5

A Constituição de 1891 e o Controle de Constitucionalidade

5.1 . O STF e a Guarda da Constituição

O desencontro entre o projeto político da Constituição de 1891 ou, mais precisamente, a dimensão das mudanças trazidas pela Carta republicana, e os eventos que lhe deram causa, já apontava para a necessidade de se tornar seguro o seu cumprimento e a sua efetividade, e o tamanho desta contradição engrandecia sobremaneira a responsabilidade desta atribuição. Nestas condições, o respeito espontâneo à Constituição não deveria ser esperado, devendo antes ser garantido.

A Carta Política do Império, sob influência do Direito público francês e inglês, deixava a guarda da Constituição ao Poder Legislativo, composto por representantes da nação, embora a presença de um quarto Poder, exercido pelo Imperador e incumbido de velar sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos outros três, e que, acima de tudo, poderia dissolver o Poder Legislativo, anulasse, no plano prático, tal atribuição. Assim, conforme determinava a Constituição de 1824:

“Art. 15 – É da Atribuição da Assembléa Geral:

8.º) Fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las.

9.º) Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação.”

A Constituição de 1891 manteve a atribuição conferida ao Poder Legislativo de velar na guarda da Constituição, retirando-lhe, contudo, o caráter de exclusividade:

“Art. 35 – Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente:

§1º - Velar na guarda da Constituição e das leis, e providenciar sobre as necessidades de caráter federal.”

De fato, inspirada no modelo norte-americano, a Constituição abrigou a doutrina do *judicial review*, atribuindo ao Poder Judiciário a competência para

deixar de aplicar as leis e atos normativos que estivessem em confronto com o texto constitucional e que, deste modo, careceriam de validade. Nesse sentido, dispunha a Constituição:

§ 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 a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;*
- b) 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.*

Embora o disposto na alínea “a” não assegurasse expressamente que a validade das leis e tratados federais fosse contestada em face da Constituição, era esta a interpretação dada pela doutrina ao dispositivo constitucional. Nesse sentido, conforme assinalou JOÃO BARBALHO:

“Por validade há de entender-se:

1.º a legitimidade constitucional do ato, sua conformidade com a Constituição, com os princípios nela consagrados.

Uma lei pode ser inconstitucional, quer porque verse sobre objeto a respeito do qual o congresso não possa legislar, por não se compreender na sua competência (que é limitada aos assuntos enumerados na Constituição, ou deles decorrentes por necessária inferência, ou neles incluídos por óbvia compreensão) – quer por ser, em suas determinações, contrária a disposições constitucionais. Em tais condições um ato legislativo não tem validade. Suscitando-se sobre ele questão em juízo e em forma processual adequada, da decisão em última instância nas justiças estaduais, é cabido o recurso para o supremo tribunal federal (que soberanamente decide) no caso da sentença ter sido contra a validade da lei, - e não no caso contrário, porquanto presumindo-se válida a lei, não há que reformar decisão conforme a legislação federal e que não prejudica as prerrogativas e interesses da União.

2.º a conformidade do processo parlamentar ou formação da lei com os respectivos preceitos da Constituição.

A lei ao ser elaborada deve passar pelos trâmites constitucionais estabelecidos; há de ser feita nos moldes para isso estatuídos, e não a arbítrio dos legisladores, com infração de fórmulas e cautelas que se julgaram indispensáveis para a sua factura e que são garantias de ordem tal que os constituintes entenderam não se poder prescindir delas, não as deixando ao talante dos legisladores ordinários.”¹

Como se pode verificar, a Constituição não apenas atribuía competência ao Poder Judiciário para o exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, como ainda estabelecia competência recursal ao Supremo Tribunal Federal, que, portanto, assumiria papel primordial no exercício deste controle.

Deste modo, se por um lado caberia ao Congresso, nos termos do art. 35, §1.º, velar na guarda da Constituição, ainda que não privativamente, por outro caberia ao Poder Judiciário, e especialmente o Supremo Tribunal Federal, rever e eventualmente anular os atos aprovados pelo Congresso, a partir justamente da verificação do (des)respeito à Constituição. O STF assumiria uma posição privilegiada, pois a esta Corte caberia rever as decisões das instâncias inferiores e, portanto, a manifestação inapelável a respeito da validade das leis e atos normativos em vigor no País.

Embora um órgão de cúpula do Poder Judiciário não figurasse como novidade na organização constitucional do País, já que a Constituição do Império abrigava o Supremo Tribunal de Justiça (art. 164), o STF assumiria, nos termos definidos pela Constituição de 1891, atribuições desconhecidas até então pelo Poder Judiciário brasileiro e, nada obstante a sua composição inicial ter sido, em maior parte, originária dos ministros do Supremo Tribunal de Justiça², pode-se afirmar que o STF surgiu como um novo ator na ordem constitucional que se inaugurava. Assim, ainda que a Constituição fosse clara a respeito da posição a ser assumida pelo Poder Judiciário, e especialmente pelo STF, na organização do Estado, a sua afirmação como tal encontrou forte resistência no cenário político brasileiro, cabendo aqui destacar as manifestações do Senador ARISTIDES LOBO, em suas “*Cartas ao Rio*”, publicadas no jornal *Diário Popular*:

“É preciso não ser cego. A maior necessidade do momento não é correr atrás de um suposto e imaginário constitucionalismo, mal pensado aliás, pelo primeiro de seus guardas, o Supremo Tribunal de Justiça [sic], mas o fortalecimento do executivo, única garantia, não se iludam, da permanência da República”.
[17.08.1893]

“No jogo de nossas instituições, a garantia institucional não está na mão desse tribunal (o S.T.F.), que não tem a força nem os meios de agir com eficácia, mas sim nas mãos do poder executivo, depositário fiel da execução de todas as leis, imediato representante das garantias de todos os direitos e fiel intérprete da ordem e da segurança social” [19.08.1893]³

¹ *Op. Cit.*, p. 242.

² Segundo relatou LÊDA BOECHAT RODRIGUES: “A 28 de fevereiro de 1891, quatro dias depois de promulgada a primeira Constituição republicana, reunia-se o S.T.F. no velho edifício da Relação, à rua do Lavradio, às 13 horas, em sessão extraordinária. Dos 15 Ministros nomeados, a maioria vinha do Supremo Tribunal de Justiça e pouco se demoraria no novo Tribunal. Quatro estavam na casa dos 70 anos, sete na dos 60, 3 na dos 50 e apenas um tinha menos de 50 anos. A idade média era de 63 anos.” (*Op. Cit.*, p. 7)

Esta manifestação, que inverte radicalmente as posições dos Poderes Executivo e Judiciário na nova ordem constitucional, já revelava que ao STF caberia percorrer longo e árduo caminho para assumir, na prática, a função que lhe fora atribuída na teoria. A afirmação do STF, novo ator no cenário político do País, como o guardião da Constituição haveria de encontrar – e efetivamente encontrou – forte resistência por diversos segmentos da sociedade política. Como observou LÊDA BOECHAT RODRIGUES: “em 1896, juízes e desembargadores, do Norte ao Sul do país, já respondiam criminalmente a processo por haverem declarado a inconstitucionalidade de leis federais e estaduais”⁴. De fato, a teoria sobre a qual se assentava a nova ordem constitucional, originária do direito norte-americano, seria de difícil aceitação por aqueles que sempre se beneficiaram do regime baseado no direito francês e inglês, onde os representantes do povo são os intérpretes da Constituição. O novo modelo propunha não apenas atribuir a interpretação da Constituição a outro órgão, mas a um órgão não eletivo e, isso nada obstante, competente para limitar a atuação dos representantes do povo – que até então eram seus próprios limitadores. Ademais, admitida a perfeição da representação popular, ter-se-ia um órgão não representativo limitando a vontade popular.

Neste embate, coube destaque a RUI BARBOSA que, co-responsável pela importação do judicial review para o País, trouxe também os seus doutrinadores. Assim, em artigo intitulado “*Quem Garantirá as Garantias?*”, RUI BARBOSA, defendendo que o povo deveria ser protegido contra seus representantes, citou a seguinte passagem de BRYCE:

“Pela lógica inexorável dos seus princípios constitucionais veio a passar em julgado que os direitos do povo encontram a extrema e suprema garantia, não na assembléia popular, não em mecanismos de sua feitura, mas, dentre todas as instituições do regime, naquela que mais longe está do alcance popular, e gira, até onde é possível a uma instituição, independente do sentimento público, invulnerável à investida das maiorias. Originária da soberania do povo, é a trincheira do povo contra seus movimentos irrefletidos, contra suas vontades transviadas, salvando-o, não de seus inimigos, mas dele mesmo”.

A seguir, trazia à colação as reflexões de THEODORE WOOLSEY:

³ apud. RODRIGUES, LÊDA BOECHAT, *Op. Cit.*, pp.37-8.

⁴ *Op. Cit.*, pp. 2-3.

“Se o corpo legislativo, sujeito aos acessos desorganizadores da opinião pública, adotar leis inconstitucionais, que meios teremos de preservar a Constituição como contrato vivo e sagrado? Não há durabilidade, ou continuidade regular, na existência jurídica de uma nação, onde não exista um poder, exterior ao legislativo, que decida se este ultrapassou as suas raias. Se não se estabelecer, nos estados constitucionais, um poder, que vele pela Constituição, e a fortifique contra as invasões da legislatura, ou do executivo, bem cedo a Constituição não será mais que um mero simulacro, eficaz unicamente contra o povo, impotente contra os abusos da autoridade”.

Por fim, acentuava RUI BARBOSA a superioridade do sistema norte-americano no que se refere à guarda da Constituição pelo Poder Judiciário, em comparação com o modelo inglês, baseado na supremacia do Parlamento. Nesse sentido, dizia RUI BARBOSA:

“O inglês, soberbo de suas instituições, que geraram, pode-se dizer, a família gloriosa das Constituições modernas, o inglês não oculta a sua inveja por essa criação maravilhosa, que põe a justiça de guarda à lei fundamental, em defesa do poder constituinte, contra a rebeldia dos poderes constituídos. “confesso que não costumo invejar os Estados Unidos”, dizia, há 11 anos, Lord Salisbury, em Edimburgo. “Mas há um traço, em suas instituições, que me parece digno da maior inveja (which appears to me the subject of the greatest envy): é a magnífica instituição da Corte Suprema. Se os Estados Unidos, se as câmaras ali adotarem qualquer medida infensa à Constituição do país, há um tribunal, que a paralisará; e este fato dá às instituições nacionais uma estabilidade, que em vão esperamos sob o nosso sistema de vagas e misteriosas promessas”.

E, adiante, trazia à colação o comentário do Ministro dos EUA em Londres, M. PHELPS, a respeito da organização constitucional de seu país: *“Se a Constituição americana estivesse sob a custódia do poder legislativo, e não, como está, sob a do poder judiciário, muito há que já não existiria: teria sido modificada e desfeita pelas ambições pessoais e pelas paixões dos partidos”.*

A Constituição de 1891, ao adotar o judicial review norte-americano, consagrou uma mudança não apenas em relação ao Poder Judiciário, mas também – e sobretudo – em relação à própria Constituição, cujo respeito pelos representantes do povo eram, sob a vigência da Carta Política de 1824, mais esperados do que garantidos. Caberia a partir de então ao Poder Judiciário, através do controle de constitucionalidade das leis, assegurar a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico e, assim, assegurar a sua efetividade. Entretanto, cumpre ressaltar que o exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, seguindo o modelo norte-americano, só se daria nos casos

concretos (fiscalização concreta de constitucionalidade), não cabendo o exame em tese da constitucionalidade das leis (fiscalização abstrata). Tampouco caberia ao Poder Judiciário a iniciativa de qualquer ação visando à declaração de nulidade das leis por violação ao texto constitucional. Com efeito, o controle se daria por via de exceção e a declaração de inconstitucionalidade seria uma questão incidental (e não principal) a ser resolvida a fim de se solucionar o litígio. Assim, a atuação do Poder Judiciário estava circunscrita aos processos judiciais e às partes neles envolvidas, não lhe sendo permitido suspender a execução de leis e atos normativos, mas apenas, quando fosse o caso, deixar de aplicá-los aos casos em exame, de modo que a eventual declaração de inconstitucionalidade teria efeito somente entre as partes (inter partes). Estas limitações, tanto em relação à impossibilidade de se exercer um controle em tese da constitucionalidade das leis como em relação aos efeitos desta declaração, foram reconhecidas e bem frisadas pelo STF, como se pode verificar nos seguintes julgados:

“Posto que à Justiça falte competência para nulificar ou declarar inválida uma lei, ninguém lhe contesta a faculdade, que é também um dever seu, de se abster de aplicar a cada caso a lei inconstitucional.”⁵

“O STF nega provimento ao agravo, por entender correta a decisão do juiz a quo, que reconheceu não ser de sua competência mandar suspender execução de lei estadual, podendo apenas julgar, mediante processo regular, da validade de atos praticados em virtude de lei ou regulamento argüido de inconstitucional.”⁶

Nesse mesmo sentido, ilustrou LÊDA BOECHAT RODRIGUES, ao comentar a impossibilidade da declaração de inconstitucionalidade em tese pelo Poder Judiciário, que:

