leal confirma o protagonismo de ambos no processo de elaboração do projeto de Constituição do Governo Provisório, especialmente no que tange à organização judiciária e à instituição do Supremo Tribunal Federal, uma vez que Rui Barbosa e Campos Sales “eram, no governo ditatorial, os únicos que conheciam o regime a o governo americano, indicado, desde 1830, como modelo a copiar”. In: LEAL, Aureliano. *História Constitucional do Brasil* (1915). Domínio Público; p. 208.

Sales passou a figurar como o principal artífice do conservadorismo oligárquico que veio a se tornar o núcleo da Primeira República, especialmente a partir de seu mandato presidencial (1889/1902); de outro lado, Rui Barbosa tornou-se o grande símbolo do liberalismo urbano que, derrotado eleitoralmente, viu seu projeto de República adormecer especialmente após implementação da assim denominada política dos governadores, já no início do século XX. No entanto, como indica Cristian Edward Lynch, nesse primeiro momento, “uns e outros precisavam da recíproca colaboração para atingir objetivos comuns”:

O primeiro deles, que era garantir o novo regime contra a reação monárquica, foi alcançado por uma legislação draconiana contra a liberdade de expressão, pelo empastelamento de jornais e pela edição de um regulamento eleitoral que impediria, pela intervenção do governo, a eleição de monarquistas para a Constituinte. O segundo objetivo comum foi impor o modelo institucional norte-americano contra o grupo positivista, convocando uma comissão para elaborar o projeto constitucional comprometida com o arquétipo institucional norte-americano.¹⁰⁸

Com relação ao segundo objetivo comum listado por Cristian Edward Lynch, o Governo Provisório, por intermédio do Decreto nº 29, de 3 de dezembro de 1889 – data simbólica de aniversário da divulgação do Manifesto Republicano de 1870 e do aparecimento na Corte do jornal *A República*¹⁰⁹ – apressou-se em nomear a comissão encarregada de elaborar o anteprojeto da primeira Constituição republicana, composta por Joaquim Saldanha de Almeida e Américo Braziliense de Almeida Mello, nas funções de presidente e vice-presidente, respectivamente, e por Antônio Luiz dos Santos Werneck, Francisco Rangel Pestana e José Antônio Pedreira de Magalhães Castro, estes três últimos na condição de vogais.

2.2.1 Os Anteprojetos e os Trabalhos da Comissão dos Cinco¹¹⁰

Conhecida pela alcunha de “Comissão dos Cinco” em virtude do número de membros que a compunham, esta iniciou seus trabalhos em janeiro de 1890, oportunidade na qual foi assentado que cada um dos juristas elaboraria, em separado, seu projeto particular para que, ato

¹⁰⁸ LYNCH, Christian Edward. *O momento oligárquico: a construção institucional da República (1889-1891)*. In: VISCARDI, Claudia Maria Ribeiro Viscardi; ALENCAR, José Almino (orgs.). *A República revisitada: construção e consolidação do Projeto Republicano Brasileiro*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016; p. 5.

¹⁰⁹ ROURE, Agenor de. *A Constituinte Republicana*. Brasília: Senado Federal, 1979; p. 1.

¹¹⁰ A íntegra de todos os anteprojetos referidos neste item foi retirada da compilação elaborada por João Coelho Gomes Ribeiro, publicada em 1917. A propósito, cf.: RIBEIRO, João Coelho Gomes. *A Gênese Histórica da Constituição Federal: subsídio para sua interpretação e reforma (os anteprojetos, contribuições e programas)*. Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas da Liga Marítima Brasileira, 1917.

contínuo, deles fosse apurada uma síntese, o projeto definitivo a ser encaminhado ao núcleo do poder republicano, o colegiado do Governo Provisório. Não obstante, ao longo dos trabalhos, tal entendimento acabou por ser reformulado: Francisco Rangel Pestana e Antônio Luiz dos Santos Werneck trabalharam em conjunto na confecção de um único anteprojeto, tendo o presidente da Comissão, Joaquim Saldanha de Almeida, deixado de elaborar um projeto individual de sua lavra.¹¹¹

Escolhidos a dedo pelo Governo provisório, todos os membros indicados para a composição da Comissão dos Cinco eram republicanos históricos, liberais defensores de uma maior autonomia aos membros da magistratura ainda no Império. Vale observar que dois deles – Joaquim Saldanha de Almeida e Francisco Rangel Pestana – foram signatários do Manifesto Republicano de 1870.¹¹² Magistrado de carreira, José Antônio Pedreira de Magalhães Castro foi integrante do Supremo Tribunal de Justiça de 1881 a 1889, ao passo que Américo Braziliense de Almeida Mello foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal em 1894.¹¹³

Com relação especificamente à organização do Poder Judiciário idealizado para a República, a análise dos anteprojetos elaborados pelos integrantes da Comissão dos Cinco revela-se fonte primária consideravelmente relevante à aferição das diversas possibilidades de instituição de seu novo órgão de cúpula. Principalmente porque permite, em comunhão com a análise de outros testemunhos do tempo histórico em questão, reforçar a hipótese levantada

¹¹¹ Em nota ao texto de sua *História Constitucional do Brasil*, Aureliano Leal escreve ter recebido das mãos José Antônio Pedreira de Magalhães Castro um exemplar do projeto elaborado pela Comissão dos Cinco, no qual este lhe teria confidenciado o trâmite dos trabalhos dentro da Comissão, nos seguintes termos: “Assim contou-me o Dr. Magalhães Castro, em autógrafo seu, como trabalhou a comissão de que fez parte: ‘Com a incumbência de elaborar o Projeto de Constituição Federal que a Constituinte Republicana devia examinar e votar, o Governo Provisório nomeou uma comissão especial, composta dos propagandistas Joaquim Saldanha Marinho, Américo Braziliense de Almeida Mello, Francisco Rangel Pestana, Antônio Luiz dos Santos Werneck e José Antônio Pedreira de Magalhães Castro. Esta comissão funcionou sob a presidência e direção de Saldanha Marinho: e, logo, em sua primeira reunião, resolveu, para regularidade e melhor aproveitamento de trabalho, que cada um dos membros da comissão condensasse em uma espécie de projeto individual as suas ideias pessoais, o que serviria de base às discussões e votações da comissão, a fim de formular e apresentar ao Governo o Projeto definitivo. Assim, escreveram seus projetos, Werneck e Pestana conjuntamente, e Américo Braziliense, Magalhães Castro, os seus, cada um em separado. Impressos os três projetos individuais, a comissão estudou-os durante alguns meses em sessões diárias, que se realizaram no 2º andar do escritório de advocacia de Saldanha Marinho, à rua do Rosário, e que ordinariamente duravam das 3 às 6 horas da tarde. Por deliberação de seus companheiros de comissão, foi Magalhães Castro o escolhido para tomar nota do que a comissão, por maioria de votos, ia aprovando ou rejeitando de cada um dos três projetos individuais, e foi quem redigiu o Projeto definitivo que a comissão assinalou e subscreveu unanimemente e sem discrepância. Todas as discussões, em resumo, e votações respectivas, muitas com declaração de voto, foram consignadas em ‘Livro de atas da comissão’; serviço que, tendo-se tornado fatigante, foi pelo ministro do Interior designado o Dr. Nelson de Vasconcellos para auxiliar nesta parte os trabalhos da comissão. O ‘Projeto da comissão’ e o ‘Livro de suas atas’, devidamente assignados e rubricados pela comissão, foram entregues ao Sr. Marechal Deodoro, chefe do Governo Provisório”. In: LEAL, Aureliano. *História Constitucional do Brasil* (1915). Domínio Público; p. 205-206 (nota nº 10).

¹¹² ROURE, *Op. Cit.*; p. 1.

¹¹³ LAGO, Laurêncio. *Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal: dados biográficos (1828-1978)*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1978; p. 114; 166-167.

desde o início desta investigação de que, não obstante a relativa homogeneidade do pensamento jurídico dos atores responsáveis por pensar a nova arquitetura institucional do Poder Judiciário sob a República, diversas foram as soluções teóricas propostas no enfrentamento ao problema colocado pela incerteza constitucional no momento de transição do novo para o antigo regime ao final do século XIX.

No anteprojeto elaborado por Américo Brasiliense de Almeida e Melo, lê-se, logo no primeiro artigo de sua Seção III, que “o poder judicial federal será exercido pela Corte Suprema de Justiça, pelas Relações dos Estados e por outros tribunais e juízes que a lei criar” (artigo 44).¹¹⁴ Américo Brasiliense de Almeida e Melo defendia a unidade da organização judiciária e do direito material no regime republicano, mas a dualidade do regime processual. Assim, seu anteprojeto estabeleceu que competiria à União legislar sobre o direito material (civil, comercial e criminal), podendo os Estados, no entanto, insurgirem-se contra os dispositivos considerados inaplicáveis mediante a apresentação de representação junto ao Congresso Nacional, que poderia autorizar eventuais e circunscritas derrogações válidas apenas nos limites do território do Estado insurgente (artigo 8º). Por sua vez, as matérias afetas ao direito processual foram relegadas ao rol da competência legislativa residual, objeto de atuação legiferante dos Entes da Federação (artigo 9º c/c artigo 19, § 12).

Com relação à composição da assim denominada Corte Suprema de Justiça (com nítida inspiração na denominação da *Supreme Court* norte-americana), o anteprojeto de Américo Brasiliense de Almeida e Melo previa que esta contaria com juízes eleitos pelos órgãos legislativos estaduais a serem escolhidos dentre os juízes que contassem com, no mínimo, dez anos de serviço ou dentre “jurisconsultos de notória ilustração”. Havia, igualmente, a previsão de mandato de doze anos aos juízes eleitos, não obstante tal lapso temporal pudesse ser indefinidamente prorrogado enquanto não substituídos pelos órgãos legislativos de seus respectivos Estados (artigo 46).

No que tange à delimitação do raio de competência da Corte Suprema de Justiça, o anteprojeto de Américo Brasiliense de Almeida e Melo o subdividiu em quatro grupos, cada qual representado pelos incisos que compunham o artigo 48, em que pese tenha delegado à lei a possibilidade de instituir as “demais atribuições que julgar conveniente competirem à Corte Suprema de Justiça” (artigo 52).

¹¹⁴ RIBEIRO, João Coelho Gomes. *A Gênese Histórica da Constituição Federal: subsídio para sua interpretação e reforma (os anteprojeto, contribuições e programas)*. Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas da Liga Marítima Brasileira, 1917; p. 59-76.

No primeiro grupo (inciso I), previu a competência da Corte para julgar e processar as autoridades arroladas nas alíneas *a a f*, a saber: os seus respectivos membros nos crimes comuns e de responsabilidade; o presidente da República, nos crimes comuns; os ministros e secretários do Poder Executivo nos crimes de responsabilidade e nos comuns, desde que conexos aos do presidente da República; os ministros diplomáticos, nos crimes de responsabilidade e comuns; o comandante em chefe das forças federais, nos crimes de responsabilidade; e, por fim, os juízes das Relações dos Estados, nos crimes de responsabilidade.

No segundo grupo (inciso II), previu que competiria à Corte Suprema de Justiça julgar, em grau de recurso, as decisões proferidas pelas Relações estaduais, mas apenas com relação aos pronunciamentos decisórios tomados em sede de *habeas corpus*, de condenações por crimes políticos e, ainda, em questões sobre espólios deixados por estrangeiros – tendo em vista que, em todos os outros processos cíveis ou criminais, as decisões das Relações teriam o condão de pôr fim aos feitos e questões suscitadas nos Estados, não cabendo recurso à Corte Suprema (artigo 51).

No terceiro grupo (inciso III), consagrou a competência original da Corte Suprema de Justiça em matérias atinentes aos litígios e controvérsias potencialmente relevantes à defesa da soberania nacional e, especialmente, à manutenção da Federação, proclamada logo na primeira linha do artigo 1º do anteprojeto em análise. Com relação à primeira das preocupações apontadas, dispôs que competiria à Corte Suprema decidir as questões de direito marítimo (alínea *b*); as questões de ordem civil ou criminal, quando suscitadas em relação aos tratados internacionais (alínea *d*); e as reclamações de estrangeiros em face do governo federal ou dos Estados (alínea *e*). Com relação à preocupação com a manutenção da forma federativa, ficou previsto que competiria à Corte Suprema decidir “as questões suscitadas entre um ou mais Estados ou qualquer cidadão e o governo federal, entre dois ou mais Estados ou entre estes e algum ou alguns cidadãos de outro Estado” (alínea *a*), bem como aquelas “questões que se levantem sobre a execução desta Constituição e das leis federais” (alínea *c*).

Por fim, no quarto grupo (inciso IV), o anteprojeto de Américo Brasiliense de Almeida e Melo valeu-se de redação mais genérica ao reservar à Corte Suprema de Justiça a competência para resolver os conflitos entre as Relações ou outros tribunais, nos termos de diploma legal a ser oportunamente promulgado.

Em síntese, da análise das disposições do anteprojeto de Américo Brasiliense de Almeida e Melo consagradas ao Poder Judiciário e, especialmente, à assim denominada Corte Suprema de Justiça (apenas nove artigos em comparação aos dezessete e dezoito dedicados,

respectivamente, ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo) é possível identificar, *grosso modo*, certas premissas bem definidas.

Com efeito, a Suprema Corte não teria por função precípua revisar ou cassar, em grau recursal, as decisões das Relações estaduais, ao contrário do Supremo Tribunal de Justiça imperial, cuja principal atribuição consistia em conceder ou denegar revistas nas causas julgadas pelos tribunais das Relações em casos de manifesta nulidade ou de injustiça notória (*vide* item 2.1). Noutra giro, considerando-se a natureza das matérias sobre as quais conheceria originariamente, o Tribunal Republicano poderia ser caracterizado como uma espécie de Tribunal da Federação, cujo âmbito de atuação estaria centrado na defesa da soberania (jurídica e territorial) nacional e, principalmente, na manutenção da harmonia entre os Entes Federativos a partir da atuação nos conflitos existentes, seja entre estes, seja destes perante a União. Assim, ainda que integrante do Poder Judiciário, sendo responsável tanto pelos julgamentos das autoridades arroladas no texto constitucional quanto pela uniformização da jurisprudência nacional nas hipóteses de dissenso interpretativo entre as Relações, transparece, mesmo que de maneira tímida, o caráter político da Corte Suprema de Justiça – reforçado, inclusive, pelo método de escolha de seus integrantes, mediante eleição sob a responsabilidade dos órgãos legislativos de cada um dos Entes da Federação.

Por fim, ainda que disfarçado em meio às demais atribuições previstas para a Corte Suprema de Justiça entre alíneas do inciso III do artigo 48, o reconhecimento de que caberia a esta decidir “as questões que se levantem sobre a execução desta Constituição e das leis federais” parece indicar a intenção de fornecer ao órgão de cúpula do Poder Judiciário um papel relevante na interpretação do texto constitucional – o que, ao que tudo indica, já era uma realidade na mentalidade jurídica brasileira do final do século XIX.

Mesmo porque semelhante disposição esteve presente, outrossim, no anteprojeto elaborado a quatro mãos por Francisco Rangel Pestana e Antônio Luiz dos Santos Werneck, que, de maneira expressa e direta, atribuía ao Poder Judiciário (e ao Supremo Tribunal, em sede de apelação) a competência para conhecer e decidir toda e qualquer “causa de direito e de equidade que versarem sobre pontos da Constituição e das leis imperiais”, nos termos de seu artigo 135:

Art. 135. Ao supremo tribunal por apelação, e aos outros juizes ou tribunais federais inferiores, originariamente, compete conhecer e decidir todas as causas de direito e de equidade que versarem sobre pontos da Constituição e das leis federais; dos tratados com as nações estrangeiras; das causas de jurisdição marítima; das causas em que a nação for parte, das que se suscitarem entre dois ou mais estados; entre um ou mais estados, contra uma ou mais províncias e vice-versa, entre um estado e os habitantes

de outro estado, província ou território, entre uma província e os habitantes de um ou mais estados, entre os habitantes de diferentes estados; entre os habitantes de um ou mais territórios, províncias ou estados, contra os de outro ou mais estados; entre um estado, contra uma potência estrangeira ou cidadão estrangeiro; entre habitantes de um estado, província ou território, contra cidadão estrangeiro, ou potência estrangeira. Nas causas entre uma província e um cidadão estrangeiro, ou potência estrangeira, o congresso dará à província capacidade jurídica, se lhe houver conferido direitos e não apenas, delegado atribuições.¹¹⁵

Defensores de um Federalismo radical que chegava a assustar Campos Sales, principal defensor da ampliação das autonomias dos Estados no seio do Governo Provisório¹¹⁶, Francisco Rangel Pestana e Antônio Luiz dos Santos Werneck fizeram incluir, no artigo 5º do anteprojeto por eles redigido, a disposição segundo a qual “cada Estado governar-se-á por suas próprias leis constitucionais e ordinárias”, desde que amoldadas ao regime republicano e aos preceitos da Constituição Federal. Nessa condição, propagavam não apenas a dualidade da magistratura, distinguindo os membros das magistraturas federal e estadual (artigo 131), mas igualmente a liberdade dos Estados na confecção das leis de direito material e processual, cuja competência legislativa não foi expressamente reservada à União.

Com relação à esfera de atuação da Justiça republicana, tanto no anteprojeto de Américo Brasiliense de Almeida e Melo, quanto naquele elaborado por Francisco Rangel Pestana e Antônio Luiz dos Santos Werneck, previu-se que competiria ao órgão de cúpula do Judiciário decidir, em espécie, isto é, no caso concreto, a correta aplicação do texto constitucional. Aliás, no anteprojeto elaborado por estes, lê-se expressamente que, salvo nos períodos de estado de sítio e de suspensão das garantias constitucionais, “exclusivamente o poder judiciário tem competência para conhecer e decidir, mas sempre em espécie, de toda e qualquer infração desta Constituição” (artigo 7º).

Não obstante, em ambos os anteprojotos, a atribuição de velar na guarda da Constituição e das leis permanecia sob a órbita de competências do Poder Legislativo. Nos termos do anteprojeto de Américo Brasiliense de Almeida e Melo, “a interpretação por via de autoridade ou como medida geral pertence ao poder legislativo” (artigo 89). Já de acordo com o anteprojeto de Francisco Rangel Pestana e Antônio Luiz dos Santos Werneck, competiria ao Poder Legislativo “velar na guarda da constituição e das leis” (artigo 111, inciso XXVII).

Segundo Andrei Koerner, essa espécie de “direito de inspecionar” a correta observância das leis reservado ao Poder Legislativo pelos anteprojotos acima mencionados seria um

¹¹⁵ Idem; p. 77-100.

¹¹⁶ KORNER, *Op. Cit.*; p. 167.

“dispositivo típico do governo parlamentarista”, um verdadeiro “corretivo valioso e indispensável contra os abusos ministeriais”, a ser “exercido pelo controle judicial da constitucionalidade dos atos do Executivo ou por acusação nos crimes de responsabilidade”.¹¹⁷

Assim, vê-se que a ideia era impor freios à atuação do Poder Executivo em espécie, por intermédio da Corte Suprema de Justiça ou do Supremo Tribunal de Justiça, e, em sentido abstrato, por intermédio do direito de inspeção a ser exercido pelo Poder Legislativo – responsável, inclusive, pelo julgamento do Chefe do Executivo nas hipóteses de cometimento de crime de responsabilidade (artigo 38 no anteprojeto de Américo Brasiliense de Almeida e Melo e artigo 99, § 2º, do anteprojeto de Francisco Rangel Pestana e Antônio Luiz dos Santos Werneck).

Não há aqui, repita-se, qualquer previsão no sentido de se possibilitar ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo emanado do Poder Legislativo, mas – apenas e tão somente – a competência (quase que por delegação deste último), para decidir no caso em concreto com base na Constituição, no intuito de coibir eventuais abusos por parte do Poder Executivo. Em síntese, competiria ao Poder Legislativo a interpretação autêntica do texto constitucional.

O anteprojeto elaborado por José Antônio Pedreira de Magalhães Castro¹¹⁸, por sua vez, trouxe inovações relevantes e essencialmente opostas no que diz respeito aos poderes conferidos do Supremo Tribunal de Justiça, especialmente no sentido de alargar a competência da Corte para interpretar a Constituição e as leis para além dos casos concretos que germinavam na lida contenciosa dos fóruns e tribunais.

Após prever que “o poder judiciário dos Estados Unidos do Brasil será confiado a um supremo tribunal de justiça, às Relações dos Estados, aos juizes de direito, juizes de paz e jurados” (artigo 93), o anteprojeto em questão destacou, assim como aqueles anteriormente analisados, um artigo específico cujos parágrafos delimitam de maneira expressa as atribuições do Tribunal. Assim, competiria a este órgão judiciário: “julgar as questões entre o poder federal e os dos Estados, e entre dois ou mais Estados, inclusive o Distrito Federal” (parágrafo 1º); “resolver os conflitos entre as diferentes Relações dos Estados ou entre os poderes nos diferentes Estados e Distrito Federal” (parágrafo 2º); “decidir as questões, entre os cidadãos e

¹¹⁷ Idem; p. 153.

¹¹⁸ RIBEIRO, João Coelho Gomes. *A Gênese Histórica da Constituição Federal: subsídio para sua interpretação e reforma (os anteprojetos, contribuições e programas)*. Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas da Liga Marítima Brasileira, 1917; p. 101-122.

os Estados ou Distrito Federal, relativamente à aplicação ou interpretação de leis federais ou decretos e resoluções do governo federal” (parágrafo 3º); “conhecer e julgar as reclamações e os litígios dos estrangeiros que se basearem em contratos celebrados com o governo federal ou os Estados, e tratados ou convenções com as nações estrangeiras” (parágrafo 4º); e, por fim, “resolver as questões sobre presas e represas marítimas e todas as que forem concernentes às disposições internacionais” (parágrafo 5º).

Também aqui, observa-se que a preocupação de José Antônio Pedreira de Magalhães Castro é com a harmonização das relações entre os Estados e destes com a União, fazendo o Supremo Tribunal às vezes de árbitro da Federação e garantidor da soberania nacional – valendo-se, inclusive, de redação muitíssimo semelhante daquela encontrada nos anteprojetos elaborados, tanto por Américo Brasiliense de Almeida e Melo, quanto por Francisco Rangel Pestana e Antônio Luiz dos Santos Werneck. Mais adiante, inclusive, ao tratar que “nenhum Estado poderá fazer nem declarar guerra a outro nem usar de retorsão ou represália”, princípio basilar do federalismo, o artigo 113 de seu anteprojeto é expresso ao prever que “todas as questões que se suscitarem entre eles serão submetidos a julgamento e decisão do Supremo Tribunal”.

Ainda em seu anteprojeto, José Antônio Pedreira de Magalhães Castro decidiu-se pelo estabelecimento da unidade da magistratura e do direito, seja material, seja processual. Assim, atribuiu à União a competência para legislar sobre o direito substantivo e adjetivo, acrescentando, porém, ser “lícito aos estados alterarem as suas disposições, em ordem a adaptá-las convenientemente [...] desde que não ofendam os princípios gerais estabelecidos nesta Constituição” (artigo 51, § 6º).

A grande novidade do anteprojeto de José Antônio Pedreira de Magalhães Castro, porém, está contida em outro ponto. De maneira expressa, o artigo 103 enuncia em seu *caput* premissa que, como tal, indica a natureza e o centro gravitacional da atuação do órgão de cúpula do Poder Judiciário: “Compete ao Supremo Tribunal velar pela guarda e fiel observância da Constituição, pela defesa das instituições e dos direitos do cidadão, que ele garante”.

Resgatando a figura de linguagem utilizada pela Constituição imperial de 1824, segundo a qual competiria ao Poder Legislativo “velar na guarda da Constituição” (inciso VIII do artigo 16), José Antônio Pedreira de Magalhães Castro promove verdadeiro giro copernicano com relação à estrutura de organização e separação dos poderes estatais do regime anterior. Ao conferir ao Supremo Tribunal a “guarda da Constituição”, e não apenas atribuir-lhe a possibilidade de “conhecer e decidir todas as causas de direito e de equidade que versarem sobre

pontos da Constituição e das leis federais” aventada nos demais anteprojetos elaborados, pretendeu alçar o Poder Judiciário a um papel de protagonismo social e político jamais visto anteriormente, tendo em vista a posição hierarquicamente superior conferida à Constituição, texto fundador da República.

Cuida-se, aliás, de conclusão corroborada pela leitura da redação dos dois parágrafos que seguem ao *caput* do artigo 103, o qual, por sua relevância, é a seguir transcrito em sua íntegra:

Art. 103. Compete ao Supremo Tribunal velar pela guarda e fiel observância da Constituição, pela defesa das instituições e dos direitos do cidadão, que ele garante. Por isso:

§ 1º. Dentro de três dias depois da promulgação de uma lei, se julgar que ela é inconstitucional, representará ao Governo Federal para que suspenda o seu exercício, e dentro de oito dias, motivará a sua deliberação, que será levada ao Congresso por intermédio do governo, para que considere e resolva sobre a hipótese, seguindo-se o mais como se acha disposto;

§ 2º. Na ausência do Congresso, conhecerá, em segredo de justiça, das denúncias que lhe forem trazidas pelos cidadãos ou pelo procurador geral, que será um dos seus membros, escolhidos anualmente por eleição do tribunal, contra as violações da constituição e abusos do poder praticados pelo presidente da República. Julgada procedente a denúncia, provocará a reunião extraordinário do Congresso, comunicando-se para esse fim o Chefe do Poder Executivo, que fará a convocação imediatamente. Se não o fizer, o presidente do Supremo Tribunal convocará o Congresso em nome da nação.

Como se verifica, as disposições contidas no anteprojeto consagram, desde logo, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato emanado do Executivo – o que, por mais que pareça óbvio aos olhos contemporâneos, não era uma realidade autoevidente aos juristas, magistrados e políticos da transição do Império à República. E mais: o fez de maneira clara e direta, não permitindo, ao contrário dos demais anteprojetos elaborados no bojo da Comissão dos Cinco, interpretações dúbias a esse respeito. Igualmente, invertendo o dogma processual do princípio da inércia, segundo o qual o Poder Judiciário só atuaria mediante a provocação das partes interessadas, previu uma espécie de controle preventivo de constitucionalidade semelhante àquele exercido pelo Chefe do Poder Executivo quando da sanção presidencial de determinada lei.

Nesse ambiente, somando-se as disposições contidas nos parágrafos do artigo 103 de seu anteprojeto de Constituição, o que se verifica é a clara intenção de José Antônio Pedreira de Magalhães Castro no sentido de fomentar verdadeiro debate institucional entre os Poderes da República, alçando à ribalta da arena política os ministros do Supremo Tribunal.

A propósito, a redação dos artigos que compõe a Seção V do Título consagrado no anteprojeto ao Poder Legislativo, denominada “Da Formação das Leis”, reforça a ideia de um diálogo entre os Poderes no processo de declaração de inconstitucionalidade das leis, antes mesmo de sua promulgação:

Artigo 68. Se o Chefe do Poder Executivo entender que o projeto de lei é inconstitucional, suspenderá a sua promulgação, remetendo-o com as suas razões, ao Supremo Tribunal, que tomará conhecimento e resolverá em igual prazo de dez dias. Entendendo o Supremo Tribunal que não é inconstitucional o projeto de lei, devolvê-lo-á com as suas razões de decisão, ao Chefe do Poder Executivo, que deverá promulga-lo, logo após, como lei.

Artigo 69. Reconhecida a inconstitucionalidade do projeto pelo Supremo Tribunal, que motivará a sua decisão, será devolvido por intermédio do Poder Executivo à Câmara, donde teve a iniciação para que o Congresso reconsidere. Se o Congresso achar procedentes as observações e decisão do Supremo Tribunal e não quiser emenda-lo, para ser promulgado então como lei, será arquivado o projeto, só podendo ser renovado dois anos depois; caso, porém, julgue diversamente por dois terços da votação em cada uma das Câmaras, ou por maioria de votos na hipótese de renovação, será o projeto enviado ao Chefe do Poder Executivo que o promulgará desde logo, fazendo-o imprimir e publicar.

Com efeito, cuida-se modelo de controle de constitucionalidade consideravelmente distinto do *judicial review* consagrado pela *Supreme Court* norte-americana e inicialmente delineado pelo *chief justice* John Marshall, em 1803, no ostensivamente citado caso *Marbury v. Madison*. Neste modelo, tomando-se por premissas básicas, de um lado, o princípio da soberania da Constituição, norma máxima de determinado ordenamento jurídico a qual todos os demais atos normativos devem se sujeitar, e, de outro, o reconhecimento do Poder Judiciário como o intérprete privilegiado da Carta Política, tem-se que os atos normativos que não se coadunassem com a Constituição poderiam ser revisados e anulados por quaisquer membros e órgãos do Poder Judiciário quando da análise do caso em concreto, em espécie de controle judicial, difuso e repressivo.¹¹⁹

No modelo proposto por José Antônio Pedreira de Magalhães Castro, o Supremo Tribunal ostentaria não apenas o poder (privativo) de interpretar a Constituição e as leis nos casos contenciosos – o que, diga-se, já era sugerido nos demais anteprojeto elaborados no bojo da Comissão dos Cinco, ainda que em conjunto com o Poder Legislativo, intérprete autêntico e final da Constituição nos anteprojeto de Américo Brasiliense de Almeida e Melo, e de Francisco Rangel Pestana e Antônio Luiz dos Santos Werneck. Aqui, serviria o Supremo Tribunal de Justiça também como órgão consultivo da Presidência da República na tarefa de

¹¹⁹ PAIXÃO, Cristiano; Bigliuzzi, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2008; p. 166-171.

opinar, em abstrato, pela constitucionalidade ou não dos projetos de lei encaminhados pelo Poder Legislativo à sanção presidencial.¹²⁰

Assim, verificando-se o relevante papel desempenhado pelo Supremo Tribunal no processo de controle de constitucionalidade das leis em constante diálogo com os outros Poderes, torna-se mais perceptível e identificável a preocupação de José Antônio Pedreira de Magalhães Castro em distanciar, de maneira ainda mais explícita do que nos outros anteprojetos, o Supremo Tribunal republicano do antigo Supremo Tribunal imperial, restringindo a atuação daquele como órgão de revisão dos pronunciamentos decisórios das instâncias judiciais inferior: a teor da redação do artigo 102, as Relações julgariam “em segunda e última instância”, de modo que, “só nas causas crimes, havendo condenação, haverá *ex officio* recurso de revista para o Supremo Tribunal, que julgará definitivamente”; a exceção, prevista no artigo 106, se daria apenas com relação à ação de *habeas corpus* – que poderia ser impetrado diretamente junto ao Supremo Tribunal, ou nele atracando quando denegada a concessão da ordem pelos juízes e tribunais inferiores.

Ainda no anteprojeto de José Antônio Pedreira de Magalhães Castro, o Supremo Tribunal passaria igualmente a se ocupar da apuração das eleições presidenciais, “conhecendo da validade ou não da eleição, e decidindo sobre todas as dúvidas e contestações arguidas” (artigo 79), estando igualmente previsto que competiria ao presidente da Corte proclamar “solenemente eleitos em nome do povo, o presidente e vice-presidente da República Federal dos Estados Unidos do Brasil” (artigo 81).

Essas inovações particulares ajudam a explicar o próprio modelo de escolha dos membros da Corte ventilado no anteprojeto: estes seriam eleitos pelo Congresso, que os escolheriam entre os desembargadores e cidadãos “que se houverem notabilizados por seus talentos e virtudes na advocacia, política ou magistério jurídico” (artigo 95), possibilitando assim que mesmo membros externos à esfera da magistratura pudessem tomar assento no Tribunal.

Em conclusão, nos moldes propostos por José Antônio Pedreira de Magalhães Castro, o Supremo Tribunal de Justiça republicano consistiria em entidade dotada de relevante poder para além das já conhecidas atribuições jurisdicionais do Tribunal homônimo dos tempos imperiais. Responsável pela defesa da Federação e, em certa medida, da própria soberania nacional, ocupar-se-ia a Corte também da guarda da Constituição, zelando pela constitucionalidade das

¹²⁰ KORNER, *Op. Cit.*; p. 154.

leis e dos atos executivos, em diálogo com os demais Poderes da República em posição de igualdade – posição que, no Império, jamais havia sido atribuída ao Poder Judiciário.

Não obstante, as inovações propostas especialmente no anteprojeto elaborado por José Antônio Pedreira de Magalhães Castro foram extirpadas do texto final elaborado pela Comissão dos Cinco.¹²¹ Nele, as competências do Supremo Tribunal de Justiça foram consideravelmente reduzidas mesmo se tomarmos em consideração os anteprojetos mais sucintos elaborados, tanto por Américo Brasiliense de Almeida e Melo, quanto por Francisco Rangel Pestana e Antônio Luiz dos Santos Werneck. Nem mesmo a vaga menção à competência do Tribunal para “conhecer e decidir todas as causas de direito e de equidade que versarem sobre pontos da Constituição e das leis federais” resistiu ao texto final da Comissão dos Cinco.

Em síntese, após definir, em redação consideravelmente ampla, que “o Poder Judiciário Federal será exercido por um Supremo Tribunal de Justiça e por tantos juízes ou tribunais federais quantos o Congresso criar” (artigo 63), cuidou o projeto de definir a composição e as regras de nomeação dos membros do novo Tribunal. Nos termos da redação do artigo 64, o Supremo Tribunal de Justiça seria composto por “15 membros nomeados pelo Senado da União, dentre os 30 juízes federais mais antigos e juriconsultos de provada ilustração, não podendo o número destes exceder ao terço do número total de membros do Tribunal”.

Drasticamente reduzida se comparada às redações dos anteprojetos que, em tese, haveriam de ter fornecido a sua sustentação inicial, a competência do Supremo Tribunal foi restringida ao artigo 68, que recebeu a seguinte redação:

Artigo 86. Ao Supremo Tribunal de Justiça compete:

I. Processar e julgar:

- a) o presidente da República, nos crimes comuns e os secretários de governo, nos casos do art. 59;
- b) os ministros diplomáticos, nos crimes comuns e de responsabilidade;
- c) o comandante em chefe das forças federais, nos crimes de responsabilidade;
- d) as questões entre o poder federal e o dos Estados, entre dois ou mais estados e as que se suscitarem entre as nações estrangeiras e o poder federal ou do Estado;
- e) os conflitos entre os juízes dos tribunais federais;

II. Tomar conhecimento e julgar em grau de recurso as questões que forem resolvidas pelos juízes ou tribunais e as de que trata o art. 70.

III. Rever os processos crimes findos, nos termos do artigo 104.

Da leitura do projeto final, percebe-se que remanesce a preocupação em atribuir ao órgão de cúpula do Poder Judiciário Federal a palavra final na arbitragem e na resolução dos

¹²¹ RIBEIRO, *Op. Cit.*; p. 183-202.

conflitos entre os Entes da Federação, bem como daqueles porventura existentes entre o poder central e as nações estrangeiras (alínea *d* do inciso I). Além disso, digna de nota é a manutenção da atribuição de processar e julgar a mais alta das autoridades no regime republicano, chefe de governo e de Estado, especialmente em um país que acabara de abandonar uma forma monárquica reforçada pelas atribuições do Poder Moderador em uma de suas mais notáveis acepções, a doutrina da inviolabilidade real.¹²²

Além disso, notável diferença com relação ao Supremo Tribunal de Justiça do Império se levanta à medida que se verifica que assuntos administrativos – e não mais apenas privados – passariam ser resolvidos pelo Poder Judiciário. Com efeito, solução comum a todos os anteprojetos mantida na redação do texto final da Comissão dos Cinco foi a adoção de um sistema de jurisdição única, com a realização do controle e da revisão administrativa pela Justiça, suprimindo-se o contencioso administrativo tipicamente imperial.¹²³

No entanto, reduziu-se consideravelmente a preocupação expressamente demonstrada nos anteprojetos que lhes antecederam no sentido de evitar que o Supremo Tribunal fosse tido, pura e simplesmente, como órgão de revisão das decisões dos juízes e tribunais inferiores (incisos II e III). Igualmente, verifica-se inexistir qualquer menção à possibilidade de um controle de constitucionalidade das leis por parte do Poder Judiciário, não subsistindo qualquer previsão no sentido de que ao seu órgão de cúpula caberia “velar pela guarda da Constituição” ou mesmo para “conhecer e decidir todas as causas de direito e de equidade que versarem sobre pontos da Constituição e das leis federais” – o que se coaduna com a previsão contida no artigo 6º das disposições transitórias do projeto de que, “na primeira organização do Supremo Tribunal de Justiça, a nomeação será feita por escolha entre os membros do atual Supremo Tribunal, pelo presidente da República”.

Com efeito, toda a complexa arquitetura tendente à formulação de um sistema de controle de constitucionalidade das leis e dos atos presidenciais projetada por José Antônio Pedreira de Magalhães Castro foi silenciada no texto final da Comissão dos Cinco, que, outrossim, abandonou a proposta de atribuir ao Supremo Tribunal o poder-dever de zelar pela legalidade da apuração das eleições presidenciais, em um aparente esforço de restringir a esfera de atuação deste Tribunal aos assuntos puramente jurisdicionais, afastando-se maiores

¹²² Nos termos do artigo 98 da Constituição de 1824, “o Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos”, ao passo que o artigo 99 dispunha que “a Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma”.

¹²³ NEQUETE, *Op. Cit.*; p. 19.

tentativas de imiscuí-lo em assuntos concernentes à arena tradicionalmente ocupada pelos políticos. Aliás, reveste-se de forte simbolismo o fato de que foi incluída, na redação final do projeto de Constituição entregue ao Governo Provisório, a atribuição ao Poder Legislativo de “velar na guarda da Constituição e da Lei”, bem como “providenciar sobre todas as necessidades de caráter federal” (artigo 33, § 17), retirando-a da esfera de atribuições do Supremo Tribunal.

Compartilhando da mesma diretriz adotada pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, por meio do qual o Governo provisório procurou se antecipar ao Congresso Constituinte ao consagrar a coexistência entre a jurisdição federal e a jurisdição estadual (item 2.2.2 *supra*), também a redação final do projeto da Comissão dos Cinco previu a assim denominada dualidade da organização judiciária. Após consagrar, por princípio, a liberdade de auto-organização das Províncias transformados em Estados, observando que “cada Estado governar-se-á por suas próprias leis constitucionais e ordinárias, com a condição de amoldá-las ao regime republicano e aos princípios fundamentais consignados nesta Constituição”, o projeto encaminhado pela Comissão dos Cinco previu, em seu artigo 72, que os Estados, livremente constituídos, teriam “a organização judiciária que entender”, abstendo-se, inclusive, de impor qualquer controle do Supremo Tribunal de Justiça sobre as decisões proferidas pelos órgãos judiciários estaduais. Com relação ao direito material e processual, estabeleceu o projeto que, em um prazo de cinco anos, deveria o Congresso aprovar uma codificação nacional, anotando, porém, ser “lícito aos estados alterar as disposições de tais leis, em ordem a adaptá-las convenientemente às suas condições peculiares” (artigo 33, § 13).

Para Andrei Koerner, a redação final do projeto de Constituição elaborado pelo colegiado da Comissão dos Cinco ficou marcada pelo signo da conciliação, especialmente entre as orientações unitárias e dualistas de organização judiciária.¹²⁴ Em conclusão, cumpre adicionar que, malgrado a inequívoca intenção de diferenciar o novo Tribunal Republicano da Corte Suprema dos tempos imperiais, compartilhada – em maior ou menor grau – por todos os integrantes da Comissão dos Cinco, o seu conciliatório texto final parece atado à tradicional noção de que o Poder Judiciário deveria interpretar as leis de acordo com a Constituição sem olvidar jamais a soberania do Parlamento, intérprete autêntico do texto constitucional, o qual

¹²⁴ KORNER, *Op. Cit.*; p. 160.

apenas delegaria aos juízes e tribunais o poder de decidir a aplicação da norma ao caso concreto.¹²⁵

Assim, freadas as inovações mais radicais sugeridas pelo anteprojeto de José Antônio Pedreira de Magalhães Castro, a redação final do projeto elaborado pela Comissão dos Cinco foi enviada, em 24 de maio de 1890, para a apreciação dos membros do Governo Provisório, colegiado a quem competiria analisá-lo para, em seguida, enviá-lo para a apreciação final do Congresso Constituinte a ser convocado no primeiro aniversário da Proclamação da República.

Antes, porém, de analisar a atuação do núcleo duro do Governo Provisório na elaboração do novo modelo de Poder Judiciário sob a República, passa-se a destacar um projeto alternativo levado à cabo pelo jurista João Coelho Gomes Ribeiro. Com isso, procura-se salientar que, no nascedouro do novo regime, diversos eram os projetos de construção de uma Corte Constitucional, reforçando a hipótese construída por esta investigação no sentido de que procurar enxergar no Supremo Tribunal Federal da Primeira República a semente em germinação do Tribunal dos dias atuais é ignorar toda a multiplicidade de possibilidades que se abriram à jurisdição constitucional na virada do século XIX para o século XX.

2.2.2 Uma Alternativa à Construção Oficial do Supremo Tribunal Federal: o Tribunal Constitucional de João Coelho Gomes Ribeiro

Em 8 de março de 1890, o jornal *Gazeta de Notícias* publicou o editorial “A Constituição”, no qual seu redator-chefe, o jornalista Ferreira de Araújo, noticiava ser “intenção do governo provisório, logo que adotar, de acordo com a respectiva comissão, o projeto de lei constitucional, submetê-lo à larga discussão pela imprensa em todo o país, de modo a simplificar e apressar o trabalho da Constituinte”. Antecipando-se ao desenrolar dos acontecimentos, o editorial indicou o interesse do periódico em “acompanhar com o maior cuidado a elaboração da lei que vai ser a base de nossa organização, discutindo em todos os

¹²⁵ Segundo Andrei Koerner, “pelo confronto dos projetos, nota-se que o papel atribuído ao STJ na interpretação das leis era típico do parlamentarismo, no qual a assembleia é identificada à soberania nacional e, portanto, não reconhece poder superior à sua vontade. Esse é o sentido da interpretação autêntica: aos juízes, como simples delegados da representação nacional, cabe decidir apenas a aplicação da lei aos casos concretos, sendo-lhes vedado deixar de aplicar alguma lei do parlamento. O mesmo acontece com a forma de nomeação: o exercício da jurisdição é uma delegação da soberania, e por isso os membros do STJ seriam eleitos pelo Senado Federal ou pelas legislaturas estaduais”. In: KORNER, Andrei. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira*. São Paulo: Ed. Hucitec, 1998; p. 154-155.

seus pontos o projeto preferido e abrindo espaço a quem o queira discutir”. Nesse cenário, ainda segundo o editorial, diversos trabalhos enviados seriam publicados nos dias subsequentes, dentre os quais se destaca aqui o libelo “Bases da Constituição”, de autoria do juiz de direito João Coelho Gomes Ribeiro.

Subdivido em capítulos veiculados em diversas edições da *Gazeta de Notícias* entre os meses de março, abril e junho de 1890, o trabalho de João Coelho Gomes Ribeiro¹²⁶ revela-se fonte histórica de inestimável valor à compreensão dos debates em torno da organização do Poder Judiciário e, especialmente, do órgão que, nos debates havidos no seio da Comissão dos Cinco e do Governo Provisório, haveria de ser a chave de abóbada da Justiça republicana. Afinal, por sua originalidade, fornece indícios palatáveis da hipótese ora explorada de que, nos primeiros meses do regime, as soluções aos problemas impostos pelas particularidades do novo regime eram incertas, o que impactou diretamente nos debates sobre quais deveriam ser os papéis institucionais a serem desempenhadas pelo Supremo Tribunal (ou mesmo se este deveria ser instituídos nos moldes imaginados pelo Governo Provisório).

Nesse ambiente, o trabalho de João Coelho Gomes Ribeiro revela-se ainda mais relevante se considerarmos que, a par da crítica teórica por ele desenvolvida, ele também chegou a elaborar um anteprojeto de Constituição para os Estados Unidos do Brasil, construído em uma chave teórica muito distinta daquela na qual o projeto oficial do Governo Provisório havia sido forjado.¹²⁷

No quarto capítulo de seu libelo veicula inequívoca novidade ao tratar daquele que haveria de ser o “Tribunal Constitucional” da República recém-proclamada. Nesse capítulo, João Coelho Gomes Ribeiro escreve em suas primeiras linhas que “o segredo da sólida organização federal da República norte-americana reside incontestavelmente na sábia instituição de um Tribunal Supremo, guarda vigilante da Constituição federal”, seja “contra as usurpações do governo central ou dos Estados”, seja “contra as inovações constitucionais do Congresso”.

¹²⁶ A íntegra de todos os capítulos do libelo “Bases da Constituição”, de João Coelho Gomes Ribeiro, e publicados o jornal *Gazeta de Notícias* ao longo do ano de 1890 foram obtidos em: RIBEIRO, João Coelho Gomes. *A Gênese Histórica da Constituição Federal: subsídio para sua interpretação e reforma (os anteprojetos, contribuições e programas)*. Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas da Liga Marítima Brasileira, 1917; p. 31-58.

¹²⁷ A íntegra do anteprojeto de Constituição elaborada por João Coelho Gomes Ribeiro foi obtida em: RIBEIRO, João Coelho Gomes. *A Gênese Histórica da Constituição Federal: subsídio para sua interpretação e reforma (os anteprojetos, contribuições e programas)*. Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas da Liga Marítima Brasileira, 1917; p. 141-168.

Com nítida inspiração nos escritos federalistas de Hamilton, Madison e Jay, expressamente citados em seu texto, João Coelho Gomes Ribeiro começa por assentar a premissa de que, em toda coletividade, os conflitos entre os diversos direitos e interesses poderiam se revelar fatais dadas certas condições. No entanto, pensando especificamente nos eventuais conflitos entre os Estados ou os indivíduos e a União, defendia que não poderia o poder central – que representaria, em tese, o interesse geral – dirimir definitivamente tais conflitos, especialmente porque, em muitos casos, “teria de julgar em causa própria, isto é, de decidir os conflitos entre a sua própria jurisdição e a dos Estados, o que seria absurdo”. Além disso, acrescenta, exorbitaria suas atribuições, “ferindo a competência ou direitos dos Estados e dos indivíduos, determinados na lei constitucional”.

A solução proposta à imprescindível resolução de tais conflitos repousaria na instituição de Tribunal, independente e superior aos demais Poderes, encarregado de interpretar os preceitos constitucionais e aplicá-los em casos especiais:

Assim como a Constituição, lei das leis, domina e preside a toda a legislação federal ou dos Estados, a todo o mecanismo administrativo e político da nação, assim também o Tribunal incumbido da interpretação de seus preceitos soberanos e da sua aplicação a casos especiais, deve manter-se superior a todos os poderes constitucionais da mesma nação, formando uma entidade político à parte, tão soberana em suas determinações, quanto é soberana, em seus preceitos, a Constituição.