“Declarou o Tribunal [STF] que incidia na censura de direito uma sentença que infirmara em tese, por inconstitucional, um decreto emanado do Executivo, ‘porquanto aos juízes e tribunais só é facultado o deixar de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e a Constituição’.”⁷

Adiante, prosseguiu a autora:

⁵ Revista do Supremo Tribunal Federal (doravante referida simplesmente como RSTF), vol. 8, pg. 7 – Recurso de Habeas Corpus nº 3715 – 27.01.1915

⁶ Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência, pg. 75, 1897 – Agravo nº 82 – 24.04.1895

“Foi julgada improcedente uma ação cível originária proposta pela União contra o Estado de Pernambuco, pedindo fosse declarada a inconstitucionalidade de um imposto de 300 réis por tonelada sobre navio estrangeiro, criado por lei estadual, dizendo-se que apesar de ser ‘manifestamente inconstitucional o imposto’, a Justiça Federal só podia intervir em espécie. Na petição inicial não se pedia ‘a anulação dos atos do Governo Estadual praticados em virtude de lei e instruções incompatíveis com a Constituição’, mas sim que se declarasse ‘em tese inconstitucionais a dita lei e instruções’ e que se mandasse ‘cessar para o futuro a cobrança do imposto, o que importa a revogação de disposições regulamentares e portanto a intervenção do poder judicial in genere e não in specie’.”⁸

Assim, o STF, na função de órgão de cúpula do Poder Judiciário, definia as linhas básicas do controle de constitucionalidade a ser seguida pelas demais instâncias, equilibrando a novidade trazida pela incorporação do *judicial review* norte-americano (art. 59, §1.º, “a” e “b”) e a separação dos Poderes (art. 15), que tinha raízes em outro modelo, buscando a síntese que resultaria na atuação correta do Poder Judiciário. CARLOS MAXIMILIANO, revelando certa preocupação com a atuação do Poder judiciário no exercício do controle de constitucionalidade das leis, a fim de que não violasse o princípio da separação dos Poderes, frisou que deve ser feita uma distinção entre os critérios adotados pelo legislador ao elaborar uma lei que pudesse correr em vício de inconstitucionalidade e os critérios adotados pelo juiz ao apreciar uma arguição de inconstitucionalidade de uma lei. Segundo o autor, o legislador deveria questionar se tem ou não o direito de aprovar determinado ato, em face da Constituição, ao passo que ao magistrado caberia indagar se, anulando determinada lei, em salvaguarda do texto constitucional, não estaria transcendendo suas funções e usurpando as funções legislativas. Para evitar tal situação, o autor traçou alguns preceitos norteadores de um uso adequado desta prerrogativa do Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, dentre os quais destacamos os seguintes:

- presumem-se constitucionais todos os atos do Congresso e do Executivo;
- os tribunais inferiores não julgarão inconstitucional um ato, senão em casos muito claros; em geral, deixarão para os tribunais mais altos o pronunciamento final;

⁷ *Op. Cit.*, p. 144. (Apelação Cível n.º 286, de 25.09.1897)

⁸ *Op. Cit.*, pp. 144-5. (Ação Cível originária n.o. 2, de 30.05.1896)

- o reconhecimento da inconstitucionalidade de um decreto constará do acórdão, somente quando aprovado pela maioria absoluta dos membros do STF;
- proclama-se a inconstitucionalidade apenas quando é absolutamente necessário fazê-lo para decidir a questão *sub judice*;
- sempre que for possível, sem fazer demasiada violência às palavras, tão restritivamente se interprete a linguagem da lei que se torne constitucional a medida;
- se apenas uma parte do decreto é inconstitucional e é possível separá-la sem faltar aos fins que teve em mira o Congresso no momento de o elaborar, condena-se a parte somente;
- uma lei declarada inconstitucional em última instância, é como se não tivesse existido.⁹

Os preceitos trazidos por CARLOS MAXIMILIANO enfatizavam o princípio da presunção de constitucionalidade das normas, a fim de contrabalançar o exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, sugerindo que a atuação do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade deveria ser excepcional, já que a inconstitucionalidade das normas também seria. Por esta razão, embora o controle de constitucionalidade fosse difuso, ou seja, embora pudesse ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, entendia o autor que os tribunais inferiores, a não ser em casos muito claros, não deveriam julgar inconstitucional um ato, deixando tal pronunciamento aos tribunais “mais altos”. O STF, embora fosse o órgão de cúpula e, portanto, a última instância do Poder Judiciário, também só declarava a inconstitucionalidade das leis em casos muito claros, como se pode verificar nos seguintes acórdãos:

“Julgando-se procedente a carta e passando a decidir do agravo, negam provimento ao mesmo, porque não ficou provada em evidência a inconstitucionalidade alegada. (art. 54, VI, g, da lei nº 221 de 20 de novembro de 1894)”¹⁰

⁹ MAXIMILIANO, CARLOS, *Op. Cit.*, p. 117.

¹⁰ *Diário da Justiça*, 04.11.1930, p. 6474 – Carta Testemunhável – 05.05.1923.

“Só quando manifesta, evidente, a inconstitucionalidade de uma lei ordinária, pode ser ela declarada inaplicável pelo Poder Judiciário.”¹¹

Mesmo em relação aos tribunais “mais altos”, defendia CARLOS MAXIMILIANO que, sempre que fosse possível, “*sem fazer demasiada violência às palavras*”, os magistrados deveriam interpretar as normas de modo que esta se tornassem constitucionais. Ainda em respeito à presunção de constitucionalidade das leis, o autor observava que se apenas uma parte da norma fosse inconstitucional e, nesse caso, fosse possível separá-la “sem faltar aos fins que teve em mira o Congresso no momento de o elaborar”, deve-se declarar a inconstitucionalidade somente em relação a esta parte. Seguindo esta orientação, vale trazer à colação os seguintes acórdãos proferidos pelo STF:

“O Dec. n.º 9263 de 1911, que reorganizou a Justiça Local do DF, ofende a Constituição na parte em que restringiu a ação rescisória aos casos de sentenças nulas proferidas em Juízo ordinário (art. 141, §8º, n.º 2), e, assim, não pode ser obedecido nesta parte.”¹²

“A Lei n. 3724, de 1919 (Lei dos acidentes de Trabalho), dispõe, no art. 22, que todas as ações que dela se originarem serão processadas na Justiça Comum; esse dispositivo, porém, não pode ser observado, por inconstitucional, por ir de encontro ao art. 60, letra d, CF, que uma Lei ordinária não tem força para revogar.”¹³

Interessante observar que, em relação a este último julgado, o STF, um ano depois, mudou sua orientação, amparado justamente pela orientação de que sempre que fosse possível, a norma deveria ser interpretada de modo a se tornar constitucional. É o que se verifica no seguinte acórdão sobre a mesma matéria:

“A disposição do art. 22 da Lei dos Acidentes de Trabalho (“todas as ações que se originarem da presente Lei serão processadas perante a justiça comum”), apesar da generalidade de seus termos, não deixa de ser aplicada de acordo com o preceito do art. 60, letra d, da Constituição Federal, para não incorrer na argüição de inconstitucional.

Estabelecimento no sentido em que emprega essa expressão o art. 35, §3º do Código Civil, é somente a sucursal ou agência dirigida por um preposto investido de amplos poderes de gestão e representação judiciária, ativa e passiva.

O art. 45, §1º do Decreto que regulamentou a Lei dos Acidentes no Trabalho, abriu uma exceção, que consulta inteiramente o intuito da mesma Lei, ao

¹¹ RSTF, vol. 57, p. 72 – Agravo de Petição n.º 3556 – 13.07.1923.

¹² RSTF, vol. 27, p. 60 – Recurso Extraordinário n.º 1251 – 29.01.1920.

¹³ RSTF, vol. 25, p. 263 – Conflito de Jurisdição n. 467 – 24.04.1920.

princípio de que o réu deve ser, em regra, acionado no foro de seu domicílio, firmando a competência do Juiz do lugar em que tiver ocorrido o acidente.

“(…) considerando que essa disposição regulamentar não pode ser argüida de inconstitucional, mesmo pelos que ainda seguem a lição de João Barbalho, porquanto, tendo a Lei, que se regulamentou, falado, no art. 21, em Juízo competente, sem definir essa competência, cabia ao Poder Executivo sanar essa lacuna, assegurando assim a execução da lei, cujos intuitos ficariam inteiramente burlados, se não ficasse estabelecido qual o juiz competente para processar e julgar as causas oriundas de acidentes no trabalho; considerando, além disto, segundo a doutrina modernamente ensinada por publicistas de incontestável valor, que o poder regulamentar do Presidente da República é amplo, pode inovar na matéria legislada, sanando qualquer lacuna do ato legislativo.”¹⁴

No entanto, este rigor do STF em relação ao princípio da presunção de constitucionalidade das normas, sob o receio de estar o Poder Judiciário ultrapassando suas funções ao declarar uma norma inconstitucional, às vezes se revelava excessivo, tal como se deu em relação à inconstitucionalidade formal, ou mais precisamente¹⁵, em relação à inconstitucionalidade por vício no processo de elaboração da norma, tal como se pode verificar no seguinte acórdão do STF:

“Não é líquida a questão de se saber se o Poder Judiciário pode decretar a inconstitucionalidade da Lei, por vício verificado em sua elaboração, sendo assim, de negar-se o habeas corpus, requerido com tal fundamento.”¹⁶

Como o controle de constitucionalidade era incidental e concreto, ou seja, ocorria somente em casos concretos e deveria ser resolvida como questão incidental, a declaração de inconstitucionalidade poderia ocorrer em qualquer

¹⁴ RSTF, vol. 29, p. 70 – Agravo de Petição n. 2887 – 15.01.1921. Interessante registrar o voto do Ministro PEDRO LESSA, a respeito da competência conferida ao Presidente da República para expedir decretos: *“A minha divergência com os votos vencedores reside unicamente em que eu não admito que o Poder Executivo, ao regulamentar uma lei altere as regras de direito, contidas de modo formal em outras leis. A CF é muito clara em seu art. 48, n. 1 – ‘Compete privativamente ao Presidente da República: 1) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução’.*

Certo que alterar as normas de direito, encerradas em lei expressas, como é o preceito legal que estatui como regra o foro do domicílio, não é concorrer para a fiel execução das leis, mas para a subversão do regime legal, com sacrifício de direitos garantidos por lei incontestável.

Não há doutrina que prevaleça contra uma expressa disposição constitucional.”

¹⁵ Cabe aqui registrar a distinção entre *“inconstitucionalidade orgânica”* e *“inconstitucionalidade formal propriamente dita”*, conforme aponta CLÊMERTON CLÈVE. Segundo o autor, *“a inconstitucionalidade orgânica, decorrente de vício de incompetência do órgão que promana o ato normativo, consiste numa das hipóteses de inconstitucionalidade formal. Com efeito, diz-se que uma lei é formalmente inconstitucional quando foi elaborada por órgão incompetente (inconstitucionalidade orgânica) ou seguindo procedimento diverso daquele fixado na Constituição (inconstitucionalidade formal propriamente dita). Pode, então, a inconstitucionalidade formal resultar de vício de elaboração ou de incompetência. (Op. Cit., pp. 31-2.)*

¹⁶RSTF, vol. 51, pg. 28 – Habeas corpus nº 8518 – 29.05.1922.

espécie de processo, não havendo uma ação específica para tanto. Com efeito, o STF exercia o controle de constitucionalidade em qualquer processo que fosse de sua competência, tanto originária como recursal (v.g., recurso extraordinário, conflito de jurisdição, recurso eleitoral, agravo de petição, carta testemunhável, habeas corpus ou apelação cível, sendo estes dois últimos os mais comuns). Entretanto, vale observar que a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade por meio de habeas corpus foi alvo de inúmeros debates pelos ministros do STF ao longo da Primeira República, tendo a jurisprudência do STF oscilado por diversas vezes, ora decidindo pela viabilidade, ora pela inviabilidade da arguição de inconstitucionalidade via processual. Nesse sentido, vale citar os seguintes acórdãos:

“O habeas-corpus não é meio de revogar Leis, mesmo leis inconstitucionais. Os Estados podem, em suas organizações judiciárias, estabelecer condições para a concessão de provisões de advogado e solicitados, como auxiliares do Juízo.”¹⁷

“Ementa do Acórdão: O habeas-corpus não é meio idôneo para se declarar a inconstitucionalidade de uma Lei.

Ementa dos votos vencidos - É exatamente nos processos de habeas-corpus que, com mais forte razão, se deve admitir e resolver a questão de inconstitucionalidade das Leis; porquanto, o que neles se trata de garantir é a liberdade individual.

Quando se invoca perante um Juiz, ou um tribunal coletivo, uma Lei contrária à CF, o Juiz ou Tribunal deixará de aplicá-la, desde que a inconstitucionalidade seja patente, superior a qualquer dúvida razoável.