[...]

Racionalmente, portanto o Tribunal Superior deve ser considerado como a Constituição viva, em tudo quanto respeita à esfera ampla de sua competência, expressamente estatuída na própria Constituição e, como tal, deve independe absolutamente, em sua organização, funcionamento e exercício de atribuições, dos demais poderes, como já ficou dito.

Projetado como uma extensão da própria força normativa da Constituição, tratar-se-ia de um Tribunal verdadeiramente soberano – tido como a “Constituição viva” – cuja principal função residiria na coesão dos elementos heterogêneos da nação, potencialmente portadores do germe da dissolução da Federação. Nas palavras de João Coelho Gomes Ribeiro, o Tribunal Constitucional emergiria, assim, como “o laço de união mais forte, que poderá constringir os diversos grupos componentes do agregado político diante dos perigos da dissolução”, ou, ainda, como “uma nova força de coesão, dominando elementos heterogêneos e, às vezes, incompatíveis, sem degenerar jamais em força de afinidade anuladora da autonomia individual dos grupos”.

Ainda que forjada em contexto absolutamente distinto, não se pode deixar de destacar que o Tribunal Constitucional de João Coelho Gomes Ribeiro compartilhava muitas das ideias

defendidas, ainda no início do século XIX, por Benjamin Constant, pensador liberal francês que se notabilizou pela formulação da tese do poder neutro (ou poder real) exercido pela figura do Rei na monarquia constitucional francesa da Restauração – bem distante, ressalte-se, do Poder Moderador exercido pelo imperador no Brasil do século XIX, influenciado pelas ideias do pensador francês, mas consideravelmente modificadas no texto e, principalmente, na prática constitucional imperial.

Segundo Benjamin Constant, ao estabelecer a responsabilidade dos ministros (*autorité responsable*) pelos atos de governo, a Constituição monárquica francesa teria promovido a separação do poder Executivo frente ao poder do chefe de Estado (*pouvoir royal*), este, por sua vez, inviolável. Nesse arranjo, os poderes constitucionais seriam instâncias que deveriam cooperar, cada qual de acordo com suas funções e peculiaridades, ao movimento geral dos assuntos estatais; não obstante, sobrevivendo conflitos entre aqueles, far-se-ia necessária a existência de uma força, neutra e exterior, que os reorganizasse, preservando o *status* constitucional sem, no entanto, lançar mão de expedientes hostis; uma força capaz, em suma, de pôr fim ao impasse institucional tido por nefasto à manutenção da monarquia constitucional tal qual arquitetada por Benjamin Constant.

Tal força, a toda evidência, não poderia ser encontrada em nenhuma das instâncias de poder em conflito, sob pena de ferir de morte o princípio de coexistência harmônica entre os poderes estatais. A monarquia constitucional, portanto, teria criado este poder neutro (*pouvoir neutre*), distinto e exterior ao Executivo, na pessoa do chefe de Estado, cujo interesse não seria outro além da manutenção da harmonia entre os poderes, razão pela qual, utilizando-se de expressão que se tornou corrente no Brasil Império, Benjamin Constant enxerga nele a chave de toda organização política (*la clef de toute organisation politique*).¹²⁸

Para Benjamin Constant, o poder neutro ou real consubstanciar-se-ia em autoridade, a um só tempo, intermediária e superior aos demais poderes, interessada apenas em manter o

¹²⁸ CONSTANT DE REBECQUE, Henri Benjamin. *Principes de Politique. In: Oeuvres*. Paris: Ed. Gallimard, 1959 ; p. 1113. A propósito, transcreve-se doravante trecho da formulação de Benjamin Constant: “*Le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif, et le pouvoir judiciaire, sont trois ressorts qui doivent coopérer, chacun dans sa partie, au mouvement général: mais quand ces ressorts dérangés se croisent, s’entre-choquent et s’entravent, Il faut une force qui les remette à leur places. Cette force ne peut être dans l’un des ressorts car elle lui servirait à détruire les autres. Il faut qu’elle soit en dehors, qu’elle soit neutre, en quelque sorte, pour que son action s’applique nécessairement partout ou il est nécessaire qu’elle soit appliquée, et pour qu’elle soit préservatrice, réparatrice, sans être hostile. La monarchie constitutionnelle crée ce pouvoir neutre, dans la personne du chef de l’État. L’intérêt véritable de ce chef n’est aucunement que l’un des pouvoirs renverse l’autre, mais que tous s’appuient, s’entendent et agissent de concert*”.

equilíbrio que, de acordo com o autor francês, sinalizaria a diferença entre a monarquia constitucional e a absoluta.

Com efeito, a preocupação do liberalismo de Benjamin Constant era, de um lado, recolher os destroços da Revolução para preservar as liberdades individuais consagradas na Constituição, afastando, de um lado, as pretensões reacionárias de retorno ao *Ancien Régime*, e, pacificando, de outro, uma França que se mostrara incapaz de “terminar” as jornadas revolucionárias.

Do estudo da realidade francesa pós-revolucionária, bem como da trajetória política e intelectual de Benjamin Constant, liberal termidoriano contrário tanto aos jacobinos quanto a Napoleão Bonaparte, vê-se que, ao construir a ideia do *pouvoir neutre*, Constant preocupou-se em “tornar a República governável”, conforme aponta José Murilo de Carvalho:

A preocupação de Benjamin Constant era com a governabilidade, com a conciliação entre a liberdade e o exercício do poder, problema, segundo ele, não resolvido na França, nem pela Primeira República, que tinha pouco governo, nem pelo Império, que tinha pouca liberdade.¹²⁹

Assim, ao identificar no poder neutro oferecido pela monarquia constitucional como um instrumento indispensável à manutenção das liberdades regulares, Benjamin Constant escreve que, em um país livre, deve a figura do Rei (*chef d'État*) ser um ente à parte, superior à diversidade das opiniões, responsável pela manutenção da ordem e das liberdades, sendo-lhe defeso intervir em assuntos privados que lhe são estranhos (*ne peuvent jamais rentrer dans la condition commune*).

Em síntese, um ente que, por intermédio da augusta prerrogativa da realeza (*auguste prérogative de la royauté*), garantisse, quando necessário fosse, a destituição do poder Executivo – que, como visto, deveria ser responsabilizado politicamente por seus atos de governo – sem os traumas consecutórios das revoluções que, para Benjamin Constant, revelavam-se frequentemente remédios mais terríveis do que o mal a que se propõem combater.¹³⁰

A despeito das evidentes diferenças, é certo que também se encontra presente, em João Coelho Gomes Ribeiro, a ideia de um órgão superior aos demais Poderes constitucionais capaz

¹²⁹ CARVALHO, José Murilo de. *A Formação das Almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras. 2013; p. 20.

¹³⁰ CONSTANT DE REBECQUE, *Op. Cit.*; p. 1116.

de manter o equilíbrio e a preservação da organização política da nação – ainda que não mais derivado da “augusta prerrogativa da realeza”, mas sim da própria autoridade da Constituição, estando “alheio inteiramente a todos os poderes políticos e aos partidos, e superior a eles”.

Nesse ambiente, a comparação parece fazer ainda mais sentido se considerarmos que, para João Coelho Gomes Ribeiro, o Tribunal Constitucional não seria, como no caso dos Estados Unidos da América, um órgão integrante do Poder Judiciário. É este, inclusive, o ponto que tornaria esse Tribunal Constitucional tão distinto do Supremo Tribunal Federal cuja institucionalização vinha sendo forjada à época na Comissão dos Cinco e, posteriormente, no núcleo-duro do Governo Provisório.

Em seu anteprojeto de Constituição, João Coelho Gomes Ribeiro consignou serem órgãos da soberania nacional os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, “independentes e harmônicos entre si” (artigo 54) para, ato contínuo, prever que “acima destes poderes permanentes, e como órgão supremo da soberania nacional, está o poder constituinte, do qual será representante definitivo, em matéria interpretativa, o Tribunal Constitucional” (artigo 55).

Com sede na capital da República, o Tribunal Constitucional contaria com a “competência exclusiva de dirimir os conflitos que interessem à administração federal ou estadual e interpretar a Constituição”, servindo, ainda, “de elemento ponderador entre os poderes públicos ou seus agentes de qualquer categoria em toda a República” (artigo 117). De modo mais específico, após reafirmar que competiria exclusivamente ao Tribunal Constitucional “interpretar a Constituição Federal e a dos Estados, sempre em espécie”, João Coelho Gomes Ribeiro procurou listar no artigo 121, as hipóteses de atuação originárias do Tribunal:

Art. 121. Compete originária e privativamente a este Tribunal interpretar a Constituição Federal e as dos Estados, sempre em espécie, processando e julgando:

- 1º. Os pleitos entre a União e os Estados ou entre estes uns com os outros;
- 2º. As questões de direito internacional privado, interessando a União ou aos Estados;
- 3º. Os litígios entre um Estado e cidadãos de outro, ou entre cidadãos de diversos Estados, regidos por legislações diferentes;
- 4º. Os litígios provenientes de contratos nacionais ou estrangeiros com a União ou com os Estados, ou de tratados ou convenções da União com outras nações e os relativos à marcas fabris ou de comércio estrangeiras;
- 5º. As questões de direito marítimo e navegação, tanto no oceano como nos rios e lagos do país;
- 6º. Os conflitos entre as autoridades ou funcionários administrativos federais ou destes com os governadores dos Estados ou finalmente, dos tribunais federaes com qualquer funcionário, militar ou administrativo federal ou de Estado;
- 7º. Os conflitos e crimes políticos;
- 8º. A apuração da eleição do Presidente da República e dar-lhe posse.

Verifica-se, em síntese, que as matérias afetas ao interesse público (como os litígios entre cidadãos e o Estado), ao processo eleitoral, à integridade federativa e à soberania nacional estariam sob a “jurisdição” do Tribunal Constitucional – e não do Poder Judiciário. E mais: as decisões do Tribunal responsável pela interpretação da Constituição Federal e da dos Estados ostentariam, nos termos do artigo 125 do projeto, caráter vinculante e obrigatório “para todos os Poderes da Nação” enquanto não fossem “anuladas por lei do Congresso”.

Nítida é a influência do *Conseil d'État* francês, tal qual projetado pela Lei Orgânica de 3 de março de 1894, que proclamou que “*le Conseil d'État statue en dernier ressort sur le contentieux administratif*”.¹³¹ Mesmo porque, ainda que as Supremas Cortes dos Estados Unidos da América, da Suíça e da Argentina tenham sido expressamente analisadas em seu trabalho publicado no jornal *Gazeta de Notícias*, João Coelho Gomes Ribeiro expressamente admite que a inspiração de seu Tribunal Constitucional teria vindo da experiência francesa ao justificar que “a ideia sugerida não está desamparada de precedentes”:

O Tribunal de conflitos, criado pela Constituição republicana francesa de 1849, no art. 89, se bem que associe como membros do Tribunal, magistrados a conselheiros de Estado, representa, no entanto, a primeira tentativa de subtrair-se da administração da justiça, a decisão dos conflitos políticos ou administrativos, e de mais, independia do Executivo em sua formação.

Nessa senda, para João Coelho Gomes Ribeiro, Justiça e Política seriam “duas especialidades que se repelem”, valendo-se, nesse particular, da sentença de François Guizot¹³², segundo quem “desde que a política penetra o tribunal, é forçoso que a justiça deserte dele”. Assim,

Entregar a um tribunal judiciário a decisão definitiva de conflitos ou questões políticas ou administrativas, de ordem superior ou mesmo ínfima, é desconhecer e adulterar o poder judiciário, coagindo moralmente a magistratura a render culto aos programas políticos e aos personagens que os representam, esquecendo a veneração pelos princípios, o culto exclusivo do direito, a que se devotou por compromisso solene. Se é hoje princípio axiomático quase, de organização judiciária, que o juiz deve ser impassível, como a lei, diante das paixões privadas ou políticas dos litigantes, que em sua retidão confiam, como criar-se um *Tribunal Judiciário* para dirimir conflitos tão somente de natureza administrativa?

¹³¹ ROYER, Jean-Pierre [et al.] *Histoire de la justice em France: du XVIII siècle à nos jours*. Paris: Presses Universitaires de France, 2010; p. 536.

¹³² François Pierre Guillaume Guizot (1787/1874) foi um político e pensador liberal francês que ocupou o cargo de primeiro-ministro da França, entre 19 de setembro de 1847 a 23 de fevereiro de 1848. Ademais, enquanto ministro da Instrução Pública, determinou, em 1834, na Faculdade de Direito de Paris, a instalação da primeira cátedra de Direito Constitucional.

Vê-se, portanto, que, diante do problema colocado desde o Império sobre se as questões de natureza administrativa e afetas ao interesse público deveriam ser tratadas pelo Judiciário, João Coelho Gomes Ribeiro responde negativamente, mas vai além ao indicar que esta deveria ser atribuição de um Tribunal soberano e independente dos demais poderes.

Assim, acabou por promover verdadeira cisão que não se encontra presente nos demais anteprojetos da primeira Constituição republicana. De um lado, o Tribunal Constitucional cuidaria dos litígios e controvérsias políticas e administrativas, cuidando para que os dissensos comuns a qualquer organização comunitária não colocassem em risco a integridade federativa e a soberania nacional. De outro, encontrar-se-ia o Poder Judiciário, responsável única e exclusivamente por aplicar, de maneira técnica e infensa às paixões, o direito e a melhor técnica jurídica à resolução dos casos concretos e à distribuição da justiça nos litígios de natureza privada. Em síntese, defendia que não poderia o “contencioso judiciário” absorver a “ciência do direito administrativo” para se evitar a todo custo evitar “a ingerência legal da magistratura na política e na administração”.

Nesse ambiente, é certo que não haveria espaço para a adoção do *judicial review* pelos membros da magistratura dentro de uma teoria que não admite qualquer atuação judicial para além da aplicação técnica e objetiva da lei, mediante subsunção do texto ao caso concreto, e proíbe, de maneira expressa, os tribunais de “tomar conhecimento de litígio que se fundasse na letra ou interpretação da Constituição Federal ou dos Estados” ou “questões que, por qualquer forma, tenham caráter administrativo, quer em sua origem, quer em seus fundamentos ou fins”, nos termos do artigo 114 de seu projeto de Constituição:

É vedado aos tribunais federais tomar conhecimento de litígio que se fundasse na letra ou interpretação da Constituição Federal ou dos Estados, em contratos com o governo federal ou estadual, em questões de direito marítimo e navegação, finalmente em conflitos ou crimes políticos e em questões que, por qualquer forma, tenham caráter administrativo, quer em sua origem, quer em seus fundamentos ou fins.

Em seu libelo “Bases da Constituição”, João Coelho Gomes Ribeiro escreve, ao tratar do Poder Judiciário, “ser um erro gravíssimo, um atentado mesmo, contra a independência desse poder público, a atribuição que lhe conferem alguns, de interpretar a Constituição e proferir decisões de caráter político, mesmo em espécie”. Assim, de um lado, na defesa da Constituição e na resolução dos litígios que envolvessem o direito e o interesse público, restaria soberano o Tribunal Constitucional; de outro, o Poder Judiciário e seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal

de Justiça (art. 107), dotado de competência muito mais restrita do que nos demais projetos constitucionais já apresentados anteriormente (artigos 112 e 113).

Nesse sentido, João Coelho Gomes Ribeiro revela-se defensor ardoroso da tese de que conhecimento técnico jurídico dos magistrados, dentre os quais ele se incluiu, não daria conta dos problemas que esse Tribunal Constitucional haveria de se deparar quando do enfrentamento das questões afetas ao direito público, o que representaria mais uma forte razão para que “a elevadíssima missão de interpretar a lei constitucional” ficasse a cargo de órgão alheio ao Poder Judiciário e, portanto, distante da atuação técnico-jurídica da magistratura:

Além da incompatibilidade flagrante que, para nós, existe entre as funções propriamente judiciárias da magistratura e as funções de natureza político-administrativas, incumbidas a um tribunal federal, de molde norte-americano, depara-se, no próprio objeto das atribuições desse Tribunal, motivos de incompetência profissional, que incapacitam a magistratura para conhecer eficazmente dos negócios afetos a uma corporação daquela ordem.

Em todos estes negócios, a questão técnica, a especialidade científica, industrial ou artística sobreleva em importância a questão jurídica.

Nos conflitos entre o governo federal e os Estados, entre os diversos Estados ou entre um Estado e os indivíduos, muitas vezes estarão em jogo princípios, praxes ou serviços públicos, de natureza especial ou complexa, para cuja elucidação ou conhecimento sejam indispensáveis, por parte da autoridade julgadora, habilitação técnica superior, em ordem a ser a decisão respectiva obedecida e acatada pelas classes ou indivíduos nela interessados.

[...]

Estará a magistratura habilitada a solvê-los com conhecimento de causa e de modo tão peremptório, que não admita a sua decisão recurso algum, recebendo, pelo contrário, a sanção do apoio da opinião pública e a adesão dos interessados?

O ponto de vista jurídico, abstrato ou concreto, a especialidade do direito positivo, o espírito formalista, a preocupação absorvente do direito privado, em prejuízo muitas vezes do interesse público, a tendência, filha dos hábitos de julgar soberanamente contestações privadas, para fazer prevalecer uma opinião técnica errônea só porque tem a seu favor meia dúzia de autoridades de segunda ordem, são fatos que caracterizam, em todos os países, mesmo adiantados, a classe da magistratura, por mais ilustrada, por mais íntegra, por mais distinta que seja, sem embargo das exceções individuais honrosíssimas.

É claro, pois, que falecem à magistratura os requisitos primordiais indispensáveis de independência absoluta em face dos demais poderes, de competência técnica, de isenção de preocupações exclusivistas, para desempenhar a elevadíssima missão de interpretar lei constitucional e dirimir os conflitos ocorrentes, em uma federação pura ou mitigada.

Partindo de tais premissas, muitas são as críticas do jurista à *Supreme Court* norte-americana que, em suas palavras, dependeria, “em sua formação, do Executivo, poder essencialmente absorvente e dominador” e seria, ao mesmo tempo, “constituído por magistrados, isto é, por membros de outro poder, que, devendo ser independente, vai expor-se, em muitos casos, à ação compressorá dos demais poderes ou da opinião pública, e às agitações políticas incandescentes do momento”. Ademais, reforçando a tese por ele defendida de que o

conhecimento técnico jurídico dos magistrados não daria conta da resolução das questões e dos litígios a cargo do Tribunal Constitucional, João Coelho Gomes Ribeiro consignou que este não deveria ser formado por juízes, mas – antes – por membros representativos “de todas as classes dirigentes da sociedade brasileira” (artigo 118), de acordo com a especialidade técnica dos assuntos tratados pelo Tribunal, conforme a seguinte divisão:

Art. 119. Serão representados nesse Tribunal, as seguintes classes:

- a) advogados;
 - b) médicos;
 - c) engenheiros civis;
 - d) funcionários públicos;
 - e) oficiais do exército;
 - f) oficiais da armada;
 - g) comerciantes;
 - h) industriais;
 - i) agricultores.
- [...]

Art. 119. O Tribunal funcionará por seções, quanto possível discriminadas, conforme a especialidade técnica de seus membros, devendo, porém, a decisão definitiva ser dada em sessão plena, com a presença de dois terços daqueles membros pelo menos, não podendo votar em questões que interessem aos Estados os ex-senadores ou deputados deles.

Cuida-se, em síntese, de um Tribunal Constitucional que, a despeito da denominação, não se confundiria com o Poder Judiciário, relevando-se um quarto Poder dotado de traços de soberania e de nítida inspiração corporativista. Tido por seu autor como a “Constituição Viva”, seria composto não por indivíduos isolados (como os magistrados), mas por representantes dos estratos sociais dominantes em uma espécie de colaboração de classes apta a substituir a figura do monarca, investido do Poder Moderador, e seus órgãos de assessoramento, especialmente o Conselho de Estado.

Ainda que, como será verificado a seguir, o modelo de João Coelho Gomes Ribeiro não tenha experimentado maior projeção no processo de construção do Supremo Tribunal Federal no primeiro momento constituinte da República, sua análise permite concluir a existência de juristas que enxergavam no Supremo Tribunal menos um órgão de cúpula do Poder Judiciário e mais um ator político capaz de substituir, na República, o Poder Moderador dos tempos imperiais – observação que nos parece útil para, especialmente no terceiro e último capítulo desta investigação, melhor compreender as dificuldades da Corte em construção na atuação em questões que impactavam diretamente na vida política nacional, mormente em virtude do escasso debate, no Congresso Constituinte, a propósito do controle judicial de

constitucionalidade e do efetivo papel a ser desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal enquanto intérprete último do texto constitucional.

2.2.3 Da redação final do projeto de Constituição pelo Governo Provisório

A propósito da formulação do projeto de Constituição pelo Governo Provisório, com base naquele elaborado pela Comissão dos Cinco, vale aqui, por mais uma oportunidade, transcrever as palavras de Aureliano Leal:

A história da atual Constituição é a seguinte. Entregue o projeto ao Governo, esteve o Ministério a pique de demitir-se porque o general Deodoro declarara não dar sua assinatura a ato nenhum, enquanto os seus companheiros não assentissem em certo despacho. À reunião em que isso ocorrera não esteve presente o Sr. Ruy Barbosa, ao qual, no dia seguinte, os colegas comunicaram o caso e deram notícia da resolução de se demitirem. O Sr. Ruy, reconhecendo a gravidade do assunto, ponderou que, antes da medida extrema da demissão, se devia falar franco a Deodoro e ofereceu-se, ele mesmo, para fazê-lo. Ao chefe do Estado ponderou o ilustre brasileiro que era de todo inconveniente atender à pretensão que motivara a crise, sem, pelo menos, ouvir o seu Ministério, e que, dadas as necessárias informações, ele Deodoro decidiria como entendesse. O marechal aquiesceu, perguntou de que tempo precisava o Sr. Ruy Barbosa para estudar o assunto, e concedeu-lhe os ‘vinte a vinte e cinco dias pedidos’. Disse-me o Sr. Ruy que o seu pensamento, solicitando esse prazo, foi poder preparar o projeto, naturalmente revendo o da comissão. (Vá dito, entre parênteses, que, quanto ao assunto da crise ministerial, a secretaria da Fazenda informou e Deodoro submeteu-se plenamente.) Durante esse tempo, todos os dias, às 3 horas da tarde, os ministros iam à casa do Sr. Ruy, então o Secretário de Estado da Fazenda, à praia do Flamengo, que lhes mostrava o trabalho feito e trocavam ideias a respeito. Na sua plataforma presidencial de 1910, o Sr. Ruy aludiu à ‘colaboração dos outros membros do Governo Provisório’. A noite dirigiam-se, após o jantar, ao Itamaraty, onde residia Deodoro, e Ruy, escolhido pelos seus colegas, era o interprete deles, lendo ao ditador a parte da Constituição já composta, explicando-a, comentando-a. Deodoro não deixou de reparar que só ele Ruy falasse, enquanto os outros ministros se conservavam calados, e isso mesmo, de uma feita, o observou. O Sr. Ruy explicou, então, que os colegas o haviam escolhido para tal fim. Contou-me o eminente brasileiro que, logo à leitura de uma das primeiras disposições, Deodoro fitou-o e disse em tom peremptório: ‘Nem Deus nem a Virgem Maria me farão assinar uma disposição como essa’. Seria o art. 14 do projeto, relativo às forças de terra e mar? O Sr. Ruy não se lembra. Do que ele conserva lembrança é da impressão que a frase lhe produziu. ‘Quando ouvi Deodoro pronunciar tais palavras, disse-me ele, logo no princípio do projeto, sendo-lhe ainda desconhecidos outros pontos essenciais ao régime, tive vontade de morrer, de desaparecer ali mesmo, de sumir-me’.¹³³

Em *História Constitucional da Republica dos Estados Unidos do Brazil*, publicada em 1894, Felisberto Freire noticiou que o Governo Provisório recebera da Comissão dos Cinco “um projeto bem delineado e acabado”; no entanto, “em vez de enviá-lo à Constituinte para ponto de partida de seus estudos, empreendeu elaborar um outro como prova de que aquele que

¹³³ LEAL, Aureliano. *História Constitucional do Brasil* (1915). Domínio Público; p. 208-210.

nascera da Comissão não era a expressão de doutrinas democráticas e verdadeiras” – por “simples vaidade”, acrescenta, uma vez que “o projeto do Governo não é mais do que o próprio projeto da Comissão”.¹³⁴ Partilhando da mesma opinião, João Coelho Gomes Ribeiro observou, na segunda edição de *A Gênese Histórica da Constituição Federal*, de 1917, que, salvo em dois pontos essenciais, ao rever o projeto da Comissão dos Cinco, “o Governo Provisório enviou-o ao Congresso Constituinte quase como o recebeu”, tendo se limitado, “pelo punho de Rui Barbosa, a dividir alguns artigos em parágrafos, a dar mais precisão a certas expressões e a aprimorar a linguagem com o cunho clássico de quem é mestre no manejá-la”.¹³⁵

No entanto, a partir do cotejo analítico do anteprojeto elaborado pela Comissão dos Cinco com relação àquele enviado à Constituinte pelo Governo Provisório¹³⁶, verifica-se que, especialmente no que diz respeito à seção dedicada ao Poder Judiciário, as modificações levadas a cabo principalmente por Rui Barbosa foram muitas e substantivas¹³⁷. Conforme se demonstrou, o projeto final da Comissão dos Cinco já havia restringido consideravelmente a esfera de atuação do Poder Judiciário em comparação com o que havia sido proposto nos anteprojetos que lhe deram embasamento, especialmente aquele elaborado por José Antônio Pedreira de Magalhães Castro. Ademais, não havia no texto enviado pela Comissão dos Cinco qualquer referência ao modelo norte-americano de *judicial review*, segundo o qual qualquer membro do Poder Judiciário poderia recusar a aplicação, no caso em concreto, de lei que entendesse contrária aos ditames constitucionais.

A análise do texto elaborado a partir da pena de Rui Barbosa demonstra a preocupação do Governo Provisório em assentar como órgãos da soberania nacional os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, “harmônicos e independentes entre si” (artigo 15). Procurando confirmar topograficamente as bases de uma organização harmoniosa dos poderes da União “perpétua e indissolúvel” formada pelas antigas províncias imperiais transmudas em Estados

¹³⁴ FREIRE, Felisberto. *História Constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil* (Vol. II). Rio de Janeiro: Typographia Moreira Maximino, Chagas & C, 1894; p. 275. Mais adiante, à p. 332, em nítido tom irônico, Felisberto Freire escreveu que “isto não proíbe [...] ao Sr. Rui Barbosa de insistir na afirmativa impertinente de que é autor da Constituição de 24 de fevereiro...”.

¹³⁵ RIBEIRO, João Coelho Gomes. *A Gênese Histórica da Constituição Federal: subsídios para sua interpretação e reforma*. Rio de Janeiro: Levi Carneiro, 1917; p. 23.

¹³⁶ Idem; p. 203-228.

¹³⁷ Segundo Koerner, foi Rui Barbosa quem, ao rever o texto enviado pela Comissão dos Cinco, modificou o desenho organizacional do Judiciário para permitir sua proeminência na apreciação de constitucionalidade. Koerner, nos seguintes termos: “O Supremo Tribunal Federal somente adquiriu um perfil quase idêntico ao da Suprema Corte norte-americana a partir das emendas de Rui Barbosa que resultaram no projeto do Governo Provisório”. In: KORNER, Andrei. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira*. São Paulo: Ed. Hucitec, 1998; p. 155.

(artigo 1º), reservou aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente, as três seções que compõem o seu primeiro título, “Da organização federal”.

Com relação ao Poder Judiciário, objeto de análise da presente investigação, Christian Edward Lynch observa que, valendo de seu conhecimento enciclopédico em direito público comparado, Rui Barbosa terminou por “reescrever o anteprojeto da comissão dos cinco, modificando-o para além de seu estilo ao enxertar novas normas, consagrar novas instituições e aprimorar a redação de quase todas as outras”.¹³⁸ Ainda segundo Cristian Edward Lynch, Rui Barbosa foi o responsável pela inclusão do controle normativo da constitucionalidade no capítulo do Poder Judiciário, quase todo reescrito – o que, se considerar apenas o texto final encaminhado pela Comissão dos Cinco ao Governo Provisório, releva-se verdadeiro ao mesmo tempo em que encobre a existência de inequívocas inovações debatidas no seio da Comissão dos Cinco, especialmente quando se leva em consideração a redação do anteprojeto escrito por José Antônio Pedreira de Magalhães Castro.

Logo no primeiro capítulo da seção reservada à normatização do “Poder Judiciário da União”, o projeto do Governo Provisório modificou a denominação dada pela Comissão dos Cinco ao novo Tribunal republicano, reforçando o caráter de árbitro da Federação mediante a adoção da nomenclatura Supremo Tribunal Federal.¹³⁹ Manteve-se a previsão de que a sua composição contaria com o número de quinze ministros, a serem nomeados pelo presidente da República, após aprovação do Senado (artigo 47, § 12), “dentre os juízes federais mais antigos e os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o senado” (artigo 56). Em indicativo do prestígio conferido ao novo Tribunal, previu-se que, ao ser empossado no cargo de Chefe do Poder Executivo, deveria o presidente da República pronunciar seu juramento¹⁴⁰ ante o Supremo Tribunal Federal (artigo 41), cujo presidente passou a figurar na lista de sucessores na hipótese de impedimento ou falta do presidente e de seu vice, logo após do vice-presidente do Senado e do presidente da Câmara (artigo 39, § 2º).

¹³⁸ LYNCH, Christian Edward. *O momento oligárquico: a construção institucional da República (1889-1891)*. In: VISCARDI, Claudia Maria Ribeiro Viscardi; ALENCAR, José Almino (orgs.). *A República revisitada: construção e consolidação do Projeto Republicano Brasileiro*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016; p. 9-10.

¹³⁹ Cuida-se de denominação alterada apenas pela Constituição de 1934, que passou a designar o Tribunal como “Corte Suprema”. No entanto, com o adveio da Constituição de 1937, restabeleceu-se a denominação anteriormente consagrada pela Constituição provisória de 1890, mantida, até hoje, pelas sucessivas Constituições da República, incluindo a Carta Política promulgada em 5 de outubro de 1988.

¹⁴⁰ Nos termos do art. 41 do projeto de Constituição elaborado pelo Governo Provisório, o juramento de posse do Presidente passou a contar com a seguinte fórmula. “Prometo manter e cumprir com perfeita lealdade a constituição federal, promover o bem geral da república, observar as suas leis, sustentar-lhe a união, a integridade e a independência”.

Na redação elaborada por Rui Barbosa, o rol de matérias de competência do Supremo Tribunal Federal foi fixado no artigo 59, que recebeu a seguinte redação:

Artigo 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I. Processar e julgar originaria e privativamente:

- a) o presidente da República, nos crimes comuns, e os ministros de Estado nos casos do art. 51;
- b) os ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;
- c) os pleitos entre a União e os Estados, ou entre estes, uns com os outros;
- d) os litígios e reclamações, entre nações estrangeiras e a União, ou os Estados;
- e) os conflitos dos juízes ou tribunais federais, ou entre esses e os dos Estados;

II. Julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos juízes e tribunais federais, assim como as de que trata o presente § 1º e o art. 60.

III. Rever os processos findos, nos do art. 79.

§ 1º. Das sentenças das justiças dos Estados em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade ou aplicabilidade de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados, em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os atos ou leis impugnados;

§ 2º. Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais; e vice-versa, a justiça dos Estados consultará a jurisprudência dos tribunais federais, quando houver de interpretar leis da União.

A partir do cotejo com as disposições do artigo 86 da redação do projeto enviado pela Comissão dos Cinco, que tratava igualmente das matérias afetas ao Supremo Tribunal de Justiça, verifica-se que, com relação aos temas aos quais competiria ao Tribunal conhecer privativa e originariamente (inciso I), as modificações se deram principalmente na redação, tornada mais clara e precisa. Assim, manteve-se a competência da Corte para processar e julgar o presidente da República, nos crimes comuns, e seus ministros, nos crimes de responsabilidade, bem como os ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade (alíneas *a* e *b*). Ademais, subsistiu, com reparos redacionais, a previsão de que competiria ao Supremo Tribunal decidir sobre “os pleitos entre a União e os Estados, ou entre estes, uns com os outros” (alínea *a*), bem como os “os litígios e reclamações, entre nações estrangeiras e a União, ou os Estados” (alínea *d*), reforçando-se assim o relevante papel a ser desempenhado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário na promoção da soberania nacional e na manutenção da integridade e da Federação, tido como laço indissolúvel a enlaçar os Estados entre si e perante a União (artigo 1º) – preocupação, aliás, comum a todos os autores dos anteprojetos reunidos na pretérita Comissão dos Cinco.

Neste primeiro ponto, a modificação promovida pelo Governo Provisório se deu em face da exclusão da competência originária e privativa do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o “comandante em chefe das forças federais, nos crimes de responsabilidade”, previsto

na alínea *b* do inciso I do artigo 86 do projeto final da Comissão dos Cinco. Nos incisos seguintes (II e III), a redação do Governo Provisório absteve-se de promover modificações, reafirmando, assim, a ampla possibilidade de revisão, por parte da Suprema Corte, das causas já decididas pelas instâncias da Justiça Federal.

Pela redação do artigo 54, também ficou mantida a dualidade da organização judiciária, cindida entre os órgãos da Justiça Federal e das Justiças estaduais, já prevista no elaborado pela Comissão dos Cinco, tendo esta sido aprofundada pelo Governo Provisório, nos termos do § 2º do artigo 59 e, especialmente, dos artigos 60 e 61 de seu projeto de Constituição, nos quais foram discriminadas as competências de cada um dos ramos da Justiça:

Artigo 60. Compete aos juízes ou tribunais federais decidir:

- a) as causas em que alguma das partes estribar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal;
- b) litígios, entre os Estados e cidadãos de outros ou entre cidadãos de Estados diversos, diversificando as leis destes;
- c) os pleitos entre estados estrangeiros e cidadãos brasileiros;
- d) as ações movidas por estrangeiros e fundadas, quer em contratos com o governo da União, quer em convenções ou tratados da União com outras nações;
- e) as questões de direito marítimo e navegação, assim no oceano como nos rios e lagos do país;
- f) as questões de direito criminal ou civil internacional;
- g) os crimes políticos.

§ 1º. É vedado ao Congresso cometer qualquer jurisdição federal às justiças dos Estados;

§ 2º. As sentenças e ordens da magistratura federal são executadas por oficiais judiciários da União, aos quais é obrigada a prestar auxílio, quando invocada por eles, a polícia local.

Artigo 61. As decisões dos juízes ou tribunais dos Estados, nas matérias de sua competência, porão termo aos processos e questões, salvo quanto à:

1º. *habeas-corpus*; ou

2º espólio de estrangeiro, quando a espécie não estiver prevista em convenção ou tratado.

Em tais casos, haverá recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal.

Ainda com relação à instituição de uma Justiça Federal ao lado das Justiças estaduais a serem criadas pelos Entes da nova Federação, vê-se que o projeto do Governo Provisório previu, ainda, ser vedado ao Congresso “cometer qualquer jurisdição federal às justiças dos Estados” (artigo 60, § 2º); ademais, procurou limitar a esfera de atuação dos órgãos judiciários estaduais ao consignar que “a justiça dos Estados não pode intervir em questões submetidas aos tribunais federais, nem anular, alterar, ou suspender as suas sentenças, ou ordens” (artigo 62).

Igualmente, em nítido distanciamento do papel tradicionalmente conferido ao Poder Judiciário do Império, malgrado as contestações e mudanças verificadas nas últimas décadas do Segundo Reinado, o projeto do Governo Provisório verticalizou as previsões já contidas no

projeto da Comissão dos Cinco no sentido de que os juízes e Tribunais atuariam não apenas na resolução de conflitos de direito privado entre os particulares e na aplicação das sanções penais aos autores de atos delituosos, mas também na defesa dos direitos dos cidadãos frente ao Estado.

A uma, porque, nos termos dos três primeiros parágrafos do artigo 60, competiria aos juízes federais decidir litígios entre cidadãos e estados (mesmo estrangeiros) e as causas nas quais as partes fundamentassem seu pedido ou defesa em dispositivo da Constituição – cujo projeto do Governo Provisório trouxe, especialmente em seu artigo 73, vasto rol de direitos individuais a serem observados inclusive pelo poder público, tais como a liberdade de propriedade, de expressão e de livre associação, o princípio da legalidade em matéria penal, a inviolabilidade e o sigilo de correspondência, entre outros. Além disso, dispunha o artigo 76 do projeto do Governo Provisório que “a especificação dos direitos e garantias, expressos na Constituição, não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que estabelece, e dos princípios que consigna”. Assim, alargou-se sobremaneira a possibilidade de o cidadão pleitear, com base na Constituição, a preservação de direitos eventualmente violados junto ao Poder Judiciário Federal.

A duas, porque, disciplinando o instituto jurídico do *habeas corpus* – tradicionalmente destinado apenas à proteção do direito ambulatorial, de locomoção – o anteprojeto do Governo Provisório inovou nos seguintes termos:

Art. 72. A constituição assegura a brasileiros e estrangeiros, residentes no país, a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos seguintes termos:

[...]

§ 22. dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder, ou sentir-se vexado pela iminência evidente desse perigo.

Percebe-se, assim, que, no projeto de Constituição do Governo Provisório, não havia referência expressa à “prisão” ou ao “constrangimento corporal” constante nos diplomas imperiais. Assim, uma interpretação literal do dispositivo induziria à conclusão de que a interposição do pedido de *habeas corpus* teria lugar em qualquer hipótese de ilegalidade ou abuso de poder, independentemente de violação à liberdade de locomoção, ao direito de ir e vir. Desta maneira, a mera existência de ato emanado de autoridade pública revestido de ilegalidade ou de abuso de poder que, porventura, violasse direitos subjetivos já autorizaria a propositura do pedido e a imediata concessão da ordem de *habeas corpus*.

Considerando-se, de um lado, que o artigo 73 da Constituição Provisória estampou verdadeira declaração de direitos individuais a serem observados inclusive pelo poder público, e, de outro, que competiria aos juízes e tribunais estaduais o processamento e o julgamento dos pedidos *de habeas corpus*, com possibilidade de interposição de recurso voluntário ao Supremo Tribunal Federal, aberto estava o caminho para ampliar a competência do Poder Judiciário para conhecer e processar demandas visando coibir eventuais violações a quaisquer direitos individuais dos cidadãos por parte do Estado – o que, verificaremos no terceiro e último capítulo desta investigação, tornou-se fundamental ao estabelecimento da atuação da Justiça em sua relação com os demais poderes republicanos, em quadro muito distinto daquele verificado nos tempos imperiais.¹⁴¹

Outra relevante modificação empreendida no projeto de Constituição por Rui Barbosa se deu na redação da alínea *a* do § 1º do artigo 59, com a previsão de que competiria ao Supremo Tribunal Federal julgar, em grau de recurso, as decisões nas quais as justiças estaduais confirmassem a validade de leis e atos questionados em face da Constituição, abrindo espaço à adoção do *judicial review* de inspiração norte-americana, ainda que por forma oblíqua e indireta – o que contribuiu para que boa parte da inteligência jurídica brasileira no pós-1891 enxergasse com reservas a tese segundo a qual poderiam os juízes brasileiros negar aplicação à determinada lei ou ato governamental acaso o entendesse em contrariedade com os ditames constitucionais (questão analisada no capítulo subsequente).

De toda sorte, salta aos olhos a tentativa de Rui Babosa em construir um modelo de controle judicial de constitucionalidade, que, não obstante sugerido em alguns dos anteprojetos elaborados no seio da Comissão dos Cinco, não apareceu na redação final enviada ao Governo Provisório. Com efeito, a produção intelectual de Rui Barbosa nos anos seguintes e a exposição de motivos do Decreto nº 848, de 1 de outubro de 1890, redigida por Campos Sales (ver item 2.2.2 *infra*) sugere que era mesmo essa a sua intenção ao acrescentar o dispositivo em questão no texto constitucional.

Em *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, compêndio de textos e arrazoados forenses publicado em 1893, Rui Barbosa, arvorando-se na condição de partícipe da elaboração do projeto da Constituição de 1891, escreve que “os autores de nossa Constituição, em cujo nome tenho algum direito de falar, não eram alunos políticos de

¹⁴¹ A propósito, cf.: BARBOSA, Eduardo Ubaldo. *A Constitucionalização do Habeas Corpus e as Origens da Jurisdição Constitucional na Primeira República Brasileira*. In: Revista Justiça & História, Volume 12, nº 23/24, Porto Alegre, 2015; p. 16-63.

Rousseau e Mably, como o nobre procurador da República: eram discípulos de Madison e Hamilton”.¹⁴²

Com isso, Rui Barbosa pretende fornecer as bases da recepção do *judicial review* norte-americano pela República brasileira, indicando a defesa republicana do papel contramajoritário deferido ao Poder Judiciário em contraposição à tirania das efêmeras maiorias legislativas de turno, de filiação nítida e assumidamente norte-americana.

No texto, sua preocupação central consiste na demonstração da imprescindibilidade da limitação dos Poderes Executivo e, especialmente, do Legislativo, consignando que “o mérito capital da Constituição brasileira é ter aproveitado esta lição buscando precaver-nos, pela transposição da ideia americana, contra a tirania parlamentar”, fixando, no texto constitucional, a competência legislativa em rol taxativo de matérias, de modo que “inconstitucionais são as deliberações não legislativas de uma câmara, ou de ambas, que interessarem esfera vedada ao poder legislativo”.¹⁴³

No caso brasileiro, escreve Rui Barbosa,

a Constituição fortificou-se entre as suas próprias disposições, estendendo e levantando por toda a sua circunferência o poder judicial como um dique de rochas, onde não se penetra senão por certas comportas, predispostas para esse efeito e solidamente defendidas contra as monções passageiras da política ou da multidão: as reformas constituintes.

Ato contínuo, valendo-se do lastro argumentativo de autores norte-americanos consagrados como Dicey e Marshall, dá um passo adiante para consignar que “toda medida, legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula”.¹⁴⁴ Assim, fixada a premissa da nulidade dos atos contrários à Constituição, Rui Barbosa passa, como consectário lógico e necessário ao desfecho de sua argumentação, a apontar a necessária existência de “algum órgão eficaz de reintegração da ordem constitucional violada”, nos seguintes termos:

Não seria, em verdade, estulto declarar teoricamente a improcedência das leis inconstitucionais se elas, não obstante, houvessem de vigorar como válidas, por não

¹⁴² BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893; p. 30.

¹⁴³ BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893; p. 37-38.

¹⁴⁴ Idem; p. 42.

se encerrar no organismo político uma instituição, destinada a reconhecer a inconstitucionalidade, pronunciá-la e neutralizá-la?¹⁴⁵

Em petição apresentada ao Supremo Tribunal Federal em 18 de abril de 1892, posteriormente transcrita na obra *O estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites*, Rui Barbosa reconhece, ao mencionar as funções e o papel a ser desempenhado pelo novo órgão de cúpula do Judiciário, a influência do modelo norte-americano nos seguintes termos:

A Constituição americana, a jurisprudência americana e as autoridades constitucionais americanas são, portanto, fonte de inspiração do novo regime entre nós; uma vez que, com mais razão do que se dizia, em 1860, na convenção da República Argentina, onde, aliás, a Constituição de 1853 já era cópia da dos Estados Unidos, havemos de reconhecer que o direito público federativo carece totalmente de antecedentes históricos no país.¹⁴⁶

Sendo assim, verifica-se que, para Rui Barbosa, principal redator do anteprojeto da primeira Constituição republicana, a base e o fundamento do Supremo Tribunal Federal residiriam na experiência da *Supreme Court* norte-americana, o que é amplamente corroborado pelos autores que, ao longo da Primeira República, se preocuparam em analisar o órgão de cúpula do Poder Judiciário.¹⁴⁷

Nesse ambiente, a despeito da ausência de consenso em muitas das disposições previstas no projeto, “a suprema urgência de acelerar a organização definitiva da República” fez com que, por intermédio do Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, o Governo Provisório veiculasse a “Constituição política da República dos Estados Unidos do Brasil”. Esta, por sua vez, teria de vir a ser aprovada, nos termos de seu artigo 1º e de suas disposições transitórias, pelo Congresso Constituinte convocado para 15 de novembro de 1890, primeiro aniversário da Proclamação da República, a quem incumbiria igualmente a escolha do Presidente e Vice-Presidente do novo regime.

A Constituição Provisória veiculada pelo Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, no entanto, ainda veio a ser modificada pelo Governo Provisório em momento anterior ao seu efetivo envio ao Congresso Constituinte – contando, inclusive, com a direta participação do presidente Deodoro da Fonseca, conforme se verifica da leitura da obra *Deodoro: Subsídios para a História*, compêndio de fontes recolhidas e publicadas por Ernesto Senna em 1931.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Ibidem; p. 7.

¹⁴⁶ BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa* (vol. XIX, 1892, tomo III, trabalhos jurídicos – estado de sítio). Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956; p. 33.

¹⁴⁷ A título exemplificativo, cf.: FREITAS, Herculano de. *Direito constitucional*. São Paulo, 1923; p. 398.

¹⁴⁸ SENNA, Ernesto. *Deodoro: subsídios para a História*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.

Dentre vários outros papéis do acervo pessoal de Deodoro da Fonseca, Ernesto Senna deparou-se, em sua pesquisa documental, com um exemplar do projeto da constituição submetido à sua apreciação pelos demais integrantes do Governo Provisório, anotado pelo próprio Deodoro da Fonseca quando, em reunião, discutia com seus ministros um por um dos artigos:

Está o projeto lançado em um livro, contendo em cada página um artigo à letra de máquina. Com um traço feito a lápis vermelho, sublinhava o Marechal as palavras contidas nos artigos, e na parte posterior da página lançava as suas muitas observações e comentários.¹⁴⁹

Com relação à organização do Poder Judiciário, vale transcrever os comentários escritos à mão pelo então Chefe do Executivo, tal qual recuperados por Ernesto Senna. Ao comentar a redação da Constituição Provisória veiculada pelo Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, assim se manifestou Deodoro da Fonseca:

[...] Considerando que o maior perigo da transição do antigo para o novo regime, estabelecido em 15 de novembro do ano passado, é a desagregação do território nacional; Considerando que a melhor garantia da união das antigas províncias, convertidas em Estados é, depois da identidade da língua e da religião, a identidade do direito, que tende naturalmente a estabelecer a homogeneidade de costumes; Considerando que essa identidade não é possível sem a jurisprudência, nem esta sem a identidade dos códigos civil, comercial, criminal e dos respectivos processos; Considerando que ainda consagrada a identidade desses códigos não é possível fundar uma jurisprudência uniforme entre juízes e tribunais investidos por autoridades diversas, e nomeadas ou constituídas por motivos diferente e em condições várias; Considerando que o Supremo Tribunal de Justiça, tal como se acha organizado, é muitas vezes uma roda inútil, manca e cara no mecanismo de nossa magistratura; Considerando, finalmente, que o maior defeito do ensino jurídico das faculdades oficiais é a preocupação da teoria com preterição da prática, ao passo que o dos nossos tribunais é a preocupação da praxe com preterição da doutrina, compreende-se que o maior serviço que o Governo Provisório pode prestar ao novo regime e ao país é a consagração de disposições que garantam a comunhão social:

1. A unidade dos códigos civil e comercial e dos respectivos processos;
2. A organização de uma magistratura federal, relativa e uniformemente investida;
3. A conversão do Superior Tribunal de Justiça em Tribunal de Cassação;
4. O exercício do magistério das cadeiras de prática por magistrados provectoros, em comissão temporária, que não prejudique a sua antiguidade nem os seus acessos;
5. A organização do Ministério Público, de modo que os procuradores da Fazenda e soberanias nacionais possam ser tirados do foro e do magistério.

Estas disposições não impedem que algumas matérias do direito civil, como a locação de serviços e outras penais, como os crimes policiais, sejam reguladas pela legislatura dos Estados respectivos. [...] ¹⁵⁰

Depreende-se dos comentários e sugestões de Deodoro da Fonseca a preocupação em racionalizar a organização judiciária nacional através da unificação da legislação em códigos, da reformulação do ensino jurídico e, especialmente, da jurisprudência dos Tribunais –

¹⁴⁹ Idem; p. 3.

¹⁵⁰ Ibidem; p. 6.

reforçando, nesse particular, o papel do Supremo Tribunal como Corte de Cassação, capaz de unificar os entendimentos da magistratura de um modo jamais alcançado pela Corte imperial, pelas razões já assentadas anteriormente (item 2.1 *supra*).¹⁵¹

Em certa medida, a Constituição Provisória procurou oferecer soluções à querela imperial a respeito do papel da Suprema Corte na organização judiciária, reservando-lhe o papel de árbitro da Federação, responsável pela uniformização da jurisprudência e pela guarda da Constituição mediante a declaração, em espécie, da inconstitucionalidade das leis e dos atos administrativos. Tal construção foi reforçada especialmente pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que manteve, em linhas gerais, o Supremo Tribunal Federal nos mesmos moldes da Constituição Provisória. Daí a importância de se verificar, igualmente, o teor de suas disposições, entendendo-as como uma tentativa de ruptura discursiva ainda mais forte com relação à Justiça do Império.¹⁵²

2.2.4 O Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, e a Organização Judiciária Federal

Sem esperar nem mesmo a instalação, prevista para o mês seguinte, do Congresso Constituinte, a quem competiria analisar o texto do projeto de Constituição veiculado em junho de 1890¹⁵³, o Governo Provisório editou o Decreto nº 848 em 11 de outubro de 1890, no qual

¹⁵¹ Após a introdução de algumas modificações breves no primeiro projeto de Constituição elaborado pelo Governo Provisório, sobreveio a publicação do Decreto nº 914-A, em 23 de outubro de 1890, com a versão final do texto a ser submetido ao Congresso Constituinte, não contando, porém, com qualquer modificação no que fiz respeito à organização do Poder Judiciário, objeto da presente investigação.

¹⁵² Nesse sentido, cf. MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão; p. 213: “Quanto à organização judiciária, nos primeiros tempos da República, importante frisar que duas medidas se destacam, por evidente importância (e tomadas – consigne-se o óbvio – antes mesmo do advento da primeira Constituição republicana): a criação da Justiça Federal com a do Supremo Tribunal Federal, ambas ocorridas em 1890”.

¹⁵³ Escrevendo em 1931, Geminiano da Franca observou que, à época da expedição do Decreto nº 848, parte considerável dos atores sociais envolvidos nos debates sobre a organização do novo regime censurou o ato do Governo Provisório, tendo sido este “increpado de precipitado e inconveniente, e impugnado por exorbitativo”, tendo em vista que a organização judiciária, lógica e razoavelmente só podia ser feita depois que o Congresso, cuja reunião estava próxima, tivesse decretado o regime representativo, balizado as jurisdições, e organizados estivessem os dois outros poderes, cuja interferência na constituição do Poder Judiciário era essencial”. In: DA FRANCA, Geminiano. *O Poder Judiciário no Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio: 1931; p. 46. Não por outra razão, preocupou-se Campos Sales, na sessão constituinte de 7 de janeiro de 1891, em justificar a expedição do Decreto nº 848, nos seguintes termos: “É muito fácil levantar censuras e acusações a tudo e a todos, nem isso é coisa que exija grande aptidões; o que nem todos podem fazer, porque nem todos os cérebros têm força para tanto, é fundar um plano, um sistema de organização política e oferece-lo ao critério nacional, com a solução definitiva de todas as dificuldades. Meu intuito, lançando o decreto que deu organização à Justiça Federal, foi para que, ao terminar o Congresso seu trabalho constituinte, pelo voto da Constituição e pela investidura do Poder

se assentavam as bases da organização judiciária federal em comunhão com o que fora delimitado na Constituição Provisória – não obstante a defesa da dualidade da Justiça defendida, tanto pela Comissão dos Cinco, quanto pelo Governo Provisório, estivesse longe de alcançar foros de unanimidade entre a *intelligentsia* jurídica e política nacional.

Da análise da exposição de motivos que acompanhou o Decreto nº 848, fica clara a intenção de marcar a distância que separaria a organização judiciária federal da República com relação àquela dos tempos imperiais. Nas palavras de Lenine Nequete, o texto elaborado pelo então ministro da Justiça Campos Sales “revela a funda preocupação de dotar o país, imediatamente, de uma justiça destinada a representar um papel da mais alta preponderância, como órgão de poder, no corpo social”. Em contraposição ao papel do antigo Supremo Tribunal de Justiça, continua Lenine Nequete, procurou-se evitar instituições de tribunais ordinários dotados de “uma jurisdição pura e simplesmente restrita à aplicação das leis nas múltiplas relações do direito privado”¹⁵⁴ – preocupação retórica prontamente percebida a partir das palavras de Campos Sales ora reproduzidas por sua relevância na compreensão das intenções contidas no diploma em questão:

A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a Lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe a sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica. O poder de interpretar as leis, disse o sábio e honesto juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se elas são conformes ou não à Constituição, e neste último caso cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito. Por esse engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a colocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa. É a vontade absoluta das assembleias legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se não extinguiu as doutrinas do arbítrio soberano do Executivo. A função do liberalismo no passado [...] foi opor um limite ao poder violento dos reis. O dever do liberalismo na época atual é opor um limite ao poder ilimitado dos parlamentos. Essa missão histórica incumbe, sem sombra de dúvidas, ao Poder Judiciários, tal como o arquitetam poucos povos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto.¹⁵⁵

Em análise da exposição de motivos elaborada por Campos Sales em seus comentários à Constituição de 1891 – que se revelou amplamente influenciada pelo Decreto em questão –, João Barbalho Uchôa Cavalcante, escrevendo em 1894, identificou nas linhas acima

Executivo, pudessem ficar instituídos e organizados simultaneamente os três grandes poderes federais, ficando assim terminada a situação revolucionária e legalizada a Nação”.

¹⁵⁴ NEQUETE, *Op. Cit.*; p. 18.

¹⁵⁵ A íntegra do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, bem como da exposição de motivos que lhe serve de preâmbulo, foi retirada da edição n. 289 do *Jornal do Commercio* (RJ), de 16/10/1890, que pode ser acessado no site da Hemeroteca da Biblioteca Nacional. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=364568_08&PagFis=2216&Pesq= Acesso em 06/10/2016.

reproduzidas o espírito que presidira a passagem do Império à República no que diz respeito às funções e linhas de atuação do Poder Judiciário ao perguntar retoricamente como se daria a elevação deste à “importante posição que no novo regime lhe é assinalada”:

Por um meio muito simples, integrando sua missão com o que lhe faltava para ser preenchida de modo completo. Antes julgava ele somente *secundum legem*, passou a julgar também *de legibus*, e eis tudo. Cabia-lhe, nos casos controversos que lhes eram levados, aplicar aos fatos a lei existente, fosse qual fosse, sem mais exame que o necessário para a sua inteligência. Foi agora investido do poder de conhecer igualmente da *legalidade da lei*, isto é, se o ato legislativo está dentro dos limites do poder que o decretou, se não lhe excede as raias da competência, se não há nele *defectus potestatis*; e com essa faculdade deu-se-lhe a de, verificando esse defeito (e para o juiz *nullus est major*), pronunciar a nulidade do ato.¹⁵⁶

Classificado por seus opositores como um “indigesto arremedo do mecanismo americano”¹⁵⁷, o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, preocupou-se em reafirmar, no que diz respeito à organização da magistratura federal e ao raio de atuação do Supremo Tribunal Federal, o que já havia sido veiculado pela Constituição Provisória, alguns meses antes. Daí pode se concluir que o texto inaugural da Justiça Federal republicana serviu precipuamente a se antecipar às discussões do Congresso Constituinte, procurando emprestar ares de fato consumado ao desenho institucional construído pelo Governo Provisório, bem como delimitar com maior clareza e precisão a atuação do Poder Judiciário e de seu órgão de cúpula no novo regime e diferenciá-lo da Justiça imperial – reforçando seu caráter moderno, corolário das instituições republicanas em formulação.

Procurando se antecipar às críticas vindouras, Campos Sales reconhece, na exposição de motivos do Decreto nº 848, que “a proximidade da instalação do congresso constituinte [...] poderia parecer em outras circunstâncias um plausível motivo de adiamento a fim de que lhe fosse submetido o exame de uma questão de tal magnitude”. No entanto, se apressa em afirmar que a edição do referido decreto se tornaria, “nesta situação que é profundamente anormal”, “uma poderosa razão de urgência a aconselhar a adoção desta medida”:

O principal, senão o único intuito do congresso na sua primeira reunião, consiste, sem dúvida, em colocar o poder público dentro da legalidade. Mas esta missão ficaria certamente incompleta se, adotando a Constituição e elegendo os depositários do

¹⁵⁶ BARBALHO, João Uchôa Cavalcanti. *Constituição Federal Brasileira, 1981: comentários* (ed. fac-similar). Brasília: Senado Federal, 2002; p. 223.

¹⁵⁷ A expressão foi retirada de trecho escrito por Cândido de Oliveira na obra coletiva *A Década Republicana*, coletânea publicada em 1900 e escrita por importantes lideranças monarquistas, como Afonso Celso de Assis Figueiredo, o visconde de Ouro Preto, Carlos de Laet, Gal. Cunha Matos e Theodoro Sampaio, que se consubstancia em balanço comparativo com a Monarquia abordando os dez primeiros anos da República. OLIVEIRA, Cândido de. *A Justiça*. In: *A Década Republicana* (vol. II). Brasília: Ed. UnB, 1986; p. 11.

poder executivo, não estivesse todavia previamente organizada a justiça federal, pois que só assim poderão ficar a um tempo e em definitivo constituídos os três principais órgãos da soberania nacional. Trata-se, portanto, com este ato, de adotar o processo mais rápido para a execução do programa do governo provisório no seu ponto culminante – a terminação do período ditatorial.

Animado pelo afã de distinguir o novo regime da monarquia decaída, o texto assinado pelo “Generalíssimo Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, constituído pelo Exército e Armada, em nome da Nação, tendo ouvido o Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça” enuncia, em seu artigo 1º, que “a Justiça Federal será exercida por um Supremo Tribunal Federal e por juízes inferiores intitulados Juízes de Seção”, para, ato contínuo, declarar que “os juízes federais serão vitalícios e inamovíveis e não poderão ser privados dos seus cargos senão em virtude de sentença proferida em juízo competente e passada em julgado” (artigo 2º) – o que, como visto, representariam garantias diuturnamente ignorados no Império. Aliás, a exposição de motivos já mencionada é expressa ao destacar que estariam garantidas à magistratura federal todas as condições de sua independência, traduzidas na perpetuidade e na inamovibilidade.

Nesse cenário, nítida é a tentativa de se contrapor à vedação imposta ao Poder Judiciário no Império de se imiscuir em questões de direito público que dissessem respeito ao funcionamento do Estado e da Administração Pública. Para tanto, exerceu papel fundamental a opção pela dualidade da justiça, tal qual já consagrada pelo texto constitucional elaborado pelo Governo Provisório e reafirmada pelo Decreto nº 848 e pela exposição de motivos que lhe serve de preâmbulo. Nesta, lê-se que “a principal característica do regime adotado” repousaria na “coexistência de um poder judiciário federal e de um poder judiciário local, cada um desenvolvendo a sua ação dentro da respectiva esfera de competência”. Adiante, está escrito que “perante a Justiça Federal dirimem-se não apenas as contendas que resultam do direito civil, como aquelas que mais possam avultar na elevada esfera do direito público” – ainda que tenha sido expressamente consignado que, “no nobre exercício de suas elevadas funções, aplicando a lei nos casos ocorrentes e julgando a inaplicabilidade de suas cláusulas ou preceitos mediante provocação dos interessados, todavia não desce jamais a imiscuir-se nas questões políticas” (debate que por sua complexidade já à época não tardou a aportar na tribuna do Supremo Tribunal Federal em seus primeiros meses de atuação, ganhando maior densidade em virtude da atuação de Rui Barbosa, enquanto advogado, e de Pedro Lessa, nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal em 1907, autor da obra seminal *Do Poder Judicial*, de 1915, objeto de análise do terceiro capítulo desta dissertação).

Nesse particular, aliás, emerge com força a influência e a recepção dos princípios gerais do constitucionalismo norte-americano do final do século XIX. Ao tratar, em 1880, dos princípios gerais do direito constitucional norte-americano, Thomas M. Cooley – jurista muito lido e difundido no Brasil, especialmente por Rui Barbosa¹⁵⁸ – escrevia que a existência de um Poder Legislativo que age em virtude de uma autoridade delegada, limitada pela própria Constituição, e de um Poder Judiciário com força para declarar a legitimidade de uma lei, permitiu a construção, nos Estados Unidos da América, da tese segundo a qual “uma disposição inconstitucional forçosamente decairá quando como tal for reconhecida pelos tribunais a cujo exame for submetida”, de modo que os atos inconstitucionais encontrariam solução por meio dos processos ordinários dos tribunais. Não obstante, também em Cooley está a ressalva de que “alguns casos ultrapassam a competência judiciária, porque as questões que eles envolvem são puramente políticas”.¹⁵⁹

Também se mostra relevante o esforço em distinguir que, no novo regime, a guarda e a aplicação da Constituição competiria à magistratura federal, que seria chamada a intervir em espécie e por provocação da parte (artigo 3º), e não mais apenas ao Poder Legislativo. Ademais, preocupou-se ao longo de seu extenso teor (nada menos do que 387 artigos) em construir um verdadeiro Código de Processo, bem ao estilo das codificações liberais oitocentistas, procurando dotar de racionalidade um sistema judiciário e processual que, no Império, era composto por leis, decretos, portarias e resolução que se perdiam na poeira do tempo. Da delimitação das competências dos órgãos da Justiça Federal à construção de uma espécie de estatuto da magistratura, passando pela especificação dos procedimentos cautelares e de execução e chegando até mesmo à regulamentação das custas processuais – pretendeu-se erigir um edifício normativo sólido e autorreferente, completo e bastante em si mesmo.

Com relação especificamente ao Supremo Tribunal Federal, o Decreto nº 848 praticamente repete os termos do Projeto de Constituição elaborado no seio do Governo

¹⁵⁸ Comumente citado por Rui Barbosa em sua atuação de advogado junto ao Supremo Tribunal Federal, Thomas Cooley teve sua obra *Treatise on the Constitutional Limitations* traduzida para a língua portuguesa pelo próprio Rui Barbosa, que se ocupou de difundir no Brasil a célebre distinção entre normas constitucionais autoaplicáveis ou autoexecutáveis (*self-executing provisions, self-enforcing* ou *self-acting*) e as normas constitucionais não autoaplicáveis ou não auto-executáveis (*not self-executing provisions, not self-enforcing* ou *not self-enforcing*). Outro importante indício do peso e da influência de Thomas Cooley na construção da doutrina constitucionalista republicana no Brasil está no ato de que, já em 1909, em um momento no qual poucas obras jurídicas eram traduzidas para a língua portuguesa, o professor da Faculdade de Direito de Porto Alegre Alcides da Cruz preocupou-se em traduzir a obra *The General Principles of Constitutional Law*, de 1880, espécie de texto base voltado especialmente para o público universitário contendo os princípios gerais do direito constitucional norte-americano.

¹⁵⁹ COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América* (trad. por Alcides da Cruz). São Paulo: Ed. RT, 1982, 2ª ed; p. 23-24.

Provisório. Também aqui os membros do Tribunal seriam nomeados pelo presidente da República após a aprovação da Câmara Alta do Parlamento, no total de quinze ministros, escolhidos entre os juízes seccionais ou entre os cidadãos de notável saber e reputação, desde que ostentassem as condições de elegibilidade para o Senado (artigos 4º e 5º). Igualmente, previu-se que, na hipótese de cometimento de crime de responsabilidade, seus membros seriam julgados pelo mesmo Senado Federal (artigo 10º).

Com relação à competência do Tribunal, assim definia o texto normativo em questão:

Art. 9º Compete ao Tribunal:

I. Instruir os processos e julgar em primeira e única instância:

- a) o Presidente da República nos crimes comuns;
- b) os juízes de seção nos crimes de responsabilidade;
- c) os ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade;
- d) os pleitos entre a União e os Estados, ou destes entre si;
- e) os litígios e as reclamações entre as nações estrangeiras e a União ou os Estados;
- f) a suspeição oposta a qualquer dos seus membros;
- g) os conflitos de jurisdição entre os juízes federais, ou entre estes e os dos Estados.

II. Julgar em grau de recurso e em última instância:

- a) as questões decididas pelos juízes de seção e de valor superior a 2:000\$000;
- b) as questões relativas à sucessão de estrangeiros, quando o caso não for previsto por tratado ou convenção;
- c) as causas criminais julgadas pelos juízes de seção ou pelo júri federal;
- d) as suspeições opostas aos juízes de seção.

Parágrafo único. Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juizes dos Estados:

- a) quando a decisão houver sido contrária à validade de um tratado ou convenção, à aplicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, à legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada;
- b) quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrário à Constituição, aos tratados e às leis federais e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato;
- c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contrária, à validade do título, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula.

III. Proceder à revisão dos processos criminais em que houver sentença condemnatoria definitiva, qualquer que tenha sido o juiz ou tribunal julgador.

§ 1º Este recurso é facultado exclusivamente aos condenados, que o interporão por si ou por seus representantes legais nos crimes de todo gênero, excetuadas as contravenções.

§ 2º A pena poderá ser relevada ou atenuada quando a sentença revista for contrária a direito expresso ou á evidencia dos autos, mas em nenhum caso poderá ser agravada.

§ 3º No caso de nulidade absoluta ou de pleno direito, o réu poderá ser submetido a novo julgamento.

§ 4º Em ato de revisão é permitido conhecer de factos e circunstâncias que, não constando do processo, sejam entretanto alegados e provados perante o Supremo Tribunal.

§ 5º A revisão será provocada por petição instruída com a certidão autêntica das peças do processo e mais documentos que o interessado queira juntar, independentemente de outra qualquer formalidade.

§ 6º O Supremo Tribunal poderá exigir do juiz ou tribunal recorrido os documentos ou informações e mais diligências que julgar necessárias para o descobrimento da verdade.

IV. Conceder ordem de habeas-corpus em recurso voluntário, quando tenha sido denegada pelos juízes federais ou por juízes e tribunais locais.

V. Apresentar anualmente ao Presidente da República a estatística circunstanciada dos trabalhos e relatório dos julgados.

Em linhas gerais, as competências previstas no projeto de Constituição do Governo Provisório foram mantidas sem grandes e substantivas alterações. Com relação à competência originária do Tribunal, incluiu-se apenas a possibilidade (em que pese lógica) de julgamento de exceção de suspeição veiculada contra seus membros (inciso I, alínea *f*), e excluiu-se a competência para julgamento dos ministros de Estado nas hipóteses de crime de responsabilidade, prevista na alínea *a* do inciso I do artigo 59 da Constituição Provisória. No que tange à competência em grau recursal, procurou-se apenas explicitar e enumerar as hipóteses e as condições nas quais poderia o Supremo Tribunal conhecer dos recursos interpostos em face das decisões dos juízes federais (inciso II). Além disso, a principal inovação prevista pela Constituição Provisória foi mantida, ainda que com redação mais extensa: competiria ao Supremo Tribunal Federal conhecer de recurso contra decisão de juiz ou tribunal estadual que declare a validade ou não de lei ou ato em face da Constituição (alíneas *a* e *b* do parágrafo único do inciso II). E mais: estendeu-se a atuação do Supremo Tribunal Federal também aos casos em que eventual direito fosse afastado a partir da interpretação de um preceito constitucional ou de uma lei federal (alínea *c* do parágrafo único do inciso II) – reforçando mais uma vez o papel conferido ao Judiciário Federal na guarda e na aplicação do texto constitucional consagrado no artigo 3º do mesmo Decreto.

Igualmente, atento à preocupação externada expressamente pelo chefe do Governo Provisório, Deodoro da Fonseca, o Decreto deixa claro que, tanto as decisões dos juízes estaduais, quanto aquelas dos juízes e Tribunais federais, poderiam ser contestadas, em grau de recurso, junto ao Supremo Tribunal Federal em inúmeras situações (inciso II e III) – reforçando igualmente o ativo papel da Corte de Vértice na tarefa de uniformizar a jurisprudência dos juízes e tribunais inferiores.

Em conclusão, pode-se afirmar que, antecipando-se em muitos aspectos aos possíveis debates no Congresso Constituinte a propósito do Poder Judiciário republicano e de seu órgão de cúpula, a edição do Decreto nº 848, em 11 de outubro de 1890, pelo Governo Provisório, contribuiu em certa medida para inibir a ocorrência de maiores reflexões constituintes no que diz respeito à atuação (política) do Supremo Tribunal Federal em matéria de direito público e

ao controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos – retardando, assim, o surgimento de maiores embates teóricos para um momento posterior à instalação do Tribunal em 27 de fevereiro de 1891, dia seguinte ao final dos trabalhos da Constituinte. E é justamente da pouca importância deferida pelo Congresso Constituinte à questão das funções políticas da Suprema Corte que cuidará o item subsequente.

2.3 Os silêncios do Congresso Constituinte (1890/1891)

Desde os primeiros dias do novo regime, apressaram-se os partidários da República liberal em garantir a pronta convocação e instalação de uma Assembleia Constituinte, evitando-se assim o prolongamento de uma semiditadura militar sob o comando de Deodoro da Fonseca.¹⁶⁰ Ademais, a adoção de uma forma constitucional para a República nascente era tida por muitos – em especial, por Rui Barbosa e Quintino Bocaiúva, membros do Governo Provisório à frente das pastas da Fazenda e das Relações Exteriores, respectivamente – como condição *sine qua non* ao reconhecimento definitivo do regime perante a comunidade internacional.¹⁶¹

Instalado no dia 15 de novembro de 1890, o Congresso Nacional Constituinte contou com uma duração relativamente curta, vindo a encerrar os seus trabalhos já em 26 de fevereiro de 1891.¹⁶² A propósito, destacava Carlos Maximiliano Pereira dos Santos que “o Congresso

¹⁶⁰ Observação comum aos analistas contemporâneos era a de que “só pela Constituinte, recuperará a nação a posse de si mesma, lançando em terreno firme, as bases de sua prosperidade futura”, sendo este “o antídoto contra os perversos efeitos da ditadura”. In: RIBEIRO, João Coelho Gomes. *A Gênese Histórica da Constituição Federal: subsídio para sua interpretação e reforma (os anteprojetos, contribuições e programas)*. Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas da Liga Marítima Brasileira, 1917; p. 141-168.

¹⁶¹ Amado Luiz Cervo e Clodoaldo Bueno apontam que, malgrado as nações americanas tenham reconhecido “com aplaudo e solidariedade o novo regime”, o reconhecimento oficial da nova República pelas grandes potências mundiais imprescindiria da estabilização do quadro político interno. No caso dos Estados Unidos, o secretário de Estado Blaine, já em 20 de novembro de 1889, “considerava a República fato consumado e manifestava a intenção de reconhecer imediatamente o novo governo”. Não obstante, “havia o receio de que a mudança de regime fosse decorrência de simples quartelada, sem apoio da vontade nacional”. A Inglaterra, por sua vez, “aceitou a República como fato consumado, mas protelou o reconhecimento formal a fim de evitar ato precipitado. Por isso preferiu aguardar a estabilização do quadro político interno, adotando uma atitude legalista e, ao mesmo tempo, cautelosa que recomendava observar a reunião do Congresso Constituinte, bem como o desenvolvimento de seus trabalhos”. Tanto é que, apenas com a realização da primeira sessão do Congresso Constituinte, no primeiro aniversário do novo regime, “o ministro britânico Salisbury determinou que os navios de guerra saudassem a bandeira do Brasil, atitude que, na prática, significava seu reconhecimento, embora, formalmente, ele só tenha ocorrido em meio de 1891”. In: CERVO, Amado Luiz; BUENO, Clodoaldo. *História da política exterior do Brasil*. 3ª ed. Brasília: Ed. UnB, 2008; p. 151-154.

¹⁶² A propósito da composição do Congresso Constituinte de 1890/1891, Elio Chaves Flores assim escreve: “Sua composição refletia, de certa forma, os grupos e ideias correntes em torno da organização do Estado e da governança republicana. Havia os históricos, assim denominados por defenderem a República desde os tempos da

Constituinte trabalhou pouco mais de três meses”, predominando entre a maioria de seus membros “o empenho em concluir o quanto antes a difícil tarefa, sendo a voz dos oradores constantemente abafada por gritos significativos de *votos, votos!* dados pelo presidente da Casa”.¹⁶³ Também a imprensa fluminense exigia, em editoriais, que o Congresso Constituinte acelerasse a conclusão dos trabalhos no afã de que o país enfim retornasse à normalidade política e institucional. Na edição de 29 de novembro de 1890, o jornal *O Paiz* assentava que a Nação “exigia com império, sem hesitações, sem discussões vãs, o complemento de sua reconstrução definitiva”.¹⁶⁴ Uma semana antes, em 23 de novembro, o editorial do *Diário de Notícias* opinava que “o Congresso podia em 20 ou 30 dias aprovar a Constituição e fazer desaparecer a ditadura”.¹⁶⁵

Nesse ambiente, da análise dos Anais do Congresso Constituinte de 1890/1891, verifica-se que a questão vastamente debatida durante o Governo Provisório (não apenas, mas especialmente a partir dos trabalhos da Comissão dos Cinco) no que diz respeito à fixação das competências do Poder Judiciário republicano e de seu órgão de cúpula não chegou a causar comoção entre os constituintes. Cuida-se, a propósito, de avaliação igualmente compartilhada por autores como Andrei Koerner, segundo quem “a discussão na Constituinte sobre o Supremo Tribunal Federal não se deu sobre a questão do controle judicial da constitucionalidade”:

[...] as novas atribuições políticas do Poder Judiciário não foram temas polemizados durante a Constituinte. Quanto ao STF, a lacuna manifesta-se especialmente em relação ao seu poder de declarar a inconstitucionalidade das leis e, com isso, o papel do novo órgão para garantir o predomínio da Constituição na esfera dos direitos individuais contra os atos dos outros poderes políticos.¹⁶⁶

De toda sorte, a despeito dos silêncios do Congresso Constituinte a respeito da essência teórica do que viria a ser o Supremo Tribunal Federal, não desprezíveis foram os debates e as

propaganda e do Manifesto de 1870; os adesistas, que passaram a ser desdenhados como republicanos de “undécima hora” ou de “16 de novembro”; e, não menos expressivos de uma transição, havia muitos monarquistas que retornavam ao Poder Legislativo com poderes especiais de constituintes republicanos. Alguns números são significativos dos segmentos sociais mais atuantes: 128 eram bacharéis, muitos dos quais filhos e representantes da classe senhorial e proprietária de terras; 55 eram militares, oriundos dos centros urbanos e dos setores médios da população; 38 eram monarquistas convictos que haviam exercido cargos na Monarquia decaída”. FLORES, Elio Chaves. *A consolidação da República: rebeliões de ordem e progresso*. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (Orgs.). *O Brasil republicano (vol. 1): o tempo do liberalismo excludente*. Rio de Janeiro. Ed. Civilização Brasileira, 2003; p. 54-55.

¹⁶³ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891* (1918). Brasília: Senado Federal, 2005; p. 89.

¹⁶⁴ Jornal *O Paiz*. Rio de Janeiro; edição de 29 de novembro de 1890.

¹⁶⁵ Jornal *Diário de Notícias*; editorial de 23 de novembro de 1890.

¹⁶⁶ KORNER, *Op. Cit.*; p. 176.

proposições sobre a forma da organização da Justiça republicana – sempre partindo daquele que pode ser facilmente identificado como o cerne do debate constituinte de 1890/1891: a forma federal a ser adotada na República em lapidação. Isso porque, com a instauração do novo regime, pode-se dizer que o ideal federativo adquiriu contornos irresistíveis, aparecendo indissolavelmente ligado à própria ideia de República e de descentralização, em contraponto à narrativa e ao discurso do unitarismo associado ao regime monárquico centralizado (ainda que se saiba que o Brasil Imperial não poderia ser tido, na prática, como um exemplo perfeito de Estado Unitário).¹⁶⁷

Nada mais compreensível, aliás, se retomarmos a sentença inaugural das considerações ao Manifesto Republicano de 1870, segundo a qual, “no Brasil, antes ainda da ideia democrática, encarregou-se a natureza de estabelecer o princípio federativo”.¹⁶⁸ Ou, ainda, se nos fiarmos nas palavras proferidas por Rui Barbosa um mês antes da proclamação da República no sentido de que “ou a monarquia faz a federação, ou o federalismo faz a república”.¹⁶⁹

Dentro dessa ideia, Américo Freire e Celso Castro observam, tal qual amplamente apontado pela historiografia, que “o tema da relação entre o poder central e os estados” deve ser entendido como o “verdadeiro ‘coração’ da primeira carta republicana”.¹⁷⁰ Igualmente, em tentativa de identificar alguma ordem no processo constituinte de 1890/1891, Renato Lessa observa que “o tema da organização federalista ocupou o lugar central nos debates”, de modo que “a partir dele derivaram temas correlatos, tais como a discriminação de rendas entre União e Estados, organização do Direito e da Magistratura e organização dos Estados e Municípios”.¹⁷¹

¹⁶⁷ SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. *Republicanism e Federalismo (1889-1902): um estudo da implantação da República no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1978; p. 48.

¹⁶⁸ Publicado em 3 de dezembro de 1870, no jornal *A República*, o Manifesto Republicano foi a primeira declaração formal do movimento republicano. Nesse documento, além da crítica aos criticando os privilégios e a falta de legitimidade e de representação do sistema político imperial, seus signatários denunciavam especialmente os problemas relativos à excessiva centralização do poder imperial e às atribuições do Poder Moderador. A propósito, cf.: PESSOA, Reynaldo Carneiro. *A ideia republicana no Brasil através dos documentos*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1973.

¹⁶⁹ MARTINS, Wilson. *História da Inteligência Brasileira*. Vol. IV: 1915-1933. São Paulo: Ed. Cultrix, 1978; p. 351.

¹⁷⁰ FREIRE, Américo; CASTRO, Celso. *As bases republicanas dos Estados Unidos do Brasil*. In: GOMES; PANDOLFI; ALBERTI (coord.) *A República no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, CPDOC, 2002; p. 35.

¹⁷¹ LESSA, Renato. *A Invenção Republicana: Campos Salles, as bases e a decadência da Primeira República brasileira*. Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ, 1988; p. 63.

Com efeito, a própria divisão de forças no seio da Assembleia Constituinte – indispensável à correta compreensão dos trabalhos que nela se seguiram – é comumente realizada justamente a partir da posição dos congressistas com relação ao “grau de federalismo” a ser adotado no texto constitucional. A propósito, Renato Lessa aponta a existência de duas correntes doutrinárias principais na Assembleia Constituinte: de um lado, os defensores de um “hiperfederalismo”, partidários de propostas como a proibição de um exército nacional permanente, do direito dos estados a possuírem marinha de guerra, da ampla liberdade de emissão de títulos pelos estados e da pluralidade do Direito e da Magistratura sob o lema de que “os Estados eram a realidade, a União, a ficção”; de outro, os defensores de um “federalismo domesticado”, simbolizados por Renato Lessa na figura de Rui Barbosa e sua preocupação com a construção de uma solução constitucional que atendesse aos reclamos descentralizadores, evitando, contudo “o apetite desvairado e doentio dos ultrafederalistas”, tido como um convite aos excessos que poderiam levar a República ao separatismo e à cizânia.¹⁷²

Aliás, já no seio das discussões constituintes, previa o senador Saraiva que a cisão verificada no seio do Congresso Constituinte acabaria por levar à criação de dois partidos a polarizar a vida política republicana, a saber, o Federalista e o Unionista:

Isto que aqui está se formando, vai ser o tipo dos partidos futuros, isto é, o partido federalista, que respeita muito a União, mas que não lhe dará senão o que for estritamente necessário para sua vida, e o partido unionista que dirá: damos à União tudo quanto for preciso, mas o que houver para desperdiçar, desperdiçaremos nós.¹⁷³

Nesse ambiente, como observado, não há como dissociar o debate sobre o federalismo da discussão a propósito da dualidade da Justiça e da Magistratura no bojo do Congresso Constituinte. Cuida-se, a propósito, de realidade perceptível a partir da análise dos primeiros trabalhos constituintes.

Em 22 de novembro de 1890, exatos sete dias após abertura do Congresso Constituinte na data do aniversário de um ano da Proclamação da República, foi eleita comissão especial

¹⁷² Idem; p. 64.

¹⁷³ BRASIL. *Anais da Constituinte de 1890*; v.1; p. 341. Em sentido semelhante, escrevia Oliveira Torres, nos idos da década de 1960 do século XX, que “na magna assembleia, existiam dois partidos, ambos federalistas e republicanos. Havia, porém, dois tipos de federalistas, os ‘clássicos’ e os ‘românticos’”. Poderíamos igualmente adotar outros nomes: partido federalista e partido estadualista. Bem apuradas as contas, o que havia na Constituinte era um partido estadualista exagerado e um partido estadualista moderado.” In: TORRES, João Camilo de Oliveira. *A Forma do Federalismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1961; p. 155.

sob a relatoria de Júlio de Castilhos, cujo objetivo residiria na elaboração de parecer opinativo sobre o projeto de Constituição apresentado pelo Governo Provisório, tendo sido denominada “Comissão dos Vinte e Um” em virtude do número de seus membros, representantes de cada um dos Estados e do Distrito Federal.¹⁷⁴

Dentre as emendas inicialmente sugeridas por seus membros foi aprovada, na sessão 5 de dezembro do mesmo ano, por nove votos contra oito, emenda substitutiva de autoria do deputado Amphiphio de Carvalho ao artigo 54 e seguintes do projeto de Constituição, que tratavam justamente da organização judiciária dualista da nova República – reforçada, como dito, pela edição do Decreto nº 848 de 1890.

De acordo com o parecer votado, “nesta parte a Constituição labora em uma inexplicável contradição, admitindo ao mesmo tempo dois princípios antagônicos, o da unidade do direito e o da dualidade do Poder Judiciário”. Afinal, prossegue o parecer, inviável seria a manutenção da unidade jurídica acaso os tribunais superiores dos estados julgassem em última instância, aplicando e interpretando soberanamente as leis do direito privado: “a falta de um centro, a que esses tribunais se subordinem, trará fatalmente como consequência a diversidade no direito e, portanto, a destruição dessa mesma unidade, que o legislador teve em vista e que ficará sendo um ideal irrealizável”.¹⁷⁵ Segundo a justificativa da emenda, redigida por Amphiphio de Carvalho, cuidar-se-ia de contradição que não seria verificada na Constituição dos Estados Unidos da América, “que nesta parte serviu de modelo ao sistema ora impugnado, pela razão óbvia de que ali a pluralidade da magistratura é uma consequência lógica da diversidade de legislações civis e criminais”.¹⁷⁶

Noutro giro, negando a possível conclusão eventualmente extraível do reconhecimento da contradição acima indicada, apressou-se o referido parecer em advertir que a unidade do Poder Judiciário não seria incompatível com a índole do regime federal, tomando, por exemplo, as experiências europeias, em especial a da Federação Alemã, que, “em matéria de organização

¹⁷⁴ Foram eleitos para compor a comissão os congressistas Manoel Machado, Lauro Sodré, Casemiro Júnior, Theodoro Pacheco, Joaquim Catunda, Amaro Cavalcanti, João Neiva, José Hygino, Gabino Resouro, Oliveira Valladão, Virgílio Damasio, Gil Goulart, Bernardino de Campos, Láper, Ubaldino do Amaral, Lauro Müller, Julio de Castilhos, João Pinheiro, Lopes Trovão, Leopoldo de Bulhões e Aquilino do Amaral. In: BRASIL. *Anais da Constituinte de 1890*; v.1, p. 354.

¹⁷⁵ BRASIL. *Anais da Constituinte de 1890*; v.1, p. 362.

¹⁷⁶ Idem.

judiciária [...] tem unificado o seu direito e constituído os tribunais sob as bases de um só código de organização judiciária, sujeitando-os ao Supremo Tribunal Federal”.¹⁷⁷

A solução aventada por Amphilophio de Carvalho procurou, então, combinar a “descentralização com a unidade judiciária”, adaptando a organização judiciária à “nova ordem de coisas”. Nesse desenho institucional proposto, cada unidade federativa contaria com um Tribunal de Apelação, custeado pela União, cujos membros seriam escolhidos dentre os magistrados de primeira instância; o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, “além das funções declaradas na Constituição”, teria outrossim as de um Tribunal de Cassação, velando pela uniformização da interpretação do direito emanada dos Tribunais de Apelação estaduais.

Para tanto, o Supremo Tribunal Federal deveria ser composto, a uma, “de tantos membros quantos forem os tribunais de apelações dos estados, sendo cada um deles tirado de um desses tribunais, por ordem de antiguidade”, e, a duas, “de mais um terço de juízes nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, dentre os cidadãos que tiverem os requisitos de idoneidade exigidos por lei federal”.

Em suma, o órgão de cúpula do Poder Judiciário congregaria não apenas a função de órgão jurisdicional afeto à revisão das decisões emanadas dos tribunais inferiores, em sede de recurso, mas também ostentaria um desiderato político relacionado à solução dos “conflitos e questões de ordem constitucional e administrativa”, em sede originária, conforme admitido pelo parecer elaborado.¹⁷⁸

No dia posterior à aprovação da emenda pela Comissão, porém, o *Jornal do Commercio* publicou nota na qual qualificou a inovação proposta como “um tanto obscura e prolixa”¹⁷⁹, indicando o futuro não muito promissor da sugestão de emenda inicialmente aprovada pela Comissão dos Vinte e Um.

Não tendo sido a emenda aprovada em segundo escrutínio, seu autor, o já mencionado deputado Amphilophio de Carvalho, elaborou voto em separado quanto ao Poder Judiciário. Além disso, pediu a palavra para externar publicamente a sua discordância com relação ao

¹⁷⁷ Ibidem; p. 362-363.

¹⁷⁸ Segundo o parecer elaborado e votado pela Comissão responsável pela análise do projeto de Constituição enviado ao Congresso pelo Governo provisório, “a competência desse Tribunal para decidir conflitos e questões de ordem constitucional e administrativa justifica o modo de sua formação com um terço de juízes que não se tenham exclusivamente aplicado ao estudo do direito privado”. In: BRASIL. *Anais da Constituinte de 1890*; v.1, p. 363.

¹⁷⁹ *Jornal do Commercio*. Rio de Janeiro; Ano 68, nº 840, de 6 de dezembro de 1890.

projeto de Constituição enviado pelo Governo Provisório. Segundo Amphilophio de Carvalho, “destruindo completamente o sistema da antiga organização judiciária do país”, o projeto apresentado nada mais seria do que mera cópia do desenho institucional argentino (“aquela República, que de Federação só tem o nome”), ignorando a organização judiciária adotada em outras federações, como a americana, a suíça e a alemã, tidos como “povos mais adiantados da mesma forma de governo”.¹⁸⁰

Em manifestação expressamente direcionada ao Ministro da Justiça, Campos Sales, o deputado constituinte observou estar na assim denominada “dualidade da Justiça” (a “dualidade de magistrados, uns da União, outros dos Estados”) o grande erro do projeto apresentado pelo Poder Executivo. Tomando por base a exposição de motivos da Lei de Organização Judiciária, de 11 de outubro de 1890, redigida por Campos Sales, indicou o congressista que a escolha pela “instituição de juízes especiais para os estados” residiria no “falso suposto de uma soberania dos estados, distinta da soberania nacional”. Lançando mão de intermitente referência à organização federal dos Estados Unidos da América, especialmente quando expõe a diferença entre os modelos da Federação e da Confederação, defendeu que os estados jamais poderiam ser tidos por soberanos, pois, “nos governos federais, uma é a Nação, uma só a soberania, e esta sempre indivisível, porque é a suprema potestas”.¹⁸¹

Mais adiante, Amphilophio de Carvalho observou que sequer a “existência de juízes nomeados pelos governos de estados federados” poderia induzir à conclusão distinta. Em tom de chiste, consignou que, “se ter uma magistratura importa em soberania, e se em nome desta é que se pretende uma magistratura especial para os estados da Federação do Brasil, então digamos que são por igual soberanas as colônias e muitas das sessões do Reino-Unido”, ao observar que quase todas as colônias da Inglaterra possuem juízes por elas nomeados para aplicar suas leis de direito privado.¹⁸²

Para o congressista, o projeto apresentado padeceria de contradição interna tamanha que jamais poderia ser aprovada pelo Congresso Constituinte. Segundo seu raciocínio, a existência, nos Estados Unidos da América, de uma magistratura federal distinta da dos estados apenas faria sentido porque estes, quando da formação da Federação, “conservaram sua antiga competência para legislar sobre o direito privado”. No entanto, prosseguiu, “segundo o projeto que discutimos, só o Congresso, só o Poder Legislativo federal tem competência para elaborar

¹⁸⁰ BRASIL. *Anais da Constituinte de 1890*; v.2, p. 63.

¹⁸¹ *Idem*; p. 63.

¹⁸² *Ibidem*; p. 69.

leis de direito privado”; assim, indagou “porque não há de ser federal toda a magistratura do país, quando as leis que ela terá de aplicar são todas federais, todas procedentes do Poder Legislativo Federal?”.¹⁸³

Vê-se que Amphilophio de Carvalho parte do pressuposto de que o Poder Judiciário só existiria se conjugado com o poder de legislar, não fazendo sentido que os entes da federação dispusessem de juízes sem contarem com a possibilidade de legislar, isto é, de elaborar as leis que esses mesmos juízes deveriam aplicar. Da leitura do extenso discurso proferido por Amphilophio de Carvalho, cujos breves fragmentos ora selecionados limitam-se a pincelar seus argumentos centrais, verifica-se que a questão central – que, diga-se, repete-se em inúmeras discussões ao longo de todo o processo constituinte – gira em torno da definição de Estado Federal a ser adotado pela nova República e, nesse particular, da organização de esferas judiciárias distintas, uma estadual, outra federal.

Embora a menção ao Supremo Tribunal Federal não apareça a todo o momento, sendo impossível identificar a questão atinente ao seu funcionamento como central nas discussões travadas no Congresso Constituinte, é certo que a exata compreensão do que deveria ser o Federalismo republicano impactou diretamente na definição da posição da Suprema Corte no quadro institucional brasileiro. Um indicativo disso pode ser encontrado ainda no discurso de Amphilophio de Carvalho, quando, ao final de sua exposição, traz à discussão o modelo federal alemão:

A Federação da Alemanha é perfeita, correta, e seus estados gozam da máxima autonomia. A Alemanha tem seus juízes de primeira instância, distribuídos pelos estados, por nomeação destes, seus juízes de bailado, seus escabinos, seus tribunais regionais, seus tribunais de julgamento pelo júri, em cada estado; tem seus tribunais de segunda instância, seus tribunais regionais superiores, também disseminados pelos estados; tem, finalmente, no ponto superior de sua hierarquia judiciária, o seu Supremo Tribunal, com sede em Leipzig, encarregado de manter a unidade do Direito, firmando, como tribunal de revisão, a uniformidade da jurisprudência.¹⁸⁴

Também ao mencionar a Suíça, Amphilophio de Carvalho observou que “ali jamais houve a instituição de juízes federais que, disseminados pelos cantões, nestes administrassem a justiça, ao lado dos juízes locais”:

Toda a justiça federal da Suíça está a cargo do seu *Tribunal Federal*, com sede na cidade de Lausanne atualmente, ficando a cargo dos juízes e tribunais dos cantões

¹⁸³ Ibidem; p. 70.

¹⁸⁴ BRASIL. *Anais da Constituinte de 1890*; v.2; p. 71.

tudo quanto, segundo o plano da Constituição e das leis complementares, não é da competência do *Tribunal Federal*.¹⁸⁵

Retornando aos termos de sua emenda ao projeto de Constituição do Governo Provisório, observou que, “no sistema do meu substitutivo, como no da Suíça, há um tribunal superior federal, que julga originária e privativamente certas questões e que a respeito de outras é tribunal de recurso”; porém, prosseguiu, “em um como em outro sistema, toda a jurisdição que não é de tal tribunal pertence a uma só e mesma classe de juízes, a uma só magistratura, chame-se federal ou local”.¹⁸⁶

Nesses termos, afirmou que a maior de todas as diferenças entre o projeto governamental e os sistemas da Suíça, da Alemanha e dos Estados Unidos é que “em todas estas federações, que vieram da diversidade, da separação, do antagonismo, em todas elas, o que se há tido em vista, organizando uma magistratura federal, é, antes de tudo, o precioso benefício da unificação do Direito, pela unidade de sua interpretação”:

Não estamos ameaçados da simples diversidade de processo, o que seria já um grande mal; trata-se da inconveniência de ser uma mesma lei substantiva aplicada e interpretada por tribunais diferentes, independentes entre si, e sem sujeição hierárquica a um tribunal central, superior pelo saber e experiência, ao qual fique pertencendo pronunciar a última palavra na árdua tarefa de entender as leis e dar-lhes seu genuíno sentido.¹⁸⁷

Em sua essência, mais do que elaborar uma solução institucional para o enquadramento do Supremo Tribunal Federal no arranjo de poderes na República, a proposição de Amphilophio de Carvalho visava – antes de qualquer outro objetivo secundário – enfraquecer o modelo de “dualidade da Justiça” proposto pelo Governo Provisório e, mais especificamente, por Campos Sales. Com efeito, ao propor que o Supremo Tribunal revisasse as decisões dos tribunais inferiores (seja na esfera estadual, seja na esfera federal), e, nas matérias assim determinadas pela Constituição, decidisse como instância única, visava tornar sem utilidade a presença de distintos ramos judiciais, cabendo ao Tribunal de Cúpula do Poder Judiciário, hierarquicamente superior a todos os demais órgãos judiciais, decidir sobre todo e qualquer assunto judicial.