Excluir o processo do habeas-corpus dos que oferecem aos juizes a condição para declarar a inconstitucionalidade das Leis, é o mais arbitrário dos atos com que se pode infringir a mais comezinha das regras do direito público que adotamos.”¹⁸

Cumprido frisar que não havia qualquer medida judicial que tivesse por objeto a declaração de inconstitucionalidade. Desse modo, a garantia da Constituição dependia em um primeiro momento que fosse ajuizada uma ação visando à reparação do direito violado pela lei que desrespeitava a Constituição. Somente após o ajuizamento da ação poderia o Poder Judiciário pronunciar-se sobre a constitucionalidade da norma. Neste caso, a declaração de inconstitucionalidade poderia ocorrer mesmo que não fosse alegada por nenhuma das partes, como deixou assente o STF:

¹⁷ RSTF, vol. 25, pg. 251 – Habeas corpus nº 5342 – 01.10.1919.

“Uma Cia. estabelecida em um Estado, e que tem no DF um depósito, onde vende seus produtos, não está sujeita ao imposto de indústrias e profissões no mesmo DF.

As leis manifestamente incompatíveis com a CF não devem ser aplicadas pelos juizes e tribunais.

Mesmo não sendo a inconstitucionalidade alegada por nenhuma das partes, o juiz ou tribunal tem o poder de pronunciá-la.

Aplicação da CF art. 9º, n. 4, e da lei n. 221 de 1894, art. 13, §10º.”¹⁹

Cabe, por fim, assinalar que o controle de constitucionalidade só poderia ser exercido pelo Poder Judiciário, com a exclusão de qualquer outro órgão, como se pode verificar nos seguintes acórdãos:

“Cabem os remédios possessórios contra os atos da administração pública manifestamente ilegais; e dessa natureza é o ato de um prefeito municipal deixando de cumprir uma disposição da Lei municipal, sob o pretexto de sua inconstitucionalidade.

Aplicação da Lei 221, de 1894, art. 54, n. VI, “s”.”²⁰

“Ao Poder Executivo falta competência para negar execução às leis, sob a alegação de inconstitucionalidade delas.”²¹

Portanto, verifica-se que a garantia da Constituição de 1891 (seu projeto político) somente poderia ocorrer através do controle de constitucionalidade, exercido exclusivamente pelo Poder Judiciário. Tal atribuição somente poderia ocorrer nos casos concretos, com o efeito da declaração de inconstitucionalidade restrito às partes envolvidas no processo judicial. Não havia nenhum modo de se argüir a inconstitucionalidade em tese, nem tampouco poderia o Poder Judiciário declarar de ofício a inconstitucionalidade de uma norma, sem que houvesse uma ação judicial para tanto. A garantia da Constituição dependia do ajuizamento de ações pelas pessoas que tivessem seus direitos constitucionais violados....afetadas pelo desrespeito à Constituição.

Embora o controle de constitucionalidade pudesse ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, o STF, como última instância, assumia uma posição de destaque na função de guarda da Constituição.

¹⁸ RSTF, vol. 23, pg. 124 – Habeas corpus nº 5428 – 01.11.1919.

¹⁹ RSTF, vol. 29, pg. 160 – Apelação Cível nº 3011 – 10.11.1920.

²⁰ RSTF, vol. 30, pg. 140 – Agravo de Petição nº 2927 – 30.04.1921.

²¹ RSTF, pg. 230 – Apelação Cível nº 2097 – 13.04.1912.

Assim, cumpre verificar como ocorreu a guarda da Constituição de 1891 face à atuação do Poder Público no exercício da função legislativa, a partir da análise das questões que com maior frequência chegavam ao STF em sede de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Pretende-se, desse modo, verificar sobre quais as matérias, dentro do projeto da Constituição de 1891, estavam sendo levantadas arguições de inconstitucionalidade, ou por outra, em que pontos a Constituição estava sendo violada e como o STF se manifestou sobre as mesmas, compreendendo a análise o período desde a entrada em vigor do texto constitucional até o ano de 1926, quando então ocorreu a reforma da Constituição²².

²² Interessante observar que a constitucionalidade da própria reforma constitucional foi questionada perante o STF, no julgamento do processo de habeas corpus n.º 18.178, em 1.10.1926, alegando o impetrante que o processo de reforma constitucional não seguiu as normas previstas pela Constituição no que se refere ao *quorum* necessário para a aprovação de emendas à Constituição, que, segundo o impetrante, deveria ser de dois terços dos membros das duas câmaras do Congresso, e não dois terços dos presentes à sessão legislativa. Tratava-se de inconstitucionalidade formal, portanto. A questão, como foi visto, já se revelava polêmica entre os principais comentaristas da Constituição de 1891, JOÃO BARBALHO e CARLOS MAXIMILIANO, cabendo aqui frisar que as manifestações de ambos os autores haviam sido publicadas muito antes da Reforma de 1926, escapando, desse modo, de qualquer espécie de casuismo. O STF, no entanto, filiando-se ao entendimento de CARLOS MAXIMILIANO, manifestou-se pela constitucionalidade da reforma constitucional, nos seguintes termos:

"Constitucionalidade da reforma da Lei Fundamental da República.

impetrante argui de inconstitucional a recente reforma da Lei Magna, dizendo: que ela não foi aprovada por dois terços dos votos do Senado, exigido pelo art. 90 § 2º da Constituição de 1891, segundo o qual "a proposta dar-se-á por aprovada, se no ano seguinte o for mediante três discussões, por maioria de dois terços dos votos das duas Câmaras do Congresso", que a exigência não é, portanto, de dois terços dos membros presentes, e assim deve ser entendido porque sempre que a Constituição se refere à votação das decisões do Congresso, fala em "membros presentes" (art.33 § 2º, 37 § 3º, 39 § 1º e 47 § 2º); somente neste caso não se refere a "membros presentes" mas a "Câmaras"- o que significa "da Casa Legislativa", isto é, dos membros que a compõe (...)

(...) Não é de se aceitar a argumentação do eminente constitucionalista patricio (João Barbalho defendeu a inconstitucionalidade da Reforma Constitucional por não ter sido observado o art.90 da CF). Convence Carlos Maximiliano, que se pronuncia por esta forma: "Para a assinatura da proposta o texto exige a Quarta parte dos membros da Câmara; para a votação em um ou outro, reclama dois terços dos votos. Logo, no último caso, refere-se o art. 90 a dois terços dos presentes, havendo número suficiente para deliberar (a metade mais um) e não dois terços dos membros.

(...) tratar-se-ia de uma interpretação (de João Barbalho), que não exclui a contrária, firmadas ambas em raciocínio mais ou menos aceitáveis. (...) Enfim, não tenho necessidade de indagar qual dessas interpretações é a mais aceitável. O que está fora de dúvida é que se trata de uma interpretação razoável da lei nunca foi motivo para invalidá-la por inconstitucional.

(...) A pretexto de uma inconstitucionalidade que não é manifesta, mas muito duvidosa pelo menos, não é lícito ao Poder Judiciário deixar de aplicar a reforma constitucional (...)"

Diário de Justiça, 03.02.1931, p. 818 - Habeas Corpus n.18.178 - 01.10.1926.

5.2. As Questões Mais Recorrentes²³

²³ Cumpre frisar que a análise da jurisprudência ficará restrita ao exame das questões mais recorrentes no exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pelo STF, razão pela qual não será abordada a defesa dos direitos individuais, que, embora tenha sido marcante na atuação daquela Corte durante a Primeira República, não envolvia, na sua maior parte, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Desse modo, não se pode afirmar que os casos que envolviam direitos individuais figuraram entre as questões mais recorrentes no exercício do controle de constitucionalidade pelo STF. Impende assinalar que a amostragem da guarda do projeto político da Constituição de 1891 pretendida pelo presente trabalho limita-se ao exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, embora ciente de que não se trata da única forma de se exercer a guarda da Constituição. Nesse sentido, ainda que muitos tenham sido os processos em que o STF assegurou o exercício dos direitos individuais, foram poucos os processos em que aquela Corte o fez através do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, razão pela qual não poderia figurar entre as questões mais recorrentes. A título ilustrativo, no entanto, vale citar os acórdãos pesquisados:

“Em caso de processo crime, a lei não oferece ao advogado o direito de ser recolhido à prisão especial. A Constituição Federal, art. 72, parágrafo 2., aboliu todos os privilégios incompatíveis com os princípios constitucionais em vigor. Logo, em face da Constituição Federal, não há, nem pode haver, o privilégio dos advogados disposto nas Ordenações do Reino.” (RSTF, vol. 5, p. 389 – Recurso de Habeas-corpus n. 3810 – 03.09.1915.) *“São compreendidos na exceção do art. 1º da Lei n. 981, de 7/1/03, para o fim de contarem antiguidade de oficial, das datas das respectivas comissões, os alferes e os segundos tenentes promovidos a 3/11/94, que tiverem prestado até a data da referida promoção, serviços de guerra, distinguindo-se por atos de bravura, devidamente justificados e publicados em ordem do dia do Exército, ou constantes de suas fês de ofício. Não é lícito ao Poder Executivo negar execução às leis que se lhe afigurem inconstitucionais, e muito menos se lhe pode reconhecer o arbítrio de considerar uma mesma Lei válida para uns e insubsistente para outros. CF, art. 72, §2º e Lei n. 1836, de 1907, art. 1º.”* (RSTF, vol. 39, p. 50 – Apelação Cível n. 2636 – 02.07.1921.) *“O artigo 11, 3º, CF, veda que ao funcionário público se apliquem disposições legais derogatórias ou supressivas de garantia de estabilidade em cujo gozo estiverem por força de Lei anterior.”* (RSTF, vol. 15, p. 477 – Recurso Extraordinário n. 1017 – 23.01.1918) *“Anulação de ato do Executivo que violou direito adquirido. Sendo vedada a promulgação de leis retroativas (art. 11, n. 3, CF), com maioria de razão vedada é a expedição de decretos ou de atos administrativos com esse efeito.”* (RSTF, vol. 20, p. 49 – Recurso Extraordinário n. 1009 – 21.06.1919). *“Aos sorteados para o sorteio militar em 1919, não se aplica a lei n. 3918 de mesmo ano, por força do art. 11, n. 3, CF, que veda a promulgação de leis com efeito retroativo. Até o sorteio militar de 1919, inclusive, têm isenção do serviço os sorteios que sustentassem irmã solteira ou viúva, que viva em sua companhia. Aplicação da Lei 1860 de 1908, art. 76.”* (RSTF, vol. 25, p. 146 – Habeas-corpus n. 5926 – 31.05.1920.) *“A promoção por antiguidade, assegurada em Lei, constitui para o funcionário a quem vem tocar, desde o momento em que a vaga se verifica, um direito adquirido, que à Justiça cumpre amparar, quando por ventura, preterido ou violado. Aplicação da Lei n. 2738, de 1913, art. 119.”* (RSTF, vol. 32, p. 134 – Apelação Cível n. 2453 – 02.04.1921). *“Os empregados titulados ou jornaleiros da Estrada de Ferro Central do Brasil perceberão, além dos seus vencimentos ou salários, uma gratificação adicional, relativa ao tempo de efetivo serviço na Estrada, gratificação que será considerada para todos os efeitos como parte integrante dos mesmos vencimentos ou salários. Embora suprimida por lei posterior essa gratificação não pode deixar de ser reconhecida aos funcionários que até então tenham feito jus à mesma pelo cumprimento da única condição exigida pela lei anterior, do lapso de tempo e que porventura não chegaram a ser efetivamente pagos dessas gratificações. Direito adquirido é todo aquele que resulte de um fato idôneo a produzi-lo em virtude de Lei do tempo em que foi esse fato realizado, se bem que a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma Lei nova sobre o mesmo assunto, isto é, todo o direito previndo de um fato jurídico já sucedido, mas ainda não feito valer em toda a sua extensão, não consumado, que existe apenas como poder. Aplicação da CF, art. 11, n.3; (...)”* (RSTF, vol. 35, p. 114 – Apelação Cível n. 2877 – 13.11.1920.) *“As prerrogativas e garantias concedidas aos pilotos diplomados pelos estabelecimentos oficiais ou a eles equiparados, antes da Lei de 1907, constituem direitos adquiridos de que não podem os mesmos pilotos ser despojados por Lei, regulamento ou aviso posterior. CF, art. 11, n. 3.”* (RSTF, vol. 40, p. 47 – Habeas-corpus n. 7952 – 19.11.1921.) *“Desde que a Lei não é inconstitucional, o Poder judiciário tem o dever de lhe não recusar aplicação, quaisquer que sejam os defeitos que se lhe apontem. Uma vez requerida e*