¹⁸⁵ Idem.

¹⁸⁶ Ibidem; p. 72.

¹⁸⁷ Ibidem; p. 76.

Para além disso, não se verifica em seu projeto maiores digressões a respeito da atuação do Supremo Tribunal Federal como intérprete único da Constituição e, via de consequência, de suas relações com os demais Poderes, especialmente em sua atuação política.

Não se ignora por certo que, nas discussões do Congresso Constituinte, não era propriamente raro ouvir a construção de que “o tribunal supremo é investido de caráter nitidamente político, que dele faz o grande pilar da Constituição, uma espécie de Poder Moderador”, tal qual bradava o deputado constituinte Gonçalves Chaves na sessão do dia 6 de janeiro de 1891.¹⁸⁸

Partindo justamente de fontes primárias que apontam nesse sentido, Christian Edward Cyril Lynch afirma que, “órfãos do Poder Moderador”, outrora responsável por arbitrar as lutas políticas estaduais e garantindo a alternância no poder, muitos parlamentares e juristas – em especial os liberais – teriam passado a enxergar na jurisdição constitucional o substituto do Poder Moderador imperial. Em suas palavras,

O regime republicano presidencial e federativo instaurado em 1889-1891 transplantara para o Brasil a instituição que, aos olhos dos americanistas, constituía o “Poder Moderador das repúblicas federativas”: a jurisdição constitucional.¹⁸⁹

Em síntese, Christian Edward Cyril Lynch aponta que a Constituição promulgada em 1891 teria deixado de fornecer os meios de arbitramento de conflitos que, em decorrência do surgimento de novas instâncias de poder advindas com a proclamação da República, teriam se multiplicado em finais do século XIX.

Não obstante, cabe indagar até que ponto a leitura das fontes e a análise do contexto intelectual dos debates constitucionais e de direito público do início da Primeira República permitem e corroboram esta conclusão.

De fato, em trecho contido na já mencionada exposição de motivos ao Decreto nº 848, de 1890, no qual se apresentaram as diretrizes básicas da atuação do órgão de cúpula da Justiça republicana, o então ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Sales, apresentou o Supremo Tribunal Federal como um “poder soberano, apto, na elevada esfera de sua atividade, para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes”. Ainda segundo Christian Edward

¹⁸⁸ BRASIL. *Anais da Constituinte de 1890*; v.1, p. 362-363.

¹⁸⁹ LYNCH, Christian Edward Cyril. *Da Monarquia à Oligarquia: História institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930)*. São Paulo: Ed. Alameda, 2014; p. 142.

Cyril Lynch, mesmo Rui Barbosa utilizava-se da velha imagem do Poder Moderador ao se referir a Corte republicana, apresentando-a como “o mediador, o conciliar, o arbitrador” no exercício “de um poder neutral, arbitral terminal, que afaste os contendores, restabelecendo o domínio da Constituição”.¹⁹⁰

No entanto, em que pese a Constituição de 1891 tenha incumbido o Supremo Tribunal Federal de julgar “as causas e os conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros” (art. 59, I, “c”), não nos parece possível extrair daí qualquer conclusão de que, ao fazer referência ao Supremo Tribunal como Poder Moderador, os contemporâneos à instalação daquela Corte estivessem a pensar que esta pudesse exercer as funções imperiais de outrora.

Conforme observado anteriormente, o Poder Moderador foi idealizado pelo liberal termidoriano Benjamin Constant como um poder neutro, superior e distinto dos Poderes Executivo, do Legislativo e do Judiciário¹⁹¹, ao passo que jamais se colocou em questão, no debate republicano brasileiro, a posição do Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula deste último – com exceção, é verdade, do pouco debatido projeto de Corte Constitucional elaborado por João Coelho Gomes Ribeiro.

Nesse passo, nem mesmo a afirmação da possibilidade, conferida ao Poder Judiciário e, mais especificamente, ao seu órgão de cúpula, de proceder à anulação dos atos inconstitucionais dos outros Poderes¹⁹² seria suficiente para se alcançar a conclusão de que a Suprema Corte estaria a desempenhar o papel de um poder intermediário e superior aos demais braços da soberania estatal, interessada apenas em manter o equilíbrio entre o Executivo e o Legislativo.

Aliás, enxergar o Supremo Tribunal Federal como sucedâneo do Poder Moderador (ainda que tal formulação possa ser encontrada em algumas fontes primárias) perde ainda mais sentido se lembrarmos de que, segundo Alberto Venâncio Filho, uma das principais reivindicações do Manifesto Republicano de 1870, carta de princípios que defendia em termos inequívocos a mudança do sistema de governo e a adoção de uma República federativa, residia na abolição do Poder Moderador.¹⁹³

¹⁹⁰ Idem; p. 144.

¹⁹¹ Reforça a tese de que o Supremo Tribunal Federal jamais foi pensado como órgão superior aos demais Poderes o fato de que a Constituição de 1891 ter previsto, em no § 2º de seu art. 57 que “o Senado julgará os membros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade”.

¹⁹² Nos termos do art. 59, § 1º, alínea “d”, “das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal [...] quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”.

¹⁹³ FILHO, Alberto Venâncio. *Notas Republicanas*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2012; p. 36.

Mesmo porque, nos tempos imperiais – e, mais, especificamente, a partir do período regencial e do regresso conservador –, a demanda pela formulação de um Poder Moderador nos moldes brasileiros se deu em virtude da necessidade de solucionar dois dos principais entraves ao funcionamento do governo representativo numa monarquia constitucional, a saber: a questão da responsabilização do monarca (Poder Real), tornando sua pessoa inviolável em contraposição ao ministério responsabilizável (Poder Executivo) com a promoção de distinção entre essas duas esferas¹⁹⁴ e, indireta e posteriormente, o problema da circulação de elites no poder, o que se deu, posteriormente, mediante o revezamento – promovido de cima para baixo através do Poder Moderador – entre liberais e conservadores durante boa parte do Segundo Reinado.¹⁹⁵

Nesse ponto, os constituintes republicanos já haviam encontrado, com base na experiência norte-americana, solução institucional diversa para o problema da responsabilização ministerial/presidencial com a indicação – nos capítulos IV e V (“Dos Ministros de Estado” e “Da Responsabilidade do Presidente”, respectivamente) de sua Seção II (“Do Poder Executivo”) – das hipóteses de crime de responsabilidade, bem como da natureza do processo contra o Chefe do Executivo, que, vale lembrar, já não gozava da inviolabilidade da figura do Imperial, em que pese tenha sido mantido em posição central no jogo institucional de correlação de forças.¹⁹⁶

Igualmente, em especial a partir da presidência de Campos Sales e de sua assim denominada “política dos governadores”, a busca pela estabilidade do regime republicano se deu não através da atuação do órgão de cúpula do Judiciário, mas – antes – a partir de uma nova maneira de relacionamento entre o Executivo central e os entes federativos, freando, assim, as lutas partidárias com potencial de dividir o Parlamento.¹⁹⁷

Nesse sentido, a partir de uma breve análise da teoria e da prática do Poder Moderador e de sua contraposição ao que poderia vir a ser o Supremo Tribunal Federal em seus primeiros

¹⁹⁴ BARBOSA, S. M. *Vontade irresponsável e poder responsável Benjamin Constant e o sistema representativo no Império*. In: RIBEIRO, Gladys Sabina. (Org.). *Brasileiros e Cidadãos: modernidade política: 1822-1930* (1ª ed.). São Paulo: Alameda Editorial, 2008; p. 132.

¹⁹⁵ A propósito, cf.: *O Momento Monárquico: o Poder Moderador e o Pensamento Político Imperial*. Tese de doutorado em Ciência Política. Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ, 2007.

¹⁹⁶ A respeito da influência direta do chefe do Executivo na vida social e econômico do Brasil na Primeira República, cf. HAMBLOCH, Ernest. *Sua Majestade, o Presidente do Brasil: um estudo do Brasil Constitucional (1889-1934)*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2000.

¹⁹⁷ LESSA, Renato. *A Invenção Republicana: Campos Salles, as bases e a decadência da Primeira República brasileira*. Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ, 1988; p. 142.

anos, verifica-se que este último jamais poderia, em virtude do contexto, das influências e dos caracteres que o acompanham desde a sua criação, servir de sucedâneo do Poder Moderador exercido por D. Pedro II na segunda metade do século XIX para além da questão marginal referente ao seu papel na manutenção da integridade e da soberania territorial nacional.

Porém, conforme indicado por Christian Edward Cyril Lynch, é fato que, mesmo entre aqueles que reconheciam a novidade atinente à criação de um Tribunal nos moldes da *Supreme Court* norte-americana, como Rui Barbosa e Campos Sales, a imagem do Supremo Tribunal Federal como sucedâneo do Poder Moderador volta e meia transparecia em artigos, discursos e petições.

Assim, considerando-se, de um lado, a incompatibilidade ora demonstrada entre instituições tão distintas e, em certa medida, incompatíveis; e, de outro, as não raras tentativas de identificar o Supremo Tribunal Federal como sucedâneo do Poder Moderador dos tempos imperiais, é possível formular a seguinte hipótese: unindo institutos tão díspares e incompatíveis como o Poder Moderador e a jurisdição constitucional, enxergando esta como substituta daquele ao mesmo tempo reconhece que não ter o Supremo Tribunal Federal “antecedentes históricos no país”, o discurso republicano recuperado por Christian Edward Cyril Lynch vem a reforçar a tese veiculada no primeiro capítulo desta investigação de que a Primeira República foi um período conturbado que acabou por servir de palco a inúmeras experimentações teóricas e práticas visando à construção da arquitetura institucional brasileira, reforçada pelo alargamento da tensão criada entre o “espaço de experiência” e o “horizonte de expectativa” ao final dos Oitocentos.

Nesse ambiente, a ausência de referências que fornecessem instrumentos aos republicanos na tarefa de definir e delimitar o raio de atuação do Tribunal republicano levou muitos destes a se utilizarem do conceito de Poder Moderador, conhecido e difundido há décadas nos meios políticos e jurídicos, instrumentalizando-se na defesa da instituição do Supremo Tribunal – reduzindo, assim, o ônus argumentativo inerente à justificativa de inovações institucionais e conceituais mediante a ressignificação de antigos conceitos.¹⁹⁸

Mais comum, porém, eram as recorrentes menções ao Supremo Tribunal Federal como a Corte da Federação. Apenas a título exemplificativo, o congressista Thomaz Bellino bradava,

¹⁹⁸ KOSELLECK, Reinhart. *História dos Conceitos e História Social*. In: Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto, 2006; p. 97-118.

na sessão de 5 de janeiro de 1891, que “sem o Senado, sem a magistratura e sem o Supremo Tribunal Federal, não pode existir a Federação”.¹⁹⁹

Como já dito, o tema da organização judiciária sempre foi debatido, no Congresso Constituinte, a partir e em função do tema maior do Federalismo – não escapando as referências ao Supremo Tribunal Federal deste mesmo destino. Com efeito, da produção intelectual empreendida em momento anterior à efetiva instalação do Supremo Tribunal Federal, pode-se concluir que, no que diz respeito especificamente ao novo órgão de cúpula do Poder Judiciário republicano, malgrado divergências e contradições, uma preocupação comum pôde ser verificada em todos os projetos elaborados: a manutenção e a integridade da forma federal da nova República passariam, necessariamente, pela atuação de uma Corte judicial vigilante e com poderes para evitar a secessão e as tentações separatistas que se multiplicavam à época. Nesse sentido, precisa é a observação de Nelson Jobim:

Os republicanos não podiam trair a memória da unidade nacional. O que fazer se estavam caminhando para um federalismo radicalizado para destruir o militarismo imperial e a memória do império; precisavam criar naquele federalismo justiças locais, juízes estaduais, assembleias legislativas estaduais, constituições estaduais, precisavam eles assegurar que por via de decisão judicial pudessem manter sua unidade nacional. Solução: Supremo Tribunal Federal. Justiça às partes, justiça nos Estados. Supremo Tribunal Federal: órgão exclusivo de manutenção da unidade nacional. Este foi o grande sentido da criação do STF, uma corte da federação para assegurar as leis federais e a constituição federal por sobre as dos eventuais autonomismos estaduais, e assegurar com o perfeito controle das fronteiras, na linguagem de Campos Salles, a vigência do direito federal por sobre as autonomias estaduais.²⁰⁰

A propósito, segundo Américo Freire e Celso Castro, no que diz respeito à organização da Justiça, a redação final da Constituição pode ser encarada como um “texto de composição”, à medida que se mostrou o resultado de correntes com posições diversas sobre como deveria se dar à relação federativa entre poder central e estados no novo regime republicano. Nas palavras dos autores,

Uma vez mais foram derrotadas as proposições federalistas radicais no sentido de permitir a elaboração e a aplicação de códigos pelos próprios estados. Em seu lugar, foi consagrado o princípio da unidade da legislação, pelo qual o Congresso Nacional se tronava o órgão responsável pela legislação civil, comercial e criminal. Por outro lado, a Constituinte aprovou também a criação das Justiças eleitorais, medida considerada mais adequada ao sistema federal então implantado. Com essas medidas, passaram a coexistir o poder Judiciário federal e a Justiça local, também soberana,

¹⁹⁹ Jornal *O Paiz*. Rio de Janeiro; edição de 6 de janeiro de 1891.

²⁰⁰ JOBIM, Nelson. *A História do Supremo Tribunal Federal*. In: WALD, Arnaldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva; PRADO, Ney (Coord.). *O direito brasileiro e os desafios da economia globalizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003; p. 122.

cada qual com sua competência. Para resolver conflitos, havia a autoridade do Supremo Tribunal Federal, corte máxima da Justiça brasileira.²⁰¹

Para além disso, no entanto, nada estava estabilizado. Importantes e consideráveis eram as divergências a respeito dos limites da competência do Supremo Tribunal Federal em matéria de cunho notadamente político em seu relacionamento com os demais Poderes e, mais claramente, a respeito do modelo de controle judicial de constitucionalidade a ser adotado (ou mesmo de sua própria existência), tendo em vista que não parecia ser esta uma questão debatida à exaustão. Com efeito, se os anteprojetos elaborados na Comissão dos Cinco, especialmente aquele elaborado por José Antônio Pedreira de Magalhães Castro, chegaram a prever algum tipo de controle de constitucionalidade, este não era nada semelhante com o modelo de *judicial review* norte-americano propagandeado por Rui Barbosa e discretamente inserido no texto da Constituição de 1891.

De toda sorte, analisando-se não apenas a redação final da Constituição de 1891 no ponto em que trata do Poder Judiciário (no qual a decisiva influência de Rui Barbosa resplandece com mais clareza), mas também os trabalhos que lhe antecederam, inclusive a partir de debates havidos ainda durante o regime imperial, é possível verificar que já se gestava a criação de um órgão judicial dotado de competências mais amplas, ainda que de maneira sub-reptícia, cercada por ambiguidades e pela constrição da tradição (espaço de experiência) no que toca aos limites de atuação dos membros da magistratura. No entanto, os primeiros meses do regime republicano foram marcados por uma clara tentativa de ruptura discursiva com relação ao Poder Judiciário dos tempos imperiais – que, curiosamente, parece ter obtido as condições para prosperar justamente em razão de uma dupla mudança de mentalidade operada desde os tempos do Império: de um lado, a possibilidade de se ampliar os limites da atuação hermenêutica dos juízes e tribunais para além da aplicação cega da lei; de outro, a inserção, no rol de competências dos órgãos judiciais, do processamento e julgamento de questões administrativas e de direito público – para além da resolução de conflitos privados entre particulares e da punição de crimes por estes cometidos.

Afinal, condição *sine qua non* à afirmação do controle de constitucionalidade (seja na vertente norte-americana defendida por Rui Barbosa e por Campos Sales, seja através de outra solução institucional a ser elaborada) era justamente a possibilidade de os magistrados

²⁰¹ FREIRE, Américo; CASTRO, Celso. *As bases republicanas dos Estados Unidos do Brasil*. In: GOMES; PANDOLFI; ALBERTI (coord.) *A República no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, CPDOC, 2002; p. 39-40.

interpretarem as leis e atos governamentais com base na Constituição, inclusive e especialmente nos casos que envolvessem o interesse e o direito público; isto é, não mais apenas nas contendas que resultariam do direito privado, como também naquelas “que mais possam avultar na elevada esfera do direito público”, nos dizeres da exposição de motivos de Campos Sales.

Com a proclamação da República, fortaleceu-se sobremaneira a premissa segundo a qual a defesa dos direitos do cidadão frente ao Estado incumbiria ao Poder Judiciário – agora com maior margem de liberdade na interpretação das leis, tomando sempre por parâmetro os ditames do texto constitucional. Não obstante, foi apenas na prática jurisprudencial, no tempo histórico da construção jurídica, que logrou prosperar o embate entre discursos jurídicos que se traduziam em diversos projetos de interpretação da Constituição em um lento e não retilíneo processo de definição das atribuições, funções e limites do Poder Judiciário, pendendo ora para ampliação ora para a restrição das funções políticas da magistratura – sendo justamente o início deste percurso o objeto de análise do terceiro e último capítulo desta dissertação.

Capítulo 3

Um Tribunal em Construção

Reunidos na sede do antigo Supremo Tribunal de Justiça, um palacete de traços coloniais decorado de azulejos portugueses à moda do século XVIII, os ministros do recém-instituído Tribunal republicano se reuniram em sessão extraordinária dedicada à posse dos seus primeiros membros e à eleição da nova direção em 27 de fevereiro de 1891.²⁰² À oportunidade, os ministros Freitas Henrique e Olegário Herculano D’Aquino e Castro foram eleitos por seus pares para os cargos de presidente e vice-presidente, respectivamente.²⁰³

Conforme analisado no capítulo anterior, os primeiros debates em torno das funções do Supremo Tribunal Federal no novo regime foram em parte cristalizados no Decreto nº 848 de 1890 e na Constituição de 1891, momento no qual se deu aprioristicamente a indicação de algumas das principais atribuições da nova Corte.

Entendido como o Tribunal da Federação, ao Supremo Tribunal Federal competiria rever as decisões das Cortes de Apelação nas hipóteses em que suscitadas violações de direito e, principalmente, julgar os conflitos que surgissem entre as autoridades judiciais e a Administração central, entre a União e os estados, ou mesmo entre os próprios estados. Não obstante, pode-se afirmar que a exata definição (e o alargamento) das atribuições do novo Tribunal foi construída com o passar do tempo a partir da atuação de seus ministros e das críticas então suscitadas – especialmente porque a previsão do *judicial review* no texto constitucional tal qual arquitetada por Rui Barbosa e Campos Sales (apenas uma das possibilidades de controle de constitucionalidade ventiladas ao longo do período do Governo Provisório) não se fez acompanhar de maiores discussões no seio do Congresso Constituinte, especialmente no que

²⁰² Sob a presidência de Visconde do Sabará, reuniram-se os ministros Freitas Henriques, Andrade Pinto, Aquino e Castro, Joaquim Francisco de Faria, Mendonça Uchoa, Queirós Barros, Souza Mendes Trigo de Loureiro, Barão de Sobral, Costa Barradas e Barão de Pereira Franco. Ausente o ministro Pisa de Almeida. Embora presentes, os ministros Alencar Araripe e Barão de Lucena não tomaram parte na votação ante a condição de membros do poder Executivo. Segundo Lêda Boechat Rodrigues, “todos [os ministros foram] nomeados por decreto de 12.11.1890, com exceção do Barão de Pereira Franco, nomeado por decreto de 29.01.1891, no lugar do Dr. Bernardino de Campos, que não aceitou a nomeação. Pisa de Almeida só tomou posse na sessão de 1.4.1891 [...]”. In: RODRIGUES, *Op. Cit.*; p. 7.

²⁰³ O ministro Freitas Henriques, natural do estado da Bahia, permaneceu no cargo de presidente do Supremo Tribunal Federal de 1891 a 1894, tendo sido substituído por seu vice, ministro D’Aquino e Castro, natural do estado de São Paulo, que permaneceu no posto por 12 anos, apenas deixando a presidência do Tribunal em 1906. In: MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal: Império e República*. 3ª Ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011; p. 12.

diz respeito à definição dos limites de atuação do Tribunal republicano na vida política da Nação.

De toda sorte, como também ventilado nos capítulos anteriores, a abertura de indeterminadas possibilidades e expectativas promovida pela instituição do regime republicano acabou por atualizar e expandir importante discussão já existente nos tempos imperiais a respeito da ampliação das funções políticas da magistratura.

Nesse sentido, o percurso explicativo para uma melhor compreensão dos primeiros anos do Supremo Tribunal Federal – especialmente em virtude da tão lembrada recepção do *judicial review* pela Carta de 1891 – parece residir na análise da questão dos limites entre o Direito e a Política, grande chave de distinção trazida pela modernidade republicana, que conferiu ares de urgência a um debate já em gestação pela tradição imperial, mormente se lembrarmos o conturbado momento político do início da República, marcado pela construção (nem sempre tranquila) da delimitação de poderes entre os órgãos da soberania nacional.

Anedota que bem retrata as diversas interferências do governo federal nos trabalhos do Supremo Tribunal Federal é a que, diante da impetração de pedido de *habeas corpus* em favor de inimigos políticos que haviam sido desterrados para a Amazônia, em 1892, o então presidente Floriano Peixoto teria ameaçado os ministros com o recado de que *se os juízes concederem habeas corpus aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o habeas corpus de que, por sua vez, necessitarão*.²⁰⁴ Em 1893, insatisfeito com a decisão da Corte que declarara nulo o Código Penal da Marinha de 1891, o mesmo Floriano Peixoto, fazendo jus ao epíteto de “Marechal de Ferro”, impediu o funcionamento da Suprema Corte por meses ao não prover as vagas que surgiam e ao recusar-se a empossar o presidente eleito pelo Tribunal, como lhe competia à época.²⁰⁵ Assim, durante seus primeiros anos de funcionamento, o recém-criado Tribunal não pôde manter-se alheio às crescentes animosidades entre os diversos grupos políticos em luta pelo poder. Nesse sentido, Emília Viotti da Costa observa que “os Ministros que atuaram nos primeiros anos de vida do STF foram chamados a desempenhar seu papel em um dos períodos mais agitados da Primeira República”.²⁰⁶

A propósito, José Reinaldo de Lima Lopes resume que, no contexto do novo regime republicano, “uma das mais importantes questões que se colocará ao Judiciário dirá respeito

²⁰⁴ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ed. UNESP, 2006; p. 30.

²⁰⁵ RODRIGUES, *Op. Cit.*; p. 3.

²⁰⁶ COSTA, Emília Viotti da. *Op. Cit.*; p. 27.

aos limites de sua interferência nas questões políticas que, cada vez mais, seriam trazidas à sua apreciação”. Em suas palavras, para o direito do período, os conflitos sociais e políticos em ebulição desde 1889 “representavam uma agenda nova, e, sobretudo um conjunto novo de instituições para dar conta dela”:

Destaca-se nesse sentido o Poder Judiciário, e particularmente o recém-criado Supremo Tribunal Federal. A extinção do Poder Moderador, que no Império arbitrava, com auxílio dos pareceres do Conselho de Estado, as disputas entre as forças políticas da época, fez cair na competência do STF a maior parte da missão de pacificação política, e colocou aos juristas e práticos do direito da época a maior parte da missão de formular juridicamente essas postulações a partir de leis e procedimentos que, em princípio, não haviam sido pensados para atendê-las.²⁰⁷

E foi, sobretudo, julgando pedidos de *habeas corpus*, nos quais se suscitaram as mais importantes questões constitucionais à época, que o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar na vida pública nacional.²⁰⁸

Justamente por essa razão, a atuação do órgão de cúpula da Justiça republicana será breve e sincronicamente inventariada no item 3.1 *infra* a partir da análise de determinados julgamentos de *habeas corpus*, uma vez que grande parte das principais questões de direito público assim aportaram no recém-instituído Tribunal republicano – que ia começando a lidar com a possibilidade de lançar mão do controle de constitucionalidade e, principalmente, a discutir os limites e possibilidades de atuação em casos tidos como políticos.

Tal opção igualmente se justifica porque, no contexto de incertezas institucionais do início da República, os debates em torno da interpretação constitucionalmente mais adequada do *habeas corpus* revelaram-se um processo que se fez resposta, dentro do que permitia o arcabouço jurídico da época, para as situações concretas que demandavam a atuação da Justiça – que, uma vez provocada, não poderia negar a prestação jurisdicional, conforme já sucintamente sugerido no item 2.2.3 *supra*.²⁰⁹

²⁰⁷ LOPES, José Reinaldo Lima. QUEIROZ; Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de história do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013; p. 414.

²⁰⁸ Nesse sentido, Lêda Boechat Rodrigues aponta que “foi através de *habeas corpus* que se suscitaram, nesta fase, as mais importantes questões constitucionais, algumas delas inteiramente novas”. In: RODRIGUES, *Op. Cit.*; p. 160.

²⁰⁹ Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, “nesse cenário de envolvimento crescente do judiciário republicano em questões políticas é que surge uma das mais importantes inovações da cultura jurídica brasileira, que teve em Rui Barbosa um de seus importantes propulsores: um uso ampliado e incomum do *habeas corpus*, que viria ser chamado de ‘doutrina brasileira do *habeas corpus*’. Se ao Poder Judiciário passou a caber a pacificação dos conflitos políticos, por quais vias processuais se poderia pedir a tutela judicial de um direito político desrespeitado que se pretendesse garantir em urgência? O direito processual de hoje oferece caminhos procedimentais para tanto, com destaque para as ações constitucionais e, claro, o mandado de segurança. Nenhuma dessas figuras existia no direito da Primeira República. Reagindo a inovações criativas dos advogados da época, os Tribunais da época

Ato contínuo, o item 3.2 *infra* será dedicado à apresentação dos debates teóricos advindos das críticas à atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de *habeas corpus*, especialmente com relação à controversa utilização desta via processual para salvaguardar direitos políticos – o que terminou por alavancar ao primeiro plano do debate nacional a questão dos limites de atuação do Poder Judiciário dentro do contexto da modernidade republicana explorado no primeiro capítulo, em uma discussão de ideias devidamente influenciada pela recepção do *judicial review* norte-americano.

No entanto, optou-se aqui por não limitar este terceiro e último capítulo a uma apresentação cronológica e exaustiva das decisões obtidas a partir da análise das fontes de época. Afinal, a preocupação da presente investigação consiste em descortinar o cenário intelectual no qual se deram as primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal e os debates daí advindos na tentativa de demonstrar que, ao longo de boa parte da Primeira República, questões como a dos limites de atuação do Judiciário, da distinção entre questões políticas e jurídicas e mesmo da própria recepção do *judicial review* estavam em aberto, compondo a ordem do dia no cenário institucional republicano. Assim, o presente capítulo foi construído a partir de uma narrativa mais fluida, sincrônica, capaz de permitir a captura da problemática colocada aos olhos da inteligência jurídica brasileira da virada do século XIX para o século XX sem que o debate de ideias que ora se pretende apresentar se perca em meio às peculiaridades e idiosincrasias dos inúmeros casos de repercussão (em maior ou menor grau) julgados pelo Supremo Tribunal Federal na Primeira República.

A título de justificação, cumpre observar que não se trata de uma escolha metodológica puramente arbitrária e destituída de embasamento, inclusive e especialmente na teoria da história. De acordo com o historiador Henri-Irénée Marrou em sua obra *De la connaissance historique*, publicada em 1954²¹⁰, o conhecimento histórico não se confunde com uma mera reprodução do passado – que, por já ter ocorrido, não poderia ser ressuscitado pelo trabalho do historiador –, razão pela qual a meta do historiador não seria a de produzir um conhecimento análogo ao dos contemporâneos da realidade estudada. No limite, o resultado de uma pesquisa histórica não é, pois, a mera soma de detalhes de um passado recolhidos nas fontes com as quais

foram forçados a responder se o *habeas corpus*, historicamente usado para a corrigenda de prisões abusivas, prestar-se-ia também à garantia de outras liberdades individuais que a não a de ir e vir, como a liberdade de ser diplomado para um cargo para o qual se havia sido eleito”. In: LOPES, José Reinaldo Lima. QUEIROZ; Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de história do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013; p. 415.

²¹⁰ MARROU, Henri-Irénée. *De la connaissance historique*. Paris: Seuil, 1954.

o historiador se depara; antes, cumpre dar a esses detalhes uma imagem, uma representação capaz de tornar esse passado inteligível.

Assim, para Henri-Irénée Marrou, o material pesquisado não nos fornece *de per se* o passado. Sem o esforço de conhecimento do historiador, a equação da realidade histórica não estaria completa. Com efeito, o conhecimento histórico somente pode ser compreendido como a relação estabelecida pelo historiador entre dois planos da humanidade: o do passado vivido pelos homens de outrora e o do presente no qual se desenvolve o esforço de recuperação desse passado. Assim, o objeto (passado) e o sujeito (historiador) do conhecimento histórico não podem ser isolados. Justamente por isso, para Henri-Irénée Marrou, a história é inseparável do historiador. Nessa linha de raciocínio, ao readquirir vida na consciência do historiador e adquirir o *status* de conhecimento histórico, o passado sequer poderia ser reproduzido tal como fora quando presente pelo simples fato de que, para os atores contemporâneos aos fatos, o passado lhes era o próprio presente – constatação que leva o historiador ao alcance de três necessárias consequências.

Em primeiro lugar, a distância, o intervalo que separa o historiador do passado faz dele diferente dos atores contemporâneos ao seu objeto de pesquisa. É nisso, inclusive, que reside o que Henri-Irénée Marrou denomina “sentido histórico”. Em segundo lugar, há que se considerar que esse intervalo entre o historiador e o passado não é um espaço vazio; através do tempo intermediário, os acontecimentos estudados produziram os seus frutos, arrastaram consigo consequências e tais sequelas não podem ser completamente separadas do conhecimento do historiador. Por fim, quando ainda presente, o passado era confuso, parcial e inteligível a seus atores. Assim, em sua pesquisa nas fontes, o historiador não deve se contentar com tal visão fragmentada e parcial; seu dever consiste, então, em apreender esse passado, tornando-o inteligível aos olhos do leitor do presente.

Especialmente em decorrência desta terceira e última consequência apontada, tem-se que o passado, em sua desordem de experiência direta, sequer pode ser considerado história, tendo em vista que o historiador ainda não teria dispensado esforços o bastante para pensar o seu dado bruto e torná-lo suscetível de compreensão.²¹¹ Nesse sentido, o trabalho do historiador

²¹¹ Nas palavras de Henri-Irénée Marrou, “*la véritable histoire, celle de l'historien toujours, est le résultat de l'effort, en un sens créateur, par lequel l'historien, le sujet-connaissant, établit un rapport entre le passé qu'il évoque et le présent qui est le sien*”. In: MARROU, *Op. Cit.*; p. 55.

revela-se uma construção da relação entre passado e o presente; em suma, uma representação. Daí a ideia de que o conhecimento histórico possui um caráter relacional.²¹²

Nesse cenário, a técnica da narrativa – entendida como a descrição coerente e organizada de eventos, processos ou situações no tempo²¹³ – sempre esteve presente na historiografia. Com base em Paul Veyne e em sua obra clássica, *Como se escreve a história*, publicada originalmente em 1971²¹⁴, podemos mesmo defender que, de certa forma, é a narrativa que permite ao historiador preencher as lacunas naturais das fontes históricas que, por definição, são heterogêneas. E mais: que essa liberdade literária de condensar e expandir eventos que produz a desproporção típica da historiografia entre o tempo dos eventos e o da narrativa é o que, no limite, permite ao historiador exercer seu ofício. Nas palavras de Paul Veyne,

a história é uma narrativa de eventos: todo o resto deriva disso. Já que é, de fato, uma narrativa, ela não faz reviver esses eventos, assim como tampouco o faz o romance; o vivido, tal como ressaí das mãos do historiador, não é o dos atores; é uma narração, o que permite evitar alguns falsos problemas. Como o romance, a história seleciona, simplifica, organiza, faz com que um século caiba numa página, e essa síntese da narrativa é tão espontânea quanto a da nossa memória, quando evocamos os dez últimos anos que vivemos.²¹⁵

Animado por esse espírito, procurar-se-á doravante construir, a partir das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente em sede de *habeas corpus*, uma narrativa histórica capaz de demonstrar a importância dos debates travados na Corte e também fora dela para a concretização do novo Tribunal republicano, dando ênfase à maneira pela qual a questão dos limites de atuação do Poder Judiciário em matérias relevantes à vida política nacional (peça-chave à compreensão do início da história do Supremo Tribunal Federal a partir da análise da recepção do *judicial review*) foi colocada pela jurisprudência e pelos juristas brasileiros na Primeira República.

²¹² A toda evidência o relativismo, decorrência lógica do caráter relacional do conhecimento histórico, não significa niilismo ou ausência de regras metodológicas. Assim, “não é por ser ‘relacional’ – e, por conseguinte, de certa forma relativo – que o conhecimento histórico perderia eventualmente sua qualidade científica ou sua fiabilidade. Esse risco existiria somente se houvesse abandono do controle metódico e intersubjetivo ou o sacrifício da qualidade epistêmica em favor do arbítrio ficcional descomprometido.” In: MARTINS, Estevão de Rezende. *O caráter relacional do conhecimento histórico*. In: COSTA, Cléria Botelho da (org.). *Um passeio com Clio*. Brasília: Ed. Paralelo 15, 2002; p. 25.

²¹³ A referência, nesse particular, é do historiador francês Marc Bloch, fundador da assim denominada *École des Annales*, para quem a história pode ser catalogada como “a ciência dos homens no tempo”. Cf.: BLOCH, Marc. *Apologia da história ou o ofício do historiador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001; p. 51-68.

²¹⁴ VEYNE, Paul. *Como se escreve a história; e Foucault revoluciona a história*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2008.

²¹⁵ Idem; p. 18.

3.1 A redação do artigo 72, § 22, da Constituição Federal de 1891 e a Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus*

Tradicionalmente, em sua acepção anglo-saxã, o instrumento processual do *habeas corpus* destinar-se-ia apenas à proteção do direito ambulatorial, de ir e vir. Assim, por exemplo, diante de uma prisão arbitrariamente realizada por um agente estatal, surgiria na esfera jurídica da vítima desta ilegalidade um direito subjetivo à liberdade corporal, materializado em um pedido de *habeas corpus* a ser apresentado perante a autoridade judicial competente para tanto. Nas palavras do ministro Pedro Lessa²¹⁶, publicadas em 1915,

na Inglaterra e nos Estados Unidos, só se concede o *habeas corpus* para garantir a liberdade individual, pessoal; e liberdade pessoal, no conceito por todos admitidos, quando se trata deste remédio judicial, é a liberdade de locomoção. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, não se concede *habeas corpus* para outros fins, para proteger outros direitos.²¹⁷

Ainda no século XIX, o ordenamento jurídico brasileiro já havia incorporado o *writ* inglês, inicialmente com o Código Criminal de 1830 e posteriormente com o Código de Processo Criminal de 1832. Em ambos, a menção à prisão e à liberdade, entendida em seu sentido físico, de locomoção, era expressa. Em seu artigo 340, por exemplo, o diploma de 1832 sublinhava que “todo o cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor”.²¹⁸ Promulgada em 1871, a Lei nº 2.033 ampliara o alcance deste remédio jurídico através do instituto do *habeas corpus* preventivo, mas seguia pontuando a coação física como pressuposto essencial à propositura do *writ*. No § 1º de seu artigo 18, consignou-se expressamente que “tem lugar o pedido e a concessão da ordem de *habeas corpus* ainda quando

²¹⁶ Ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1907 a 1921, Pedro Augusto Carneiro Lessa (1859-1921) foi um dos principais nomes do Supremo Tribunal Federal em toda a Primeira República. Nascido em Serro, Minas Gerais, concluiu o curso de humanidade em sua província natal antes de se tornar bacharel pela Faculdade de Direito de São Paulo em 1883. Republicano desde os tempos de faculdade, dirigiu junto com Alberto Sales e Alcides Lima a folha republicana *O Federalista*, de nítida inspiração norte-americana. Professor catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo desde 1891, foi eleito deputado à Assembleia Constituinte estadual, tendo participado intensamente da elaboração da Constituição paulista. Tomando posse no Tribunal, destacou-se como um dos principais nomes da assim denominado doutrina brasileira do *habeas corpus*, tendo papel fundamental na fixação das competências da Corte, especialmente em meio à querela relação às “questões políticas”. Publicou, dentre outros títulos, a obra *Do Poder Judiciário*, em 1915, amplamente difundida no início do século XX. In: RODRIGUES, *Op. Cit.*; p. 219.

²¹⁷ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário* (1915). Brasília: Senado Federal, 2003; p. 273.

²¹⁸ BRASIL. *Código do Processo Criminal de Primeira Instância*, de 29 de novembro de 1832.

o impetrante não tenha chegado a sofrer o constrangimento corporal, mas se veja dele ameaçado”.²¹⁹

Não obstante, como anotado anteriormente, ao disciplinar o instituto jurídico do *habeas corpus* em seu artigo 72, § 22, a Constituição Federal de 1891 inovou nos seguintes termos:

Art. 72. A constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos seguintes termos:

[...]

§ 22. Dar-se-á o Habeas Corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violação ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder.²²⁰

Da leitura da redação do dispositivo constitucional, verifica-se que a Carta Republicana de 1891 não fez qualquer referência expressa à “prisão” ou ao “constrangimento corporal” constantes dos diplomas imperiais anteriormente citados. Nesse cenário, uma interpretação literal do dispositivo constitucional induziria à conclusão de que a interposição do pedido de *habeas corpus* teria lugar em qualquer hipótese de ilegalidade ou abuso de poder, independentemente de violação à liberdade de locomoção, ao direito de ir e vir.

Tomando de empréstimo a definição consagrada pelo artigo 229 do Código Penal de 1890, cuja vigência estendeu-se até 1940, “ordens e requisições ilegais” seriam “as que emanam de autoridade incompetente, as que são destituídas das solenidades externas necessárias para a sua validade, ou são manifestamente contrárias à lei”.²²¹ Por sua vez, de acordo com a definição estampada na clássica obra *Direito Público Brasileiro*, de 1857, de José Antônio Pimenta Bueno, marquês de São Vicente, o abuso de poder caracterizar-se-ia como “ato de autoridade que, por mau uso da jurisdição que a lei lhe conferiu, ordena ou permite o que ela proíbe, ou posterga as condições que a lei mandava observar em seu ato”.²²² Dessa maneira, a mera existência de ato emanado de autoridade pública revestido de ilegalidade ou de abuso de poder que porventura violasse direitos subjetivos já autorizaria a propositura do pedido e a imediata concessão da ordem de *habeas corpus* – e sempre, na dicção do texto constitucional.

Em regra, a teor do disposto no artigo 61 da Constituição de 1891, competiria aos juízes e tribunais estaduais promover o processamento e o julgamento dos pedidos de *habeas corpus*,

²¹⁹ BRASIL. *Lei n° 2033*, de 20 de setembro de 1871.

²²⁰ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891.

²²¹ BRASIL. *Decreto-Lei n° 847*: Código Penal, de 11 de outubro de 1890.

²²² *Apud* PONTES DE MIRANDA, Francisco. *História e Prática do Habeas Corpus*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916; p. 131.

de modo que caberia ao Supremo Tribunal Federal apreciar, apenas em sede recursal, os pedidos de *habeas corpus* denegados por aqueles órgãos judiciários. No entanto, a edição do Decreto nº 848 de 1890 já havia ampliado as hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal Federal em matéria de *habeas corpus* ao prever, em seu artigo 9º, inciso IV, que competiria àquela Corte conhecer dos casos em que o pedido fosse impetrado em face de ato de juiz federal, de ministro de Estado ou do presidente da República, além das situações nas quais, ante o perigo iminente e verificada a impossibilidade de apreciação da matéria por outro juízo, o *writ* lhe era formalizado.²²³

A esse respeito, vale resgatar trecho de voto proferido pelo ministro Pedro Lessa no bojo do julgamento do *habeas corpus* nº 3.969, realizado em 17 de maio de 1916, no qual a competência do Supremo Tribunal Federal nesta matéria foi didaticamente esquematizada. Em suas palavras,

a regra é conhecer o Supremo Tribunal Federal de pedidos de *habeas corpus* em segunda instância. Excepcionalmente conhece o mesmo Tribunal originariamente de tais pedidos: a) quando se trata de violência ou crimes imputados ao Presidente da República e aos ministros de Estado; b) quando o constrangimento procede dos juízes seccionais; c) quando o caso é urgente e não há possibilidade de invocar outra autoridade judiciária.²²⁴

Com efeito, tais circunstâncias excepcionais construíram uma verdadeira brecha legal que permitiu ao Supremo Tribunal Federal, através dos julgamentos de *habeas corpus*, já alargado em seu objeto, exercer um controle direto e primário dos atos não apenas do presidente da República, mas de toda a cúpula do Poder Executivo brasileiro, nas pessoas de seus ministros. Considerando-se tal peculiaridade, o órgão máximo do Poder Judiciário republicano passava – ao menos em tese – a dispor de um poderoso instrumento contra a concentração de poderes no Poder Executivo.²²⁵

Assim, defendendo a ampliação das hipóteses de concessão de *habeas corpus* com base na literalidade do artigo 72, § 22, da Constituição de 1891 e aproveitando-se da competência legalmente conferida ao Supremo Tribunal Federal nesta matéria, uma considerável parcela de juristas acabou por construir uma importante página da vida jurídica nacional, levando ao órgão de cúpula do Poder Judiciário violações a direitos que, muito em função da dificuldade inerente

²²³ HORBACH, Carlos Bastide. *Memória Jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007; p. 77.

²²⁴ *Idem*.

²²⁵ BARBOSA, Eduardo Ubaldo. *A Constitucionalização do Habeas Corpus e as Origens da Jurisdição Constitucional na Primeira República Brasileira*. In: *Revista Justiça & História*, Volume 12, nº 23/24, Porto Alegre, 2012; p. 19.

ao acesso à justiça no início da República, passariam despercebidas aos olhos daquela Corte – contribuindo, assim, para a construção da própria imagem que os seus membros e os principais atores da comunidade jurídica dela faziam.

Consensualmente, enxerga-se no *habeas corpus* nº 300, impetrado por Rui Barbosa junto ao Supremo Tribunal Federal em abril de 1892, o marco fundacional dos debates jurídicos e políticos a respeito dos limites e das possibilidades do *habeas corpus* enquanto instrumentos de atuação do órgão de cúpula do Poder Judiciário no cenário político e institucional da nascente República.²²⁶ De fato, não foram poucas as oportunidades nas quais o próprio Rui Barbosa reconheceu que,

desde abril de 1892, quando, com a minha primeira tentativa de *habeas corpus* advogava no Supremo Tribunal Federal contra as violências que estreavam o uso do estado de sítio sob o governo republicano, mostrei a larga estrada constitucional aberta a este recurso contra os atentados do poder Executivo, muitas e muitas vezes tenho subido a esta tribunal, em casos políticos de extrema gravidade, invocando este remédio tutelar contra violências, ilegalidades, golpes de alta prepotência da nossa administração nos direitos mais necessários e nas mais garantidas liberdades.²²⁷

No caso, em 10 de abril de 1892, em meio aos crescentes protestos exigindo a realização de novas eleições presidenciais, o presidente Floriano Peixoto, com base no permissivo do artigo 80 da Constituição de 1891²²⁸, editou o Decreto nº 791. Por meio deste, decretou estado de sítio, suspendendo, assim, as garantias constitucionalmente previstas pelo prazo de 72 horas, período em que vários políticos e adversários do “Marechal de Ferro” foram presos e desterrados. Completado o lapso temporal previsto pelo Decreto presidencial, no dia 18 do mesmo mês, Rui Barbosa impetrou o referido pedido de *habeas corpus* junto ao Supremo Tribunal Federal em favor dos cidadãos que continuaram presos mesmo após a cessação do estado de sítio, tendo a sessão de julgamento se realizado no dia 23.

Em seu pedido, lê-se que “o princípio resultante da natureza da instituição, do texto constitucional, da opinião geral dos constitucionalistas e da jurisprudência dos povos livres, estabelece que nenhum dos efeitos do estado de sítio pode exceder à duração dele”. Afinal, “a faculdade conferida à alta polícia política de prender e desterrar é transitória: nasce da

²²⁶ WALD, Arnoldo. *Do Mandado de Segurança na prática judiciária*. Rio e Janeiro: Ed. Forense, 2003, p. 21.

²²⁷ COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal* (Vol. 1). Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1964; p. 192-193.