concedida disponibilidade remunerada, consoante os termos expressos em determinada Lei, não pode o governo, que a deferiu, revogá-la, sob qualquer pretexto, porque estabelecido ficara, entre o governo e o funcionário, um ato jurídico perfeito, ao qual nem a Lei pode prejudicar. Direito adquirido é todo aquele que: é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da Lei do tempo em que esse fato se realizou, embora a ocasião de fazê-lo valer, se não haja apresentado antes da existência de um nova lei, sobre o mesmo objeto; e nos termos da Lei, sob cujo império ocorreu o fato de que se originou, começou a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu. Godofredo Cunha, vencido – inconstitucionalidade da disposição em que o autor se funda, por importar em uma delegação do congresso em Lei Orçamentária e contrariar o disposto nos arts. 48, n. 11, 57, §1º e 72, §2º, CF.” (RSTF, vol. 43, p. 74 – Apelação Cível n. 3955 – 02.05.1922.) “É inconstitucional a lei municipal que revoga outra anterior que reconhecia a vitaliciedade dos funcionários respectivos, em relação àqueles que já haviam adquirido direito a essa vantagem por terem preenchido as condições exigidas pela lei revogada, quando ainda em vigor (art. 11, nº 3, CF).” (Manual de Jurisprudência Federal, 1914, p. 152 – Recurso Extraordinário nº 698 – 22.06.1912; Recurso Extraordinário nº 781 – 15.01.1913.) “As garantias resultantes do art. 72, §2º, CF, somente serão asseguradas aos estrangeiros residentes no país e que nele se radicam, colaborando com os nacionais dentro da ordem e para o progresso. O anarquista, em conflito com a ordem social, a que não se julga subordinado e que se propõe a destruir pela violência, constitui um “elemento flutuante, que não se fixa em parte alguma”, não tendo, portanto, residência no país.” (RSTF, vol. 12, p. 7 – Habeas-corpus n. 4386 – 06.10.1917.) “É legal a expulsão decretada pelo Governo, de estrangeiros prejudiciais à tranqüilidade pública, anarquistas, militantes, que fazem propaganda das idéias libertárias e concitam o operariado à revolta contra as autoridades constituídas.” (RSTF, vol. 30, p. 83 – Habeas-corpus n. 6847 – 23.05.1921.) “Não sofre constrangimento ilegal o estrangeiro expulso do território do Brasil, em consequência de prova feita, em processo regular, de ser um anarquista perigoso, um elemento prejudicial à ordem constituída.” (RSTF, vol. 35, p. 32 – Habeas-corpus n. 6858 – 30.05.1921.) “A greve pacífica é um direito que pode ser livremente exercido. A Lei de expulsão de estrangeiros não se aplica ao estrangeiro naturalizado tácita ou expressamente. Aplicação do art. 69, §5., CF.” (RSTF, vol. 25, p. 149 – Habeas-corpus n. 5910 – 14.06.1920.) “Ementa do Acórdão - A CF, equiparando os estrangeiros aos nacionais, quanto à inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, criou para o Brasil, uma situação excepcional, privando o seu governo de expulsá-lo discricionariamente. O exercício de greve, corolário do direito de constituir sindicatos, é garantido pela legislação dos povos cultos, não podendo ser arvorado em “manobra fraudulenta”, prevista pelo nosso Código Penal, o ato perfeitamente lícito de quem convida os seus companheiros de classe a exercerem o referido direito. Aplicação do art. 72, §12, CF. Ementa dos votos vencidos - A expulsão é um atributo da soberania, independente, para a sua aplicação, de Lei escrita, sendo uma restrição que sofre, por atos motivos de conveniência pública, o direito de residência do estrangeiro, o qual pode ser deportado, ou expulso, pelo Governo, discricionariamente, independente de processo e sentença.” (RSTF, vol. 28, p. 35 – Habeas-corpus n. 6616 – 22.12.1920.) “Não podem ser expulsos do território nacional os estrangeiros residentes no Brasil, por lhe serem extensivas as garantias asseguradas aos nacionais pelo artigo 72 da Constituição Federal.” (RSTF, vol. 15, p. 8 – Habeas-corpus n. 4348 – 11.08.1917.) “O estrangeiro residente no Brasil não pode ser expulso do território nacional, senão nos casos taxativamente enumerados em Lei, e de acordo com as suas prescrições.” (RSTF, vol. 26, p. 296 – Habeas-corpus n. 5792 – 05.05.1920.) “O habeas-corpus não garante exclusivamente contra prisão ou ameaça de prisão, porquanto, nos termos em que o consagra o Estado federal pode e deve ser admitido em todos os casos de violência ou coação por ilegalidade e abuso de poder, amparando, como remédio pronto e eficaz, a liberdade para o exercício de direitos pessoais, desde que estes sejam líquidos e incontestáveis. A distinção entre brasileiros naturalizados e portugueses natos, ou entre brasileiros e estrangeiros, estabelecida pela Lei paulista para o ensino particular, é contrária à Constituição. CF, art. 72, §§ 2º e 24 (...)” (RSTF, vol. 42, p. 38 – Habeas-corpus n. 8527 – 31.05.1922. Este acórdão também encontra-se publicado no Diário da Justiça, 27.12.1930, p. 7630.) “Não pode verificar-se (expulsão de estrangeiro), quando o estrangeiro acusado prova que reside no país há mais de dois anos contínuos. Cabe habeas corpus do ato que determina a medida com infração dessa regra.” (Manual de Jurisprudência Federal, 1914, p. 135 – Habeas Corpus nº 2940 – 11.10.1910; Habeas corpus nº 2948, 15.10.1910; Habeas corpus nº 3199, 15.06.1912; Habeas corpus nº 3262, 11.10.1912.) “É de se deferir o pedido e assegurar ao paciente o exercício em toda sua plenitude das funções de piloto (...) o advogado (...) requer ordem de habeas corpus (...) a fim de que cessem

5.2.1 Estado de Sítio

A Constituição de 1891 não estabeleceu, ao menos com a clareza exigida pelas disposições extremas e de caráter excepcional, os limites e contornos da declaração do estado de sítio. De fato, a Constituição estabelecia que competia 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, bem como aprovar ou suspender o sítio que houver sido declarado pelo Poder Executivo, ou seus agentes responsáveis, na ausência do Congresso (art. 34, n. 21). Deixou, portanto, assente que a declaração de estado de sítio pelo Presidente da República sofreria um controle pelo Poder Legislativo. Contudo, não estabeleceu expressamente se o controle exercido pelo Poder Legislativo excluiria o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, e, o que parece mais importante, não estabeleceu sequer se caberia algum controle

as restrições ilegalmente impostas pelo Ministério da Marinha à liberdade de profissão para que devidamente se habilitou o paciente (...)” (Diário de Justiça, 27.03.1931, p. 1629 – Habeas Corpus n. 8451 – 24.04.1922.) “*A garantia do exercício das profissões, consignada no art. 72, parágrafo 24, CF, não exclui a exigência de habilitações técnicas, que fazem parte, e são elementos constitutivos dessas mesmas profissões. A garantia constitucional é ampla, abrange o exercício da generalidade das profissões, mas todas ela só podem e devem ser exercidas, respeitadas as condições de sua exigência legal, segundo a jurisprudência uniforme do STF.*” (RSTF, vol. 2, p. 9 – Recurso de Habeas-corpus n. 3544 – 23.05.1914.) “*A liberdade de profissão consagrada pelo §24 do art. 72 da CF, não é, como tem entendido a jurisprudência, uma liberdade ampla, absoluta, pois está sujeita a certas restrições estabelecidas pela Lei ordinária, como medida indispensável de segurança pública. Aplicação da Lei estadual do Piauí, n. 891 de 1917.*” (RSTF, vol. 35, p. 16 – Habeas-corpus n. 6697 – 29.01.1921.) “*Dos termos amplos do parágrafo 22 do artigo 72, CF, depreende-se facilmente que o habeas-corpus garante a liberdade individual qualquer que seja a forma porque se possa manifestar dentro da lei. Restringir aquele recurso à proteção unicamente da personalidade física, isto é, para que ninguém possa ser preso injustamente ou impedido de livremente locomover-se, é retrogradar à primitiva concepção da liberdade individual, é desprezar o texto da lei das leis da República, deixando ao desamparo da justiça, pela falta de outros meios judiciais de conservá-las, entre outras a liberdade de pensamento e a de consciência, que o pacto federal assiná-la, no entanto, com a maior firmeza.*” (RSTF, vol. 2, p. 92 – Habeas-corpus n. 3554) “*A nenhuma autoridade é lícito ofender a liberdade de imprensa, traçando normas aos diretores e redatores dos jornais acerca dos assuntos de que devem tratar, e do modo e do modo por que se devem pronunciar sobre esses assuntos. É proibida entre nós a censura prévia, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar.*” (RSTF, vol. 3, p. 18 – Habeas-corpus n. 3609) “*A 3. Câmara da Corte de Apelação é competente para conhecer de habeas-corpus, quando parte do Chefe de Polícia da Capital Federal o constrangimento de que se queixa o paciente. A censura teatral, exercida pela polícia em virtude da legislação em vigor, não é contrária à Constituição Federal, e funda-se em considerações do mais elevado interesse público, não constituindo, assim, constrangimento ilegal. A Polícia cabe, pela legislação pátria, a inspeção dos teatros e casas de espetáculo públicos, podendo pois, proibir a representação de qualquer peça, uma vez que contenha ofensa à moral, às instituições nacionais ou estrangeiras, a particulares, ou possa*

sobre o Poder Legislativo no exercício desta atribuição, ou seja, se caberia algum controle sobre a constitucionalidade da declaração do estado de sítio. Ao contrário, tornou ainda mais nebulosa e incerta a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário ao elencar como um dos casos que permitiriam a decretação do estado de sítio a “comoção interna”, termo por si só bastante vago, e mais ainda se considerarmos que o Poder Judiciário era um órgão não-representativo que, na função de guardião da Constituição, figurava como um novo ator na cena política do País, e cujas atribuições, portanto, não deveriam ser presumidas.

Nesse quadro, coube ao STF, no julgamento do Habeas Corpus n.º 300, em 23.04.1892, definir se haveria e, neste caso, quais seriam os limites à decretação do estado de sítio, nos termos da Constituição. Vale registrar que ação havia sido impetrada por RUI BARBOSA a favor do almirante EDUARDO WANDENKOLK, senador pela Capital Federal, e outros, dentre marechais, generais, senadores, deputados e jornalistas, que se encontravam detidos em função do estado de sítio decretado pelo então Presidente da República FLORIANO PEIXOTO. Dentre os pacientes, alguns haviam sido presos antes do estado de sítio e cujas prisões, conforme acentuara RUI, eram “*de sua origem, nulas e insubsistentes*”; outros haviam sido presos depois de cessado o estado de sítio, dentre os quais o senador WANDENKOLK, no pleno gozo da imunidade constitucional; e outros haviam sido presos durante o estado de sítio. RUI BARBOSA, após alegar serem inteiramente ilegais as prisões daqueles que haviam sido presos antes e depois do estado de sítio, fundamentou sua defesa a favor daqueles que haviam sido presos durante o estado de sítio a partir de três teses:

*“Primeira: O estado de sítio não observou as condições essenciais de constitucionalidade; pelo que são juridicamente inválidas as medidas de repressão, adotadas no seu decurso. Segunda: Dessa inconstitucionalidade o STF é o competente para conhecer. Terceira: findo o estado de sítio, começa, para os detidos políticos, o direito ao julgamento segundo as formas usuais do processo”.*²⁴

De fato, defendia RUI BARBOSA que o estado de sítio que havia sido decretado pelo Presidente FLORIANO PEIXOTO era inconstitucional, porque

causar perturbação da ordem pública.” (RSTF, vol. 13, p. 32. – Habeas-corpus n. 4205 – 12.06.1916.)

não houvera perigo iminente para a pátria, conforme exigia a Constituição, de modo que, segundo RUI BARBOSA, um dos principais autores da Constituição de 1891, não havia qualquer dúvida em relação à possibilidade de controle quanto à constitucionalidade da medida de estado de sítio. Ademais, prosseguiu RUI, ainda que houvesse sido decretado em conformidade com o texto constitucional, todos os efeitos do estado de sítio deveriam desaparecer com a sua terminação. RUI BARBOSA alegou também que o Poder Judiciário não poderia deixar de apreciar o caso, sob o argumento de tratar-se de questão política, já que “*os casos, que, se por um lado tocam a interesses políticos, por outro envolvem direitos individuais, não podem ser defesos à intervenção dos tribunais, amparo da liberdade pessoal contra as invasões do executivo*”²⁵.

O STF, no entanto, proferiu sua decisão em sentido diverso, denegando a ordem de *habeas corpus*, com apenas um voto vencido dentre os onze ministros presentes na sessão. Quanto aos fundamentos da decisão, relatou LÊDA BOECHAT RODRIGUES:

“A 27 de abril era publicado o acórdão, muito sucinto, em que se dava como razão de decidir a incompetência do Poder Judicial para apreciar, antes do juízo político do Congresso, o uso que fizera o Presidente da República da atribuição constitucional de declarar o estado de sítio no recesso do Congresso Nacional; não era ‘da índole do S.T.F. envolver-se nas questões políticas do Poder Executivo ou Legislativo’; ‘ainda quando na situação criada pelo estado de sítio, estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o Poder Judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política, que os envolve e compreende, salvo se unicamente tratar-se de punir os abusos dos agentes subalternos na execução das mesmas medidas, porque a esses agentes não se estende a necessidade do voto político do Congresso’. Pouco importava que as prisões houvessem sido realizadas antes ou depois do estado de sítio, uma vez que foram decretadas dentro dele’. Finalmente, a cessão do estado de sítio não importava, ipso facto, ‘na cessação das medidas tomadas dentro dele, as quais continuavam a subsistir, enquanto os acusados não forem submetidos, como devem, aos tribunais competentes, pois, do contrário,, poderiam ficar inutilizadas todas as providências aconselhadas em tal emergência por graves razões de ordem pública’.”²⁶

²⁴ apud. RODRIGUES, LÊDA BOECHAT, *Op. Cit.*, p. 20.

²⁵ Idem. Como bem observou LÊDA BOECHAT RODRIGUES, RUI BARBOSA havia formulado “*um princípio que seria mais tarde incorporado à Constituição de 1946 [art. 141, §4.º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual]: ‘Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça’.*” (*Op. Cit.*, p. 21)

²⁶ *Op. Cit.*, pp. 22-3.

Como se pode verificar, com apenas um voto dissidente, o STF, embora não tenha discordado inteiramente de RUI BARBOSA, reconhecendo que, de fato, determinados atos adotados pelo Poder Público e classificados como “questões políticas” podem eventualmente violar direitos individuais, firmou entendimento de que, ainda assim, não caberia ao Poder Judiciário intervir em tais questões, “*visto ser impossível isolar esses direitos da questão política, que os envolve e compreende*”. O STF, desse modo, ao excluir da apreciação pelo Poder Judiciário a violação a direitos individuais, por decorrer esta de um ato de natureza política, estabeleceu um limite à sua atuação como guardião da Constituição.

Logo, se não poderia o STF salvaguardar direitos individuais durante a vigência do estado de sítio, tampouco poderia se manifestar acerca da constitucionalidade da medida.

Esta orientação, no entanto, que afastava da apreciação do Poder Judiciário qualquer medida decorrente da declaração de estado de sítio, não foi seguida ao longo de toda a Primeira República. Com efeito, o STF, contrariando não apenas sua jurisprudência firmada nos primeiros anos de vigência da Constituição, mas também a doutrina de juristas influentes como CARLOS MAXIMILIANO²⁷, julgou-se competente para conhecer os *habeas corpus* impetrados para salvaguardar direitos violados em decorrência do estado de sítio, embora nem sempre concedesse a ordem requerida. Mantinha, no entanto, o entendimento em relação à impossibilidade de se controlar a constitucionalidade da decretação do estado de sítio. Nesse sentido, vale citar os seguintes acórdãos:

“A inconstitucionalidade da decretação do estado de sítio pelo presidente da República é matéria que escapa à competência do Poder Judiciário.

Uma vez conferida a um dos poderes políticos, criados pela Constituição, uma atribuição para a prática de dado ato, ou para o uso de dada faculdade, é ele o único juiz competente da oportunidade e das razões determinantes do respectivo ato, ou do uso da sua faculdade; o contrário seria a negação completa da sua independência.

*Todavia, o Supremo Tribunal deve conhecer de um pedido de habeas-corpus, formulado por indivíduos presos durante o estado de sítio, para poder verificar qual a natureza dos fatos, embora, apreciando-os, se julgue incompetente para conceder a ordem.”*²⁸

²⁷ MAXIMILIANO, CARLOS, *Op. Cit.*, p. 375

²⁸ RSTF, vol. 2, pg. 287 – Habeas Corpus nº 3527

“O habeas-corpus não se limita a livrar alguém de prisão injusta, ou garantir-lhe a livre locomoção, mas serve também para proteger o amplo exercício legal da atividade moral, ainda que tendo por escopo uma função pública, administrativa, política ou judiciária.

A suspensão das garantias constitucionais, pelo estado de sítio, não compreende o habeas-corpus. A livre manifestação do pensamento pela imprensa é uma das garantias constitucionais suspensas em virtude do estado de sítio.”²⁹

“Conhece-se do pedido de habeas-corpus durante o estado de sítio. Constitui constrangimento ilegal - a incomunicabilidade na detenção como medida de sítio.

É erro grosseiro supor que o judiciário tem competência para anular o decreto da lei sobre sítio, opondo aos motivos desse ato - que não estão provados os fatos que determinam aquela providência.”³⁰

Desse modo, embora o STF não julgasse a constitucionalidade da decretação do estado de sítio, manifestava-se sobre a constitucionalidade das medidas tomadas durante e decorrentes de sua vigência, controlando, portanto, não a adoção desta medida excepcional, mas, a partir daí, a constitucionalidade do exercício do poder político durante o estado de sítio. Contudo, é interessante ressaltar que, mesmo esta orientação adotada pelo STF, que excluía do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário o ato da decretação do estado de sítio, já não se mostrava unânime, havendo uma parcela de ministros do STF que, discordando desta jurisprudência, manifestavam-se acerca da constitucionalidade do próprio estado de sítio e, não raro, o declaravam inconstitucional, tal como se verifica nos seguintes acórdãos:

“É concedida a impetrada ordem de habeas-corpus, para que, mantida a detenção do paciente por efeito do dec. N. 10.861 de 25 de Abril de 1914, que estabeleceu o estado de sítio, seja ela em lugar não destinado aos réus de crime comum e seja permitida ao paciente a comunicabilidade, caso ele não a tenha, guardado o regime de estabelecimento.

Ementa do votos vencidos: A inconstitucionalidade do estado de sítio e consequentemente da sua prorrogação, torna ilegal a detenção do impetrante.”³¹

“É negado provimento ao recurso para confirmar a decisão recorrida, que declarou prejudicado o pedido, à vista da informação do chefe de polícia, de ter sido feita a detenção por sua ordem, em consequência do estado de sítio.

Ementa dos votos vencidos: Em face da inconstitucionalidade do estado de sítio, são ilegais as prisões autorizadas como medidas dele decorrentes.”³²

²⁹ RSTF, vol. 2, pg. 294 – Habeas Corpus nº 3539

³⁰ RSTF, vol. 5, pg. 18 – Habeas Corpus nº 3556 – 10.06.1914.

³¹ RSTF, vol. 10, p. 303 – Habeas Corpus nº 3603 – 22.08.1914.

³² RSTF, vol. 10, pg. 301 – Habeas Corpus nº 3645 – 24.10.1914.

Quanto a este último acórdão, vale aqui trazer à colação o voto do Ministro Pedro Lessa:

“Também a nossa Constituição só permite a decretação do estado de sítio quando há guerra, externa ou interna, internacional ou civil, ou grave comoção intestina.

Não é possível reconhecer a constitucionalidade deste estado de sítio atual, torpíssima farsa crimínosa, da qual não podem derivar nenhuma restrição à liberdade individual.”³³

Esta corrente, no entanto, manteve-se como minoritária ao longo de todo o período da Primeira República, tendo o STF firmado jurisprudência no sentido da impossibilidade de se exercer o controle de constitucionalidade sobre a decretação do estado de sítio. Nesse sentido:

“Não há ato algum do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, argüido de inconstitucionalidade ou de lesivo de direitos, que escape ao exame do Poder Judiciário, quando a isso regularmente provocado pela vítima da lesão.

O Poder Judiciário não julga a Lei ou resolução do Congresso ou o ato do Executivo, sob o aspecto da sua oportunidade ou conveniência, mas somente da sua constitucionalidade, ou legalidade, isto é, da conformidade ou não, dele com as limitações postas pela CF ou pela Lei, à ação do Poder de que emana o ato impugnado.

Da necessidade e conveniência dos atos de detenção ou desterro, durante o estado de sítio, o único juiz é o Poder Executivo, o responsável pela manutenção da ordem pública.”³⁴

“Cabe, privativamente, ao Congresso Nacional, com a exclusão de qualquer outro Poder, aprovar ou suspender, se o julgar inconstitucional, o estado de sítio decretado pelo Poder Executivo da União, na ausência do Congresso.

CF, arts. 34, n. 21, e 80.”³⁵

³³ Idem.

³⁴ RSTF, vol. 54, pg. 5 – Habeas Corpus nº 8690 –16.10.1922. Tratava-se de habeas corpus impetrados em favor de Edmundo Bittencourt, diretor do Correio da Manhã, e Irineu Marinho, diretor d’A Noite. Conforme relatado no acórdão: “(...) alegam os pacientes que o governo serve-se da medida do sítio para exercer perseguições contra os pacientes pela crítica que, nos jornais que dirigem, fizeram a seus atos. (...) considerando que da necessidade e conveniência dos atos de detenção, ou desterro, enquanto dura o sítio, o único juiz é o Poder Executivo, o responsável pela manutenção da Ordem Pública; considerando que a Constituição Federal previa a possibilidade dos abusos a que alude o impetrante, e estabeleceu como único corretivo para eles a responsabilidade criminal das autoridades que tenham ordenado as medidas abusivas (art. 80, §4º, CF); (...) considerando que, enquanto tal reforma se não fizer, a intervenção do judiciário na proteção dos alcançados pelas medidas do sítio terá de se circunscrever ao exame da conformidade ou não dos atos do Legislativo ou do Executivo relativos à suspensão de garantias com os dispositivos constitucionais que a regulam (...)”. Embora vencido, vale registrar o voto do ministro HERMENEGILDO DE BARROS: “(...) sustentando a doutrina de que o Poder Judiciário tem competência para conhecer de casos políticos, desde que haja lesão de direito individual, não exceptei a intervenção daquele poder, mesmo em estado de sítio”.

“Cabe privativamente ao Congresso Nacional, com exclusão de qualquer outro poder, aprovar ou suspender o estado de sítio decretado pelo Poder Executivo da União, na ausência do Congresso.
CF, art. 80”³⁶

5.2.2 Tributos

As arguições de inconstitucionalidade de tributos junto ao STF foram bastante frequentes ao longo da Primeira República, o que se explica, em parte, pelo fato de que os tributos atingem um largo número de cidadãos contribuintes em condições econômicas que permitiam o acesso ao Poder Judiciário. Assim, considerando-se que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei - a que instituiu o tributo, no caso - pelo Poder Judiciário, ainda que fosse proferida pelo STF, instância máxima, gerava efeito somente entre as partes envolvidas no processo, não se estendendo aos demais contribuintes, caberia a estes a cada um destes ajuizar uma ação individual, a fim de, uma vez declarada a inconstitucionalidade da referida lei, assegurar o seu direito de não pagar o referido tributo. O STF, por seu turno, deveria declarar inconstitucionalidade da referida lei tantas vezes quantas fossem o número de processos envolvendo o tema.

Contudo, não era esta a única causa do avolumado número de processos em que se argüia, perante o STF, a inconstitucionalidade de tributos. Embora, de fato, o STF tenha se manifestado diversas vezes sobre um mesmo tributo, por conta do efeito meramente *inter partes* da declaração de inconstitucionalidade em suas decisões, cumpre assinalar que não foram poucos os tributos cuja constitucionalidade fora argüida junto àquela Corte. A variedade de tributos apontados como inconstitucionais ao longo da Primeira República poderia não causar espécie, dado o considerável período de pouco mais de 40 anos de vigência da Constituição de 1891. Entretanto, em que pese a variedade de tributos cuja constitucionalidade fora argüida e também a variedade de dispositivos

³⁵ RSTF, vol. 83, p. 5 – Habeas Corpus nº 9326 – 16.07.1923. Neste caso, o paciente havia requerido ao Juiz Federal da Seção do Estado do Rio de Janeiro uma ordem de habeas-corpus preventivo, que lhe assegurasse o exercício do direito de manifestar livremente o seu pensamento sobre a política geral da Nação no Estado do Rio, sob o fundamento da inconstitucionalidade do estado de sítio decretado pelo Presidente.

constitucionais que estariam sendo violados, deve-se registrar que a questão de fundo era quase sempre a mesma: a questão federativa, ou mais especificamente a distribuição de competência tributária entre os entes federativos, o que demonstra a dificuldade dos governantes em se adequar ao projeto constitucional quanto a este tema.

Nesse sentido, vale apontar que o STF, por unanimidade, em sessão de 24.11.1894, declarou inconstitucional a lei do Estado da Bahia, de 25.08.1892, que havia criado um imposto de importação estadual sobre as mercadorias estrangeiras já tributadas pela União. Este imposto - chamado "imposto de estatística - violava, segundo o STF, o art. 7.º, n. 1, que atribuía à União a competência exclusiva para decretar impostos sobre a importação estrangeira.³⁷ Este entendimento foi mantido pelo STF em julgados posteriores:

*“Cobrança de impostos denominados de ‘estatística’, criado pela lei de 25 de agosto de 1892. O imposto que recai sobre a importação de mercadorias de procedência estrangeira, quando destinado a fazer parte da receita do Estado, é inconstitucional e não pode ser por este cobrado”.*³⁸

*“A lei estadual de Pernambuco, n.º 407 de 28/06/1899, é inconstitucional em sua disposição do art. 2.º e do art. 4.º, para tributar mercadoria de procedência estrangeira.”*³⁹

Em 23.05.1896, o STF julgou inconstitucionais leis orçamentárias também do Estado da Bahia que estabeleciam imposto de exportação sobre as mercadorias nacionais saídas daquele Estado para outros Estados, cabendo assinalar que haviam sido juntados aos autos do processo pareceres da lavra de RUI BARBOSA e outros advogados de renome, o que demonstra a relevância do tema. Assim, seguindo o entendimento esposado por RUI BARBOSA, o STF proferiu o seguinte acórdão:

“(...) considerando que, sendo livre, isto é, isento de direitos, o comércio de cabotagem às mercadorias nacionais (art. 7.º, n.º 2 da Constituição), não pode ser tributada por um Estado a saída de tais mercadorias de um porto seu para o

³⁶ RSTF, vol. 89, p. 9 – Habeas Corpus nº 9382 – 23.07.1923.