²²⁸ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Artigo 80: “Poder-se-á declarar em estado de sítio qualquer parte do território da União, suspendendo-se aí as garantias constitucionais por tempo determinado, quando a segurança da República o exigir, em caso de agressão externa, ou comoção intestina”.

declaração do estado de sítio, e com a terminação deste se extingue”. Restabelecidas, pois, as garantias constitucionais, “o Executivo recolhe-se aos seus limites constitucionais, o Judiciário recobre a sua extensão originária e o direito dos indivíduos constringidos enquanto durava o arbítrio do primeiro, volta na sua inteireza à tutela do segundo”.²²⁹

Não obstante, para além da possível ilegalidade da manutenção das prisões após o fim do estado de sítio, interessava primordialmente a Rui Barbosa firmar a tese da competência do Supremo Tribunal Federal para questionar e, se fosse o caso, anular quaisquer atos do Poder Executivo que não se mostrassem compatíveis com a Constituição, nos moldes do *judicial review* norte-americano. Em artigo publicado no jornal *O Paiz* a respeito do julgamento do *habeas corpus* em questão, escreveu Rui Barbosa que:

a Constituição americana, a jurisprudência americana e as autoridades constitucionais americanas são, portanto, as fontes de interpretação do novo regime entre nós. [...] Ora, entre os publicistas daquela nacionalidade nunca entrou em dúvida que a prerrogativa, cometida aos tribunais federais, de retificar as inconstitucionalidades, quando perpetradas em atos da legislatura, se estendia *a fortiori* às infrações da constituição envolvidas em atos do executivo. Seria, em verdade, contrassenso palpável ter sob o freio da constituição federal, representada pela magistratura judiciária, os elaboradores da lei, e exonerar desse freio os seus executores.²³⁰

Com efeito, Rui Barbosa pretendia submeter à Corte a apreciação da legalidade do estado de sítio e de seus efeitos para, uma vez provada sua inconstitucionalidade, não poder o Tribunal invocar sua incompetência em virtude da suposta natureza política e discricionária do ato presidencial. Em suas palavras, veiculadas logo no preâmbulo da petição do *habeas corpus*, seria essa “a ocasião de ventilar se os erros do poder executivo, na observância das regras constitucionais que regem a suspensão das garantias constitucionais, encontrarão ou não encontrarão corretivo na autoridade do Supremo Tribunal Federal”.²³¹

Pela maioria quase absoluta dos votos de seus ministros (10 a 1), no entanto, o plenário do Supremo Tribunal Federal denegou ordem sob o fundamento de que à Corte faleceria competência para a análise dos eventos ensejadores da interposição do pedido de *habeas corpus*. No acórdão lavrado em 27 de abril de 1892, lê-se que, “durante o estado de sítio, é autorizado ao presidente da República impor, como medidas de repressão, a detenção (...) e o desterro para outros sítios do território nacional” e que “o exercício desta extraordinária

²²⁹ COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal* (Vol. 1). Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1964; p. 38.

²³⁰ *O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Typ. Montenegro, 58º Volume (maio a agosto de 1892); p. 264.

²³¹ Idem; p. 263.

faculdade a Constituição confiou ao critério e prudente discricção do presidente”. Ademais, assentou-se que a fiscalização de eventuais abusos haveria de ser realizada pelo Congresso Nacional, a quem “compete privativamente aprovar ou reprovar o estado de sítio declarado pelo presidente, bem assim das medidas excepcionais”. Seguindo esse raciocínio, “antes do juízo político do Congresso não pode o poder Judicial apreciar o uso que fez o presidente da República daquela atribuição constitucional”, uma vez que “não é da índole do Supremo Tribunal federal envolver-se nas funções políticas do Executivo ou Legislativo”.²³²

Assim, sem negar em absoluto a faculdade atinente à declaração de inconstitucionalidade dos atos legislativos e executivos tidos por contrários à Constituição, a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal entendeu por bem denegar a ordem impetrada sob o fundamento de que “ainda que estejam ou possam estar envolvidos no ato político alguns direitos individuais, este fato não modifica o princípio que inibe o poder judicial de intervir, antes do voto do Congresso, para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo presidente”.²³³

No entanto, quando do julgamento do *habeas corpus* nº 1.073 em 16 de agosto de 1898, sob a relatoria do ministro Lúcio de Mendonça²³⁴, o Supremo Tribunal Federal parece dar início a uma guinada com relação ao entendimento jurisprudencial anteriormente adotado. Nesse caso, em resposta ao atentado contra o então presidente da República, Prudente de Moraes, e ao assassinato de seu ministro da guerra, Marechal Machado Bittencourt, em 5 de novembro de 1897, instaurou-se inquérito policial cujo relatório, publicado no Diário Oficial em 12 de janeiro de 1898, apontou como corresponsáveis pelos atos antijurídicos vários deputados e senadores opositores como João Carneiro, Alcindo Guanabara, Barbosa Lima, entre outros – todos prontamente desterrados para a ilha de Fernando de Noronha.

Tal qual em 1892, com a manutenção do desterro dos presos políticos mesmo após a cessação do sítio e o restabelecimento das garantias constitucionais, Rui Barbosa – que acabara

²³² STF, *HC n. 300*; Rel. Min. Costa Barradas, julgado em 23 de abril de 1892. Disponível em: COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal* (Vol. 1). Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1964; p. 28.

²³³ *Idem*.

²³⁴ Ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1895 a 1907, Lúcio de Mendonça (1854-1909) nasceu na província do Rio de Janeiro e se formou bacharel pela Faculdade de Direito de São Paulo em 1877. Foi promotor público, advogado, secretário do Ministério da Justiça e diretor geral da Secretaria de Justiça da Capital Federal, já no início da República. Conforme passagem recuperada por Lêda Boechat Rodrigues, pouco depois de tomar posse no Supremo Tribunal Federal, teria escrito o seguinte ao seu irmão, Salvador de Mendonça: “Tenho tido muito trabalho no Tribunal, onde tomo parte em todas as discussões, propositalmente, para demonstrar que tenho competência e estudos feitos para o cargo”. *In*: RODRIGUES, *Op. Cit.*; p. 176.

de retornar de seu exílio em Buenos Aires e, depois, em Londres²³⁵ – impetrou novo *habeas corpus* no qual defendia a ilegalidade da manutenção do desterro após o fim do sítio.²³⁶ Na fundamentação de seu pedido, Rui Barbosa repisou os argumentos de 1892. Desta feita, porém, os ministros decidiram diversamente. Em seu voto, o relator, ministro Lúcio de Mendonça, consignou que, na hipótese em tela, entre os pacientes figuravam um senador e dois deputados, que, nos termos do artigo 20 da Constituição de 1891²³⁷, não poderiam ser presos senão em caso de prisão em flagrante decorrente de crime inafiançável, o que não era o caso. A propósito desta “imunidade parlamentar” constitucionalmente albergada, defendeu o ministro que se trataria de:

imunidade inerente à função de legislar, [que] importa essencialmente à autonomia e independência do Poder Legislativo, de sorte que não pode estar incluída entre as garantias constitucionais que o estado de sítio suspende, nos termos do art. 80 da Constituição, pois, de outro modo, se ao Poder Executivo fosse lícito arredar de suas cadeiras deputados e senadores, ficaria à mercê do seu arbítrio, e, por isso mesmo, anulada a independência desse outro poder político, órgão, como ele, da soberania nacional (artigo 15 da Constituição) e o estado de sítio, cujo fim é defender a autoridade e livre funcionamento dos poderes constituídos, converter-se-ia em meio de opressão senão de destruição de um deles.²³⁸

Igualmente, o ministro finalmente reconheceu a tese ventilada por Rui Barbosa de que “com a cessação do estado de sítio cessam todas as medidas de repressão durante ele tomadas pelo Poder Executivo”, bem como defendeu a competência do Supremo Tribunal Federal para o processamento e julgamento de matérias desse jaez, contrariando entendimentos anteriormente adotados pela Corte. Segundo o ministro Lúcio de Mendonça, “o próprio Regimento Interno do Tribunal, no art. 65, § 3º, (...) dispõe que o Tribunal se declarará incompetente para conceder a ordem de *habeas corpus* se se tratar de medida de repressão autorizada pelo art. 80 da Constituição, enquanto perdurar o estado de sítio”²³⁹. *Contrario sensu*, uma vez terminado o excepcional interregno temporal do sítio, o Tribunal “recuperaria” a competência para a concessão da ordem de *habeas corpus*.

²³⁵ A propósito, cf.: LACOMBE, Américo Jacobina. *À sombra de Rui Barbosa*. São Paulo: Ed. Nacional, coleção brasileira (v. 365), 1978; p. 113.

²³⁶ COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal* (Vol. 1). Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1964; p. 37.

²³⁷ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Artigo 20: “Os Deputados e Senadores, desde que tiverem recebido diploma até a nova eleição, não poderão ser presos nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável”.

²³⁸ STF, *HC n. 1073*, Rel. Min. Lúcio de Mendonça, julgado em 16 de agosto de 1898. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC1073.pdf>.

²³⁹ Idem.

Ainda neste mesmo acórdão, a propósito da objeção levantada de que, por se tratar de assunto eminentemente político, não caberia ao Poder Judiciário, mas sim ao Congresso, nos termos do artigo 34, XXI, da Constituição de 1891²⁴⁰ aprovar ou suspender o estado de sítio decretado pelo presidente, o ministro decidiu que tal atribuição não impediria que o Poder Judiciário viesse a “amparar e restabelecer os direitos individuais que tais medidas [repressivas] hajam violado, quando delas venha regularmente a conhecer por via de pedido de *habeas corpus*”. Assim, concluiu que:

se é impossível estabelecer regras fixas entre as relações do Poder Executivo com o Poder Judiciário Federal, todavia, pode-se afirmar que a Corte Suprema intervém sempre para proteger contra os atos do Executivo os direitos dos cidadãos que são garantidos pela Constituição (...) [Afinal,] nem seria admissível que, tendo o nosso estatuto político, por intuitiva precaução, restringido a ação do Poder Executivo, durante o estado de sítio, pretendesse condenar à inércia o Poder Judiciário Federal diante de quaisquer abusos que porventura se pudesse praticar à sombra dessas medidas de salvação pública.²⁴¹

Dessa forma, decidiu-se que, por meio de um pedido de *habeas corpus*, estaria autorizado o Poder Judiciário a garantir direitos para além do mero direito de ir e vir – no caso, o direito à imunidade parlamentar, previsto no artigo 20 da Constituição de 1891 – em face de ato lesivo cometido pela Administração Pública, ainda que revestido de caráter político como o é a decretação do estado de sítio.²⁴²

A propósito, atento à nova corrente hermenêutica que se formara desde o final do século XIX a propósito da melhor interpretação do dispositivo constitucional supracitado, o ministro Pedro Lessa observou, em obra já mencionada, que “diante de expressões tão liberais, têm pretendido alguns juristas que a nossa Lei fundamental deu ao instituo do *habeas corpus* uma feição diversa da que antes tinha entre nós e da que sempre tem tido no país que lhe foi berço, a Inglaterra”.²⁴³

²⁴⁰ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Artigo 34: “Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) declarar em estado de sítio um ou mais pontos do território nacional, na emergência de agressão por forças estrangeiras ou de comoção interna, e aprovar ou suspender o sítio que houver sido declarado pelo Poder Executivo, ou seus agentes responsáveis, na ausência do Congresso”.

²⁴¹ STF, *HC n. 1073*, Rel. Min. Lúcio de Mendonça, julgado em 16 de agosto de 1898. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC1073.pdf>.

²⁴² Ainda a propósito do julgamento do supracitado *habeas corpus* n. 1.073, o ministro Celso de Mello Filho escreve que, ante a concessão da ordem pelo Supremo Tribunal Federal, o presidente da República Prudente de Moraes – em demonstração da tibieza institucional que granjeava entre os Poderes nos primeiros anos após a proclamação do regime republicano – teria até mesmo cogitado renunciar ao mandato por acreditar que o cumprimento da ordem emanada do Pretório Excelso provocaria um quadro de autêntica desordem institucional. In: MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal Federal: Império e República* (3ª ed.). Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011; p. 5.

²⁴³ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário* (1915). Brasília: Senado Federal, 2003; p. 274.

Com efeito, tal corrente pode ser entendida como um movimento, capitaneado inicialmente por Rui Barbosa e mais tarde recepcionado, aos poucos e não inteiramente, pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual sempre que alguém, em território nacional, brasileiro ou não, sofrer ou estiver na iminência de sofrer uma violação de seus direitos, quaisquer que estes fossem, pela ação de uma autoridade revestida de funções públicas, o Poder Judiciário estaria obrigado a fazer cessar ou impedir tal violação imediatamente, desde que provocado com a interposição de um pedido de *habeas corpus*.

Nas palavras do ministro Castro Nunes, proferidas já em meados do século XX, cuida-se de interpretação que haveria de ser compreendida como um “memorável esforço de adaptação realizado pela jurisprudência do STF, em torno do *habeas corpus*, para não deixar sem remédio certas situações jurídicas que não encontravam no quadro de nossas ações a proteção adequada”.²⁴⁴ No mesmo sentido, Lêda Boechat Rodrigues observa que:

diante da falta de outros remédios existentes no direito anglo-americano – o *mandamus*, a *injunction*, o *certiorari* e o *quo warranto* – o Supremo Tribunal Federal viu à sua frente apenas um caminho: ampliar o *habeas corpus* através da interpretação *lata* do texto constitucional, na visão liberal que dele teve, em primeiro lugar, como grande advogado e excelso constitucionalista, Rui Barbosa.²⁴⁵

Em linhas gerais, os promotores da tese de ampliação das hipóteses de concessão do *habeas corpus* baseavam-se na singela redação do artigo 72, § 22, da Constituição de 1891 que, ao contrário das diversas outras leis imperiais, não erigiu a violação ao direito de locomoção, de ir e vir, ao posto de pressuposto essencial à propositura do *writ* em questão. Assim, na ausência de outro instrumento jurídico capaz de impedir ou fazer cessar agressões à esfera jurídica de outrem, o *habeas corpus* deveria ser encarado como o instrumento do processo apto a exigir a tutela judicial ao paciente da agressão tida por injusta.

É bem verdade que a Lei Federal nº 221, de 20 de novembro de 1894, introduzira ao ordenamento jurídico brasileiro uma ação sumária especial anulatória dos atos pretensamente ilegais de autoridades administrativas que violassem direitos individuais dos jurisdicionados, a ser proposta no prazo decadencial de um ano a contar da data do ato impugnado. Ocorre, porém, que, ao examinar a legalidade do ato, tal ação destinava-se apenas à eventual anulação deste por sentença, revelando-se “insuficiente, na medida em que, na maioria dos casos, não impedia

²⁴⁴ NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2ª edição, 1948; p. 13.

²⁴⁵ RODRIGUES, *Op.Cit.*; p. 33.

a consumação da ilegalidade, nem fazia desaparecer prontamente as suas consequências prejudiciais”, restando à parte autora a mera possibilidade de pedir a indenização dos danos causados pelo ato anulado.²⁴⁶

Em clássico discurso proferido no Senado em 1915, Rui Barbosa procurou pontuar justamente a diferença de tratamento dado ao *habeas corpus* pelo legislador constituinte de 1891 – no caso, ele, principal responsável pela redação final do projeto de Constituição enviada ao Congresso Constituinte – em relação às disposições das leis imperiais. Recuperando as transcrições literais das leis imperiais e da Constituição republicana, o jurista baiano defendeu a tese da ampliação das hipóteses de incidência do *habeas corpus* em conhecida passagem que ora se reproduz:

[...] o constrangimento corporal era, sob o Império, condição *sine qua non* da concessão do *habeas corpus*. [...] Que fez, porém, o legislador constituinte neste regime [republicano]? Rompeu abertamente, pela fórmula que adotou na Carta constitucional republicana, com a estreiteza da concepção do *habeas corpus* sob o regime antigo. [...] Não se fala em prisões, não se fala em constrangimentos corporais. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, aí está estabelecido o caso constitucional do *habeas corpus*.²⁴⁷

Lembrando o velho brocardo latino *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere possumus*, Rui Barbosa concluiu que a concessão do *habeas corpus* se estenderia, sempre, “a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado ou impossibilitado em seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade”.²⁴⁸ Ainda que nutrindo divergências em relação à prestigiosa tese de Rui Barbosa, também Francisco Pontes de Miranda defendia que a simples literalidade do artigo 72, § 22, da Constituição de 1891 não teria sido obra do acaso, mas – antes – uma opção premeditada pelo legislador constituinte. Em sua obra *História e Prática do Habeas Corpus*, originalmente publicada em 1916, Pontes de Miranda saudou a constitucionalização do *habeas corpus* como “uma transformação jurídica sob todos os títulos memorável”. Em semelhante raciocínio àquele construído por Rui Barbosa, escreveu que:

o que não se pode afirmar, com o texto constitucional à vista, é que o pensamento dos constituintes fosse o de manter, em seus limites e em seu caráter originário, o recurso dos tempos imperiais. Não há hermenêutica, nem sofisma, nem caprichosa

²⁴⁶ NEQUETE, *Op. Cit.*; p. 45.

²⁴⁷ BARBOSA, Rui. *O Estado de Sítio: sua natureza, seus Efeitos, seus Limites*. In: *Trabalhos Jurídicos – Estado de Sítio* (OCRB, vol. 19, tomo 3, 1892), MEC/FCRB, 1981; p. 93.

²⁴⁸ *Idem*; p. 42.

jurisprudência, nem torturada exegese que torne equivalente ao art. 340 do código de processo a concisão literal da carta republicana.²⁴⁹

Lembrando não haver palavras inúteis nos textos legais, escreveu também que, gostando-se ou não, assim quis o legislador: recusar o que reside explicitamente na Constituição seria “acusar o legislador constitucional de incurável e absoluta incompetência, ou prolixidade vazia em coisas de escrever”; afinal, “exagerada ou não, em todo o caso é a lei”.²⁵⁰ Assim, concluiu que, com a Constituição de 1891, a formalização de um pedido de concessão de *habeas corpus* teria passado a ser um direito que a todos assistiria, não podendo lei infraconstitucional oferecer-lhe restrições, transformando-se em um “direito novo, material e constitucional” – e não mais mero direito instrumental a ser empregado na proteção de outros direitos. Dito de outra maneira, o direito público subjetivo já não mais se referiria à proteção de um direito por meio do *habeas corpus*, uma vez que a própria irrecusabilidade da concessão do *writ* tornar-se-ia um direito constitucionalmente albergado.

Diante, pois, da amplitude semântica da disposição constitucional e da ausência de qualquer outro remédio jurídico capaz de resguardar, com eficiência e celeridade, quaisquer direitos subjetivos indevidamente violados por autoridades públicas, o *habeas corpus* passou a ser tratado por uma parte considerável da inteligência jurídica brasileira como uma verdadeira panaceia jurídica dos males decorrentes da hipertrofia do Poder Executivo logo nos primeiros anos da República. No entanto, tal interpretação esteve longe de constituir-se uma unanimidade. Discussões em plenário eram recorrentes. Debates nas redações, no Parlamento e nas ruas, também. Nas palavras de Emília Viotti da Costa, as decisões do Supremo Tribunal Federal:

eram examinadas pela imprensa e debatidas na Câmara. Os ministros tornavam-se alvo de críticas, de defesas e de ataques. As sessões eram concorridas. O tribunal transformava-se em teatro para o gozo de público que lotava as galerias e se manifestava ruidosamente a favor e contra-argumentos e decisões.²⁵¹

A propósito, Pontes de Miranda, no bojo de sua já mencionada obra consagrada ao estudo do *habeas corpus*, procurou opor as duas principais posições hermenêuticas a respeito dos limites do *habeas corpus* a partir da redação da Constituição de 1891, nomeando-as de “tradicional” e “declaratória”. Nos termos por ele empregados, esta última defenderia “um direito vivo e atual, propendendo a defesa de um transformismo jurídico” ao declarar aquilo

²⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, *Op. Cit.*; p. 130.

²⁵⁰ *Idem*; p. 163.

²⁵¹ COSTA, Emília Viotti da. *Op. Cit.*; p. 28.

que muito limpidamente escrevera o legislador constituinte. Aquela, por sua vez, ao negar validade à nova interpretação conferida ao velho instituto da *common law*, estaria equivocada ao “ver na evolução da lei um lento persistir sem variar, aferrando-se ao esqueleto das instituições”.²⁵²

Aos poucos, porém, a corrente “declaratória” que defendia a ampliação do rol de hipóteses de concessão do *habeas corpus* foi granjeando prestígio entre os ministros do Supremo Tribunal Federal. Em acórdão proferido na sessão plenária de 4 de março de 1905, inclusive, lê-se com todas as letras que “os tribunais têm firmado o princípio de que o constrangimento à liberdade individual poderá dar-se ainda quando o cidadão não chega a sofrer o constrangimento corporal”.²⁵³ A partir do preciso levantamento realizado pelo jurista Arnoldo Wald em sua obra *Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária*, observa-se que se recorreu ao Supremo Tribunal Federal, por intermédio do *habeas corpus*,

não somente para soltar bicheiros presos e manter abertos os estabelecimentos nos quais o jogo é praticado, como também para assegurar a liberdade de locomoção das meretrizes, impedir o exame de livros comerciais, garantir a liberdade profissional e o exercício de cargos públicos eletivos, a prática do culto espírita, o direito de reunião e, ainda, para reformar sentenças e permitir à mulher que acompanhe o marido, não obstante a oposição de seus pais.²⁵⁴

Ademais, conforme observam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Scarance Fernandes, chegou-se a permitir a impetração de *habeas corpus* para garantir a realização de comícios eleitorais, o exercício profissional e até mesmo para declarar a nulidade de ato praticado por diretor de colégio que determinara o cancelamento da matrícula de determinado aluno da rede pública de ensino, dentre outras hipóteses quando muito reflexamente ligadas ao texto constitucional propriamente dito.²⁵⁵

Entre os anos de 1904 e 1905, por exemplo, explodem os casos de impetração de pedidos de *habeas corpus* contra as autoridades sanitárias no bojo do projeto de higienização da Capital Federal que acabou por servir de pano de fundo à revolta da vacina, que eclodiu em novembro de 1904.²⁵⁶ No interessante *habeas corpus* nº 2.244, julgado na sessão de 31 de janeiro de 1905, por exemplo, alegava o paciente ameaça de constrangimento ilegal em face da intimação de um

²⁵² PONTES DE MIRANDA, *Op. Cit.*; p. 130.

²⁵³ WALD, Arnoldo. *Do Mandado de Segurança na prática judiciária*. Rio e Janeiro: Ed. Forense, 2003, p. 25.

²⁵⁴ *Idem*.

²⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antônio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*, 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004; p. 347.

²⁵⁶ A propósito, cf.: SEVCENKO, Nicolau. *A Revolta da vacina*. São Paulo: Ed. Cosac Naify, 2010.

inspetor sanitário para adentrar em sua casa e proceder à desinfecção do mosquito causador da febre amarela. Por meio da concessão do *habeas corpus* preventivo, então, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o decreto estadual que outorgava às autoridades sanitárias a faculdade de adentrarem em casa de particulares para a realização de operações de expurgo do mosquito sem a concessão do proprietário, reconhecendo, assim, a proteção constitucional à inviolabilidade do domicílio, prevista no § 11 do artigo 72 da Constituição de 1891.²⁵⁷

Outro julgamento digno de nota é o do *habeas corpus* nº 3.536, de 6 de maio de 1914. Nesse caso, Rui Barbosa, então senador pelo estado da Bahia e principal nome da oposição legislativa ao governo Hermes da Fonseca (1910/1914) – contra quem disputara a eleição presidencial de 1910 –, insurgia-se contra ato do chefe de polícia do Distrito Federal que impedira a publicação de discurso proferido em 4 de maio pelo parlamentar no Senado no periódico *O Imparcial*. Isso porque, em seu pronunciamento, Rui Barbosa denunciara o ato do presidente da República que prorrogara por mais seis meses o estado de sítio que, arrastando-se desde o ano de 1913, só chegaria ao seu fim após o término do mandato de Hermes da Fonseca. Terminada a sessão parlamentar, Rui Barbosa entregou o discurso ao editor de *O Imparcial* para que suas palavras fossem reproduzidas no diário oposicionista. Ocorre, porém, que, na manhã seguinte, sua circulação foi impedida por Francisco Valadares, então chefe de polícia do Distrito Federal.

Rui Barbosa, então, impetrou pedido de *habeas corpus* junto ao Supremo Tribunal Federal “a fim de poder exercer um dos deveres essenciais [a seu cargo de senador] e desempenhar um de seus principais deveres”, uma vez que “do mandato legislativo resulta, para o mandante, o direito de tomar conta aos seus mandatários, e para os mandatários, o dever de os prestarem”, sendo, “mediante a publicidade – não apenas a oficial – mas a geral da imprensa, que essas relações de mandante e mandatário se exercem entre a Nação e os membros do Congresso Nacional”. Assim, observava que o ato ilegal do chefe de polícia teria violado a Constituição não só ao impedir a livre manifestação de pensamento e a liberdade de imprensa, mas também ao “privar a Nação do conhecimento dos atos de seus representantes no Congresso, anulando as relações jurídicas do mandato, base da democracia representativa”.²⁵⁸

²⁵⁷ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Artigo 72, § 11: “A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei”.

²⁵⁸ COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal* (Vol. 1). Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1964; p. 190-191.

Preliminarmente, o relator, ministro Oliveira Ribeiro²⁵⁹, conheceu do *habeas corpus* valendo-se da premissa de que "o constrangimento ou coação de um deputado ou senador no exercício de seu mandato concedido pela soberania nacional, partindo de poder público, incide evidentemente na hipótese do § 22 do art. 72 da Constituição". Em sede de julgamento de mérito, observou que, "neste regime político, a publicidade dos debates no Parlamento é de sua essência", bem como que "a publicação dos discursos, quando restrita à imprensa oficial sob a fiscalização do Executivo, anula a publicidade".²⁶⁰

Com a palavra, o ministro Pedro Lessa foi além ao declarar que concederia o *habeas corpus* não apenas ao senador Rui Barbosa, mas também a todos os jornalistas, uma vez que se estes publicassem os discursos contrários aos interesses do Executivo "seriam presos, como já tinham sido alguns por outras publicações".²⁶¹ Ademais, a propósito da possibilidade de suspensão das prerrogativas parlamentares – em especial, a inimizabilidade por seus votos, discursos e opiniões –, coube ao ministro Sebastião de Lacerda observar que:

os três poderes representam, dentro das respectivas órbitas, a soberania nacional, e funcionam com independência no sítio porque este não estabelece um interregno constitucional, não confere ao governo a ditadura, a prepotência sobre os outros ramos do poder público.²⁶²

Desta forma, tal julgamento reveste-se de importância fulcral, pois, por meio deste *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal reafirmava a possibilidade, já externada no final do século XIX, de a Justiça vir socorrer direitos violados em pleno estado de sítio e, igualmente, defender a liberdade de expressão, de imprensa e de livre manifestação dos parlamentares.

A jurisprudência do órgão de cúpula do Poder Judiciário republicano, no entanto, era vacilante. Nesta mesma sessão, em voto vencido, o ministro Godofredo Cunha²⁶³ observava

²⁵⁹ Ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1903 e 1917, Pedro Antônio de Oliveira Ribeiro (1851-1917) nasceu na província de Sergipe e se formou bacharel pela Faculdade de Direito do Recife em 1871. Foi promotor público, juiz de direito e membro da Assembleia Legislativa de Sergipe por dois mandatos ainda no Império. Com a República, foi nomeado chefe de polícia da Capital Federal e membro do Tribunal de Justiça de São Paulo antes de ser nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal. In: RODRIGUES, Lêda Boechat. *A História do Supremo Tribunal Federal*: Tomo II, 1889-1910. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1991; p. 213.

²⁶⁰ STF, HC n. 3.535, Rel. Min. Oliveira Ribeiro, julgado em 6 de maio de 1914. In: COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal* (Vol. 1). Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1964; p. 196-197.

²⁶¹ Idem; p. 199.

²⁶² Ibidem; p. 200.

²⁶³ Ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1909 e 1931, Godofredo Xavier da Cunha (1860-1936) nasceu na província de Rio Grande do Sul e se formou bacharel pela Faculdade de Direito do Recife em 1884. Filho de Félix da Cunha, reorganizador do partido liberal rio-grandense, Godofredo Cunha era genro do republicano histórico Quintino Bocaiúva, tendo sido nomeado juiz federal do Distrito Federal antes de ser nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal. In: RODRIGUES, Lêda Boechat. *A História do Supremo Tribunal Federal*: Tomo II, 1889-1910. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1991; p. 222.

que “o preceito do art. 72, § 22, da Constituição deve ser interpretado em termos, e não com a generalidade que a maioria lhe empresta”; igualmente, assentou que “o poder Judiciário não pode intervir nas funções governamentais ou políticas do presidente da República [no caso, os limites do estado de sítio]”, uma vez que “o poder excepcional do governo em matéria de estado de sítio, exercido sob o exame imediato do poder Legislativo, escapava à intromissão judicial”.²⁶⁴

A propósito da ausência de linearidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na matéria, vale mencionar o caso da decretação de estado de sítio cumulado com intervenção federal no estado do Ceará em 4 de março de 1914 pelo presidente Hermes da Fonseca em decorrência da comoção decorrente da derrubada da oligarquia dos Accioli, quando dois candidatos militares pleitearam o cargo do ex-governador Nogueira Accioli: Bezeril Fontenelle, apoiado pelo poderoso senador Pinheiro Machado²⁶⁵, e Franco Rabelo. Isso porque vitorioso este último, seus opositores iniciaram uma verdadeira guerra civil, especialmente na cidade de Juazeiro de Padre Cícero e na capital Fortaleza. Assim, a intervenção federal estaria justificada aos olhos da Capital Federal com a nomeação do coronel Setembrino de Carvalho como interventor federal.²⁶⁶

Ato contínuo, sobreveio a impetração de pedido de *habeas corpus* junto ao Supremo Tribunal Federal (autuado sob o nº 3.513) em favor do governador eleito Franco Rebelo e dos membros da Assembleia Legislativa eleitoral em virtude do reclamado abuso de poder na atuação interventiva do Governo Federal e na deposição dos eleitos. Em julgamento realizado em 1º de abril de 1914, o ministro relator, Sebastião Lacerda²⁶⁷, apresentou seu voto no sentido

²⁶⁴ STF, HC n. 3.535, Rel. Min. Oliveira Ribeiro, julgado em 6 de maio de 1914. Disponível em: COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal* (Vol. 1). Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1964; p. 200.

²⁶⁵ A propósito do poder granjeado pelo senador gaúcho Pinheiro Machado, especialmente no quadriênio presidencial de Hermes da Fonseca, cf. LUSTOSA, Isabel. *História de presidentes: a República no Catete (1897-1960)*. Rio de Janeiro: Ed. Agir, 2008; p. 95.

²⁶⁶ Lêda Boechat Rodrigues transcreve telegrama enviado a Pinheiro Machado por Borges de Medeiros, então governador do estado do Rio Grande do Sul, na qual a necessidade de intervenção federal era justificada nos seguintes termos: “Bem examinado o caso do Ceará, penso estar a forma republicana federativa profundamente alterada naquele estado e ser lícito portanto ao Governo Federal intervir cf. art. 6 § 2º da Constituição. Dada a impotência dos governos locais para assegurar a ordem pública e com esta a plenitude das mesmas garantias, é dever constitucional do Governo da República impor sua autoridade suprema para fazer cessar o estado de guerra”. In: RODRIGUES, *Op. Cit.*; p. 76.

²⁶⁷ Ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1912 e 1925, Sebastião Eurico Gonçalves de Lacerda (1864-1925) formou-se bacharel pela Faculdade de Direito de São Paulo em 1884, mas fez carreira política em sua terra natal, o Rio de Janeiro. Republicano convicto, foi o primeiro presidente da Câmara Municipal de Vassouras/RJ no período republicano, tendo sido eleito à Constituinte estadual e, posteriormente, para o mandato de deputado federal. Secretário do Interior e Justiça do Rio de Janeiro (1896) e Ministro da Indústria (1897/1898), foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal em 1912. In: RODRIGUES, *Op. Cit.*; p. 387-389.

de “conceder a ordem para assegurar aos pacientes o exercício das funções de que foram investidos na forma da Constituição e das leis cearenses”, sob o seguinte fundamento:

O Governo Federal, depois de animar a insurreição, passou a cooperar nela, agindo abertamente em favor dos sediciosos, alimentando a anarquia, promovendo a conflagração do Estado, colocando o governo legal na impossibilidade de se defender. Não há duplicata no Ceará. Ali existem só um Presidente, uma única Assembleia. O Governo Federal, como os outros poderes da República, tem a sua autoridade limitada, declarada na Constituição. [...] A ação do Governo Federal violou direitos, o que dá lugar ao emprego do remédio judicial invocado.²⁶⁸

No entanto, pela maioria de seis votos, o Supremo Tribunal Federal entendeu por bem julgar prejudicado o pedido de *habeas corpus* em face do decreto de intervenção federal nos termos delineados pelo voto divergente do ministro Eneas Galvão²⁶⁹, segundo quem “o Tribunal não pode julgar a inconstitucionalidade ou da inconveniência do decreto de intervenção federal, que constitui matéria política”, de modo que “publicado no *Diário Oficial*, revestido de todas as formalidades de direito, e executado, o decreto de intervenção não pode ter sua eficácia contestada”.²⁷⁰ No mesmo sentido, o ministro Amaro Cavalcanti assim se manifestou:

[...] Já em 1893 eu defendia o direito do Governo Federal intervir nos Estados. Não pode o Tribunal, por meio de *habeas corpus*, desfazer um ato de intervenção. O Relator procurou justificar seu voto, demonstrar que no caso não houve intervenção, mas deposição, cavilosamente preparada por todos os elementos da desordem e violência. [...] Se lhe fosse possível, não deixaria mais uma vez de julgar fatos que, por ventura provados, são outras tantas desgraçadas, que servem mais que tudo para ferir o próprio regime. Mas, juiz, não lhe é permitido analisa-los para verificar se houve, ou não, legítima intervenção no caso que se discute.²⁷¹

Assim, no julgamento do *habeas corpus* nº 3.513, assentou o Supremo Tribunal Federal que, mesmo diante de ilegalidades capazes de ferir de morte a essência do regime republicano, não poderia a magistratura perquirir sobre a constitucionalidade de determinado decreto de intervenção federal.

Desta forma, pode-se alcançar a conclusão de que a adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da nova interpretação dada às hipóteses de concessão de *habeas corpus*, especialmente

²⁶⁸ STF, HC n. 3.513, Rel. Min. Sebastião Lacerda, julgado em 1ª de abril de 1914. Disponível em: RODRIGUES, Lêda Boechat. *A História do Supremo Tribunal Federal*: Tomo III, 1910-1926. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1991; p. 78.

²⁶⁹ Ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1912-1916, Eneas Galvão (1863-1916) formou-se bacharel pela Faculdade de Direito de São Paulo em 1886. Republicanista convicto, foi redator do jornal *A República* e presidente dos centros Abolicionista e Luiz Gama, ainda no período imperial. Com a República, exerceu as funções de promotor público, juiz, chefe de polícia e desembargador da Corte de Apelação do Distrito Federal, tendo sido nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal em 1912. In: RODRIGUES, *Op. Cit.*; p. 385.

²⁷⁰ Idem; p. 78.

²⁷¹ Ibidem; p. 79.

em questões políticas, não se deu de maneira linear; antes, tal tese jamais granjeou ares de unanimidade entre os membros da Corte, de modo que as decisões eram construídas também casuisticamente, a depender das partes envolvidas e do contexto político e social do momento.²⁷² Nesse sentido, cumpre assinalar que, embora nestas breves linhas o Supremo Tribunal Federal seja tratado singularmente, como um órgão monolítico, cumpre não olvidar que estamos a falar de um órgão colegiado, o que, por si só, implica uma preocupação adicional ao historiador: os sujeitos/magistrados e suas idiossincrasias, suas vaidades e preferências políticas/ideológicas. Neste complexo jogo de forças entre os poderes institucionalmente constituídos, os conflitos doutrinários e jurisprudenciais eram mais do que recorrentes. Com efeito, a divergência tornou-se a regra e o plenário do Supremo Tribunal Federal jamais fechou questão no que diz respeito à ampliação das hipóteses de concessão do *habeas corpus* – e, sob uma perspectiva ampliada, a respeito dos seus próprios limites de atuação frente aos atos, legislativos ou administrativos, dos demais Poderes estatais.

A propósito, vale observar que, nos conflitos de matizes políticas levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal por intermédio da interposição de *habeas corpus*, as contradições desta Corte ainda em vias de consolidação atingiram seu ápice. Nada mais natural, entretanto, se consideradas duas variáveis fundamentais à compreensão da atuação do Supremo Tribunal Federal em seus primeiros anos, a saber: o efervescente debate sobre os limites de atuação da justiça em questões políticas e o próprio turbulento contexto político no qual inseridas as discussões judiciais da República ainda em construção.

Mesmo porque, desde o alvorecer do regime republicano, o Poder Executivo foi assumindo gradativa primazia perante os outros Poderes, levando, nos dizeres do historiador Edgar Carone, a um processo de “distorção do sistema constitucional de 1891”.²⁷³ Na esteira do magistério de Emília Viotti da Costa, durante toda a Primeira República,

a constante expansão do poder do estado sobre o indivíduo, o recrutamento forçado e outras medidas igualmente intrusivas na liberdade individual provocaram numerosos protestos, que extravasavam em revoltas das populações urbanas e em novas prisões e pedidos de *habeas corpus*. (...) Frequentemente, os presos recorriam à Justiça. A imprensa tomava partido, seus jornalistas eram presos e os jornais sofriam empastelamentos, resultando em novos pedidos de *habeas corpus*. Os debates reproduziam-se no Congresso, onde os revoltosos encontravam simpatia

²⁷² Nesse sentido, digno de nota é o levantamento empreendido por Andrei Koerner sobre os *habeas corpus* referentes a conflitos eleitorais entre oligarquias estaduais no período de 1908 a 1911, investigando a atuação do Supremo Tribunal Federal em meio à política dos governadores e concluindo que “nos conflitos entre as oligarquias estaduais analisados, os votos dos ministros do STF acompanharam as posições dos chefes políticos aos quais eles eram ligados. Os casos apresentados nos dão uma indicação de que os votos dos ministros do STF nos demais casos políticos deviam variar do mesmo modo.” In: KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira* (1841-1920). Curitiba: Juruá, 2010; p. 192.

²⁷³ CARONE, Edgar. *A República Velha: Instituições e Classes Sociais*. São Paulo: Ed. Difel; p. 304.

entre alguns deputados e senadores e animosidade em outros. Quando revoltas militares ocorriam era comum encontrar civis envolvidos nas conspirações. O STF era constantemente chamado a defender imunidades parlamentares. A suspensão de garantias constitucionais pelos renovados estados de sítio permitia ao Executivo expandir sua área de arbítrio. A polícia agia por conta própria, sem nenhum respeito pelos procedimentos legais. Em vez de estabilidade, a República trouxera instabilidade e novos problemas que exigiam um trabalho incessante do Tribunal.²⁷⁴

A esse crescente processo de desequilíbrio entre os três Poderes, acrescenta-se ainda as infindáveis disputas eleitorais que, via de regra, não chegavam a bom termo ao final da apuração dos votos e da abertura das urnas eleitorais. À época, a apuração destas ficava, nos termos do parágrafo único do artigo 18 da Constituição de 1891²⁷⁵, a cargo do Poder Legislativo e, mais especificamente, das chamadas “comissões de verificação dos poderes”. Segundo o historiador Edgar Carone, estas funcionavam como:

órgãos constituídos por elementos da Câmara dos Deputados [nível federal] ou Assembleias Legislativas [nível estadual] para receber as atas eleitorais, isto é, os livros de votação dos eleitores, verificar se houve ou não fraude, proclamar os deputados vitoriosos e diplomá-los.²⁷⁶

Assim, nas palavras de Lenine Nequete, “durante a vigência do regime republicano instituído pela Constituição de 1891, as eleições constituíam matéria política totalmente estranha ao Poder Judiciário”:

Às Assembleias Legislativas é que competia o reconhecimento dos poderes: as dos Estados decidiam das eleições municipais e governamentais; a Federal, das eleições dos congressistas e do Presidente da República. Daí o apelo ao Poder Judiciário quando ocorria uma lesão de direito individual e, por isso mesmo, as frequentes concessões de *habeas corpus* às autoridades eleitas e destituídas ou impedidas de exercer o mandato, valendo a ordem concedida como uma legitimação do cargo sobre o qual se questionava.²⁷⁷

²⁷⁴ COSTA, Emília Viotti da. *Op. Cit.*; p. 48-49.

²⁷⁵ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 24/02/1891. Artigo 18, parágrafo único: “A cada uma das Câmaras compete: (...) verificar e reconhecer os poderes de seus membros; (...)”.

²⁷⁶ CARONE, *Op. Cit.*; p. 308.

²⁷⁷ NEQUETE, *Op. Cit.*; p. 61. A propósito da atuação do Poder Legislativo no que toca ao procedimento da verificação dos poderes, o historiador Boris Fausto assim a descreve: “Por ocasião das eleições para a Câmara, realizadas nos Estados com o emprego de todo tipo de ilegalidade, os candidatos eleitos recebiam um diploma. Entretanto, ele era muitas vezes contestado. Na falta de uma justiça eleitoral como existe hoje, a validade do diploma dependia de exame por parte de uma comissão de verificação de poderes, constituída de deputados escolhidos pelo plenário da Câmara. O presidente temporário da nova Câmara eleita desempenhava, entretanto, um papel decisivo na escolha dos membros da comissão. Até a reforma incentivada por Campos Sales, o presidente temporário da Câmara era o mais velho dos deputados diplomados. [...] Desse modo, um presidente da Câmara, temporário e de confiança, influía na composição da comissão de verificação de poderes, de modo a garantir mandato de deputado a quem representasse os grupos dominantes nos Estados e tendesse a ser fiel ao governo federal. Os não-merecedores desse tipo de confiança eram excluídos, ou ‘degolados’, como se dizia na gíria política da época”. In: FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: EDUSP, 1995; p. 259.

Nesse cenário, multiplicaram-se os pedidos de *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal rogando ao órgão de cúpula do Poder Judiciário que desse a palavra final sobre o resultado de eleições, obrigando o Tribunal a tomar partido em disputas de oligarquias em meio a infundáveis lutas pelo exercício e o controle dos poderes locais – peça-chave na engrenagem social e institucional ao longo da Primeira República.²⁷⁸ Segundo Andrei Koerner, “em virtude das condições nas quais ocorriam, as decisões de *habeas corpus* nos casos de conflito entre as oligarquias estaduais interessam como uma situação em que se manifesta de forma extrema a politização das decisões do STF”.²⁷⁹ E foi justamente a partir de resolução de tais conflitos, nos quais o elemento jurídico e o político imbricavam-se de tal maneira que se tornava difícil precisar onde terminava um e começava o outro, que o Supremo Tribunal Federal se viu forçado a se pronunciar sobre a tormentosa questão dos limites que separariam o campo do Direito daquele reservado à Política.

Nesse contexto, exemplar é o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* nº 2.990, em 31 de outubro de 1911, no qual se decidiu pela concessão da ordem em favor do Conselho Municipal do Distrito Federal. Em um breve esforço de contextualização, em 31 de outubro de 1909, realizou-se a eleição dos intendentes do Distrito Federal, marcada por denúncias de fraudes e impugnações, tendo se notabilizada pela existência de dois grupos de candidatos que se julgavam os legítimos vencedores do pleito.²⁸⁰ Assim, os supostamente “eleitos” dividiram-se em dois grupos: um que procedia à verificação dos poderes sob a presidência do mais velho dos eleitos e outro que, em descumprimento à determinação constitucional, pretendeu fazê-lo sob a presidência de um dos eleitos que não era o mais velho. Depois de obtidas várias ordens de *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal ordenou que se respeitasse a reunião dos intendentes que atuavam sob a presidência do mais velho; este grupo, por sua vez, constituiu o Conselho Municipal, dando-se em seguida a posse dos 16 novos intendentes. O Poder Executivo federal, no entanto, determinou por meio de decreto que, por

²⁷⁸ A propósito, cf. LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto: o Município e o Regime Representativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1997.

²⁷⁹ KOERNER, *Op. Cit.*; p. 184-185.

²⁸⁰ Na edição de 1º de novembro de 1909 do jornal *O Paiz*, lê-se, em letras garrafais, a seguinte manchete: “Pleito Ensanguentado: três mortos e vários feridos”. Segundo consta da reportagem, “realizaram-se ontem em todo o Distrito Federal as eleições para intendentes municipais. Esta é a formula de dizer, porque em realidade essas eleições, em sua grande parte não se realizaram, e o que foi feito não se pôde garantir que tenha sido realmente eleição. Ha muito tempo a cidade do Rio de Janeiro, já habituada ao abastardamento dos processos eleitorais, não assiste, entretanto, a um espetáculo como o de ontem. Apregoavam-se antecipadamente a fraude e a desordem, auguravam-se a luta, os seus fatores e os seus resultados partidários, como se se cogitasse do um facto normal; mas a verdade é que, apesar de tudo, a população honesta da capital da Republica não acreditou sinceramente que se podassem repetir nas ruas mais polidas do centro urbano, os assaltos às secções eleitorais se sucedessem, com um cortejo de violências ao direito e à vida, como nos tempos em que a “flor da gente” era o expoente do voto popular no Brasil. Veio o sangue, como se não bastasse a fraude.”

motivo de força maior, o prefeito poderia governar sem o Conselho, que foi dissolvido com a marcação de novas eleições para os cargos de intendente. Já no dia seguinte à promulgação do decreto, as tropas da polícia da capital fluminense cercaram o prédio da Assembleia, impedindo, assim, a entrada dos intendentos reunidos no Conselho Municipal. Dessa forma, julgando-se ameaçados de constrangimento em sua liberdade pessoal e impossibilitados de continuar no exercício de suas funções pelo simples fato de lhes ter sido proibida a entrada no edifício da Assembleia, os intendentos impetraram o *habeas corpus* em questão.