³⁷ RODRIGUES, LÊDA BOECHAT, *Op. Cit.*, p. 73. (Recurso Extraordinário n.º 17, Jurisprudência, 1894, pp. 4-6.)

³⁸ Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência, p. 103, 1897 – Recurso Extraordinário n.º 14 – 13.01.1895.

³⁹ BASTOS, JOSÉ TAVARES, *Repertório das Decisões do STF*, vol. II, pg. 18. – RE n.º 374, 30.08.1909.

*de qualquer outro Estado da União, e inconstitucionais são, pois, as leis orçamentárias do Estado da Bahia que violam este preceito: acórdão em dar provimento ao recurso para, julgando o recorrente desobrigado do imposto que lhe foi cobrado, mandar que lhe seja restituída a quantia de 4:625\$506, que indevidamente pagou, condenada nas custas a Fazenda Estadual”.*⁴⁰

Como se pode verificar, o STF declarou inconstitucionais as referidas leis estaduais, que estabeleciam impostos sobre a exportação/saída de seus produtos para outros Estados, a partir do princípio da liberdade de comércio interestadual, buscando fundamento no disposto no art. 7.º, n.º 2, que ao estabelecer que é da competência exclusiva da União decretar direitos de entrada, saída e estadia de navios, deixa assente que “*é livre o comércio de cabotagem às mercadorias nacionais, bem como às estrangeiras que já tenham pago impostos de importação*”. Este entendimento, contudo, não foi unânime, tendo sido vencidos os ministros FIGUEIREDO JR., H. DO ESPÍRITO SANTO e AMÉRICO LOBO. Nesse sentido, anotou LÊDA BOECHAT RODRIGUES:

*“Segundo Figueiredo Jr., o art. 9.º, n.º 1, da Constituição Federal, ao atribuir aos Estados a competência exclusiva de decretar impostos sobre a exportação das mercadorias de sua própria produção o fizera sem definir a palavra exportação, e portanto devia-se entender, a exemplo do que ocorria no Império com as taxas provinciais de exportação, que os Estados podiam tributar tanto o tráfico para os países estrangeiros como o de cada Estado para qualquer dos outros da União. H. Espírito Santo, em voto muito curto, declarou que o julgado do Tribunal fora de encontro ao que claramente decretara a Constituição Federal no art. 9.º, §1.º, ‘que de nenhum modo pode suportar a interpretação tão forçada, que acaba de receber, e que redundaria em revogação de lei’. Américo Lôbo, relator vencido do feito, acusou o acórdão de haver omitido completamente ‘o eixo da contenda que é o fato, aliás confessado pelo Recorrente, de ser produto baiano o café que na Bahia pagou direitos de exportação, de cuja restituição se trata’. O provimento do recurso, disse, ‘a título de interpretação, feriria de frente mais de um preceito constitucional e lançaria os Estados ao braseiro das lutas intestinas, senão à imoralidade dissolvente do mútuo saque de suas rendas, entregando-os manietados à cobiça de um ou mais sindicatos que corvejariam de improviso sobre o corpo exânime da Federação’.”*⁴¹

Cabe registrar que o ex-constituente AMARO CAVALCANTI, formado em direito pela Union University e profundo conhecedor do direito norte-americano, insurgiu-se contra esta decisão do STF, publicando uma série de artigos no Jornal do Comércio condenando a interpretação extensiva feita pelo

⁴⁰ RODRIGUES, LÊDA BOECHAT, *Op. Cit.*, p. 74. (Recurso Extraordinário n.º 12 – 23.05.1896)

⁴¹ RODRIGUES, LÊDA BOECHAT, *Op. Cit.*, p. 75.

STF a respeito do disposto no art. 7.º, n.º 2, o que fundamentava a declaração de inconstitucionalidade das referidas leis. Em suas palavras: *“declarar a invalidade de uma lei, promulgada pelo poder competente – por mera interpretação ampliativa – é jurisprudência perigosa, senão inadmissível, por contrária à independência dos poderes públicos entre si; e, no caso sujeito, nem essa interpretação serve de argumento, porque a simples redação ou forma do texto repele-a de modo claríssimo”*⁴². Após ser contestado por RUI BARBOSA⁴³, também através de uma série de artigos publicados no jornal do Comércio, AMARO CAVALCANTI reiterou seu entendimento, travando, assim, um verdadeiro debate doutrinário a respeito do tema:

*“(...) o Supremo é o primeiro a não ignorar, que a consequência fatal da sua recente decisão (falo com todo o respeito) seria impossibilitar a vida financeira dos Estados. ... A vigorar a teoria nova, ainda que amparada pela decisão suprema, - os Estados ficam sem a sua melhor parte de rendas, que é a proveniente do comércio interestadual; - e, além disto, terão que restituir o que inconstitucionalmente têm arrecadado desde 1892, - isto é, para uns centenaes e para outros milhares de contos de reis! E onde iria parar a sorte da República, ao influxo de tão brilhante teoria?! Como cidadão, como homem político, preferiria errar, pondo-me ao lado do bem público, do que acertar, fazendo o mal, fascinado da luz radiante de princípios teóricos, nem sempre aplicáveis aos fatos de um povo...”*⁴⁴

Interessante observar o argumento, cuja importância não se pode ignorar, trazido por AMARO CAVALCANTI ao atentar para a obrigação que os Estados teriam de restituir, uma vez declarada a inconstitucionalidade das leis que instituem os impostos, tudo o que foi arrecadado a partir destes tributos, e, portanto, indevidamente arrecadado, o que poderia, eventualmente, comprometer as finanças dos Estados. Com efeito, de acordo com a doutrina exposta por

⁴² RODRIGUES, LÊDA BOECHAT, *Op. Cit.*, p. 76.

⁴³ *“Ninguém diz que a justiça federal, em matérias constitucionais, possa obrar ‘por mera interpretação ampliativa’, que o Supremo Tribunal, ‘como intérprete final da Constituição, possa julgar da constitucionalidade das leis sempre e como bem lhe pareça’. O meu livro sobre Os Atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo estuda rigorosamente as condições, as regras, os limites restritivos da função judiciária neste ramo sobre todos melindroso dos seus deveres: e ainda no meu trabalho recente acerca da aposentadoria dos magistrados em disponibilidade acumulei arestos, para mostrar que a justiça não deve pronunciar a invalidade das leis, senão quando contra esta não milite dúvida razoável. Mas daí não tolerar que a magistratura não possa reconhecer ao Governo, da União, ou dos Estados, ‘limites que não foram, explicitamente, traçados pelo legislador constituínte’ vai incomensurável distância. ... Para o meu adversário a constitucionalidade dos impostos interestaduais é palpável. Para mim, é palpável a sua inconstitucionalidade. Quem decidirá entre nós, senão a hermenêutica judicial?”* (RODRIGUES, LÊDA BOECHAT, *Op. Cit.*, p. 77)

⁴⁴ RODRIGUES, LÊDA BOECHAT, *Op. Cit.*, pp. 78-9.

MARSHALL no caso *MARBURY Vs. MADISON*, a norma declarada inconstitucional era nula, nada podendo ser exigido com base nela. A prova da realidade, contudo, parecia revelar um problema em relação à teoria. De qualquer modo, o autor não se preocupou em buscar alguma solução a este problema, limitando-se a criticar a inconstitucionalidade dos referidos tributos.

Entretanto, após a declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, das referidas leis estaduais da Bahia que estabeleciam impostos sobre a saída de seus produtos para outros Estados, o que, segundo o STF, violava a Constituição, foi aprovada pelo governo federal, em sentido frontalmente oposto a esta decisão, a lei n.º 410, de 12 de novembro de 1896, que reconhecia expressamente aos Estados o poder de tributar as exportações para outros Estados. Embora a lei não tivesse o condão de alterar a jurisprudência do STF, podendo até mesmo ter a sua validade contestada, por violar justamente a interpretação dada pelo STF ao texto constitucional, fato é que com entrada em vigor da lei n.º 410, o que ocorreu após os debates travados por RUI BARBOSA e AMARO CAVALCANTI, e cuja importância não deve ser desprezada⁴⁵, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 92, em 13.02.1897, mudou seu entendimento a respeito do tema, embora ainda por maioria de votos, tendo sido vencidos os ministros JOÃO BARBALHO, PEREIRA FRANCO, BERNARDINO FERREIRA e JOSÉ HIGINO:

“O art. 9.º, n.º 1 da Constituição, estatuinto a competência dos Estados para decretar impostos de exportação sobre as mercadorias de sua própria produção, não excetuou dessa competência, nem explicitamente, nem, com sustentam os recorrentes, pela força implícita do termo, a exportação de um para outro Estado da República. ... Nada sufraga a arbitrária suposição de ter querido o legislador constituinte alterar a significação usual das palavras, para chegar, por esse processo anômalo, à alteração do direito, recusando aos Estados da nova federação aquilo de que gozavam as províncias do império... O art. 7.º não cogita senão de poderes da União; e, pois, a cláusula incidente do n.º 2, relativa à liberdade do comércio de cabotagem para as mercadorias nacionais ou para as estrangeiras, já quites do imposto de importação, apenas encerra uma isenção

⁴⁵ A influência do debate travado entre RUI BARBOSA e AMARO CAVALCANTI revela-se, a título ilustrativo, na seguinte passagem do voto do Ministro MACEDO SOARES, no julgamento do Rec. Extr. n.º 92, de 13.02.1897: *“Questões do maior momento são aqui apresentadas de sopetão, com o estudo apenas de um relator e dois revisores, e decididas pela grande maioria da casa, à qual nem tempo se dá para examiná-las, e há de votar na fé dos que as estudaram. Estou hoje convencido, e sobretudo depois da luminosa discussão travada na imprensa diária desta cidade, entre os Drs. Amaro Cavalcanti, Rui Barbosa e Aristides Maia, que a Constituição Federal não instituiu a liberdade de cabotagem.”* (apud. RODRIGUES, LÊDA BOECHAT, *Op. Cit.*, p. 81)

de impostos federais, conforme está hoje declarado pela Lei n.º 410, de 12 de novembro de 1896, e não, como sustentam os recorrentes, uma limitação ao direito, irrestritamente conferido a cada um dos Estados por outro artigo constitucional, de tributar a exportação das mercadorias de sua produção. Também não se pode enxergar tal limitação no art. 34, §5.º da Constituição. O poder, aí atribuído privativamente ao Congresso Nacional, de regular o comércio internacional, bem como o dos Estados entre si e com o Distrito Federal, não envolve o de regular a tributação das mercadorias ou dos mercados.”⁴⁶

Este entendimento, como lembra LEDA BOECHAT RODRIGUES, foi mantido pelo STF em outros julgados, tal como no julgamento do Rec. Ext. n.º 98, de 17.02.1897.⁴⁷

No entanto, cumpre assinalar que em 11 de junho de 1904 foi aprovado pelo governo federal o Decreto n.º 1.185, que declarou livre de quaisquer impostos da União, ou dos Estados e municípios o intercuro de mercadorias nacionais ou estrangeiras, quando objeto de comércio dos Estados entre si e com o Distrito Federal, ab-rogando, destarte, a Lei n.º 410, de 12 de novembro de 1896. Como assinala LÊDA BOECHAT RODRIGUES: *“vencia, assim, a boa doutrina sustentada pelo Supremo Tribunal Federal no acórdão de 23 de maio de 1896 e por Rui Barbosa, na sua polêmica com Amaro Cavalcanti, do mesmo ano”*⁴⁸.

Cumpre frisar que, se em relação ao imposto de exportação, a jurisprudência do STF oscilou entre a sua possibilidade e a vedação constitucional, acompanhando sempre a legislação em vigor – o que poderia até sugerir que, ao menos a este respeito, coube ao Congresso o papel de intérprete da Constituição –, o mesmo não ocorreu em relação aos impostos de importação freqüentemente criados por diversos Estados da federação, tributando a entrada das mercadorias produzidas em outros Estados. Com efeito, o STF, mesmo antes da aprovação do Decreto n.º 1.185, sempre se manifestou pela inconstitucionalidade de tais tributos, como se pode verificar nos seguintes acórdãos:

*“O STF declarou inconstitucional o imposto sobre gêneros importados de outros estados criado pela lei pernambucana n.º 315 de 30/06/1897, pois este tipo de imposto só poderia ser criado por lei federal.”*⁴⁹

⁴⁶ RODRIGUES, LÊDA BOECHAT, *Op. Cit.*, p. 80.

⁴⁷ *Op. Cit.*, p. 81.

⁴⁸ RODRIGUES, LÊDA BOECHAT. *“História do Supremo Tribunal Federal”*, Tomo II – 1899-1910 – Defesa do Federalismo, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, S.A., 1968, p. 98.

⁴⁹ Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência, pg. 140, 1905 – RE n.º 196, 09.01.1901

“O STF declarou a inconstitucionalidade da Lei Estadual (Bahia) n.º 315 de 1897 que criou o imposto de importação interestadual. A Fazenda local invadiu a competência exclusiva da União federal.”⁵⁰

Com a entrada em vigor do Decreto n.º 1.185, o STF manteve sua jurisprudência, declarando reiteradamente a inconstitucionalidade dos impostos de importação criados pelos Estados sobre mercadorias produzidas em outros Estados, o que, a partir de então, só seria permitido uma vez atendidas as condições previstas no referido decreto, quais sejam: a de que as mercadorias a serem tributadas já constituíssem objeto de comércio do Estado tributante e, desse modo, se achassem incorporadas à massa da sua riqueza comum, bem como que o imposto nelas lançado incidisse também, com a mais completa igualdade, nas mercadorias particulares do Estado tributário. Nesse sentido, vale trazer à colação os seguintes acórdãos:

“É inconstitucional quando lançados (impostos de importação) pelos Estados sobre a importação de mercadorias fora dos limites fixados pela Lei n.º 1185 de 11/6/04 e Dec. n.º 5402 de 23/12/04, isto é, antes de constituírem objeto do comércio interno ou de se acharem incorporadas ao acervo de suas riquezas.”⁵¹

“O art. 9, parágrafo 2. da Constituição Federal, com o intuito manifesto e evidente de assegurar a harmonia dos Estados da Federação, no que concerne ao intercâmbio de sua produção, veda expressa e absolutamente aos Estados a tributação, qualquer que seja a sua modalidade, de mercadorias produzidas pelos Estados da Federação e assim sendo - não pode o Estado importador onerar - nem mesmo a título de defesa de sua produção, com o fim de impedir a introdução de mercadorias similares de produção nacional - tributar, onerar ou gravar de qualquer modo a importação de gêneros produzidos em outros Estados - o que seria atentatório ao regime federativo.”⁵²

“- Apelação Cível n. 1405 – 12.09.1917 (Rio Grande do Sul)

É inconstitucional o imposto lançado por um Estado sobre mercadorias de produção de outro Estado, desde que sobre elas incida no ato mesmo da

⁵⁰ Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência, pg. 158, 1905 – RE n.º 204, 31.06.1901

⁵¹ Manual de Jurisprudência Federal, 1914, p. 191 – Recurso Extraordinário n.º 468 – 07.07.1909; Recurso Extraordinário n.º 534 – 01.09.1909; Apelação Cível n.º 1408 – 09.08.1909; Apelação Cível n.º 1355 – 22.10.1910; Apelação Cível n.º 1415 – 13.06.1911; Apelação Cível n.º 1408 – 09.08.1909; Recurso Extraordinário n.º 585 – 14.10.1911; Apelação Cível n.º 1412 – 14.08.1912; Apelação Cível n.º 1407 – 14.09.1912; Recurso Extraordinário n.º 566 – 24.12.1912; p. 192, Apelação Cível n.º 1460 – 16.08.1913; Apelação Cível n.º 1975 – 07.05.1913.

⁵² RSTF, vol. 5, p. 17 – Agravo de Petição n. 1960, 22.09.1915.

*importação, antes que constituam objeto de comércio interno do Estado, e se achem, incorporadas ao acervo de suas próprias riquezas.*⁵³

“- *Apelação cível n. 1984 – 12.09.1917 (Bahia)*

*Taxas criadas pela Lei de um Estado, para as bebidas alcoólicas de procedência de outros Estados, constituem imposto de importação interestadual, que incide em proibição constitucional.*⁵⁴

“- *Apelação Cível n. 1994 – 12.09.1917 (Bahia)*

É inconstitucional o imposto lançado por um Estado sobre mercadorias de produção de outro Estado, a não ser nos precisos termos dos artigos 3º e 4º do Dec. N. 5401 de 23 de Dezembro de 1904, que:
essas mercadorias já constituem objeto de comércio do Estado tributante e se achem incorporadas à massa da sua riqueza comum;
*que o imposto nelas lançado incida também, com a mais completa igualdade, nas mercadorias particulares do Estado tributário.*⁵⁵

“- *Apelação Cível n. 1992 – 14.09.1917 (Bahia)*

A nenhum Estado será permitido, salvo o disposto no art. 9º n. 3, CF, tributar, à entrada de seu território, qualquer que seja a denominação do imposto, as mercadorias estrangeiras e as nacionais de produção de outro Estado.

Depois de entradas tais mercadorias no território do Estado, a este só é lícito tributá-las concorrendo as seguintes condições:

que essas mercadorias já constituam objeto do comércio interno do Estado e se achem incorporadas à massa da riqueza comum;

que as taxas ou tributos nelas lançadas incidam, também, com a mais completa igualdade nas mercadorias similares de produção do Estado, e, quando não houver produção similar, depois que forem vendidas por grosso pelo importador, ou quando exportar ao consumo a retalho.

*O remédio jurídico de que pode usar o possuidor de mercadorias, que for turbado ou ameaçado na sua posse, em virtude de Lei estadual que estabeleça impostos fora das referidas condições, é a ação possessória, de marcha processual, criada pela Lei n. 1185 de 1904.*⁵⁶

“- *Recurso Extraordinário n. 550 – 22.10.1919 (Ceará)*

Cabe recurso extraordinário, quando na Justiça Local foi contestada a validade da lei local, e a decisão proferida em última instância julgou válida a Lei impugnada.

Aos Estados, só é lícito estabelecer taxas ou tributos que, sob qualquer denominação, incidam sobre as mercadorias estrangeiras ou nacionais de produção de outros Estados, quando essas mercadorias já constituam objeto do comércio interno do Estado e se achem, assim, incorporadas ao acervo de suas próprias riquezas, ou quando as taxas e tributos estabelecidos incidam também,

⁵³ RSTF, vol. 14, p. 45 – Apelação Cível n. 1405 – 12.09.1917.

⁵⁴ RSTF, vol. 15, p. 287 – Apelação cível n. 1984 – 12.09.1917.

⁵⁵ RSTF, vol. 15, p. 288 – Apelação Cível n. 1994 – 12.09.1917.

⁵⁶ RSTF, vol. 61, p. 61 – Apelação Cível n. 1992 – 14.09.1917.

com a mais perfeita igualdade, sobre as mercadorias similares de sua própria produção.

As mercadorias não constituem objeto de comércio interno de um Estado, não se achando, portanto, incorporadas à massa de suas riquezas, enquanto permanecerem nas mãos dos importadores, nos seus próprios envoltórios originais. Inconstitucionalidade da Lei estadual cearense n. 833, de 23/9/05. Aplicação da Constituição Federal, arts. 7, n. 1 e 2, 34, n. 5 e 59, §1º, b.”⁵⁷

“- *Apelação Cível n. 2448 – 28.07.1920 (Belém)*

É vedado aos Estados, como aos Municípios, tributar mercadorias de produção de outros Estados, antes que se incorporem ao acervo de suas riquezas.

aos Juizes federais incumbe garantir os importadores contra a cobrança, por parte dos Estados ou Municípios, de impostos proibidos pela CF.

É inconstitucional o imposto quando incide sobre a mercadoria, no ato de desembarque, quando ainda nos respectivos invólucros.

O intuito da Lei n. 1185, de 1904, foi garantir o livre intercuro das mercadorias importadas de uns, em outros Estados, pondo-as a coberto da cobrança de impostos de importação inconstitucionais.

O remédio possessório é tão aplicável aos casos de taxaço de mercadorias em trânsito, como àqueles em que se tributarem mercadorias nacionais ou nacionalizadas, que, embora destinadas ao consumo do Estado importador, mesmo que não estiverem identificadas com as riquezas que constituem o objeto do seu comércio interno, porquanto, em ambas as hipóteses, o imposto será um entrave ao intercâmbio dos Estados que a Lei visa facultar e proteger.

Aplicação da CF, art. 60, letra a, e 7º, §2º.”⁵⁸

“- *Apelação Cível n. 2464 – 21.05.1921 (Belém)*

Só depois que as mercadorias se incorporam ao acervo dos bens do Estado é que este as pode legalmente taxar, contanto que os tributos que as oneram incidam com a maior igualdade sobre as mercadorias similares de produção do Estado.

A mercadoria importada de qualquer circunscriço territorial do país - Estado ou Município - só se diz incorporada à riqueza comum e, portanto, constituindo objeto do comércio interno, quando é vendida pelo importador, a grosso ou a vareja; antes disso, enquanto permanece nas mãos daquele, contida nos envoltórios originais, não tem perdido ainda o seu caráter de importação e está, por conseguinte, fora da massa dos bens tributáveis.

Assim, pois, todo o imposto que a for atingir nesta situação é um imposto inconstitucional e vexatório, porque, seja qual for a máscara com que se disfarce, é um tributo de entrada, um imposto de importação, que aos Estados é vedado estabelecer e cobrar, e contra o qual é utilizável a defesa legal da manutenção de posse.

CF, arts. 7, n.2; e 60, letra a.”⁵⁹

“- *Agravo de Petição n. 2937 – 07.05.1921 (Bahia)*

Não são inconstitucionais os impostos criados por um Estado, quando incidem sobre mercadorias estrangeiras ou de produção de outros Estados, desde que já incorporadas à riqueza do mesmo Estado.⁶⁰

⁵⁷ RSTF, vol. 23, p. 247 – Recurso Extraordinário n. 550 – 22.10.1919.

⁵⁸ RSTF, vol. 27, p. 108 – Apelação Cível n. 2448 – 28.07.1920.

⁵⁹ RSTF, vol. 35, p. 145 – Apelação Cível n. 2464 – 21.05.1921.

- Agravo de Petição n. 2937 (Embargos) – 17.08.1921 (Bahia)

Não é inconstitucional o imposto criado por um Estado, quando incide sobre mercadorias estrangeiras ou de produção de outros Estados, desde que já incorporadas à riqueza do Estado criador do imposto.

A mercadoria de outro Estado ou estrangeira, exposta ao consumo em um Estado, já se incorporou à sua riqueza.⁶¹

Como se pode verificar, o STF manteve sua jurisprudência, declarando inconstitucionais as leis estaduais de importação de mercadorias provenientes de outros Estados. No entanto, adequou sua jurisprudência aos termos legais, acatando, portanto, as exceções previstas no Dec. 1.185, e atenuando, destarte, o princípio da plena liberdade de comércio entre os Estados, firmado inicialmente.

Outra questão, ainda em sede tributária, sobre a qual o STF teve que se manifestar, por afetar o princípio da liberdade de comércio interestadual, e, portanto, a federação definida pela Constituição, refere-se à vedação constitucional à criação, tanto pelos Estados como pela União, de impostos de trânsito pelo território de um Estado, ou na passagem de um para outro, sobre produtos de outros Estados da República ou estrangeiros, e, bem assim, sobre os veículos de terra e água que os transportassem (CF, art. 11, 1.º). Nesse sentido, o STF declarou inconstitucionais leis estaduais que estabeleciam imposto de trânsito, vedado pela Constituição:

“- Apelação Cível n. 1979 – 20/11/16 (Bahia)

É vedado ao Estado estabelecer o imposto de trânsito sobre mercadorias procedentes de outros Estados.⁶²

“- Recurso Extraordinário n. 533 – 10.01.1919 (Ceará)

Cabe recurso extraordinário interposto da sentença que, proferida em ação em que se argüiu de inconstitucional uma Lei Estadual, decidiu pela validade dessa Lei (art. 59, § 1º, b, CF).

É inconstitucional a Lei de um Estado que estabelece impostos sobre as mercadorias em trânsito pelo respectivo território, por ferir o art. 11, n. 1, CF.⁶³

⁶⁰ RSTF, vol. 31, p. 115 – Agravo de Petição n. 2937 – 07.05.1921.

⁶¹ RSTF, vol. 33, p. 98 – Agravo de Petição n. 2937 – 17.08.1921.

⁶² RSTF, vol. 48, p. 123 – Apelação Cível n. 1979 – 20.11.1916.

⁶³ RSTF, vol. 19, p. 309 – Recurso Extraordinário n. 533 – 10.01.1919.

“- *Apelação Cível n. 3018 – 10.12.1921 (Paraíba)*

“(…) considerando que já no antigo regime havia sido repelida pelo Conselho de Estado a pretensão de algumas províncias defenderem a sua própria produção, taxando a importação dos gêneros das outras províncias, sendo um dos fundamentos da decisão ser essa luta de interesses econômicos muito prejudicial à União e à integridade do Império (Viveiros de Castro - “História Tributária do Brasil”);

considerando que foi para impedir essa luta, muito mais de recear no regime federativo, em que são mais frouxos os laços de coesão nacional, do que no regime unitário que vigorava no Império, que a CF, art. 11, n. 1, vedou aos Estados como à União, criar impostos de trânsito;

considerando que, sendo manifestamente inconstitucional o imposto estabelecido pela Lei paraibana, n. 426 de 8/11/15, era caso de se conceder o interdito proibitório (...)

É vedado aos Estados como à União criar impostos de trânsito. CF, art. 11, n. 1, e Lei n. 1185, de 1904, art. 5º.”⁶⁴

“- *Apelação Cível n. 3074 – 12.08.1922 (Paraíba)*

É inconstitucional a Lei estadual, do Estado da Paraíba, n. 426, de 8/11/15, que estabeleceu o imposto de trânsito sobre mercadorias da produção de outros Estados.