Nesse importante *leading case*, o ministro Pedro Lessa firmou o que pode ser considerada uma “terceira via” interpretativa a respeito das hipóteses de concessão do *habeas corpus* – que, a despeito dos entendimentos antagônicos das correntes “declaratória” e “tradicionalista”, acabou por se tornar, a partir de 1909, a corrente dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Procurando conciliar a essência etimológica e histórica do *writ* anglo-saxão com as inovações trazidas pela Carta Política de 1891, Pedro Lessa passou a defender que o *habeas corpus* seria remédio processual apto a garantir todo e qualquer direito certo e incontestável, desde que relacionado, direta ou indiretamente, à liberdade de locomoção. De acordo com seu raciocínio, a liberdade de ir e vir seria um direito que não se encerra em si, sendo – antes – um meio para a consecução de outros fins, isto é, o exercício de outros direitos. Em suas palavras,

o *habeas corpus* tem por fim exclusivo garantir a liberdade individual. A liberdade individual ou pessoal, que é a liberdade de locomoção, a liberdade de ir e vir, é um direito fundamental, que assenta na natureza abstrata e comum do homem. A todos é necessária; ao rico e ao indigente; ao operário e ao patrão; ao médico e ao sacerdote; ao comerciante e ao advogado; ao Juiz e ao industrial; ao soldado e ao agricultor; aos governados e aos governantes. O direito de locomoção é uma condição *sine qua non* do exercício de uma infinidade de direitos. Usa o homem da sua liberdade de locomoção para cuidar da sua saúde, para trabalhar, para fazer seus negócios, para se desenvolver científica, artística e religiosamente.²⁸¹

Nessa linha de raciocínio, a ordem de *habeas corpus* haveria de ser concedida sempre que a liberdade de locomoção, entendida como condição instrumental de fruição de outros direitos, fosse em alguma medida ofendida. Dessa forma, por exemplo, se um grupo religioso fosse impedido pela polícia de celebrar um determinado culto em praça pública, o *habeas corpus* deveria ser concedido não para proteger um possível direito à liberdade religiosa, mas, antes, para proteger o direito físico de poder ir e permanecer na praça pública. Neste ponto, parece-nos lógico que, ainda que a tese de Pedro Lessa preservasse a essência doutrinária do

²⁸¹ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário* (1915). Brasília: Senado Federal, 2003; p. 286-287.

instituto do *habeas corpus*, ela também terminou por permitir que, de maneira oblíqua, tal instrumento fosse utilizado, na prática, em medida semelhante àquela defendida por Rui Barbosa. Afinal, ainda que por outros fundamentos, acabava-se protegendo um direito para além da mera liberdade física. Nesse sentido, Pedro Lessa explicava que:

pouco importa a espécie de direitos que o paciente precisa ou deseja exercer. Seja-lhe necessária a liberdade de locomoção para pôr em prática um direito de ordem civil, comercial, constitucional ou administrativa, deve-lhe ser concedido o *habeas corpus*, sob a cláusula de juridicamente indiscutível este último direito. (...) Que juiz digno desse nome, indeferiria o pedido de *habeas corpus* em favor do cidadão que, estando no gozo de seus direitos políticos, não pudesse chegar até a mesa eleitoral, porque lho vedasse a violência de qualquer esbirro, ou de qualquer autoridade energúmena?²⁸²

Dessa forma, o *habeas corpus* seria, para Pedro Lessa, o meio idôneo não para tutelar exatamente o direito político dos intendentos eleitos, mas sim o direito físico deste a entrar e permanecer dentro da Casa Legislativa; afinal, “o fato de se tratar de cidadãos que pretendem exercer uma função política, e para isso pedem esta ordem de *habeas corpus*, não é motivo jurídico para se julgar incabível o *habeas corpus*”.²⁸³ Assim, ainda que sob protesto de parte minoritária dos ministros, o Supremo Tribunal Federal conheceu do *habeas corpus*. Em seguida, já em sede de mérito, a questão analisada pela Corte cingiu-se a saber se seria constitucional o decreto do Poder Executivo que, sob o fundamento da existência de “motivo de força maior”, autorizara a dissolução do Conselho Municipal do Distrito Federal. De acordo com o raciocínio construído por Pedro Lessa, a resposta seria negativa:

o fato de pertencerem os intendentos eleitos a dois partidos opostos, com ideias e interesses contrários, longe de ser um caso de força maior, é o que pode haver de mais natural e, por conseguinte, de mais previsível, nos países sujeitos a um regime democrático (...) [Ademais,] afigura-se manifesta a incompetência do presidente da República para expedir o decreto de 4 de janeiro do corrente ano. [...] Em negócios peculiares aos estados é lícito ao governo federal intervir em casos muito estritos, porque assim estatui o artigo 6º da Constituição. Mas, em negócios particulares aos municípios, qual é o artigo da Constituição que permite a ingerência do poder federal?²⁸⁴

Ato contínuo, afastada a objeção de que se trataria de discussão afeta aos limites discricionários do poder político, Pedro Lessa concluiu que caberia ao Poder Judiciário intervir em espécie a fim de preservar as liberdades e garantias individuais eventualmente molestadas pelo Poder Público. Dessa forma, encampando a tese de Pedro Lessa, o plenário do Supremo

²⁸² Idem; p. 286-287.

²⁸³ Ibidem; p. 282.

²⁸⁴ Ibidem; p. 308-310.

Tribunal Federal acabou por reconhecer “que os pacientes são membros do Conselho Municipal do Distrito Federal legalmente investidos de suas funções e [que] com razão receiam que lhes seja tolhido o ingresso no edifício do Conselho”, concedendo assim a ordem de *habeas corpus* para que os impetrantes pudessem entrar no já citado prédio e, enfim, exercer suas funções até o fim do mandato.²⁸⁵

O então presidente da República, Hermes da Fonseca, no entanto, recusou cumprimento à ordem insculpida no acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, dirigindo mensagem ao Congresso Nacional com o nítido intuito de censurar e reprovar a atuação da Corte, tal qual lembrado por Hermes da Fonseca em posterior missiva enviada ao Parlamento:

[...] ao assumir o Governo, encontrei esta Capital em situação anormalíssima, privada do seu poder Legislativo, visto como o meu antecessor, diante de uma situação de fato que implicava na impossibilidade material e legal da constituição do Conselho Municipal, aplicou-se o remédio contido no art. 3º da lei de 29 de dezembro de 1902, entregando o Governo do Município ao prefeito do Distrito, providência para um estado anômalo, produzido pela não formação do Conselho, solução contida na lei e posta em ação pelo Decreto do Executivo. (...) Resolvi, em obediência ao próprio espírito da lei orgânica do Município e como corolário do ato do meu digno antecessor, designar dia para se proceder à eleição do Conselho deste Distrito, cujos interesses políticos e administrativos estavam sendo grandemente prejudicados pela procrastinação de uma anormalidade que não se justificava. Contra o meu ato revoltaram-se pretendidos intendentess municipais, recorrendo ao Supremo Tribunal a quem pediram, sob o falso amparo de um mandato de *habeas corpus*, a anulação do decreto do poder Executivo. Em longa e fundamentada mensagem, que a 22 de fevereiro vos dirigi, expus com lealdade e franqueza as razões por que julguei do meu dever não dar cumprimento ao ato emanado do poder Judiciário.²⁸⁶

Na sessão seguinte ao envio da mensagem ao Congresso Nacional, o ministro Pedro Lessa sentiu-se, então, impingido a tecer algumas considerações que, por sua importância histórica, se reproduz a seguir em termos:

Não me surpreendeu, nem me causou a menor estranheza, o ato pelo qual o presidente da República manifestou a resolução de desacatar o acórdão deste Tribunal, que concedeu a ordem de *habeas corpus* impetrada em favor dos intendentess municipais do Distrito Federal. A muitos dos meus ilustres colegas, neste recinto e fora dele, havia eu comunicado mais de uma vez a profunda convicção, que sempre nutri, de que não seria respeitada a decisão proferida em favor dos membros do Conselho Municipal, assim como respeitada não seria qualquer outra sentença, igualmente justa, desde que contrariasse os interesses políticos dominantes.²⁸⁷

²⁸⁵ Ibidem; p. 283.

²⁸⁶ BRASIL. *Mensagem apresentada ao Congresso Nacional na abertura da 3ª sessão da 7ª legislatura pelo presidente a República Marechal Hermes Rodrigues da Fonseca*. Rio de Janeiro: 1911; p. 8-9.

²⁸⁷ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário* (1915). Brasília: Senado Federal, 2003; p. 283-284.

De fato, a conturbada situação política da Primeira República se agravou com o governo Hermes da Fonseca, o que estremeceu ainda mais as relações entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, bem como elevou a temperatura dos debates a propósito da atuação da Justiça em questões tidas como políticas.²⁸⁸ Nesse sentido, na esteira do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no já citado *habeas corpus* nº 2.990, exemplar é o resultado do julgamento do *habeas corpus* nº 2.984.

Nesse caso, deputados da Assembleia Estadual do Rio de Janeiro, com sede em Niterói, impetraram *habeas corpus* junto ao Supremo Tribunal Federal sob o fundamento de que, com a decretação de estado de sítio pelo presidente Hermes da Fonseca, teriam sido impedidos, por parte da força pública nacional, de ingressar no edifício da Assembleia para a realização de sessão especial, no dia 31 de dezembro, para dar posse ao novo presidente eleito do Estado, Manoel Edwiges de Queiroz Vieira. Em sua defesa, sustentava a autoridade coatora que “ao Tribunal faltava competência para conhecer dele por se tratar de questão política”, a ser resolvida, portanto, nas instituições representativas competentes para tanto. A este respeito, porém, o acórdão consignou que:

Certamente aceitável, se não essencial ao regime da separação e independência dos poderes públicos, como é, a doutrina de que as questões *essencialmente políticas*, escapam à competência do Judiciário e devem ficar ao critério dos poderes políticos, a dizer, o Legislativo e o Executivo, respectivamente; isso não obstante, competindo, concorrentemente e como função indiscutível do judiciário, amparar os direitos individuais, garantir o seu exercício e fazer reparar qualquer lesão de tais direitos; se torna, não raro, assaz difícil bem distinguir até onde se possa deixar livre a ação dos poderes políticos em dados assuntos, sem o sacrifício dos direitos individuais, que ao Judiciário cumpre, privativamente, amparar. E daí sucede que, a despeito da verdade da aludida doutrina, na prática da jurisprudência a incompetência do Judiciário, nas matérias políticas, só tem sido de regra, quando o caso sujeito é, pela sua natureza e objeto, da atribuição exclusiva de dado poder político, nos termos expressos da Constituição.²⁸⁹

Ainda neste acórdão, ao conceder a ordem impetrada, o ministro relator procedeu à leitura de um verdadeiro inventário de casos semelhantes nos quais o Supremo Tribunal Federal reconheceu sua competência para processar e julgar demandas de natureza dita política, especialmente ao longo da primeira década do século XX:

²⁸⁸ Em seus *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*, publicada em 1918, Carlos Maximiliano admite expressamente que, “no Brasil, os atritos mais sérios [entre o Supremo Tribunal Federal e os poderes Executivo e Legislativo] ocorreram nas presidências dos marechais Floriano Peixoto e Hermes da Fonseca”. In: MAXIMILIANO; *Op. Cit.*; p. 593.

²⁸⁹ STF, *HC n. 2.984*, Rel. Min. Amaro Cavalcanti, julgado em 4 de janeiro de 1911. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=STFdeScricaoHC2984>

Para não citar senão casos recentes, o Supremo Tribunal, a despeito da natureza política das espécies sujeitas, se tem declarado competente para conhecer de pedidos de *habeas corpus*, entre outros, nomeadamente dos seguintes: - dos *habeas corpus*, sob números diversos, em acórdãos de 27 de março de 1907, precisamente tendo por objeto a apuração da eleição e reconhecimento do governador do Estado da Bahia, e sendo requerentes diversos senadores e deputados daquele Estado; - e de três *habeas corpus* requeridos em favor dos membros do Conselho Municipal desta Capital, para o fim de poderem eles funcionar, como o poder verificador dos intendentos eleitos, perante a mesa legítima do dito Conselho, os quais foram decididos pelos acórdãos de nº. 2.793, 2.794 e 2.797, em dezembro do ano de 1909; - do *habeas corpus* de n. 2.905 e acórdão de 15 de julho de 1910, em favor de vários indivíduos que, se dizendo diplomados como deputados do Estado do Rio de Janeiro, pediam, justamente, a ordem de *habeas corpus* para se reunirem em sessões preparatórias a fim de procederem à apuração da eleição e reconhecimento de seus poderes; - do *habeas corpus*, sob n. 2.950, de 15 de outubro último, concedido em favor do governador do Estado do Amazonas, que havia sido deposto do cargo pelas forças federais da União e, em consequência, achando-se, empossado do dito cargo o respectivo vice-governador do Estado, etc.²⁹⁰

No entanto, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – que, nestes julgamentos, adotou em grande medida a teoria construída por Pedro Lessa a respeito das hipóteses de concessão do *habeas corpus* – sujeitaram-se a muitas críticas. Uma das mais contundentes veio da pena de Carlos Maximiliano²⁹¹, que, ao analisar a jurisprudência da Corte em casos tais, observou que:

os próprios impetrantes reconhecem a iniquidade, tanto que disfarçam o expediente político debaixo das roupagens de garantia de liberdade de locomoção: requerem que se lhes assegure a faculdade de entrar no edifício da assembleia regional da assembleia regional, conselho municipal ou governo de Estado, e ali exercer as suas funções (de legislador ou de administrador). Está na segunda parte a esperteza; não cogitam de ressaltar a liberdade indiscutível, e sim, de empolgar, de surpresa, um direito em litígio, uma posição contestada e, às vezes até, legalmente perdida.²⁹²

²⁹⁰ Idem.

²⁹¹ Frequentemente tido como o “príncipe dos hermeneutas pátrios”, Carlos Maximiliano Pereira dos Santos (1873-1960) foi um dos juristas de mais intensa atividade política e intelectual durante a Primeira República. Ingressou na política sendo eleito Deputado ao Congresso Nacional nas legislaturas de 1911-1914 e 1919-1923, pelo Estado do Rio Grande do Sul. Convidado pelo presidente Wenceslau Braz Pereira Gomes para auxiliar seu governo, iniciado em 15 de novembro de 1914, aceitou a pasta da Justiça e Negócios Interiores sendo nomeado na referida data, participando da promulgação do Código Civil de Clovis Bevilacqua. Em 1932, foi nomeado Consultor-Geral da República e, em seguida, Consultor Jurídico do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Ato contínuo foi alçado ao cargo de Procurador-Geral da República para o biênio 1934/1936. Convidado por Getúlio Vargas, exerceu, ainda, a função de ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1936 e 1941. De sua produção intelectual, destacam-se seus “Comentários à Constituição Brasileira de 1891”, de 1918, e a já mencionada obra “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, 1925, ainda hoje constantemente reeditada. A propósito, cf.: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Memória jurisprudencial: Ministro Carlos Maximiliano*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.

²⁹² MAXIMILIANO, *Op. Cit.*; p. 737.

Neste mesmo sentido, o ministro Epitácio Pessoa, prolator de voto vencido nos julgamentos de *habeas corpus* em questão de “dualidade de assembleias”, também censurava a atuação de alguns de seus colegas. Em suas palavras,

os requerentes não são portadores de títulos incontestados; pelo contrário, há muitos meses não fazem os seus adversários outra coisa senão contestar-lhes esses títulos. Também não o são de diplomas definitivamente reconhecidos como válidos e legítimos, porque em condições idênticas estão os dos seus antagonistas, reconhecidos também como únicos verdadeiros pela sua assembleia, de onde se vê que o reconhecimento definitivo ainda está por fazer e depende de uma autoridade estranha e superior, que declare desses 90 diplomas quais são os 45 regularmente proclamados como legítimos e válidos. Em tais condições, como intervir com o remédio de *habeas corpus* em favor desses representantes de poderes políticos? A conceder o *habeas corpus* com tal fundamento aos requerentes, teria o Tribunal de concedê-lo igualmente à parcialidade oposta; então chegaríamos ao absurdo de se garantir a liberdade individual de 90 cidadãos para o exercício de um direito que a lei confere somente a 45!²⁹³

Assim, também entre os juristas e doutrinadores brasileiros, a defesa da ampliação das hipóteses de concessão de *habeas corpus* com o desiderato de salvaguardar direitos políticos jamais conquistou apoio unânime. Mesmo entre os ministros da Suprema Corte, tal interpretação jamais restou pacificada, o que, em grande medida, explica a existência de acórdãos, a um só tempo, favoráveis e desfavoráveis à nova roupagem emprestada ao *writ* em questão.

Figura de destaque da corrente “tradicionalista” que negava ao *habeas corpus* a amplitude por muitos enxergada na Carta de 1891 foi o já mencionado ministro Carlos Maximiliano. Em livro publicado em 1918, ele não poupou críticas à nova roupagem conferida ao *habeas corpus*, especialmente na segunda década do século XX. Adjetivando-a de “hipertrofia anormal transitória”, consignou que:

aberração lamentável manifestou-se depois de 1910. Alguns juízes singulares e a maioria do Supremo Tribunal passaram a considerar o *habeas corpus* como garantia de direitos em geral (...) aplicando-o para resolver questões políticas, em casos de dualidades de governadores, de assembleias regionais e de conselhos municipais, inutilizar processos de *impeachment*, restituir aos cargos funcionários exonerados, e assim por diante. (...) Ontem, como hoje, o *habeas corpus* tem figurado sempre em códigos, leis avulsas e livros de doutrina sobre processo criminal; nunca em se tratando de direitos civis, e muito menos políticos, acaso violados.²⁹⁴

²⁹³ STF, *HC n. 2.984*, Rel. Min. Amaro Cavalcanti, julgado em 4 de janeiro de 1911. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=STFdeScricaoHC2984>

²⁹⁴ MAXIMILIANO, *Op. Cit.*; p. 743.

Defendendo a tese de que não havia nenhuma diferença essencial entre o *writ* dos tempos do Império e o da República, Carlos Maximiliano defendia que uma ordem de caráter transitória como o *habeas corpus* não poderia ser um meio idôneo a restabelecer todo e qualquer direito violado, visto que “não restabelece direitos contestados; restitui apenas a liberdade ao coagido, sem prejuízo de um processo regular”.²⁹⁵ Ao fim e ao cabo, afigurava-se-lhe inadmissível a substituição da ação e do processo ordinário pelo procedimento do *habeas corpus* em casos nos quais o direito líquido e certo do coagido à liberdade física não estivesse presente. Seguindo seu raciocínio, “existindo a dualidade de interessados, faz-se necessária a existência de um processo contencioso, a ação e a contestação, a prova e a contraprova”, o que pela própria natureza célere do *habeas corpus* não poderia ser respeitado.²⁹⁶

Nas palavras do ministro João Barbalho Cavalcanti, o *habeas corpus* franquearia “aos pacientes ou ameaçados de violência ou coação por ilegalidade, um meio simples, expedito e pronto de submeter o caso à autoridade judiciária, que dele se informa e resolve de plano”.²⁹⁷ De fato, o processamento dos pedidos de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, regulado por seu Regimento Interno, faz prova da celeridade atribuída ao *writ*. De acordo com seu artigo 116, recebida a petição, caberia ao Presidente do Tribunal, verificando se a peça cumpre todos os requisitos legais, exigir a distribuição do pedido ao ministro relator que, de acordo com os parágrafos deste mesmo artigo, teria vista dos autos e apresentaria sua posição aos demais ministros na mesma sessão em que os recebera. Discutida a questão, em caso de concessão da ordem, caberia ao secretário do Tribunal escrevê-la. Uma vez assinada pelo presidente, seria, então, “dirigida sem demora, por ofício ou telegrama, ao detentor carcereiro ou outra pessoa, de quem provenha ou se receie o constrangimento”.²⁹⁸

Assim, ao conceder uma ordem de *habeas corpus*, a autoridade judiciária decidiria de plano, isto é, imediatamente, não abrindo prazo, em regra, para que a autoridade coatora contraditasse a versão apresentada em juízo pelo impetrante e, de tal forma, restaria flagrante, para Carlos Maximiliano, o desrespeito “ao mais sagrado dos direitos, o antiquíssimo e universal direito de defesa”.²⁹⁹ Afinal, em questões políticas como algumas enfrentadas pelo

²⁹⁵ Idem; p. 736.

²⁹⁶ Ibidem; p. 737.

²⁹⁷ CAVALCANTI, João. *Constituição Federal Brasileira de 1891 comentada* (1903). Brasília: Senado Federal, 2005; p. 328.

²⁹⁸ BRASIL. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal* (1909), artigo 116, § 4º.

²⁹⁹ MAXIMILIANO, *Op. Cit.*; p. 737.

plenário do Supremo Tribunal Federal, natural a existência de interesses em litígio, em conflito – e que, como tal, reclamariam uma análise mais detalhada por parte da autoridade judiciária.

Em *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, obra publicada já em 1924, Carlos Maximiliano voltou a criticar, ainda que subliminarmente, a interpretação *lata* do artigo 72, § 22, da Constituição de 1891. Ao salientar a importância fundamental do estudo da História do Direito para o trabalho hermenêutico dos juristas, escreveu que “o Direito não se inventa; é um produto lento da evolução, adaptado ao meio”. Assim, consistiria “o Direito atual em reproduções, ora integrais, ora ligeiramente modificadas, de preceitos preexistentes”, sendo a lei positivada apenas “o último elo de uma cadeia, como um fato intelectual e moral, cuja origem nos fará conhecer melhor seu espírito e alcance”. Ato contínuo, “disposições antigas consolidadas ou simplesmente aproveitadas em novo texto, conservam a exegese do original”, pouco importando que não se reproduzam as palavras: “basta que fique a essência, o conteúdo do pensamento originário”.³⁰⁰ Assim, a ausência de referência por parte do legislador constituinte à liberdade física e corporal não seria razão suficiente capaz de justificar a nova interpretação do antigo *writ* inglês. Afinal,

o confronto de disposições vigentes com outras anteriores, paralelas ou análogas, não só evidencia a continuidade, embora progressiva, de ideias e teorias pré-existentes, como também prova que essa perpetuação relativa é a regra; o contraste, a mudança radical aparecem como exceções. Eis porque no passado se encontram ensinamentos para compreender o presente e prever o futuro.³⁰¹

Ainda que Carlos Maximiliano reconhecesse que cumpriria ao hermenêuta “não se aferrar em demasia ao passado e interpretar o Direito moderno pelo antigo”, o perigo representado pelo “salto nas trevas, o excesso de modernidade e o abandono da tradição” consubstanciar-se-ia o grande mal decorrente do “repúdio sistemático do passado”.³⁰² Procurando mostrar o erro do adágio de que disposições claras não comportam interpretação – *in claris cessat interpretatio* –, Maximiliano escreve que, obscura ou clara a norma, o que lhe empresta sentido é a interpretação, “o desdobrar da fórmula no tempo e no espaço”, e que, portanto, deve-se, “sobretudo se jogar com o elemento histórico, o sistemático e os valores jurídicos-sociais”.³⁰³ Desta forma, interpretar o artigo 72, § 22, da Constituição de 1891 com “demasiado apego à letra dos dispositivos”, sem se atentar para a essência doutrinária do *habeas*

³⁰⁰ Idem; p. 137-138.

³⁰¹ Ibidem; p. 140.

³⁰² Ibidem.

³⁰³ Ibidem; p. 37.

corpus e para as demais disposições legais a seu respeito, consistiria uma verdade arbitrariedade hermenêutica.

A par das críticas, em acórdão lavrado pelo ministro Enéas Galvão, em 16 de dezembro de 1914, firmou-se, no Supremo Tribunal Federal, de maneira sucinta e direta, os fundamentos essenciais do instrumento do *habeas corpus*, já devidamente interpretado à luz da Constituição de 1891. Neste, decidiu-se que:

as expressões do texto constitucional relativas à *habeas corpus*, mais amplas que as empregadas na lei ordinária para definir a garantia de liberdade individual, compreendem quaisquer coações, e não somente a violência do encarceramento ou do só estorvo à faculdade de ir e vir. (...) [Assim,] não se limita a impedir a prisão injusta e assegurar a livre locomoção; é meio judicial idôneo para amparar a liberdade individual no exercício de direitos (...) cujo desempenho se caracteriza por uma atividade moral, puramente abstrata, sem necessidade de ir e vir.³⁰⁴

Em suma, presente se faz a ideia de que o rol de direitos e garantias individuais (inclusive políticos) prometidos pela Constituição republicana de 1891 não se fez acompanhar pela criação legislativa de meios idôneos para a tutela destes – lacuna a qual se buscou preencher a partir do uso do *habeas corpus*. Mais adiante, em clara demonstração de renovação da jurisprudência pátria no que concerne à aplicação das leis positivadas, o mesmo Ministro Galvão defendeu com veemência a tese de que “o *habeas corpus* evoluiu com as necessidades do meio social e político, não se preocupando mais o Supremo Tribunal Federal com a sobrevivência da locução latina em nossas leis, mas com o espírito do direito novo a dominar os fenômenos da ordem jurídica”.³⁰⁵

Posteriormente, em meados da década de 1920, estabilizou-se certo consenso no sentido de que o uso, pelo Supremo Tribunal Federal, do “heroico *writ* anglo-saxão”, epíteto pelo qual o *habeas corpus* era amplamente conhecido, havia extrapolado os limites recomendados pela boa técnica processual e, em pouco tempo, multiplicaram-se os casos de concessão da ordem para fins os mais diversos. Tanto é que, na revisão constitucional de 3 de setembro de 1926, preocupou-se o legislador constituinte derivado em restringir novamente as hipóteses de concessão da ordem, ao instituir nova redação ao § 22 do art. 72 da Constituição de 1891. Doravante, a Constituição passava a dispor que “dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento

³⁰⁴ COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal* (Vol. 1). Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1964; p. 38.

³⁰⁵ Idem.

ilegal em sua liberdade de locomoção”.³⁰⁶ Desta forma, criou-se uma lacuna jurídica que só veio a ser preenchida pela Constituição de 1934, na qual se previu, no inciso XXXIII de seu art. 113, a existência do Mandado de Segurança, a ser concedido “para defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”.³⁰⁷

No entanto, Oliveira Viana, ideólogo do Estado Novo de Getúlio Vargas, que nem mesmo em um profundo esforço de hermenêutica conceitual poderia ser considerado um pensador liberal, reconheceu que, ainda que alguns acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal na Primeira República tenham exorbitado as “raias da conveniência”, as discussões em torno do *habeas corpus* deveriam ser entendidas como uma resposta as necessidades sentidas pela sociedade brasileira em uma fase de profunda conturbação da vida nacional. Em seu objetivo de deslegitimar o regime republicano anterior à Getúlio Vargas, escreveu Oliveira Viana que, durante o período de vigência da Constituição de 1891, as liberdades civis apenas não teriam desaparecido por completo :

unicamente por causa da aplicação extensiva do *habeas corpus*, de sua ampliação providencial, inspirada em Rui Barbosa e na jurisprudência do Supremo – sem embargo da exegese estrita que lhe dava Pedro Lessa. A descentralização republicana, com efeito, estadualizando a magistratura e criando as oligarquias, representou indiscutivelmente um passo atrás, um verdadeiro regresso nesse sistema de garantias das liberdades privadas, que o Império estivera lentamente organizando. Com a descentralização integral operada pela Constituição de 1891, as liberdades foram novamente postas sob a ameaça daquelas paixões do mal a que aludia Rui. Ressurgiram então dos seus túmulos do período colonial os antigos ‘almotacés, juizes ordinários e capitães-mores’ – sob os modernos avatares do ‘juiz nosso’ e do ‘delegado nosso’, que se constituíam nessa quadra, como outrora aqueles, nas fontes mais fecundas dos atentados contra a liberdade civil do povo-massa.³⁰⁸

Também Pontes de Miranda observou, em edição posterior de sua obra *História e Prática do Habeas Corpus*, publicada em 1955, que os inconvenientes da tese inicialmente suscitada por Rui Barbosa e, posteriormente, difundida em nossos tribunais, não valiam as reais e efetivas vantagens reais trazidas à concepção de liberdade civil no Brasil pela interpretação do *habeas corpus* formulada nos albores do século XX. Em suas palavras,

verdade é que se abusou do pedido de *habeas corpus* para exercício de direitos. Mas as constantes petições apresentadas aos juizes e tribunais traziam consigo a real

³⁰⁶ BRASIL. *Emenda à Constituição de 1891*, de 3 de setembro de 1926.

³⁰⁷ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934.

³⁰⁸ VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999; p. 494.

vantagem de suscitar e precisar a doutrina, que não foi, no Brasil, a obra de um indivíduo, nem de um grupo deles, mas do esforço coletivo de toda a cultura do país.³⁰⁹

Com efeito, a partir da análise dos julgamentos de *habeas corpus*, cujas hipóteses de incidência foram ampliadas por parte da literatura jurídica da época e por alguns ministros do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que a questão dos limites da atuação da Justiça e da correta distinção entre as esferas do jurídico e do político tornou-se um problema real e de premente resolução. Mas isso não diz tudo. Percebe-se que, ao fim e ao cabo, para além do debate do que viria a ser uma questão política e, pois, estranha à atividade jurisdicional, o que se estava a discutir era a delimitação da posição do próprio Supremo Tribunal Federal na arquitetura institucional do novo regime, seu papel e suas competências. Em outras palavras, cumpria aos juristas e políticos da época a árdua tarefa de investigar uma questão central ao funcionamento das instituições republicanas, a de sua legitimidade. E foi imerso neste contexto de incertezas institucionais que os debates em torno do *habeas corpus* devem ser compreendidos: como um processo que se fez resposta, dentro do que permitia o arcabouço jurídico da época, para as situações que reclamavam alguma resposta judicial.

Nesse ambiente, especialmente porque, como visto, a questão atinente aos limites de atuação do Poder Judiciário, mesmo reforçada a partir da recepção do *judicial review*, não fora debatida com profundidade no Congresso Constituinte, foi na lida forense – especialmente nos julgamentos de pedidos de *habeas corpus* – que o Supremo Tribunal Federal foi testando os limites de sua atuação. Justamente por isso, a análise dos vívidos debates provocados pela atuação de seus ministros se revela fundamental à compreensão do cenário jurídico da Primeira República e da construção do *locus* institucional no Tribunal republicano. E é justamente esse o objeto de análise do item a seguir.

³⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, *Op. Cit.*; p. 191. Em sentido semelhante, mais recentemente escreveu a historiadora Gladys Sabina Ribeiro que “o remédio jurídico do *habeas corpus* representava uma peça fundamental do projeto de democracia forjado pelos idealizadores da *res publica*”: “A República era vista como local onde se respeitava a Constituição e se cultuavam as liberdades em altar sagrado. A Justiça Federal e o Supremo Tribunal Federal se constituíram em uma espécie de braço direito da defesa das liberdades e de alargamento dos direitos através de algumas de suas decisões, sobretudo no que concernia às sentenças de *habeas corpus*. Através dele defendiam-se posições políticas próprias e direitos inerentes à cidadania. (...) [Consequentemente,] o Judiciário ganhou gradualmente força e poder político, tornando-se, na República, árbitro dos poderes e lugar por excelência de defesa dos direitos dos cidadãos. Aproximavam-se, em contrapartida, da concepção de direitos do cidadão como direitos da pessoa, direitos novos e tradicionais, direitos existentes, mas também conquistados no tempo e ao longo da história e que com tal deveriam ser garantidos pelo Estado constitucional, que se pretendia, àquela altura, ainda ser democrático”. In: RIBEIRO, Gladys Sabina. *Cidadania e luta por direitos na Primeira República: analisando processos da Justiça Federal e do Supremo Tribunal Federal*. In: Revista Tempo, Niterói, v. 13, n. 26, 2009; p. 115-116.

3.2 A construção de um *locus* institucional para o Tribunal republicano: a recepção do *judicial review* e a querela das “questões políticas”

No contexto dos primeiros anos da atuação judicante do Supremo Tribunal Federal, questão debatida à exaustão no novo regime, tanto em sede jurisprudencial, quanto na doutrina jurídica da época, foi a definição dos limites da atuação da Justiça e, mais especificamente, do real papel a ser exercido pelo recém-instituído Supremo Tribunal Federal. Especialmente porque, longe de se caracterizar como uma Corte inerte aos conflitos políticos, o Supremo Tribunal Federal acabou por participar de maneira ativa da vida política nacional, funcionando, nos termos empregados pela historiadora Emília Viotti da Costa, “como uma caixa de ressonância que registra os ritmos agitados da história nacional”. Nesse cenário, “sendo inevitavelmente levado a participar das lutas políticas que se travam à sua volta e sofrendo suas consequências, o Supremo Tribunal Federal foi, ao mesmo tempo, agente e paciente dessa história”.³¹⁰

Nesse ambiente, poucas obras delimitaram tão bem a questão posta a respeito dos limites de atuação do Poder Judiciário em questões políticas no final do século XIX como o livro *Regime Federativo e República Brasileira*, escrito por Amaro Cavalcanti e publicado em 1899, no aniversário de dez anos da Proclamação da República.

Eleito senador em 1890, Amaro Cavalcanti participou do Congresso Constituinte de 1890/1891, tendo sido nomeado ministro do Interior em 1897 e consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores entre 1905 e 1906, antes de assumir assento como ministro do Supremo Tribunal Federal, cadeira que ocupou até a sua aposentadoria em 1915. Incomodado com os rumos assumidos pelo novo regime em sua primeira década de existência, seu *Regime Federativo e República Brasileira* representaria, em suas palavras, uma tentativa de expor a “organização da República Federativa Brasileira na sua estrutura geral” para, após analisar “as práticas gerais e especiais do seu funcionamento no decênio decorrido”, “aquilatar os erros e abusos que, porventura, já tenhamos cometido sob a bandeira da Federação”. Assim, considerando a experiência acumulada em seus anos de vida pública e a sua pretensão de fornecer os caminhos institucionais para o bom funcionamento do novo regime tomando por base “os princípios e os precedentes de outras Uniões federativas existentes”, o quadro delineado por Amaro Cavalcanti sobre como deveria se dar a atuação do Poder Judiciária em

³¹⁰ COSTA, Emília Viotti da. *Op. Cit.*; p. 23.

uma República Federativa fornece importante indicativo de como a inteligência jurídica da época entendia a tormentosa questão dos limites da atuação judicial.³¹¹

No capítulo reservado ao “funcionamento dos poderes” da República, Amaro Cavalcanti consagra um subcapítulo ao “Poder Judiciário e suas funções”, oportunidade na qual se preocupa em delimitar “o modo e os casos em que pode se dar a *intervenção* do judiciário nos atos do legislativo (leis ou resoluções) e do executivo (decretos; regulamentos; avisos, decisões ou despachos” – atentando-se sempre para a desejada, mas nem sempre possível, harmonia entre os Poderes. Isso porque, prossegue Amaro Cavalcanti, pode vir a ocorrer que “a intervenção do Poder Judiciário acarrete a nulificação do ato executivo ou legislativo impugnado ao tempo que o autor deste venha a entender pela abusividade ou pelo equívoco da decisão judicial”. Nesses casos, complementa, pode o Poder Executivo ou Legislativo “recusar obediência ou eficácia à decisão proferida pelo judiciário”, acarretando a “desarmonia ou conflito inevitável entre os dois poderes”.³¹²

Assim, verifica-se que, para Amaro Cavalcanti, a despeito do direito conferido ao Poder Judiciário de resolver sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, também os demais Poderes estariam “obrigados a resolver, com inteira independência, acerca da constitucionalidade dos próprios atos” – o que, em última instância, poderia levar a uma crise institucional derivada do descumprimento de ordem judicial pelos demais Poderes (o que, de fato, não era incomum, como visto anteriormente) ante o não reconhecimento, à época, da prerrogativa conferida especialmente ao Supremo Tribunal Federal de deter a última palavra em matéria constitucional. Para Amaro Cavalcanti, “o poder judiciário não é superior, mas igual aos dois outros poderes do governo federal”, tendo o Poder Executivo, por exemplo, “tão bom direito para interpretar a Constituição como o judiciário”.³¹³

Ciente da dificuldade de “precisar, *a priori*, os diferentes casos em que possa ser invocada a autoridade judicial para dizer sobre a constitucionalidade de uma lei ou sobre a validade de um ato administrativo”, Amaro Cavalcanti procura estatuir “regras e preceitos segundo os quais, e *somente assim*, pudessem ter lugar as referida decisões” – entendendo a capilaridade do *judicial review* de modo restrito, cingido às hipóteses nas quais o autor do ato

³¹¹ CAVALCANTI, Amaro. *Regime Federativo e a República Brasileira* (1899). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983; p. 3.

³¹² Idem; p. 201.

³¹³ Ibidem.

impugnado tenha, de maneira clara e evidente, ultrapassado as barreiras da repartição de competências inscrita no texto constitucional.³¹⁴

De plano, ao assentar que “o *poder judiciário* pode, por *erro* ou menos reflexão, *intervir* e *decidir* sobre atos que devem estar fora da sua competência”³¹⁵, Amaro Cavalcanti escreve que “a intervenção do judiciário pressupõe sempre que os Poderes Legislativo ou Executivo obraram *fora dos limites da Constituição*”, porque, do contrário, “aquele carece de toda a competência a respeito dos casos que, porventura, lhe forem sujeitos”. Nessa toada, com base em autores norte-americanos como T. Cooley e C. Black, aponta que “*sobre questões políticas*, os tribunais não têm autoridade, devendo eles aceitar as decisões dos *departamentos políticos* do governo como conclusivas”.³¹⁶

Ainda assim, mesmo na apreciação de questões não puramente políticas ou discricionárias, deveria o Poder Judiciário primar pela “prudência” pelo bem da harmonia entre os Poderes constituídos da República. Segundo Amaro Cavalcanti, “como regra, o judiciário não deverá pronunciar-se contra a validade de uma lei, sem que isso *torne-se absolutamente necessário* para a decisão da causa”³¹⁷; igualmente, observa que “a dúvida sobre a validade constitucional de uma lei jamais será razão bastante para autorizar a declaração de sua insubsistência”.³¹⁸ Ademais, escreve que “o judiciário não pode declarar uma lei inconstitucional sob o único fundamento de que ela é *injusta e opressiva*, ou viola *direitos e garantias dos cidadãos*” e que “uma lei também não pode ser declarada inconstitucional simplesmente porque, na opinião do tribunal, ela viola um ou mais princípios fundamentais da liberdade republicana”:

A conveniência, justiça ou o intuito político da legislação, dentro dos limites da Constituição, incumbem exclusivamente ao poder legislativo, e no momento em que o judiciário se aventurasse a substituir o seu próprio juízo ao do legislador, ele excederia a autoridade que lhe é conferida, e entrava em esfera, onde seria impossível pôr limites à sua interferência, a não ser os da própria discricção. A proteção contra a legislação imprudente ou opressora, dentro dos limites constitucionais, dá-se por um apelo à justiça e patriotismo dos representantes da Nação. Se este meio falha, só o povo, em sua capacidade soberana, poderá corrigir o mal; mas os tribunais não podem arrogar-se os direitos do povo.

O judiciário pode apenas impedir a execução de uma lei, que se mostrar em conflito com a Constituição. Ainda que seja ele, em determinada espécie, o *juiz final do que a lei é ou nela se contém*, não é, todavia, por isto, o *juiz* do que a lei deveria ser. O

³¹⁴ Ibidem; p. 202-203.

³¹⁵ Ibidem; p. 201.

³¹⁶ Ibidem; p. 202.

³¹⁷ Ibidem; p. 204.

³¹⁸ Ibidem; p. 205.

judiciário não pode ditar as suas opiniões ao legislador sobre pontos de direito, da razão, ou conveniência, que as leis devam ter. A questão da validade de uma lei deve ser sempre encarada pelo lado da competência legislativa, e não, pelo da sua política, oportunidade, conveniência ou estrita justiça.³¹⁹

Assim, da leitura da obra *Regime Federativo e República Brasileira*, verifica-se que, malgrado o nítido e expreso reconhecimento da expansão dos poderes do Poder Judiciário com a República e da recepção do *judicial review* norte-americano, a principal preocupação de Amaro Cavalcante, em finais do século XIX, era evitar que o Poder Judiciário se tornasse, no novo regime, o “único poder soberano da República”.³²⁰ Justamente por isso, não se afigura correto falar aqui em ignorância com relação à jurisprudência norte-americana (suposto resquício de uma tradição imperial caduca que ainda presidiria as mentes dos juristas republicanos formados ainda sob a égide do Império), mas, antes, em um elogio à prudência dos Tribunais, entendida como peça-chave à manutenção da harmonia entre os Poderes da República, especialmente no que diz respeito à tormentosa querela da atuação judicial em “questões políticas”.

Em meio a esse profícuo contexto intelectual, assume especial relevo a publicação em 1915 de *Do Poder Judiciário*, obra de fôlego de autoria do ministro Pedro Lessa já citada anteriormente. Neste importante esforço de exegese dos dispositivos da Constituição de 1891 que tratavam da organização e das competências do Poder Judiciário, Pedro Lessa preocupou-se em investigar o que seria uma “questão política” para, em seguida, determinar os limites de atuação do Poder Judiciário. Dito de outra forma, preocupou-se o ministro do Supremo Tribunal Federal em esclarecer se e em que condições seria dado à Corte conhecer e julgar conflitos envoltos em aspectos de natureza política, seja em sua origem, seja em suas consequências.³²¹

Baseando-se nos escritos dos grandes constitucionalistas norte-americanos do século XIX, Pedro Lessa escreveu que, “segundo a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, o poder Judiciário tem competência para garantir direitos políticos, desde que haja uma disposição constitucional ou legal que regule a matéria”.³²² Partindo dessa premissa, Pedro Lessa propôs-se a responder uma questão muitas vezes

³¹⁹ Ibidem; 204-205.

³²⁰ Ibidem; p. 202.

³²¹ Nas palavras de José Reinaldo de Lima Lopes, “Lessa envolveu-se em discussões sobre o Poder Judiciário federal, tema particularmente relevante na Primeira República em vista do problema premente da estadualização da justiça e do processo. Em seu próprio *Do Poder Judiciário*, de 1915, viu-se obrigado a enfrentar na prática o espinhoso tema das ‘questões políticas’ postas diante do juiz”. In: LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *Naturalismo Jurídico no Pensamento Brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014; p. 228.

³²² LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário* (1915). Brasília: Senado Federal, 2003; p. 281.

suscitada por aqueles que não viam com bons olhos a expansão da atuação da Justiça na vida política nacional: “a que fica reduzida a regra de que a Corte Suprema não resolve questões políticas, as quais são próprias da esfera do poder Legislativo e do Executivo?”.³²³ Segundo o ministro,

fazem os mestres do direito constitucional americano uma conhecida distinção entre casos puramente políticos, exclusivamente políticos, absolutamente políticos, e casos judiciais, cuja decisão é de consequências políticas, e casos políticos que assumem uma feição judicial, uma forma de pleito subordinado a normas jurídicas. Só as questões *meramente políticas*, isto é, as que não estão sujeitas a disposições legais (...), entregues à discricção, ao poder arbitrário do Congresso e do Governo, escapam à jurisdição da Suprema Corte.³²⁴

Ainda segundo Pedro Lessa, “desde que uma questão deva ser dirimida em face de preceitos legais, temos um assunto judicial, pouco importando que as consequências de sentença proferida em litígios desta ordem sejam políticas, ou que a substância do pleito seja política”.³²⁵ Dessa forma, uma vez impetrado *habeas corpus* em face de ato ilegal ou abusivo do presidente da República capaz de violar direitos subjetivos constitucionalmente protegidos, não haveria que se cogitar a impotência judicial; afinal, ainda que política, a questão seria – antes de tudo – constitucional. Não fora por acaso, pois, nas palavras de Pedro Lessa, que a Constituição de 1891 tivesse expressamente atribuído ao Poder Judiciário a prerrogativa de “não aplicar as leis e os atos do executivo contrários à Constituição”, ainda que estes eventualmente se revelassem “reformas reputadas urgentes ou de grande utilidade por um partido político”, devendo ainda assim serem “nulificadas em virtude dessa faculdade do Tribunal”.³²⁶

A propósito da obra seminal de Pedro Lessa, o crítico literário Wilson Martins observa que:

deslocando o centro de gravidade, do Poder Executivo, para o Poder Judiciário, Pedro Lessa obedecia à doutrina tantas vezes expendida por Rui Barbosa segundo a qual estava neste último, e nomeadamente no Supremo Tribunal Federal, a chave de abóbada de todo o edifício republicano. A prova e contraprova tinham sido feitas, com contundente abundância, durante os excessos policiais de 1893, [quando Rui procurou] [...] opor o recurso jurídico do *habeas corpus* às arbitrariedades florianistas.³²⁷

³²³ Idem; p. 300.

³²⁴ Ibidem; p. 301.

³²⁵ Ibidem.

³²⁶ Ibidem.

³²⁷ MARTINS, Wilson. *História da Inteligência Brasileira*. Vol. IV: 1915-1933. São Paulo: Ed. Cultrix, 1978, p. 20.

De fato, o paralelo com as ideias de Rui Barbosa revela-se extremamente oportuno.³²⁸ A tese defendida por Pedro Lessa no sentido do reconhecimento da competência do Poder Judiciário para examinar a constitucionalidade de determinado ato normativo lesivo a direitos individuais ainda que o provimento judicial viesse a importar severos impactos políticos já era levantada por Rui Barbosa em 1893, quando do já analisado julgamento do *habeas corpus* n. 300 – o que reforça a relação ora indicada entre a assim denominada doutrina brasileira do *habeas corpus* e a recepção do *judicial review* também aplicável ao tratamento das “questões políticas”. Tanto é que, na sustentação oral proferida no plenário do Supremo Tribunal Federal quando do já citado julgamento, em 23 de abril de 1892, naquele que é considerado o primeiro *habeas corpus* sobre matéria política que se impetrou no mais alto órgão da Justiça republicana, Rui Barbosa assim se pronunciou:

Dizem: ‘Este assunto é vedado à justiça, pela natureza política das atribuições que envolvem’. Não vos enredeis em tal sofisma. Qual é a disposição constitucional, onde se ache essa exceção limitativa à vossa autoridade geral de negar execução às leis inconstitucionais do poder Executivo? Se a suspensão de garantias envolvesse unicamente interesses políticos, nesse caso sim. Com os atos de puro governo não têm que ver os tribunais. Mas aqui não. Vós, Tribunal Supremo, fostes instituído para guarda aos direitos individuais, especialmente contra os abusos políticos que esses direitos costumam perecer. Senhores juízes, a circunstância de abrigar-se em formas políticas o atentado não o subtrai ao vosso poder equilibrador, se uma liberdade ferida, negada, conculcada pelo Governo, se levanta diante de vós, exigindo reparação.³²⁹

³²⁸ A propósito da comunhão de ideias a enlaçar a atuação de Rui Barbosa e, posteriormente, de Pedro Lessa na construção do entendimento no sentido de que competiria ao Supremo Tribunal Federal, mesmo em sede de *habeas corpus*, examinar a constitucionalidade de determinada matéria política, desde de que envolvidos direitos individuais albergados na Constituição, Rubem Nogueira, escrevendo em 1968, os classifica de “duas almas gêmeas”: “Pedro Lessa e Ruy Barbosa [...] se completam na influência incomparável que ambos exerceram na construção jurisprudencial responsável pela chamada teoria brasileira do *habeas corpus*, que predominou até 1926 e veio a determinar o advento dessa formidável conquista do nosso direito positivo atual que é o mandado de segurança. O desenvolvimento dessa influência assumiu proporções monumentais no esforço de ambos, no sentido de tornar o *habeas corpus* o recurso capaz de invalidar os atos do poder público não apenas cerceadores da simples liberdade de ir e vir, mas que criassem qualquer violência ou coação ao indivíduo, interceptando-lhe, em consequência, o exercício de um direito seu. Qualquer que fosse esse direito, queria Ruy. Inclusive *direitos políticos*. Foi árdua a batalha para superar a exceção de incompetência do Supremo Tribunal Federal no reexame, mediante *habeas corpus*, de matéria *política*. Desde 1892, entretanto, já Ruy distinguia entre atos *meramente* políticos (não controláveis judicialmente) e os que, embora resultantes de funções políticas, *envolvem direitos constitucionais do indivíduo*, sujeitando-se, assim, à competência revisora dos tribunais. Em suma, proclamava ele que *a feição política do ato não furta à ação da justiça os abusos do poder*. Pedro Lessa também aceitava a exceção de incompetência quanto aos casos *meramente* políticos, mas, integrado quanto a isto no pensamento de Ruy, admitia o controle judicial do ato *político*, desde que este implicasse lesão de um direito individual. O Supremo Tribunal, para ele, era um Tribunal *político*, desde que este podia decretar a inconstitucionalidade de atos dos Poderes políticos. *Todos os fatos políticos sujeitos a normas legais, dizia, podem ser discutidos e apreciados pelo Tribunal*. Por isso mesmo, Pedro Lessa sempre concedeu *habeas corpus* para proteger direitos individuais *em pleno estado de sítio* e ainda mediante o *habeas corpus* admitia o reexame da constitucionalidade do próprio estado de sítio, a fim de verificar se a sua decretação tinha observado os pressupostos constitucionais – matéria esta por ele mesmo considerada política.” NOGUEIRA, Rubens. *Pedro Lessa e sua influência na evolução constitucional do Brasil*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Janeiro a Março de 1968; p. 15.

³²⁹ COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal (Vol. 1)*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1964; p. 19.

Dessa forma, também para Rui Barbosa, acaso verificada a violação de um direito subjetivo em decorrência da prática de um ato ilegal ou abusivo por parte do Poder Público, a Justiça seria competente para fazer cessar a lesão injustificada, ainda que esta pudesse ser classificada como uma “questão política”. Assim, valendo-se retoricamente da experiência norte-americana, Rui Barbosa procurava consagrar a competência do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade dos atos dos demais poderes. Nesse sentido, na mesma sustentação oral, Rui Barbosa prossegue afirmando que:

a magistratura que agora se instala no país graças ao regime republicano não é um instrumento cego, ou mero intérprete, na execução dos atos do poder Legislativo ou do Executivo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe, ou recusar-lhe a sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica. [...] Incomparável é, portanto, a situação dos tribunais e, sobretudo, a do Supremo Tribunal, pois os transvios dos outros dois poderes têm, na ação do Judiciário, o mais eficaz dos corretivos: a Justiça da República funciona como uma entidade oracular na declaração do direito constitucional.³³⁰

Nesse ambiente, e em um indício da importância do debate travado em 1892, Rui Barbosa – inconformado com a denegação da ordem pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* nº 300 – fez publicar um série de artigos no jornal *O Paiz*, nos quais procurou, em síntese, demonstrar o equívoco contido no reconhecimento da incompetência daquele Tribunal para apreciar o pedido, reforçando aquele que entendia ser o papel da Corte dotada do poder-dever do controle judicial de constitucionalidade em matérias que, não obstante ostentassem vestes políticas, diriam respeito à salvaguarda dos direitos individuais albergados na Constituição de 1891.³³¹

De início, ao criticar o “laconismo” e a “sobriedade” do acórdão que recusara o pedido de *habeas corpus*, Rui Barbosa escreveu, em grave tom de censura, que “não pode reputar-se fundamentada uma sentença cujos considerandos são apenas a enumeração incomprovada e nua das teses contra as quais precisamente se intentou o meio judicial”. Segundo Rui Barbosa, “habituaados ao jejum eucarístico em matéria de ideias, parece-lhes igualmente fácil esgotar o exame dos mais árduos problemas nas poucas linhas de uma local, ou nas largas páginas de um

³³⁰ BARBOSA, Rui. *Oração perante o Supremo Tribunal Federal, em 23 de abril de 1892*. In: *Pensamento e Ação de Rui Barbosa*. Senado Federal: Brasília, 2011; p. 150-151.

³³¹ Posteriormente, os artigos publicados no jornal *O Paiz*, a petição do *habeas corpus* n. 300 e a sustentação oral proferida da tribuna do Supremo Tribunal Federal foram compilados na muitíssima citada obra *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, publicada no Rio de Janeiro em 1893.

livro”.³³² Da leitura do restante das linhas publicadas, verifica-se que a estratégia de Rui Barbosa consistia justamente em desqualificar os membros do Supremo Tribunal Federal, asfixiados que teriam sido pela “pressão governativa” exercida pelo então presidente Floriano Peixoto.³³³

Na ordem de ideias construída por Rui Barbosa, o equívoco do aresto (seu *argumento achilles*) residiria na fórmula consagrada pela maioria dos ministros segundo a qual “não está na índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do poder executivo, ou legislativo”. Para Rui Barbosa, “sob esta enunciação vaga, nada mais verdadeiro que a ideia indicada nessas palavras, contanto que se entenda genericamente”; no entanto, prossegue, “arvorada em princípio formal, absoluto, inflexível, para excluir da esfera do Supremo Tribunal todas as questões, que, por qualquer face, tocarem a ação do executivo – nada mais decididamente falso”.³³⁴ Embora reconheça a autoria da sentença de que “a justiça não pode intervir em questões políticas” em autores norte-americanos como Bryce e Cooley, Rui Barbosa passa a inventariar um série de *cases* (como, por exemplo, o caso *Dread Scott*) nos quais a *Supreme Court* dos Estados Unidos da América não teria recuado “ante as questões de natureza mais inflamadamente política, desde que nelas se envolvam direitos particulares”:

Basta que a política entre n’uma questão, para que ela decaia da alçada judicial, ainda que a esta a submetam outros elementos do caso? Não. Na petição de *habeas corpus*, aduzi vários exemplos, sugeridos por Cooley, para demonstrar como só se vedam ao Supremo Tribunal os casos de natureza *exclusivamente* política.³³⁵

Assim, para Rui Barbosa, o argumento de que a decretação de estado de sítio seria ato essencialmente político cujo exame de constitucionalidade haveria de ser realizado pelo Parlamento, tal qual empregado pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal para justificar a denegação da ordem, não passaria de uma “evasiva” retórica à medida que confundiria institutos e circunstâncias diversas:

De um lado, a política do governo, declarando o estado de sítio; isto é, a responsabilidade política do governo, a cujo respeito o árbitro é o congresso. Do outro lado, a defesa dos direitos individuais, cuja guarda é o poder judiciário, quando por manifestação autêntica do governo cessaram os motivos que tornavam suspeito ou arriscado o uso desses direitos. Como confundir ideais tão essencialmente diversas?³³⁶

³³² *Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Typ. Montenegro, 58º Volume (maio a agosto de 1892); p. 546.

³³³ *Idem*; p. 502.

³³⁴ *Ibidem*; p. 409.

³³⁵ *Ibidem*; p. 410.

³³⁶ *Ibidem*; p. 422.

A resposta às críticas públicas veiculadas por Rui Barbosa não tardou aparecer pela pena do relator do acórdão atacado por Rui Barbosa nas páginas de *O Paiz*, o ministro Joaquim da Costa Barradas.³³⁷ Em uma série de artigos publicados no *Jornal do Brazil*³³⁸, o ministro Costa Barradas procurou, em suas palavras, “restaurar a autoridade contestada do julgado”, contribuindo à divulgação de um debate que, veiculado ao grande público nas páginas da imprensa da época³³⁹, permite esclarecer um pouco do vivo debate a respeito dos limites de atuação e da competência do Supremo Tribunal Federal logo em seus primeiros meses de atuação.

Logo nas primeiras linhas de seu libelo, ao observar que Rui Barbosa pôs “em confronto a estatura medíocre do acórdão do nosso Supremo Tribunal com as proposições gigantescas da sentença da Suprema Corte de Washington no caso *Marbury v. Madison*”, Costa Barradas preocupa-se em advertir o leitor de que “são mui diferentes dos nossos os estilos e as práticas dos tribunais anglo-americanos, aferrados ao culto supersticioso de longevas tradições”. Em um primeiro momento, a observação de Costa Barradas, ex-presidente da Relação do Maranhão no Império, se presta a justificar o estilo sóbrio e sucinto das decisões do Supremo Tribunal Federal – revestido de “uma forma silogística que recorda, pela precisão, os processos da escolástica” – em contraposição aos comandos sentenciais da *Supreme Court*, elaborados na forma de longos arrazoados a serem posteriormente compilados em *records* “que todos os anos são reunidos em um volume sob as vistas do tribunal e distribuídos pelos juízes da União, congresso e repartições públicas”.³⁴⁰ Em um segundo momento, porém, após justificar a tal “brevidade” do acórdão do Supremo Tribunal Federal, Costa Barradas dá um passo adiante ao assentar que “a doutrina que ele [o acórdão] encerra, e não a sua dimensão, é que devia *unicamente* merecer os reparos do ilustrado crítico”. E, assim, passa a rebater, ponto a ponto,

³³⁷ Ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1891 e 1893, Joaquim da Costa Barradas (1836-1908) formou-se bacharel pela Faculdade de Direito do Recife em 1856 e fez sua carreira na magistratura imperial, tendo sido juiz municipal, juiz de direito, desembargador da Relação do Maranhão e, já durante a República, integrou a primeira composição do Supremo Tribunal Federal. In: RODRIGUES, Lêda Boechat. *A História do Supremo Tribunal Federal*: Tomo I, 1891-1898. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1991; p. 170.

³³⁸ *Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Typ. Montenegro, 58º Volume (maio a agosto de 1892); p. 546.

³³⁹ A importância e o ineditismo do debate sobre os limites de atuação do Poder Judiciário em “questões políticas” podem ser verificados também a partir observação dos editores da revista *Direito* que, na edição n.º 58 veiculada em maio de 1892, preocuparam-se em transcrever os artigos escritos por Rui Barbosa sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* n. 300, bem como a réplica que daí se seguiu sob o seguinte fundamento: “A matéria é entre nós tão nova e de tão relevante importância que *Direito*, enfeixando e arquivando em suas páginas esses estudos, fará obre meritória dos aplausos de seus leitores”. In: *Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Typ. Montenegro, 58º Volume (maio a agosto de 1892); p. 369.

³⁴⁰ Idem; p. 546-547.

as alegações de Rui Barbosa já com relação ao cerne da questão decidida pelo Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* nº 330, a saber, o reconhecimento da incompetência do Tribunal para conhecer, antes do juízo político do Congresso, da constitucionalidade de ato do presidente da República que declarara o estado de sítio e decretara as medidas de repressão impugnadas pela impetração do *habeas corpus*.

No afã de defender a posição majoritariamente adotada pelos membros do Supremo Tribunal Federal, Costa Barradas se vale justamente do exemplo do *chief justice* John Marshall, em 1803, para afirmar que “o acórdão do Supremo Tribunal, firmando o princípio que não é da índole do poder judicial envolver-se nas funções do executivo (palavras copiadas quase textualmente de uma áurea sentença do *chief justice* Chase), não se afastou uma linha da doutrina de Marshall”.³⁴¹

Nesse ponto, ao repetir que seu raciocínio teria sido construído “conforme a teoria americana” (nítido argumento de autoridade utilizado por dez em cada dez ministros e juristas do início da República), Costa Barradas indaga retoricamente qual haveria de ser a natureza do ato de suspensão do *habeas corpus*, aqui entendida como a decretação do estado de sítio, para, em seguida, classificá-lo como “ato essencialmente político”. Justamente por isso, ao tratar da previsão constitucional do estado de sítio, observa que a Constituição republicana “confiou privativamente ao Congresso, poder político por excelência, esta excepcional atribuição” de referendar e autorizar, ainda que *a posteriori*, a decretação do estado de sítio. “Deste modo”, conclui Costa Barradas, “o ato escapa à censura dos Tribunais”.³⁴²

Mais adiante, Costa Barradas preocupa-se em responder à principal objeção levantada por Rui Barbosa de que a apreciação do fato político da decretação do estado de sítio estaria sim sob a alçada exclusiva do Poder Legislativo, mas que ao Poder Judiciário competiria resguardar os direitos dos cidadãos eventualmente atingidos pelo ato administrativo que tenha eventualmente transposto a barreira das garantias constitucionais – argumentação que, como visto, veio a ser retomada por Pedro Lessa décadas mais tarde. Nesse particular, o ministro Costa Barradas procura delimitar, de modo expresso e sem tergiversações, o raio de atuação da Justiça na ribalta da conturbada política nacional no início da República:

A objeção é especiosa; mas não é sem réplica. De que modo se podem isolar os direitos individuais do próprio ato político que os lesa e que, para poder lesá-los, foi justamente ordenado? A que ficaria reduzido senão a uma vã quimera a medida

³⁴¹ Ibidem; p. 561.

³⁴² Ibidem; p. 563.

política, se os tribunais pudessem reestabelecer, no mesmo pé em que estavam, os direitos por ela ofendidos? Se pudesse haver um tribunal tão onipotente, aí das públicas liberdades, que descansam à sombra da divisão dos poderes! Esse tribunal seria a ditadura; seria a revolução. Não pretendemos, digamo-lo de súbito, concluir que o estado de sítio é irresponsável, como, entretanto, pensam alguns publicistas. Para nós, o estado de sítio é o estado de necessidade, o estado de legítima defesa. Ele existe só pela necessidade; só pode ir até onde for a necessidade; só pode durar enquanto durar a necessidade. Se o presidente abusa do poder, declarando o sítio quando não havia necessidade, aí está o Congresso para reprova-lo, e o voto do Congresso é a responsabilidade do presidente.

[...]

Mas, pretender que os tribunais, por meio do *habeas corpus*, reconduzam ao teatro da ação, donde os afastou o braço forte do Governo por indeclinável necessidade da ordem e segurança do estado, os indivíduos, sobre quem cairão as medidas constitucionais, isso nunca foi sustentado por publicista, nem haveria tribunal que o julgasse.

Assim, assenta o ministro Costa Barradas que, “nessas condições, o poder judicial não pode interpor-se entre o presidente da República e o Congresso para conhecer de atos do primeiro, que a Constituição reservou expressamente ao segundo”.³⁴³ Tanto é que, nas últimas linhas de seu derradeiro artigo publicado em *O Paiz*, Costa Barradas conclui em resposta à Rui Barbosa ser “inútil”, em matéria de estado de sítio, “invocar em contrário a competência geral reconhecida no poder judicial para, no regime que adotamos, conhecer da inconstitucionalidade das leis ou dos atos do executivo”.³⁴⁴

Ao fim, de todo esse debate travado nas páginas dos jornais fluminenses para o deleite do público letrado da Capital, extrai-se que, embora Rui Barbosa faça parecer que aos membros do Supremo Tribunal Federal faleceria o cabedal teórico suficiente à adequada implantação do *judicial review* no Brasil, Costa Barradas se esforça em demonstrar que, ao contrário, a teoria constitucional norte-americana seria de todos conhecida e que ela própria forneceria os subsídios à construção do entendimento no sentido da incompetência da Corte para analisar a matéria em debate. A questão posta, portanto, quer dizer mais com a existência de visões distintas sobre até onde iriam, na prática, os tentáculos do Poder Judicial em matéria política, mesmo que dispondo do poder-dever do controle judicial de constitucionalidade, conforme se verificou do cotejo diacrônico de várias decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de *habeas corpus* em suas primeiras décadas de funcionamento.

Interessante observar uma vez mais que não se discute a influência norte-americana sob o desenho institucional republicano adotado pela Constituição de 1891: como visto no primeiro capítulo desta investigação, a aproximação à doutrina constitucional e às instituições norte-

³⁴³ Ibidem; p. 572.

³⁴⁴ Ibidem.

americanas parecia aos olhos dos juristas brasileiros da virada do século a chave para a modernidade republicana por estes vislumbrada. Mas isso não diz tudo: as diversas maneiras pelas quais os autores norte-americanos eram interpretados enquanto argumentos de autoridade, especialmente com relação à temática das “questões políticas”, faziam toda a diferença.

Como visto, nos primeiros do regime republicano, a temática das “questões políticas” levadas à apreciação do recém-instituído Tribunal por provocação dos jurisdicionados tornou-se comum às atividades do Supremo Tribunal Federal: dos abusos e excessos cometidos pelo Poder Executivo durante a decretação de estado de sítio, passando pela perseguição política a monarquistas, destituição de militares e demais servidores públicos de suas funções, chegando até as tormentosas lides envolvendo a dualidade de assembleias estaduais. Poucas foram as questões de direito público que impactavam gravemente o cenário político nacional sobre as quais não foi dado ao Supremo Tribunal federal se pronunciar. Nesse ambiente, as dúvidas a respeito do próprio sentido da palavra “política” se multiplicaram, com respostas ora pendendo para a adoção de uma separação radical entre o jurídico e o político (entendendo o Tribunal pela sua incompetência para julgar e processar tais questões), ora indicando posição no sentido da impossibilidade de se dissociar as ditas questões políticas da preservação, seja de garantias individuais, seja da manutenção da ordem federativa, ambas sob a tutela do Poder Judiciário – de modo que mesmo a utilização do *habeas corpus* e do controle de constitucionalidade variou ao longo desses anos de acordo com o (fluido) entendimento majoritário com relação à fixação dos limites de atuação da Justiça.

De um lado, se, desde os seus primeiros julgamentos, o Supremo Tribunal Federal, assentara a doutrina de que estariam “excluídas da apreciação do poder judicial as medidas administrativas tomadas pela autoridade competente, em virtude de faculdade ou poder discricionário que lhe haja sido conferido por lei”,³⁴⁵ de outro, definir o que na prática e nos julgamentos dos casos em concreto viria a ser um ato acobertado pelo manto da discricionariedade administrativa foi objeto de intenso debate entre os próprios ministros da Corte.

Como muito bem apontado por Maria Pia dos Santos Lima Guerra em trabalho monográfico, a adoção do controle de constitucionalidade judicial, a partir de 1891, representou, como já apontado no primeiro capítulo desta investigação, uma “novidade [...] que modificou significativamente a prática política e jurídica do país”, forçando os atores jurídicos

³⁴⁵ STF, *Ação Cível Originária nº 2*, julgada em 30 de maio de 1896. In: RODRIGUES, Lêda Boechat. *A História do Supremo Tribunal Federal*: Tomo I, 1891 – 1898. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1991; p. 145.

a responder ao direito, tendo em vista a noção de supremacia da Constituição (*Paramount Law*) subjacente ao *judicial review*,³⁴⁶ reforçando a necessidade de se estabelecer, na República, os papéis institucionais dos Poderes Executivo e Legislativo perante este novo Poder Judiciário – discussão que, se já existente no Império, tornou-se peça chave na engrenagem da política nacional desde o final do século XIX. Mesmo porque, entendida como norma fundamental e suprema, a Constituição torna-se parâmetro não apenas do direito, mas igualmente da própria política.

Com efeito, a recepção da técnica do controle de constitucionalidade nos moldes norte-americanos acabou por fornecer aos juristas brasileiros soluções argumentativas e decisórias (diversas) ao problema dos limites da atuação da Justiça em questões políticas, de modo que um mesmo aresto da *Supreme Court* era utilizado tanto para defender o alargamento das competências do Poder Judiciário quanto para permitir sua autocontenção em casos de grande impacto na cena política e social do país. Assim, mais do que apenas afirmar a influência dos textos norte-americanos na construção do desenho institucional do Judiciário republicano, vale apenas chamar atenção para a fusão de horizontes interpretativos que se deu com a cognição, por diversos membros da comunidade jurídica brasileira, dos arestos da *Supreme Court* e dos livros dos principais expoentes do constitucionalismo norte-americano.

Assim, a análise do tratamento conferido pela *intelligentsia* jurídica brasileira da virada do século XIX para o século XX ao tema das “questões políticas” nos permite verificar que a modernidade republicana traduzida na recepção de institutos do direito norte-americano, notadamente o *judicial review* não se traduziu em uma importação cega e imediata das ideias formuladas nos Estados Unidos da América. Antes, confrontou-se com a existência de problemas teóricos não resolvidos desde o Império brasileiro, sendo instrumentalizada em um momento política e institucionalmente conturbado. Nesse cenário, a questão relativa aos limites da atuação do Poder Judiciário em matérias de viés político não pôde ser resolvida pela simples positivação do *judicial review* na Carta Constitucional de 1891, no Decreto nº 848 de 1890 e, posteriormente, na Lei nº 221 de 1894, uma vez que todo um debate a respeito da definição dos limites entre o Direito e a Política ainda estava em aberto – e em pleno processo de ebulição. O fato é que, àquela altura, identificar os limites do político e do jurídico não se mostrava tarefa

³⁴⁶ “Neste momento é possível ver uma disputa pela afirmação ou não da Constituição como *paramount law*. Essa supremacia inclui a atribuição de declarar todos os atos dos demais poderes como inválidos se contrários a ela, bem como institucionalizar essa avaliação”. In: GUERRA, Maria Pia dos Santos Lima. *Anarquistas, trabalhadores, estrangeiros: a construção do constitucionalismo brasileira na Primeira República*. Dissertação de Mestrado, UnB, 2012; p. 61.

fácil – como, aliás, ainda hoje não o é. A própria análise biográfica de Rui Barbosa – o grande jurista que jamais deixou de ser político e que por diversas vezes, alimentou o desejo de eleger-se presidente da República – é, por si só, um indício notável da relação de simbiose entre a política e o direito neste período de formação do Estado republicano brasileiro.³⁴⁷

Noutro giro, os mesmos integrantes do Supremo Tribunal Federal que buscavam, expressamente, impor limites à sua própria atuação, não se furtaram a confrontar publicamente atos dos demais Poderes, em especial o Executivo, em episódios não raros de nítida fratura institucional nos primeiros anos da República.³⁴⁸

Nos dizeres da historiadora Gladys Sabina Ribeiro, durante a Primeira República, os Poderes “Executivo e Judiciário não caminhavam necessariamente na mesma direção”. Com efeito, prossegue, “sempre existiram tendências divergentes a respeito da posição autônoma do Poder Judiciário e do papel que o Supremo Tribunal Federal deveria ter na nova ordem”.³⁴⁹ No mesmo sentido, Aníbal Freire da Fonseca já observava, em sua obra *Do Poder Executivo na República Brasileira*, de 1916, que “não têm sido raras entre nós as possibilidades de conflito entre o Poder Judiciário e o Executivo”.³⁵⁰

Um exemplo paradigmático do descompasso entre as instituições executivas e judiciárias pode ser encontrado quando do julgamento perante o Supremo Tribunal Federal de um *habeas corpus* impetrado em 1898 por reservistas da Marinha que teriam sido ilegalmente detidos por seus superiores, em razão de um suposto motim. Instalada a sessão, em 2 de agosto, o ministro relator Macedo Soares concedeu a ordem, exigindo que, na sessão seguinte, os presos fossem apresentados ao plenário para que se realizasse uma acareação entre os envolvidos. Instado a se manifestar, o governo federal o fez por meio de ofício assinado pelo ministro da guerra, em 8 de agosto, em nítido tom de censura à determinação do Supremo, nos seguintes termos:

³⁴⁷ A propósito, cf.: LACOMBE, Américo Jacobina. *À sombra de Rui Barbosa*. São Paulo: Ed. Nacional, coleção brasileira (v. 365), 1978; Mangabeira, João. *Ruy, o Estadista da República*. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1960.

³⁴⁸ A propósito da tensa relação entre os Poderes Executivo e Judiciário na Primeira República a partir de uma análise das edições de *protestos*, notas públicas por meio das quais o Supremo Tribunal Federal se manifestava contra ações da Presidência da República, cf. GALVÃO, Laila Maia. *Protestos do Supremo Tribunal Federal na Primeira República: o julgamento do habeas corpus 8800 e o conflito entre os Poderes Judiciário e Executivo*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 1, jan./abr. 2015; p. 61-84.

³⁴⁹ RIBEIRO, Gladys Sabina. *Cidadania e luta por direitos na Primeira República: analisando processos da Justiça Federal e do Supremo Tribunal Federal*. In: Revista Tempo, Niterói, v. 13, n. 26, 2009; p. 17.

³⁵⁰ FONSECA, Aníbal Freire de. *Do Poder Executivo na República Brasileira*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1916; p. 156.

(...) Não é justo que aos revoltosos se reconheçam direitos superiores aos do poder legal, o privilégio de aprisionar e não ser aprisionado e de gozar de imunidades para não serem presos antes de culpa formada, apesar de estarem em permanente e contínua conspiração. O Executivo está persuadido de que o *habeas corpus* foi concedido por não constar ao Supremo Tribunal que, além de ter sido a prisão efetuada por autoridade militar, foi efetuada em caso de jurisdição restritamente militar, o que exclui a competência de autoridade civil para a concessão de *habeas corpus*, nos termos do art. 47 do decreto 848 de 1890. Espera que o Tribunal se digne atender aos motivos de ordem pública pelos quais não pode o vice-presidente da República assumir a responsabilidade de fazer comparecer na sessão de amanhã todos os prisioneiros requisitados.³⁵¹

A réplica do Tribunal, redigida pelo ministro Macedo Soares, procurou reabilitar a independência do Judiciário ante a demonstração de resistência governamental em cumprir a determinação da Suprema Corte. Textualmente, afirma-se que:

o Supremo Tribunal, que, no exercício de suas atribuições constitucionais, é tão independente quanto o presidente da República, trata convosco de igual para igual; não recebe instruções dos vossos secretários; não admite censura oficial de suas decisões e devolve ao vosso ministro o ofício, confiando que lhes façam sentir a inconveniência de seu procedimento, crendo, como creê, que não o autorizasse.³⁵²

Aqui, o que salta aos olhos é, ainda que no restrito plano da retórica,³⁵³ a disputa institucional entre os poderes constituídos provocada pela ausência de uma precisa limitação de suas funções e, reflexamente, de seus limites. De um lado, procura-se convencer que, em certas matérias, em face dos intangíveis “motivos de ordem pública”, não haveria que se suscitar a interferência dos juízes nas decisões presidenciais. De outro, busca-se, por meio de um argumento de igualdade e de independência entre os poderes, sugerir ao Poder Executivo que a este resta cumprir o ordenado pela decisão colegiada do Supremo Tribunal Federal, independente de quaisquer outras condições.

Nesse cenário, formularam-se críticas ao uso alargado dos pedidos de concessão de ordens de *habeas corpus* pelo Poder Judiciário, e em especial pelo Supremo Tribunal Federal, em um denunciado afã de se imiscuir em questões políticas que não deveriam lhe disser respeito, tal qual recuperado pela obra de Haroldo Valadão *História do Direito – Especialmente do Direito Brasileiro*, na qual o autor dá conta da utilização da expressão “Judiciário”, comumente utilizada na virada do século XIX para o século XX para se referir, em tom

³⁵¹ COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal* (Vol. 1). Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1964, p. 139.

³⁵² Idem.

³⁵³ Cf. CARVALHO, José Murilo de. *História intelectual no Brasil: a retórica como chave de leitura*. In. *Topoi Revista de História*, n. 1. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2000.

pejorativo, ao controle judicial de constitucionalidade ensaiado nos primeiros anos da República:

o grande princípio decorrente da Constituição de 1891 e da influência sobre ela do direito norte-americano, foi o do “Judiciarismo”, *de caber sempre à Justiça*, em especial ao Supremo Tribunal Federal, *a última palavra na interpretação constitucional*, e, de para tal fim, dispor o indivíduo dum recurso sumaríssimo heroico, para garantia da liberdade individual, do remédio do *habeas corpus*, rápido, efetivo, [...] mas muito *ampliado na sua aplicação*, a constituir afinal, no mundo jurídico americano, a chamada *doutrina brasileira do habeas corpus*.³⁵⁴

A bem da verdade, as acusações de que o Poder Judiciário estaria a intrometer-se desabusadamente na esfera de competências e funções dos demais Poderes constitucionalmente instituídos tornou-se recorrente. A título de exemplo, em sua obra *Princípios de Direito Constitucional Brasileiro*, publicada na segunda metade da década de 1920, Paulo Maria de Lacerda chamava atenção para aquilo que então denominou “despotismo judiciário”, assim entendido como uma:

hipertrofia perigosa, suscetível de crescer indefinidamente, de se tornar um aneurisma afetando o funcionamento do organismo inteiro do Estado e ameaçando-o de destruição. (...) [Afinal,] ele [o Poder Judiciário] mascara hipocritamente o seu arbítrio com a figura da Lei, pesa na balança do direito o seu próprio interesse, disfarça o facão torpe do tirano com a nobre espada da Justiça.³⁵⁵

Mesmo em sua narrativa elogiosa à atuação do Poder Judiciário durante a Primeira República, Geminiano da Franca recordou, já no início da década de 1930, que “contra a interferência judiciária em matéria política levantou-se grande celeuma”: “a espuma da politicagem espalhou-se em salsugem de comentários violentos contra a justiça, que se dizia querer absorver as prerrogativas dos outros poderes e, audaciosamente, implantar a ditadura judiciária”.³⁵⁶

Outro exemplo do descompasso institucional ocasionado pela ausência de consenso a propósito dos limites de atuação do Poder Judiciário em matérias políticas se deu no desenrolar do já mencionado julgamento do *habeas corpus* nº 2.990, em 31 de outubro de 1911, no qual

³⁵⁴ VALLADÃO, Haroldo. *História do direito, especialmente do direito brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1977; p. 170-171.

³⁵⁵ LACERDA, Paulo M. de. *Princípios de Direito Constitucional Brasileiro*, vol. II; p. 482 *apud* NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência: Império*, vol. I. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000; p. 61.

³⁵⁶ DA FRANCA, *Op. Cit.*; p. 60.

se decidiu pela concessão da ordem em favor do Conselho Municipal do Distrito Federal em caso de dualidade de assembleias. Neste caso, como já visto, o então presidente da República, Hermes da Fonseca, não apenas se negara a cumprir a ordem emanada pelo Supremo Tribunal Federal como enviou mensagem ao Congresso Nacional censurando expressamente a atuação do Tribunal. Esta, por sua vez, foi prontamente acatada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados que, por intermédio do Parecer nº 12/1911, redigido por Felisberto Freire, reforçou o coro da censura presidencial, nos seguintes termos:

[...] A consciência jurídica da Nação sentiu-se profundamente alarmada com a situação que assumiu o Supremo Tribunal, aquiescendo com os desejos dos interessados de pôr a solução do caso sob a sua égide. Colocado o Presidente da República em uma posição de restrição constitucional, criada pela amplitude de outro poder que exorbitou de sua esfera de ação, não tinha ele outro caminho a seguir senão negar cumprimento à ordem de *habeas corpus*. [...] O Supremo Tribunal Federal agiu como um vendaval que espalhou a tempestade da anarquia até resolver-se ou pela absorção do Presidente da República ou pelo desprestígio do maior tribunal do país; infelizmente realizou-se a segunda hipótese pela defesa intransigente e inconcussa que fez o depositário do Poder Executivo em sua autonomia constitucional. [...] O caso do Conselho era uma questão exclusivamente política em que não devia interferir o Supremo Tribunal. O Supremo Tribunal Federal perturba as boas relações com os poderes pela inconstância de suas decisões, esquecido de que a justiça, como a verdade, ou subsiste sempre idêntica e uniforme, ou então deixa de ser a expressão real do direito. [...] Trata-se de uma *questão essencialmente política*; o ato do Presidente da República é exclusivamente político.³⁵⁷

Com efeito, a ideia de que, ao “exorbitar de sua esfera de ação” e interferir em “questões essencialmente políticas”, o Supremo Tribunal Federal estaria a agir como como um “vendaval” a espalhar a “tempestade da anarquia” era corrente à época. Vale observar que, tratando justamente do caso do Conselho Municipal do Rio de Janeiro, o historiador Pedro Calmon chegou a classificar como “aberrante” a intervenção do Poder Judiciário em casos tidos como políticos por intermédio da concessão de ordens de *habeas corpus*.³⁵⁸

No contexto deste debate, a obra *Do Poder Executivo na República Brasileira* de Aníbal Freire de Fonseca, publicada em 1916, merece tratamento diferenciado, em especial no capítulo dedicado à tumultuada relação entre os Poderes Executivo e Judiciário – leia-se, seus órgãos máximos, a Presidência da República e o Supremo Tribunal Federal – nos primeiros anos da República brasileira. Nessa obra, que, segundo Wilson Martins, pode ser também entendida como uma resposta ao já referido livro *Do Poder Judiciário*, publicada no ano anterior por

³⁵⁷ *Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Typ. Montenegro, Volume 115 (setembro a dezembro de 1911); p. 525.

³⁵⁸ CALMON, Pedro. *História do Brasil* (vol. VI). Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1963; p. 2.185.

Pedro Lessa, Freire da Fonseca constrói seu raciocínio a partir da seguinte premissa: a Carta de 1891 outorgou ao órgão de cúpula do Poder Judiciário a prerrogativa de julgar as decisões judiciais que contestassem a validade de leis e atos governamentais em face da Lei Maior. Ato contínuo, “em suas relações com o Executivo, o Judiciário intervém, em espécie, para resolver sobre a validade de seus atos sempre que houver um direito lesado ou uma reintegração de normas jurídicas a reparar”. Não obstante, afigura-se-lhe “natural que essa autoridade tenha igualmente os seus limites”. Daí sua indagação: “até que ponto chega a faculdade do Executivo em respeitar as decisões dos tribunais judiciários?”.³⁵⁹

Nesse ponto, cumpre observar uma sutileza discursiva que, muito provavelmente, poderia passar despercebida em uma primeira e apressada leitura. Percebe-se que, nas palavras de Fonseca, não se perquire até que ponto é dado seria dado ao Supremo Tribunal Federal atuar, como o faz Pedro Lessa. Antes, sua fala apresenta uma inversão discursiva que não nos parece obra do mero acaso: até que ponto deve o Executivo respeitar as decisões emanadas da Justiça. Com efeito, parece-nos que, com tal inversão, pretende Freire da Fonseca *re-deslocar* o “centro de gravidade” institucional, para se empregar os termos eleitos por Wilson Martins, do Poder Judiciário de volta para o Poder Executivo, em um nítido esforço de concentrar neste a instituição máxima do novo regime republicano, tal qual nos tempos imperiais.

Aliás, em um forte indício de que a compreensão dos limites de atuação dos membros do Poder Judiciário em sede de controle judicial de constitucionalidade permaneceu em aberto a despeito da previsão constitucional contida na Constituição de 1891, é interessante observar que, desde meados da década de 1890, não foram poucos os casos nos quais se buscou a responsabilidade criminal de magistrados que deixaram de aplicar determinados dispositivos legais tidos por inconstitucionais. Em síntese, acusavam-se os magistrados nesta situação de exorbitarem os limites das funções e prerrogativas atinentes aos seus cargos. Exemplo paradigmático dessa realidade foi levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que procedeu ao seu julgamento na sessão de 10 de fevereiro de 1897.³⁶⁰

No caso em espécie, um juiz de direito da comarca de Rio Grande, Rio Grande do Sul, Alcides Mendonça Lima, ao dar início aos trabalhos da sessão do Tribunal de Júri de 28 de março de 1896 declarou que não aplicaria os artigos 65, § 1º, e 66 da Lei de Organização

³⁵⁹ FONSECA, Aníbal Freire de. *Do Poder Executivo na República Brasileira*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1916; p. 154.

³⁶⁰ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A História do Supremo Tribunal Federal: Tomo I, 1891 – 1898*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1991; p. 82.

Judiciária do Rio Grande do Sul (Lei estadual nº 10, de 16 de dezembro de 1895). Elaborados em meio ao governo positivista de Júlio de Castilhos, os artigos do diploma estadual disponham, em síntese, que as sentenças proferidas pelo Tribunal do Júri haveriam de ser tomadas pelo voto a descoberto da maioria e que os jurados não poderiam ser recusados. Ocorre que, dentro de um intervalo de apenas três dias, o então já mencionado Presidente do Estado, Júlio de Castilhos, encaminhou ofício ao Procurador Geral com a admoestação de que se promovesse, com a maior celeridade possível, a responsabilização do tal “juiz delinquente e faccioso”. Ato contínuo, foi oferecida denúncia pelo crime de prevaricação em face do magistrado que, nos termos da denúncia, teria agido movido por ódio e guiado por interesses políticos. Em julgamento proferido pelo Tribunal Superior do Rio Grande do Sul, Alcides Mendonça Lima foi condenado à pena de nove meses de suspensão de suas funções uma vez que, segundo a decisão condenatória, o magistrado se excedera no exercício de suas funções ao declarar inconstitucionais artigos que não o eram manifestamente.

Consumada a condenação, o caso foi levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal em sede de revisão criminal, por intermédio de petição redigida por Rui Barbosa e posteriormente publicada, em monografia de 146 páginas, sob o título *O Júri e a Responsabilidade Penal dos Juizes*. Nela, Rui Barbosa defendia que a defesa do magistrado rio-grandense iria muito além do caso concreto, consubstanciando-se, antes, na defesa da instituição do Júri e da independência da magistratura. Com relação a este último ponto, que interessa mais diretamente a esta investigação, Rui Barbosa procurou demonstrar que, ao se negar a aplicar um ato legislativo tido por inconstitucional, o juiz Alcides Mendonça Lima excedera regularmente as funções ínsitas ao seu cargo, oportunidade na qual procurou censurar aquilo que denominou “doutrina dos crimes de hermenêutica” por meio da qual se responsabilizaria penalmente determinado juiz “pela rebeldia de sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos”.³⁶¹

Em acórdão sucinto, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, deu provimento ao recurso para absolver o magistrado gaúcho sob o fundamento de que o fato imputado ao recorrente “não constitui excesso dos limites das funções próprias do recorrente, porquanto os juizes estaduais, assim como os federais, têm faculdade para, no exercício das suas funções, deixarem de aplicar as leis inconstitucionais”, tomando por base o artigo 59 da Constituição e o artigo 13, § 10, da Lei nº 221, de 20 de dezembro de 1894.³⁶²

³⁶¹ Idem; p. 84.

³⁶² Ibidem; p. 85.

Nesse cenário, longe de se pretender adotar o tom elogioso de Lêda Boechat Rodrigues que, ao analisar esse mesmo caso, consignou estar o Supremo Tribunal federal “plenamente consciente [...] de que ali não se jogava apenas a sorte do juiz estadual, mas a de toda a magistratura da nação”³⁶³, o que se defende como hipótese a partir da análise das fontes é que, malgrado se reconhecesse a possibilidade conferida ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, isso não se mostrou o suficiente para se estabelecer, no imediato pós-1891, as condições para o pleno exercício do *judicial review* (embora sua existência fosse correntemente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência da época), nem tampouco os limites da atividade interpretativa dos magistrados, cuja definição já vinha sendo ensaiada desde antes da queda do Império em 1889.

Com isso se quer afirmar que, passados alguns meses da instalação do Supremo Tribunal Federal, já não subsistiam grandes dúvidas no sentido da possibilidade franqueada aos membros do Poder Judiciário de declarar, no caso concreto, o controle da constitucionalidade de determinada lei ou ato do Poder Executivo levados à sua apreciação – o que veio a ser positivado na legislação infraconstitucional em 20 de novembro de 1894 com a promulgação da Lei nº 221, que procurou esclarecer a existência do controle judicial e difuso de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos em virtude da redação oblíqua do § 1º do artigo 60 da Constituição de 1891.³⁶⁴

Tanto é que, desde os seus primeiros anos de atuação, o Supremo Tribunal Federal lançou mão da prerrogativa de afastar a aplicação de determinadas leis e atos executivos aos casos concretos *sub judice* por entender contrários às diretrizes normativas inscritas na Constituição de 1891, especialmente quando atuando no mister de árbitro dos conflitos federativos – competência reconhecida pela quase unanimidade dos juristas que se propuseram a pensar sobre as funções do Tribunal Republicano, tal qual demonstrado no segundo capítulo desta investigação. Em matéria tributária, por exemplo, não foram poucas as oportunidades em que o Supremo Tribunal Federal declarou, com base na repartição de competências prevista na Constituição de 1891, a inconstitucionalidade de leis e decretos estaduais, especialmente já na primeira década do século XX. Assim, declarou-se a inconstitucionalidade lei do estado do Mato Grosso que tributava apólices da União (recurso extraordinário n. 170, julgado em 29 de julho de 1899); dos estados do Rio Grande do Norte e de Sergipe, que criaram imposto de giro

³⁶³ Ibidem.

³⁶⁴ BRASIL. *Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894*. “Art. 13, § 10º: Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

comercial (respectivamente, recurso extraordinário nº 194 e apelação cível nº 762, julgados em 14 de novembro de 1900 e 28 de abril de 1906); do estado de Minas Gerais, que criara impostos de importação e consumo (recurso extraordinário nº 466, julgado em 20 de julho de 1907); do Distrito Federal, que instituiria imposto de trânsito sobre o gado a caminho do estado do Rio de Janeiro; dentre outros.³⁶⁵

Assim, mais relevante do que simplesmente apontar o reconhecimento, já no imediato pós-1891, do controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos governamentais é observar que a instalação do novo regime acabou por fomentar debate já existente no Império a respeito dos limites de atuação do Poder Judiciário, residindo, nesse aspecto, o ponto alto dos debates jurídicos a enlaçar modernidade e tradição no início da República. É dizer: o ponto historicamente relevante se encontra muito mais na abertura discursiva permitida pela nova arquitetura institucional da República do que propriamente na inserção do artigo 57 na Constituição de 1891, em que pese estas se revelem realidades indissociáveis.

Com efeito, mesmo reconhecendo, de um lado, a faculdade de declaração a inconstitucionalidade dos atos dos poderes Legislativo e Executivo, e, de outro, a eventual ocorrência de abusos derivados da atuação política destes últimos, a regra era o Supremo Tribunal Federal reconhecer sua incompetência para julgar os atos derivados das atribuições políticas, conforme se verifica da leitura do acórdão nº 216, de 20 de janeiro de 1897, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a constitucionalidade de restrições à concessão de anistia a oficiais rebeldes entre 1893 e 1895, no termos do voto do relator, ministro Pereira Franco:

[...] segundo a jurisprudência norte-americana, cujas instituições precisamos sempre recorrer, visto ter sido por elas modelado o nosso atual regime, está firmado o princípio que o Poder Judiciário tem competência para *em espécie* conhecer constitucionalmente das leis, exceto da que se origina das atribuições políticas confiadas pela Constituição ao órgão da soberania nacional [...]. Não se pode opor a esta doutrina, que, aliás, repousa na independência dos órgãos da soberania nacional, os abusos que porventura se dariam no exercício dos poderes políticos; porque, como muito bem observa Augusto Carlier, o remédio para essas eventualidades estará nas eleições do Congresso, em que o povo terá ocasião de demonstrar a sua reprovação, mas nunca, o que seria um grande perigo, em autorizar aos magistrados, em assunto que afeta diretamente a nação, a substituir pelas suas impressões individuais o pensamento que atuou no ânimo do legislador na elaboração da lei. Se o Poder Judiciário, ultrapassando os limites da sua esfera, procedesse de modo contrário, a

³⁶⁵ Idem; p. 225-226.

decisão que proferisse, tomaria o aspecto de veto judiciário oposto à harmonia dos poderes, tão indispensável à marcha regular das instituições democráticas.³⁶⁶

Cuida-se o referido acórdão de fonte histórica de grande valia à construção da hipótese ora defendida à medida que o vocabulário jurisprudencial e doutrinário norte-americano é utilizado como argumento de autoridade a justificar a não realização de controle judicial em questões políticas³⁶⁷ – “seguinto”, assim, “uma tendência de autocontenção do Judiciário, que prevaleceu como regra geral no mundo, pelo menos até a Segunda Guerra Mundial”.³⁶⁸

Nesse ambiente, recolhe-se outro forte indício de que a ideia de que a Constituição havia possibilitado ao Poder Judiciário declarar a constitucionalidade de leis e atos governamentais em casos nos quais a temática política estivesse presente encontrou a oposição de outros atores institucionais, especialmente no Parlamento: neste período, não foram poucas as tentativas legislativas de ampliação do rol de hipóteses de crimes de responsabilidade dos ministros do Supremo Tribunal Federal, para além daquelas já previstas no Código Penal. No ano de 1911, por exemplo, o senador João Luiz Alves – que, posteriormente, veio a se tornar ministro do Supremo Tribunal Federal em 1924 – chegou a apresentar projeto de lei versando justamente sobre a responsabilização dos integrantes daquela Corte perante o Senado Federal sob o fundamento de que o Poder Judiciário seria o “único poder até hoje juridicamente irresponsável, apesar do artigo 53 da Constituição”.³⁶⁹

É nesse contexto, inclusive, que deve ser compreendido o discurso proferido por Rui Barbosa no Instituto dos Advogados do Brasil, em 19 de novembro de 1914, no qual identificava em tais propostas a instituição de “uma pavorosa nomenclatura de crimes novos, inominados, absurdos, cuja capitulação legislativa aboliria totalmente a consciência da

³⁶⁶ FREIRE, Felisberto. *A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil interpretada pelo Supremo Tribunal*, fase 1; p. 241-243 *apud* MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891* (1918). Brasília: Senado Federal, 2005; p. 598-599.

³⁶⁷ Nesse sentido, vale observar que, em seu voto, o ministro Pereira Franco citou expressamente sentença proferida pela *Supreme Court* em “litígio levantado por um dos Estados do sul, que impugnou de inconstitucionalidade as leis de reconstrução, votadas pelo Congresso, no período de 1866 e 1867”, recuperando as palavras do *chief justice* Chase no sentido de que “é verdade que a intervenção da Corte é reclamada porque se pretende que leis em questão são inconstitucionais, mas não podemos compreender como esta circunstância possa modificar o princípio geral que veda a Poder Judiciário de intervir nas funções políticas dos outros dois poderes”. In: FREIRE, Felisberto. *A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil interpretada pelo Supremo Tribunal*, fase 1, pp. 241/243 *apud* MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891* (1918). Brasília: Senado Federal, 2005 [edição fac-similar], pp. 598/599.

³⁶⁸ DIMOULIS Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Editora Atlas, 2013; p. 59.

³⁶⁹ ALVES, João Luiz. *A responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal*. In: *Revista do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, 1914, vol. II, n. 4; p. 301.

magistratura”. Àquela oportunidade, afirmou igualmente ser esta uma “investida reacionária de nulificação da justiça”, parte integrante de uma “guerra sem escrúpulos” na qual:

a tática principal tem consistido, sobretudo neste últimos quatro anos, em negarem abertamente obediência o governo e o Congresso às mais altas sentenças judiciais, com o pretexto de que o Supremo Tribunal exorbita, prevarica, usurpa; e, para coonestar essa rebeldia em amor à legalidade, a exceção dos *casos políticos*, oposta, na jurisprudência dos Estados Unidos, à competência que a Suprema Corte ali exerce, de negar definitivamente execução às leis inconstitucionais, tem ministrado aos congressos e governos insurgidos a evasiva, que havia mister esse movimento de anarquia radicalmente subversiva.³⁷⁰

Ao rebater as acusações de que, ao imiscuir-se em questões políticas, pretendiam alguns juristas e ministros instaurar um “despotismo judiciário” no Brasil, Rui Barbosa então prosseguiu, com a ironia que lhe é característica, aproveitando-se para denunciar o excessivo poder concentrado nas mãos do chefe do Poder Executivo, lançando mão de argumentação muito semelhante àquela de que se valera, mais de cem anos antes, o *chief justice* da Suprema Corte norte-americana John Marshall em seu itinerário argumentativo em busca da justificação teórica do *judicial review* no já mencionado caso *Marbury v. Madison*:

É a ditadura dos tribunais a que enfia de terror as boas almas dos nossos puritanos. Santa gente! [...] Os tribunais não usam espadas. Os tribunais não dispõem do Tesouro. Os tribunais não nomeiam funcionários. Os tribunais não escolhem deputados e senadores. Os tribunais não fazem ministros, não elegem e deselegem presidentes. Os tribunais não comandam milícias, exércitos e esquadras. Mas é dos tribunais que se temem e se tremem os sacerdotes da imaculabilidade republicana. Com os governos, isso agora é outra coisa. Das suas ditaduras, não se arreceia a democracia brasileira. Ninguém aqui se importa com as ditaduras presidenciais. [...] Seja ele, embora, entre nós, o poder dos poderes, o grande eleitor, o grande nomeador, o grande contratador, o poder da bolsa, o poder dos negócios, e o poder da força, quanto mais poder tiver, menos lhe devemos cogitar na ditadura, atual, constante, onímoda, por todos reconhecida mas tolerada, sustentada, colaborada por todos.³⁷¹

Assim, levando em consideração que, a teor do disposto no artigo 57, § 2, da Constituição de 1891, o julgamento dos crimes de responsabilidade dos ministros inseria-se na órbita de competência da câmara alta do Parlamento, o Senado Federal,³⁷² Rui Barbosa conclui que, “em vez de ser o Supremo Tribunal Federal, qual a nossa Constituição o declarou, o derradeiro árbitro da constitucionalidade dos atos do Congresso, uma das câmaras do Congresso

³⁷⁰ BARBOSA, Rui. *O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira*. In: Pensamento e Ação de Rui Barbosa (Seleção de textos pela Fundação Casa de Rui Barbosa). Senado Federal: Brasília, 2011; p. 164.

³⁷¹ Idem.

³⁷² BRASIL. *Constituição de 1891*. Artigo 57, § 2º: “O Senado julgará os membros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade (...)”.

passaria a ser instância de correição das sentenças do Supremo”,³⁷³ o que se afigurava absurdo para Rui Barbosa, que escrevera, em outra oportunidade que o Supremo Tribunal Federal, “intérprete final da Constituição”, seria “o último juiz da sua própria autoridade”.³⁷⁴

Nesse ponto, deparamo-nos ainda com a questão da própria legitimidade do órgão dotado de jurisdição constitucional, de seu aspecto contramajoritário e, via de consequência, do possível *déficit* democrático daí extraído. Dito em outros termos, a definição a respeito do braço do Poder responsável pela definição da “última palavra” em matéria constitucional ainda não havia alcançado ares de unanimidade sequer na teoria, que dirá na prática institucional do início da República.

Para uns, como Rui Barbosa, uma leitura lógica e sistemática do texto constitucional levaria seu intérprete à evidente conclusão de que caberia ao Supremo Tribunal Federal, seu mais privilegiado intérprete, transmitir a *mens legis*, isto é, a vontade do legislador constituinte ao elaborar a Carta Política, detendo, portanto, a “última palavra” em matéria constitucional. Afinal, de acordo com o § 1º do artigo 59 da Constituição de 1891 caberia recurso ao Supremo Tribunal Federal “quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”.³⁷⁵ Assim, nas palavras de Rui Barbosa, a própria Constituição de 1891 obrigaria o Tribunal a negar validade às leis federais e atos de império quando contrários à Constituição, sendo este dispositivo “a declaração da supremacia da Constituição Federal”. Não haveria, igualmente, “uma proibição explícita da Carta Federal” a restringir a atuação da Justiça em casos de violação a direitos por atos “supostamente” políticos e, como tais, discricionários, consubstanciando-se esta uma ficta distinção entre as duas esferas em um produto de “meras ilações”, “apreciações de natureza conjectural”.³⁷⁶ Ademais, não haveria nenhum dispositivo na primeira Carta republicana que se assemelhasse ao teor do disposto no artigo 15, incisos VIII e IX, da Carta imperial de 1824, que outorgava ao Legislativo a atribuição de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como de “velar na guarda da Constituição”.³⁷⁷

³⁷³ BARBOSA, Rui. *Op. Cit.*; p. 166.

³⁷⁴ COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal* (Vol. 1). Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1964; p. 22.

³⁷⁵ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891.

³⁷⁶ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1932, v. I, p. 127.

³⁷⁷ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824.

Para outros, no entanto, tal conclusão não parecia autoevidente e a ideia de intromissão da Justiça em assuntos “essencialmente políticos”, “discricionários” e de “ordem pública” consubstanciar-se-ia grave ameaça ao bom funcionamento das instituições do Estado, a ser guiado – primordialmente – pelo Poder Executivo, secundado pela atuação do Parlamento. Um exemplo desta postura pode ser encontrado a partir da leitura dos *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*, publicado em 1918 por Carlos Maximiliano, recém-nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal. Nas palavras de Carlos Maximiliano,

não é republicano atribuir a última palavra sobre as expressões da vontade popular, traduzidas no voto ou em atos dos mandatários das turbas sem caráter individual, sobre as questões políticas em sua essência ou nos seus fins, a uma corporação de indivíduos não eleitos e, ainda mais, vitalícios e, portanto, absolutamente independentes da opinião pública.³⁷⁸

Representante máximo da corrente tradicionalista mencionada no item 4.1 desta investigação segundo a qual a concessão da ordem de *habeas corpus* deveria estar limitada aos casos de violação ilegal ao direito subjetivo ambulatorial dos pacientes, Carlos Maximiliano se vale da experiência norte-americana (tecendo loas à atuação da *Supreme Court* ao longo do século XIX) e admite em um primeiro momento a faculdade conferida ao Poder Judiciário de declarar em concreto a inconstitucionalidade de ato emanado dos demais poderes para, ato contínuo, transcrever trecho do voto do *chief justice* John Marshall no caso *Marbury v. Madison* (traduzido ao português em 1903 por Américo Lobo sob o título *Decisões constitucionais de Marshall*) no qual se lê que “os assuntos são políticos. Dizem respeito à nação [...] e, sendo confiados ao Executivo, a decisão deste é definitiva”.³⁷⁹ Em certa passagem, Carlos Maximiliano não se preocupa em esconder sua posição ao descrever qual haveria de ser o comportamento de uma Corte como o Supremo Tribunal Federal:

A Corte Suprema faz questão de honra não transpor jamais os limites prescritos à própria competência. Contestada a constitucionalidade de um ato legislativo ou executivo, procede a magistratura com a maior circunspeção. Longe de mostrar ansiedade por intervir, repele o litigante se não prova que é pessoalmente lesado e reivindica um direito individual. Evita imiscuir-se nas atribuições essenciais dos outros poderes. Reconhece a inconstitucionalidade quando não há outro meio de fazer justiça; age, nesse caso, a contragosto, como quem cumpre penoso dever; guarda as maiores atenções para com o Presidente e as câmaras; evita considerações abstratas sobre os motivos, os fins, a utilidade e as desvantagens de um ato; alude ao Congresso e ao Executivo com a mais respeitosa deferência.³⁸⁰

³⁷⁸ MAXIMILIANO, *Op. Cit.*, p. 596.

³⁷⁹ *Idem*; p. 595.

³⁸⁰ *Ibidem*; p. 593-594.

Da leitura do excerto ora transcrito, vê-se muito claramente a ideia de que o controle de constitucionalidade judicial não passaria de um remédio amargo, ingerido a contragosto como uma espécie de *ultima ratio*. Nesse sentido, para juristas e ministros como Carlos Maximiliano e Costa Barradas (para restringirmo-nos aos já mencionados neste capítulo), a técnica de distinção entre questões políticas e jurídicas revela-se um instrumento importantíssimo para frear as correntes que pretendiam, com a adoção do *judicial review*, transformar o direito emanado dos tribunais, devidamente parametrizados pelas diretrizes constitucionais, em solução aos desafios políticos em uma concepção liberal de poder tutelado pelo direito.

Não obstante, parece-nos inegável que o vocabulário político-institucional empregado por Carlos Maximiliano é moderno: não se está aqui a entendê-lo como um representante caricato de uma tradição imperial incapaz de compreender a modernidade republicana e tudo aquilo que teria supostamente representado em matéria de atuação judicial, como parecerem fazer crer os autores já mencionados no capítulo inaugural desta dissertação, segundo os quais, por força de uma mentalidade ultrapassada, os membros do Supremo Tribunal Federal não estariam preparados para o exercício das funções que lhe reservara o novo regime. Em Carlos Maximiliano, a referência, o espelho para a atuação do Supremo Tribunal Federal é a mesma *Supreme Court* cantada em verso e prosa por Rui Barbosa; a adoção do *judicial review* não é contestada; a imagem do tipo ideal do magistrado republicana não é, nem de longe, a do boca-da-lei europeu dos oitocentos. Tanto é que Carlos Maximiliano se vale, na defesa de sua posição, de autores norte-americanos como Hampton Carson (*não lhe compete [à Justiça] liquidar questões de seu natural políticas, intrometer-se em assuntos confiados pela Constituição, ou pelas leis, ao critério de outro poder*), Willoughby (*já se expôs o princípio bem conhecido e bem estabelecido de não enquadrar na província do Judiciário o decidir sobre a política da ação do Legislativo ou do Executivo*), Haines (*não supuseram jamais os membros do Congresso que um ou cinco ministros da Corte Suprema pretendessem regular os interesses políticos e as relações internacionais do país*), dentre outros.³⁸¹

A bem da verdade, o que se tem é uma posição diversa com relação aos limites de atuação da Justiça quando confrontada com a apreciação de matérias de reflexos iminentemente políticos, como, por exemplo, a apreciação da constitucionalidade da decretação de estado de sítio e da expulsão de estrangeiros ou, ainda, as tormentosas questões eleitorais que volta e meia

³⁸¹ Ibidem; 596-597.

desembocavam no fenômeno da dualidade das assembleias legislativas³⁸². Para Carlos Maximiliano, a atuação da Justiça – e especialmente de seu órgão de cúpula em razão das sensíveis matérias políticas, administrativas e institucionais sobre as quais se debruçava diuturnamente – deveria ser discreta, sem que com isso permanecesse o mesmo Poder dos tempos imperiais.

Assim, não é surpreendente que, mesmo na nova quadra histórica inaugurada pela Proclamação da República, o Supremo Tribunal Federal se utilizasse parcimoniosamente da técnica do controle judicial de constitucionalidade – não apenas por um suposto *déficit* teórico de seus ministros, pela ausência de uma doutrina constitucional robusta ou, ainda, pelo mero conservadorismo de seus membros, representantes de um *status quo* intimamente ligado aos donos do poder, seja na esfera federal, seja nas esferas estaduais.

Mais relevante, porém, é verificar como, em um momento conturbado de transição de regimes no qual se pretendeu reformar consideravelmente o modelo jurídico imperial, o próprio sistema do direito – que, como observado no capítulo introdutório, se desenvolve em um regime de historicidade próprio e é construído a partir de determinados arcabouços teóricos temporalmente persistentes – procurou, em diálogo com as transformações sociais e políticas, começar a construir um *locus* institucional para o Supremo Tribunal Federal na vida pública nacional a partir da técnica e da historicidade que lhes são características.

³⁸² A propósito da querela da dualidade das assembleias, Carlos Maximiliano defendia que “a magistratura só ampara direitos individuais decorrentes de direitos políticos adquiridos, depois que estes são declarados líquidos pelos poderes políticos”, de modo que “um aresto judiciário não pode servir de pretexto para suprimir o reconhecimento de poderes ou resolver uma dualidade de câmaras”. In: MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891* (1918). Brasília: Senado Federal, 2005; p. 596.

Conclusão

As coisas só são previsíveis quando já aconteceram.

Machado de Assis

Palavras da personagem Conselheiro Ayres

Da leitura da bibliografia a propósito da história do Supremo Tribunal Federal em seus primeiros anos, não é raro se deparar com afirmações peremptórias que, em maior ou em menor grau, assentam que, malgrado a teoria constitucional brasileira teria nascido com a proclamação da República e, mais especificamente, com a Constituição de 1891,³⁸³ o Tribunal republicano não teria alcançado todas as suas potencialidades em virtude de um suposto atraso cognitivo dos ministros e juristas da época³⁸⁴ – incapazes que seriam de vislumbrarem as virtudes derivadas de uma maior interferência do Poder Judiciário na vida pública nacional, apanágio do constitucionalismo brasileiro no pós-1988.

Ainda que parcialmente corretas a depender do tratamento conferido às fontes históricas, tais interpretações podem levar a conclusões que instrumentalizam a história como fonte de legitimação do quadro institucional atual, interditando o debate por intermédio de discursos de autoridade que se pretendem históricos, especialmente quando confrontados com críticas à centralidade assumida pelo Supremo Tribunal Federal na vida pública nacional do nascente século XIX.

Noutro giro, a dissertação que ora se encerra pretendeu justamente relativizar as premissas históricas sob as quais se fundamentam parte considerável do *mainstream* do constitucionalismo brasileiro do início do século XIX, importado da mais Alta Corte do país diretamente para os manuais escolares de direito constitucional.

Conforme analisado nos dois primeiros capítulos desta investigação, a Proclamação da República se deu em meio à recepção das ideias e do vocabulário institucional dos Estados

³⁸³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica* (3ª ed.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013; p. 500.

³⁸⁴ NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1943; p. 168; BOSSON, Luís Felipe. *História dos conflitos do Supremo Tribunal Federal com os outros Poderes da República*. In: FIÚZA, César (coord.). *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2002; p. 177; COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ed. UNESP, 2006; p. 25; MARTINS, Wilson. *História da Inteligência Brasileira*. Vol. IV: 1915-1933. São Paulo: Ed. Cultrix, 1978; p. 21.

Unidos da América. Nesse processo, a adoção da forma republicana, do presidencialismo, do federalismo e de uma Suprema Corte nos moldes norte-americanos impactou diretamente a maneira pela qual os agentes políticos e jurídicos enxergavam a arquitetura institucional do novo regime. Nesse espectro, a recepção do *judicial review* forneceu aos republicanos da época mais do que uma mera técnica processual de tomadas de decisões pelo Poder Judiciário; antes, contribuiu para a adoção de um novo vocabulário constitucional capaz, ao menos em tese, de enfrentar questões impostas pela nova realidade institucional brasileira em uma composição fluida com os elementos da tradição jurídica imperial.

Não por acaso, durante os primeiros anos de atuação do Supremo Tribunal Federal, período de experimentalismos no qual os limites de atuação da magistratura republicana eram testados nos casos judiciais em concreto, os ministros que defendiam ora um alargamento ora um estreitamento do raio de atuação do Poder Judiciário na vida pública nacional se valiam do mesmo e moderno vocabulário norte-americano. Não se deve ignorar igualmente que as especificidades de cada caso e os interesses neles envolvidos contribuíram para o não desenvolvimento de uma jurisprudência sólida e estável, como se pôde verificar da análise de julgamentos de habeas corpus impetrados para salvaguardar direitos políticos, no quais o emprego de conceitos abstratas se prestou a fornecer decisões diversas a depender dos pacientes e das autoridades diretamente implicadas.

De toda sorte, o fato é que mudanças na concepção do Poder Judiciário e da atuação dos magistrados brasileiros em matéria de direito público já estavam sendo lentamente construídas desde o Império – processo que, no entanto, foi catalisado pela Proclamação da República e pelos eventos que se seguiram. Assim, foi possível verificar na investigação que ora se conclui que, com a abertura de indeterminadas possibilidades e expectativas promovida pela instituição do regime republicano, uma multiplicidade de projetos e cenários possíveis submergiu, o que se traduziu na elaboração de soluções diversas à questão da organização judiciária e da relação da magistratura com a aplicação e a interpretação do texto constitucional – o que pôde ser verificado nos diversos anteprojetos elaborados ao longo do Governo Provisório, nos quais o modelo vencedor proposto especialmente por Rui Barbosa e por Campos Sales acabou por conviver com outros muito diversos, como aqueles apresentados por José Antonio Pedreira de Magalhães Castro e João Coelho Gomes Ribeiro, por exemplo.

À indefinição provocada pela ausência de consenso a respeito dos limites da atuação do Poder Judiciário na interpretação e aplicação da Constituição especialmente nas assim

denominadas “questões políticas”, soma-se ainda o silêncio do Congresso Constituinte a respeito da real fixação das competências do recém-instituído Supremo Tribunal Federal. Se, de um lado, certo consenso se estabelecera no sentido de fazer do Tribunal republicano uma espécie de Corte da Federação, de outro, as novas atribuições políticas do Poder Judiciário não foram objeto de grandes discussões e polêmicas na Constituinte – especialmente no que diz respeito ao seu poder de declarar a inconstitucionalidade das leis e, via de consequência, ao seu propalado papel de guarda da Constituição.

Nesse cenário, o embate existente entre discursos jurídicos que se traduziam em diversos projetos de interpretação da Constituição³⁸⁵ – que, por certo, impactou diretamente na própria definição das atribuições, funções e limites do Poder Judiciário (isto é, na ampliação ou restrição das funções políticas da magistratura) – se deu na tortuosa lida forense do Tribunal, às voltas com julgamentos que impactavam diretamente na relação entre os Poderes da República e destes com os demais entes da Federação e os próprios cidadãos, especialmente em sede de *habeas corpus*, já alargado em seu âmbito de proteção em virtude do relativo sucesso da assim denominada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”.

Disso decorre a constatação de que mesmo a recepção do *judicial review* poderia ter tomado outros rumos, malgrado a redação da Constituição de 1891 reforçada pelo Decreto n. 848 de 1890 e a Lei n. 221 de 1894. Da análise das fontes de época, foi possível verificar que a tarefa consistente na delimitação do Supremo Tribunal Federal na arquitetura institucional republicana apenas ganhou corpo e vazão a partir da atuação da Corte e, especialmente, dos debates então suscitados pela elite da intelectualidade jurídica da época.

Se, de um lado, o Poder Judiciário passara, nos termos da exposição de motivos do Decreto n. 848 de Campos Sales, a exercer o papel de garantidor da ordem constitucional, de outro, a definição da força normativa e do alcance de atuação da magistratura na defesa da supremacia da Constituição foi objeto de extenso debate e de reflexão jurídica. Como escreve Andrei Koerner, nos primeiros anos da República, “o tema da decisão constitucional tornou-se

³⁸⁵ Como observa Laila Maia Galvão, “na Primeira República, assim como em outros períodos, há discursos sobre a constituição em disputa. Tais discursos, em permanente construção, podem ser compreendidos como atos políticos em si, como manifestações na arena política em busca da prevalência de determinadas posições e interesses. Compreender a extensão desses debates constitucionais, como eram estruturados, quem participava deles e a sua repercussão para a vida da população é também compreender a dinâmica constitucional daquela sociedade”. In: GALVÃO, Laila Maia. *História constitucional brasileira na Primeira República: um estudo da intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro em 1923*. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/ SC, 2013; p. 18.

“centro das polêmicas”, “com indagações sobre quais seriam as autoridades governamentais legitimadas para imprimir a solução para as crises políticas que implicassem riscos para a existência da comunidade política”.

O problema é que, se o modelo do Judiciário norte-americano é adotado pelo Governo Provisório e é confirmado pela Constituinte isso não se dá sem intensos debates e conflitos. A supremacia judicial não parecia estar no programa de muitos republicanos, como iriam mostrar os embates dos anos seguintes. A prática jurídica enfrentaria conflitos agudos em que se colocava em questão a correção e adequação do exercício da jurisdição constitucional, assim a possibilidade de as decisões judiciais não serem acatadas pelas autoridades políticas.³⁸⁶

A própria persistência, ao longo da Primeira República, das inúmeras críticas formuladas ao assim denominado “Judiciário” e o propagado temor da “ditadura judiciária” indicam que a definição a respeito do braço do Poder responsável pela definição da “última palavra” em matéria constitucional ainda não havia alcançado ares de unanimidade sequer na teoria, que dirá na prática institucional do início da República.

Com efeito, tendo em vista toda a discussão que exsurge da análise das fontes, pensar de maneira estanque no sentido de que o controle de constitucionalidade foi implantado no Brasil com a Constituição de 1891, mas não foi imediatamente praticado em toda a sua potencialidade em virtude de um suposto atraso cognitivo dos ministros e juristas da época corresponderia, a nosso sentir, a inverter a ordem das coisas, partindo do pressuposto de que a realidade institucional dos tempos atuais já estaria dada (ou ao menos claramente sugerida) no primeiro texto constitucional republicano.

O debate à época existente a respeito da própria definição da supremacia da Constituição e da legitimidade das decisões da Corte que, em tese, haveria de ser seu intérprete privilegiado não deve ser enxergado apenas como um primeiro passo à concretização do controle difuso de constitucionalidade – o qual posteriormente haveria de ser substituído, ao longo de século XX, pelo modelo de controle misto (difuso e concentrado) atualmente vigente.

Em que pese, na prática, tenha o Supremo Tribunal Federal declarada em diversas oportunidades a inconstitucionalidade de leis e atos administrativos, não se verificou do estudo das fontes uma preocupação em delimitar teórica e pragmaticamente os rumos da atuação futura da Corte a partir de um modelo cerrado de controle de constitucionalidade; antes, o Supremo

³⁸⁶ KOERNER, Andrei. *A ordem constitucional da República: uma análise política da jurisdição constitucional no Brasil (1889-1926)*. Campinas: Unicamp, Tese de Livre-Docência; p. 16. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000957006&fd=y> (Acesso em 28/02/2017).

Tribunal Federal pautou sua atuação pelas contingências sócio-políticas, mas pelo instrumental jurídico à época disponível.

Tomando por parâmetro as decisões e discussões que, na Primeira República, contribuíram à construção da própria imagem do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o debate contemporâneo que hoje se trava a respeito da legitimidade da atuação do órgão de cúpula do Poder Judiciário possui antecedentes desde o início de sua atuação, cujo desenvolvimento poderia não ter sido necessariamente aquele que ora se alcançou. Igualmente, pôde se perceber que, em um momento no qual as instituições republicanas estavam em pleno desenvolvimento, os debates a respeito da concretização do Supremo Tribunal Federal em um período conturbado da história nacional foram ricos em sofisticação e em possibilidades teóricas e práticas diversas das que tomaram forma posteriormente.

Nesse conturbado momento político e intelectual do início da República, o moderno modelo de jurisdição constitucional norte-americano inscrito no texto constitucional poderia ter sido enfraquecido de tal maneira na prática institucional que, mesmo sem ser expressamente recusado, poderia o Supremo Tribunal Federal ter sido relegado a uma função menor no quadro geral dos Poderes republicanos – mais próximo ao seu antecedente imperial no que diz respeito ao enfrentamento de questões que impactam diretamente a vida política nacional.

Noutro giro, porém, o próprio sistema do direito – que, como já dito, se desenvolve em um regime de historicidade particular e é construído a partir de determinados arcabouços técnicos temporalmente persistentes – procurou, em diálogo com as transformações sociais e políticas, construir um *locus* institucional para o Supremo Tribunal Federal dentro do vocabulário do próprio direito.

Nesse cenário, a assim denominada “doutrina brasileira do *habeas corpus*” aplicada na resolução das “questões políticas” revela-se um exemplo bem-acabado de como as instituições jurídicas, em seu próprio tempo e com arrimo em suas referências particulares, são construções históricas que não devem ser encapsuladas nas condições de simples produtos pré-determinados das mudanças sociais. Interessante observar, nesse ponto, que as ricas discussões a propósito dos limites de atuação do Poder Judiciário em matérias constitucional e politicamente relevantes abriram espaço, já nos primeiros anos da República, para a realização de um debate maior sobre a coexistência dos Poderes a partir da resolução, pelo arcabouço técnico do direito (nos casos estudados, por experimentalismos nas concessões de *habeas corpus*), de relevantes problemas

da vida pública nacional – não sendo possível compreender o desenvolvimento do Supremo Tribunal Federal sem se atentar para tal realidade.

Dito de outra maneira, a despeito de todo o contexto político e social da época (sumariamente investigado no item 1.1 *supra*), foi o próprio debate jurídico (técnico) produzido a partir da atuação do Supremo Tribunal Federal em seus primeiros anos que se tornou o principal responsável pela construção de sua posição no desenho institucional republicano.

Com isso, enfraquece-se a ideia de que a Constituição Federal de 1891 seria a “certidão de nascimento” da jurisdição constitucional brasileiro ao mesmo tempo em que se torna possível questionar a autoridade sacrossanta de figuras como Rui Barbosa, frequentemente tido como o pai do constitucionalismo brasileiro. Antes, revela-se mais interessante pensar que a história do Supremo Tribunal Federal foi o produto (inacabado) de uma confluência de atores, projetos e regimes de historicidade que se entrelaçaram nessa espécie “presente perpétuo”, brecha temporal entre tradições jurídicas que já não eram, mas ainda não haviam se tornado.

Assim, o estudo do tempo histórico objeto da presente investigação nos parece fornecer subsídios importantes para concluir ser muito pouco proveitoso enxergar na promulgação da Constituição de 1981 o marco zero da “evolução” do controle de constitucionalidade no Brasil (ou, em sentido semelhante, o nascimento da teoria constitucional brasileira) se por isso entendermos uma “infância” da jurisdição constitucional brasileira, a ser devidamente amadurecida ao longo do século XX rumo ao “estado da arte” atual – sob pena de reduzir a riqueza da realidade histórica à rigidez dos modelos estanques, que, ignorando a existência de coexistência de extratos temporais fluidos e díspares, acaba por se perder na temporalidade total do sucessivo.³⁸⁷

Cuida-se, a nossa sentir, de chave explicativa equivocada que reforça a ideia que há muito se faz da história da “evolução” do controle de constitucionalidade no Brasil, geralmente construída em bases teleológicas ao melhor estilo das filosofias da história oitocentistas, com

³⁸⁷ A esse respeito, Andrei Koerner observa que “na doutrina jurídica brasileira adotam-se, prevalentemente, esquemas evolutivos e continuístas para expor as mudanças históricas do direito. Mudanças políticas, sociais e econômicas são apresentadas de forma estilizada e resumida, como elementos extrajurídicos, e têm o caráter de uma espécie de quadro geral e passivo, que exerce ‘influências’ indeterminadas e não especificadas sobre o direito. As mudanças nos próprios institutos jurídicos são separadas do seu tratamento analítico e sistemático, que seria a parte relevante da matéria para os leitores, estudantes e práticos do direito. Esse esquema está presente nos livros didáticos ou manuais de direito constitucional, nos quais a história, ou a evolução, dos institutos jurídicos é comumente apresentada como um dos capítulos preparatórios e separados dos que fazem a sua análise sistemática”. In: KOERNER, Andrei. *A ordem constitucional da República: uma análise política da jurisdição constitucional no Brasil (1889-1926)*. Campinas: Unicamp, Tese de Livre-Docência; p. 489. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000957006&fd=y> (Acesso em 28/02/2017).

um termo inicial bem definido e profundamente marcada pela ideia de uma evolução retilínea (com pequenos solavancos, admitem) rumo ao “fim da história” atingido no pós-1988, com o reforço dos instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade e a concentração de poderes em uma Corte que se quer Constitucional.³⁸⁸

Com efeito, valendo-se das palavras do Conselheiro Ayres recuperadas na epígrafe desta conclusão, “as coisas só são previsíveis quando já aconteceram”. Nessa perspectiva, a já mencionada construção teórica de Aliomar Baleeiro no sentido de que o Supremo Tribunal Federal teria, aos poucos, “tomado consciência de sua missão constitucional”³⁸⁹ sequer faz algum sentido. Mesmo porque não é possível identificar, de antemão, a existência de uma “missão constitucional” pré-estabelecida a ser cumprida pelo Supremo Tribunal Federal ao longo da história republicana, sob pena de incorrer em raso exercício anacrônico, marcado por um fatalismo que deve ser prontamente rechaçado pelos historiadores do direito.

Se, de um lado, pode-se afirmar que se trata de conclusão óbvia aos historiadores do direito (e que, como tal, não justificariam a elaboração de uma dissertação de mestrado, resultado de dois anos de pesquisa e escrita), de outro, pode-se lembrar de Darcy Ribeiro que, com a fina ironia que lhe era característica, afirmou certa feita ser o óbvio a matéria-prima do cientista.³⁹⁰

Demonstrar, a uma, que os argumentos de autoridade atualmente utilizados na construção da imagem de uma Suprema Corte (quase) onipotente se baseiam em premissas questionáveis do ponto de vista histórico, e, a duas, que os embates jurídicos e políticos a respeito da conflituosa relação entre os Poderes não são uma exclusividade do tempo presente, mas, antes, um debate que precede a própria instituição do Supremo Tribunal Federal. Eis, em síntese, a contribuição que a presente dissertação oferece ao debate em constante construção no ambiente acadêmico: uma advertência no sentido de que a história – e, em particular, a história

³⁸⁸ Gilmar Mendes, por exemplo, afirma, em atual obra doutrinária, que “possuímos, hoje, um sistema de defesa da Constituição tão completo e tão bem estruturado que, no particular, nada fica a dever aos mais avançados ordenamentos jurídicos da atualidade”. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 208. Outrossim, cf. rol meramente ilustrativo: BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 7, 1967; p. 45-63; ALVES, José Carlos Moreira. *A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1993; AMARAL JÚNIOR, José Levi do Amaral. *Controle de constitucionalidade evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 101, n. 920, 2012; p. 133-149.

³⁸⁹ BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968; p. 25.

³⁹⁰ RIBEIRO, Darcy. *Sobre o óbvio: ensaios insólitos* (2ª ed.). Rio de Janeiro, Editora Guanabara, 1986.

do direito – também deve ter um lugar à mesa na construção de uma teoria constitucional que não se valha de mistificações do passado à guisa de moldura para o desenho institucional do presente.

Fontes e Referências Bibliográficas

Fontes

1. Decisões do Supremo Tribunal Federal

As decisões do Supremo Tribunal Federal mencionados ao longo da presente dissertação foram consultadas nos seguintes repositórios, conforme notas de rodapé ao longo do texto:

BRASIL. STF: *Julgamentos Históricos*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico> (acesso em 02/04/2017).

COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal (Vol. 1)*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1964.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A História do Supremo Tribunal Federal: Tomos I, II e II*, Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1991.

2. Obras Jurídicas

BARBALHO, João Uchôa Cavalcanti. *Constituição Federal Brasileira, 1981: comentários* (ed. fac-similar). Brasília: Senado Federal, 2002.

BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa, 1893.

_____. *Obras Completas de Rui Barbosa* (vol. XIX, 1892, tomo III, trabalhos jurídicos – estado de sítio). Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956.

_____. *Oração perante o Supremo Tribunal Federal, em 23 de abril de 1892*. In: *Pensamento e Ação de Rui Barbosa*. Senado Federal: Brasília, 2011.

_____. *O Estado de Sítio: sua natureza, seus Efeitos, seus Limites*. In: *Trabalhos Jurídicos – Estado de Sítio* (OCRB, vol. 19, tomo 3, 1892), MEC/FCRB, 1981.

CAVALCANTI, Amaro. *Regime Federativo e a República Brasileira* (1899). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América*. Tradução de Alcides da Cruz. São Paulo: Ed. RT, 1982.

DA FRANCA, Geminiano. *O Poder Judiciário no Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio: 1931.

FONSECA, Aníbal Freire de. *Do Poder Executivo na República Brasileira*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1916.

FREIRE, Felisberto. *História Constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil* (Vol. II). Rio de Janeiro: Typographia Moreira Maximino, Chagas & C, 1894.

FREITAS, Herculano de. *Direito constitucional*. São Paulo, 1923.

LEAL, Aurelino. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário* (1915). Brasília: Senado Federal, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891* (1918). Brasília: Senado Federal, 2005.

_____. *Hermenêutica e aplicação do direito* (1924). Rio de Janeiro: Ed. Forense, 9ª ed., 1979.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império (1857)*. Brasília: Senado Federal, 1978.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *História e Prática do Habeas Corpus*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916.

RIBEIRO, João Coelho Gomes. *A Gênese Histórica da Constituição Federal: subsídio para sua interpretação e reforma (os anteprojetos, contribuições e programas)*. Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas da Liga Marítima Brasileira, 1917.

ROURE, Agenor de. *A Constituinte Republicana*. Brasília: Senado Federal, 1979.

SENNA, Ernesto. *Deodoro: subsídios para a História*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.

3. Legislação

BRASIL. *Código do Processo Criminal de Primeira Instância*, de 29 de novembro de 1832.

_____. *Lei n. 2033*, de 20 de setembro de 1871.

_____. *Anais da Constituinte de 1890*, v.1.

_____. *Decreto-Lei n. 847*: Código Penal, de 11 de outubro de 1890.

_____. *Lei n. 221*, de 20 de novembro de 1894.

_____. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal* (1909), artigo 116, § 4º.

_____. *Mensagem apresentada ao Congresso Nacional na abertura da 3ª sessão da 7ª legislatura pelo presidente a República Marechal Hermes Rodrigues da Fonseca*. Rio de Janeiro; 1911.

_____. *Emenda à Constituição de 1891*, de 3 de setembro de 1926.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891.

4. Periódicos

Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Typ. Montenegro, 58º Volume (maio a agosto de 1892).

Jornal do Commercio. Rio de Janeiro, Ano 68, n. 840, de 6 de dezembro de 1890. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=364568_08&PagFis=2216&Pesq= (acesso em 06/10/2016).

Jornal *O Paiz*; edição de 16 de novembro de 1889. Disponível em: <https://bndigital.bn.gov.br/artigos/o-paiz/> (acesso em 06/10/2016).

Jornal *Diário de Notícias*; editorial de 23 de novembro de 1890. Disponível em: <https://bndigital.bn.gov.br/artigos/diario-de-noticias/> (acesso em 06/10/2016).

Referências Bibliográficas

1. Teses e Dissertações

GALVÃO, Laila Maia. *História constitucional brasileira na Primeira República: um estudo da intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro em 1923*. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/ SC, 2013.

GUERRA, Maria Pia dos Santos Lima. *Anarquistas, trabalhadores, estrangeiros: a construção do constitucionalismo brasileiro na Primeira República*. Dissertação de Mestrado, UnB, 2012.

KOERNER, Andrei. *A ordem constitucional da República: uma análise política da jurisdição constitucional no Brasil (1889-1926)*. Campinas: Unicamp, Tese de Livre-Docência. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000957006&fd=y> (Acesso em 28/02/2017)

PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo (USP), 2007.

2. Artigos e capítulos de livros

ALVES, José Carlos Moreira. *A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1993.

ALVES, João Luiz. *A responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal*. In: *Revista do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, 1914, vol. II, n. 4.

AMARAL JÚNIOR, José Levi do Amaral. *Controle de constitucionalidade evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 101, n. 920, 2012, pp. 133-149.

BARBOSA, S. M. *Vontade irresponsável e poder responsável Benjamin Constant e o sistema representativo no Império*. In: RIBEIRO, Gladys Sabina. (Org.). Brasileiros e Cidadãos: modernidade política: 1822-1930 (1ª ed.). São Paulo: Alameda Editorial, 2008.

BARBOSA, Eduardo Ubaldo. *O momento Burke: notas para a história de um Iluminismo contrarrevolucionário*. In: Em tempo de História (v. 1), Brasília, 2015, p. 49-65.

_____. *A Constitucionalização do Habeas Corpus e as Origens da Jurisdição Constitucional na Primeira República Brasileira*. In: Revista Justiça & História, Volume 12, nn. 23/24, Porto Alegre, 2015, p. 16-63.

BERCOVICI, Gilberto. *O Poder Constituinte do povo do Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte*. In: Constituição e Poder Constituinte: Lua Nova - Revista de Cultura e Política n. 88 (ISSN 0102-6445), 2013.

BÖCKENFÖRD, Ernst-Wolfgang. *La constitución: entre la historia y el derecho*. Entrevista con E-W Böckenförd, por Joaquín Valera Suanzes-Carpegna. Traduzido por Benito Alaez Corral. In: Historia constitucional – revista eletrônica, nº 5, 2004, p. 334 – disponível em <http://hc.rediris.es/05/indice.html>.

BOSSON, Luis Felipe. *História dos conflitos do Supremo Tribunal Federal com os outros Poderes da República*. In: FIÚZA, César (coord.). Direito processual na história. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2002.

CAMPOS, Francisco. *A política e o nosso tempo*. In: O Estado Nacional: sua estrutura; seu conteúdo ideológico. Rio de Janeiro, 1934.

CARVALHO, José Murilo de Carvalho. *História intelectual no Brasil: a retórica como chave de leitura*. In: Topoi Revista de História, n. 1. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2000.

CHAVES DE MELLO, Maria Tereza. *A Modernidade Republicana*. In: Revista Tempo. Número 26: Dossiê “A Nova ‘Velha’ República”, janeiro de 2009.

DIREITO, Gustavo. *O Supremo Tribunal Federal – uma breve análise da sua criação*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 260, maio/agosto de 2012.

FLORES, Elio Chaves. *A consolidação da República: rebeliões de ordem e progresso*. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (Orgs.). O Brasil republicano (vol. 1): o tempo do liberalismo excludente. Rio de Janeiro. Ed. Civilização Brasileira, 2003.

FREIRE, Américo; CASTRO, Celso. *As bases republicanas dos Estados Unidos do Brasil*. In: GOMES; PANDOLFI; ALBERTI (coord.) A República no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, CPDOC, 2002.

GALVÃO, Laila Maia. *Protestos do Supremo Tribunal Federal na Primeira República: o julgamento do habeas corpus 8800 e o conflito entre os Poderes Judiciário e Executivo*. In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 1, jan./abr. 2015, p. 61-84.

GENGEMBRE, George. *Burke*. In: FURRET, François; OZOUF, Mona (org.) *Dicionário Crítico da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1989.

GOMES, Ângela de Castro; ABREU, Martha. *Apresentação*. In: Revista Tempo. Número 26: Dossiê “A Nova ‘Velha’ República”, jan./2009.

GRINBERG, Keila. *Conselho de Estado (verbetes)*. In: VAINFAS, Ronaldo (org.) Dicionário do Brasil Imperial. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2002.

JOBIM, Nelson. *A História do Supremo Tribunal Federal*. In: WALD, Arnaldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva; PRADO, Ney (Coord.). O direito brasileiro e os desafios da economia globalizada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

KIRSCHNER, Tereza Cristina; LACERDA, Sonia. *Tradição Intelectual e espaços historiográficos*. In: Textos de História, Brasília, vol. 5, nº 2, 1997.

LAFER, Celso. *Prefácio*. In: FILHO, Alberto Venâncio. *Notas Republicanas*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2012.

LYNCH, Christian Edward. *O momento oligárquico: a construção institucional da República (1889-1891)*. In: VISCARDI, Claudia Maria Ribeiro Viscardi; ALENCAR, José Almino (orgs.). A República revisitada: construção e consolidação do Projeto Republicano Brasileiro. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016.

MATTOS, Hebe. *A vida política*. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz (coord.). História do Brasil Nação: 1808-2010 (volume 3): A abertura para o mundo (1889-1930). São Paulo: Ed. Objetiva, 2012.

NOGUEIRA, Rubens. *Pedro Lessa e sua influência na evolução constitucional do Brasil*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Janeiro a Março de 1968.

OLIVEIRA, Cândido de. *A Justiça*. In: A Década Republicana (vol. II). Brasília: Ed. UnB, 1986.

RESENDE, Maria Efigênia Lage de. *O processo político na Primeira República e o liberalismo oligárquico*. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (Orgs.). O Brasil republicano (vol. 1): o tempo do liberalismo excludente. Rio de Janeiro. Ed. Civilização Brasileira, 2003.

RIBEIRO, Gladys Sabina. *Cidadania e luta por direitos na Primeira República: analisando processos da Justiça Federal e do Supremo Tribunal Federal*. In: *Revista Tempo*, Niterói, v. 13, n. 26, 2009.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *As marcas do período*. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz (coord.). História do Brasil Nação: 1808-2010 (volume 3): A abertura para o mundo (1889-1930). São Paulo: Ed. Objetiva, 2012, p. 19.

SEELAENDER, A. L. C. L. *Surgimento da ideia de liberdades essenciais relativas à informação - a Areopagitica de Milton*. In: *Revista da Faculdade de Direito (USP)*, São Paulo, v. 86, 1991; p. 191.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. *História Constitucional Brasileira (verbetes)*. In: DIMOULIS, Dimitris (coord.). Dicionário brasileiro de direito constitucional (2ª ed.). São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

3. Livros

ALONSO, Ângela. *De Corte a Capital Federal: o Rio de Janeiro na passagem do Império à República*. In: Instituto Moreira Salles (Org.). O Rio de Marc Ferrez. São Paulo: Ed. IMS, v. 1, 2015.

ALVES, J. C. M. *A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil: as garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1993.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BURKE, Peter. *A Escola dos Annales: 1929-1989*. São Paulo: Edit. Univ. Estadual Paulista, 1991.

CALMON, Pedro. *História do Brasil* (vol. VI). Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1963.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra, Ed. Almedina, 2006.

CARONE, Edgar. *A República Velha: evolução política*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 2ª ed., 1974.

_____. *A República Velha: Instituições e Classes Sociais*. São Paulo: Ed. Difel, 3ª edição.

CARVALHO, José Murilo de Carvalho. *Teatro de sombras: a política imperial*. Rio de Janeiro: Vértice/IUPERJ, 1988.

_____. *Os bestializados: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Cia das Letras, 2013.

_____. *A Formação das Almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2013.

CERVO, Amado Luiz; BUENO, Clodoaldo. *História da política exterior do Brasil*. 3ª ed. Brasília: Ed. UnB, 2008.

CONSTANT DE REBECQUE, Henri Benjamin. *Principes de Politique*. In: *Oeuvres*. Paris: Ed. Gallimard, 1959.

COSTA, Cléria Botelho da (org.). *Um passeio com Clio*. Brasília: Ed. Paralelo 15, 2002.

COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal (Vol. 1)*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1964.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ed. UNESP, 2006.

DA FRANCA, Geminiano. *O Poder Judiciário no Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio: 1931.

DIMOULIS Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: EDUSP, 1995.

FILHO, Alberto Venâncio. *Notas Republicanas*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2012.

FREYRE, Gilberto. *Sobrados e Mocambos* (3ª ed.). Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1961.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antônio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*, 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Memória jurisprudencial: Ministro Carlos Maximiliano*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.

GOMES; PANDOLFI; ALBERTI (coord.) *A República no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, CPDOC, 2002.

GOUVÊA, Maria de Fátima Silva Gouvêa. *O Império das Províncias*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2008.

HAMBLOCH, Ernest. *Sua Majestade, o Presidente do Brasil: um estudo do Brasil Constitucional (1889-1934)*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2000.

HARTOG, François. *Regimes de historicidade: presentismo e experiências do tempo*. Belo Horizonte: Ed. Autêntica, 2013.

HESPANHA, A. Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HIMMELFARB, Gertrude. *Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano*. São Paulo: É Realizações, 2011.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1995.

HORBACH, Carlos Bastide. *Memória Jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

KORNER, Andrei. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira*. São Paulo: Ed. Hucitec, 1998.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto, 2006.

LACOMBE, Américo Jacobina. *À sombra de Rui Barbosa*. São Paulo: Ed. Nacional, coleção brasileira (v. 365), 1978.

LAGO, Laurêncio. *Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal: dados biográficos (1828-1978)*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1978.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto: o Município e o Regime Representativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1997.

LESSA, Renato. *A Invenção Republicana: Campos Salles, as bases e a decadência da Primeira República brasileira*. Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ, 1988.

LOPES, José Reinaldo Lima de. *As palavras e as leis*. São Paulo: Editora 34, 2004.

_____. *O Oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil Império*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

_____. *Naturalismo Jurídico no Pensamento Brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

- LOPES, José Reinaldo Lima. QUEIROZ; Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de história do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.
- LUSTOSA, Isabel. *História de presidentes: a República no Catete (1897-1960)*. Rio de Janeiro: Ed. Agir, 2008.
- LYNCH, Christian Edward Cyril. *Da Monarquia à Oligarquia: História institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930)*. São Paulo: Ed. Alameda, 2014.
- MANGABEIRA, João. *Ruy. O Estadista da República*. São Paulo: Ed. Martins, 2ª ed., 1946.
- MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2014.
- MARROU, Henri-Irénée. *De la connaissance historique*. Paris: Seuil, 1954.
- MARTINS, Luís. *O patriarca e o bacharel*. 2ª edição. São Paulo: Ed. Alameda, 2008.
- MARTINS, Wilson. *História da Inteligência Brasileira*. Vol. IV: 1915-1933. São Paulo: Ed. Cultrix, 1978.
- MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal: Império e República*. 3ª Ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência: Império*, vol. I. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000.
- NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras (vol. I: 1824)*. Brasília: Senado Federal, 2012.
- NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1943.
- _____. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948.
- ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas (e-book)*. Ed. *Ridendo Castigat Mores*. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobebook/ortega.pdf>
- PAIXÃO, Cristiano; Bigliuzzi, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2008.
- PESSOA, Reynaldo Carneiro. *A ideia republicana no Brasil através dos documentos*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1973.
- POCOCK, J. G. A. *Burke and the Ancient Constitution*. In: *Politics, Language and Time*. Chicago: The University of Chicago Press, 1989.
- RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

- REIS, Daniel A. *O Supremo Tribunal do Brasil*. Rio de Janeiro: Mabri Livraria Editora Ltda., 1968.
- RIBEIRO, Darcy. *Sobre o óbvio: ensaios insólitos* (2ª ed.). Rio de Janeiro, Editora Guanabara, 1986.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A História do Supremo Tribunal Federal: Tomos I, II e II*, Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1991.
- ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. São Paulo: Alameda, 2010.
- ROYER, Jean-Pierre [et al.] *Histoire de la justice em France: du XVIII siècle à nous jours*. Paris: Presses Universitaires de France, 2010.
- SEVCENKO, Nicolau. *Literatura como missão: tensões sociais e criação cultural na Primeira República*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2003.
- _____. *A Revolta da vacina*. São Paulo: Ed. Cosac Naify, 2010.
- SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. *Republicanism e Federalismo (1889-1902): um estudo da implantação da República no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1978.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica* (3ª ed.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.
- TORRES, João Camilo de Oliveira. *A Forma do Federalismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1961.
- VALLADÃO, Haroldo. *História do direito, especialmente do direito brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1977.
- VEYNE, Paul. *Como se escreve a história; e Foucault revoluciona a história*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2008.
- VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999.
- VOLTAIRE, François Marie Arouet. *Cândido, ou O Otimismo*. São Paulo: Ed. L&PM Pocket, 2014.
- WALD, Arnaldo. *Do Mandado de Segurança na prática judiciária*. Rio e Janeiro: Ed. Forense, 2003.