CF, art. 11, n. 1.”⁶⁵

Finalmente, vale destacar dois impostos sobre cuja constitucionalidade o STF teve que se manifestar em diversos acórdãos: o imposto sobre bilhetes de loteria e o imposto sobre dividendos de companhias e sociedades anônimas, ambos impostos federais, argüidos de inconstitucionais sob o fundamento de ser a competência estadual. Inconstitucionalidade formal, portanto.

Em relação ao imposto sobre bilhetes de loteria, entendia o STF que, por tratar-se de serviço de concessão estadual, não poderia ser tributado pela União, já que o art. 10 da Constituição proibia expressamente “*aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente*”. Nesse sentido, vale trazer à colação alguns acórdãos proferidos pelo STF, em sede recursal, cabendo observar que em todos eles a Fazenda Nacional figura como parte recorrida, o que sugere que a constitucionalidade da referida legislação havia sido aceita pelo tribunal *a quo*:

“O artigo 368 do Código Penal pune unicamente a loteria não autorizada por lei. A Lei Federal reconhece como autorizadas as loterias dos Estados.

⁶⁴ RSTF, vol. 39, p. 125 – *Apelação Cível n. 3018 – 10.12.1921.*

⁶⁵ RSTF, vol. 48, p. 145 – *Apelação Cível n. 3074 – 12.08.1922.*

É inconstitucional a taxaço, pela União, dos bilhetes de loterias de concessão dos Estados (art. 9º, §1º, n. 1 e art. 10, CF) ”⁶⁶

“É inconstitucional a taxaço, pela União Federal, de loterias dos Estados de acordo com o espírito do disposto no artigo 10, CF. ”⁶⁷

“É nulo, por inconstitucional, o imposto cobrado pela União, sobre bilhetes de Loteria, de concessão estadual, extraída e vendida unicamente dentro do território do Estado concedente. ”⁶⁸

“É contrária ao art. 10 da Constituição Federal a taxaço de Loteria, explorada por concessão de algum Estado, o que lhe dá o caráter de serviço estadual. ”⁶⁹

Quanto ao imposto sobre dividendos das companhias e sociedades anônimas, o argumento sob o qual argüia-se a sua inconstitucionalidade referia-se também à competência para instituí-lo. É que segundo alegavam os contribuintes, o imposto sobre dividendos seria, materialmente, um imposto sobre indústrias e profissões, cuja competência pertencia aos Estados (art. 9º, n.º 4). O STF, no entanto, decidiu sempre pela constitucionalidade do referido tributo, alegando que este não se confundia com o imposto sobre indústria e profissões:

“Os impostos sobre dividendos, não se confundindo com os impostos sobre indústria e profissões, não incorrem em vício de inconstitucionalidade. ”⁷⁰

“Não é inconstitucional a Lei Federal que decreta imposto sobre dividendos de Companhias.

O imposto sobre dividendos é distinto do imposto de indústrias e profissões.

O imposto, que pelo art. 9º, §4º, CF, passou a pertencer aos Estados, foi o imposto sobre o exercício de indústria ou profissão. ”⁷¹

“O imposto federal sobre dividendos dos bancos, companhias e sociedades anônimas não é inconstitucional, e é diverso do imposto de indústria e profissão, que a CF reservou aos Estados. ”⁷²

“O imposto sobre dividendos é constitucional, porque não se confunde com o de indústrias e profissões.

Ao seu pagamento estão sujeitas as sociedades anônimas estrangeiras, mas tão-somente quanto aos seus dividendos distribuídos no Brasil e não quanto aos que o forem no estrangeiro. ”⁷³

⁶⁶ RSTF, vol. 13, p. 203 – Apelação Cível n. 2884 – 08.08.1917.

⁶⁷ RSTF, vol. 14, p. 44 – Apelação Cível n. 2900 – 05.09.1917.

⁶⁸ RSTF, vol. 14, p. 248 – Apelação Cível n. 2888 – 27.10.1917.

⁶⁹ Diário da Justiça, 10.10.1930, p. 6043 – Apelação Cível nº 2897 – 22.12.1917.

⁷⁰ RSTF, vol. 11, p. 411 – Apelação Cível n. 1690 – 20.11.1916.

⁷¹ RSTF, vol. 13, p. 212 – Apelação Cível n. 1690 – 20.11.1916.

⁷² RSTF, vol. 63, p. 67 – Apelação Cível n. 2339 – 21.09.1917.

“O imposto sobre dividendos é, de acordo com a jurisprudência do STF, constitucional e pertence à União e não aos Estados.

O poder de tributar é inerente à soberania de cada Estado e não excede os limites do seu território e em relação às coisas e bens nele situados.

Para que a renda e lucros dos capitais estrangeiros pertencentes às S.A., com sede fora do território do país, possam ser tributados, é necessário que o Poder Legislativo o faça de modo expresso e claro, porque, em matéria de tributação, a interpretação por analogia, por indução, ou por extensão não é permitida, e a dúvida se interpreta em favor do contribuinte.

O imposto sobre a renda e lucros de capitais estrangeiros em circulação dentro do território da República é constitucional e legítimo, mas é essencial que se origine de disposição expressa de Lei.”⁷⁴

Embora se possa afirmar que o STF manifestou-se sempre pela constitucionalidade do referido tributo, “*não se confundindo com os impostos sobre indústria e profissões*”, vale observar que nem sempre a decisão foi unânime a este respeito, como se verifica nos seguintes acórdãos:

“A alegação de inconstitucionalidade de impostos é admissível nos executivos fiscais. O imposto de dividendo é constitucional e não se confunde com o de indústria e profissão. Àquele estão sujeitas as Companhias e sociedades Anônimas com sede no Estado.

Ementa dos votos vencidos: Observações científicas valem apenas como subsídios para a reforma de uma Lei, mas não tem a eficácia de anular disposições legais regularmente promulgadas.

O imposto sobre dividendos é um imposto de indústrias e profissões, e, como tal, por força do disposto no art. 9º, CF, não pode ser cobrado pela União.”⁷⁵

“Não é inconstitucional a Lei Federal que decreta imposto sobre dividendos de Companhias.

O imposto sobre dividendos é distinto do imposto de indústrias e profissões.

O imposto que, pelo art. 9º, §4º, CF, passou a pertencer aos Estados, foi o imposto sobre o exercício de indústria ou profissão.

Ministro E. Lins, vencido.”⁷⁶

Como se pode verificar, a partir de toda a jurisprudência citada a respeito das arguições de inconstitucionalidade sobre a instituição e cobrança de tributos, havia uma certa resistência ao sistema tributário previsto pela Constituição no que se refere, sobretudo, à organização da Federação, já que as arguições ora se fundavam nas vedações constitucionais aos Estados, ora em conflito de competência, entre Estados e União.

⁷³ RSTF, vol. 48, p. 140 – Apelação Cível n. 3241 – 12.08.1922.

⁷⁴ RSTF, vol. 77, p. 118 – Apelação Cível n. 3320 – 20.08.1924.

⁷⁵ RSTF, vol. 13, p. 205 – Apelação Cível n. 1892 – 21.07.1917.

Interessante também observar que o STF, sobretudo em relação aos impostos federais sobre bilhetes de loteria e sobre dividendos de companhias e sociedades anônimas, teve que se manifestar por diversas vezes sobre a mesma legislação, seja pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade do referido tributo, já que o efeito da declaração de inconstitucionalidade restringia-se às partes em litígio, e a declaração de constitucionalidade não tinha efeito vinculante. É importante frisar este fato, pois foi decisivo para a reforma do modelo de controle de constitucionalidade pela Constituição de 1934, a partir da qual poderia o Senado Federal suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF⁷⁷.

5.2.3 Direitos Políticos

As questões que envolviam direitos políticos resolvidas pelo STF marcaram a jurisprudência daquela Corte. Tal constatação já demonstra, a um só tempo, a dificuldade de adaptação da realidade política do País ao projeto político da Constituição de 1891, assim como a importância do STF como guardião da Constituição. De fato, o STF assumia um importante papel na organização política do País, na medida em que a ele eram dirigidas com grande frequência as esperanças daqueles que eram prejudicados pela prática política que se seguia à margem da ordem constitucional, chegando mesmo ao cúmulo de ser depositário da esperança francamente inconstitucional de grupos confessadamente revolucionários, o que se deu no julgamento em 22.05.1922 do Habeas Corpus n.º 8484:

“(...) habeas-corpus em favor dos Drs. Tarquino ... para exercerem livremente as funções de presidente e secretário, respectivamente, da Junta governativa do Estado do Maranhão aclamados pela revolução triunfante naquele Estado, os quais se acham ameaçados de constrangimento em consequência de um habeas-corpus concedido pelo juiz federal em favor do Dr. Raul Machado, Governador deposto.

Acordam preliminarmente não conhecer do pedido por infringente de todos os preceitos legais e ter por objetivo deturpar a missão que a Constituição da

⁷⁶ RSTF, vol. 44, p. 134 – Apelação Cível n. 1690 – 20.05.1922.

⁷⁷ Para um exame mais minucioso, permitimo-nos citar o nosso trabalho: LEITE, FÁBIO CARVALHO, “*Algumas Considerações sobre o Controle da Constitucionalidade das Leis pelo STF no Período de 1891 a 1934*”, in. Direito, Estado e Sociedade, n.º 15 – agosto-dezembro. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito, 1999, pp. 137-143.

República outorgou a este Tribunal, pois a tanto equívale pretender legitimar atos de violência manifesta contra autoridade legalmente constituída; justificar a persistência na prática de crime previsto na Lei penal e dar efeito jurídico a um movimento subversivo que atentou contra a organização constitucional e administrativa de um dos Estados da Federação
*É aberrante das normas jurídicas pretender pelo habeas-corpus a garantia de atos revolucionários contrários à Constituição e às Leis.*⁷⁸

Este episódio demonstra bem o grau de importância que ia assumindo aquela Corte, embora se trate de situação excepcional e até mesmo absurda – ou talvez justamente por isso, já que colocava o STF em uma posição transcendente, como um órgão “*acima do bem e do mal*”. A importância do STF durante o período da Primeira República, entretanto, prescindia destes casos excepcionais, pois a simples atuação em questões políticas, assunto que parecia caro ao STF – como, de resto, a qualquer órgão do Poder judiciário – já revelava a grandeza da função desempenhada por aquela Corte, confirmada pela frequência com que se pronunciava sobre este tema.

De fato, a violação aos direitos políticos dos ocupantes de cargos eletivos foi uma constante durante a primeira República, o que já demonstra a dificuldade de implantação de um princípio básico do regime republicano, qual seja a representação política. A organização política pretendida pelas forças sociais dominantes no País, a fim de atender aos seus interesses econômicos⁷⁹, exigia uma certa homogeneização na tomada de determinadas decisões políticas, o que, em um regime federativo, poderia até ser obtido (o que não seria impossível; apenas improvável), mas nunca efetivamente garantido, ao menos não através de eleições honestas. O acordo então firmado pelas forças dominantes, formalizado através de uma vasta rede de compromissos de níveis municipal, estadual e federal⁸⁰, exigia, por vezes, o sacrifício da livre escolha dos governantes pelos entes da federação, solapando, a um só tempo, os princípios republicano e federativo. Neste sistema político, que se consolidou a partir da “política dos Governadores” implantada por CAMPOS SALES, caberia ao governo federal apoiar nos Estados os candidatos eleitos pela política dominante no respectivo Estado, o que se daria com, sem ou

⁷⁸ RSTF, vol. 41, p. 49 – Habeas-corpus n. 8484 – 22.05.1922.

⁷⁹ SANTOS, WANDERLEY GUILHERME DOS, *Op. Cit.*, pp. 91-2.

⁸⁰ VIEIRA, JOSÉ RIBAS. “*O Autoritarismo e a Ordem Constitucional no Brasil*”, Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 55.

mesmo contra o apoio popular e a contagem dos votos. JOSÉ MURILO DE CARVALHO, ao analisar o valor do voto na Primeira República, observa:

*“Há amplas evidências sobre fraudes escandalosas que acompanhavam o processo eleitoral em todas as suas fases. O coronel podia controlar os votantes e manipular as atas eleitorais, mas quem definia a apuração dos votos e reconhecia os deputados era o próprio congresso em acordo com o Presidente da República. Esse foi o acordo negociado por Campos Sales com os governadores. A apuração final podia inverter o resultado das atas.”*⁸¹

Em seguida, o autor cita o ex-deputado JOSÉ VIEIRA, *testemunha ocular do processo de reconhecimento na Câmara em 1909*, que observou: “os reconhecimentos de Goiás, Rio de Janeiro e Distrito Federal só se farão quando os chefes chegarem a acordo. Para o caso as eleições nada estão valendo”⁸².

Este sistema político que se desenvolvia a partir do controle explícito sobre as eleições locais – que, aliás, poderiam nada valer – violava não apenas o projeto político da Constituição como um todo, mas também, individualmente, os direitos políticos conquistados por aqueles que haviam sido eleitos nos termos definidos pela Constituição. Assim, se o STF encontrava-se desprovido de qualquer meio para conhecer da constitucionalidade em tese (fiscalização abstrata) do sistema coronelista que se implementava a margem da Constituição, poderia ao menos exercer o controle de constitucionalidade nos casos concretos, assegurando o direito ao exercício da função política àqueles que haviam sido legal e legitimamente eleitos para tanto. Não declaravam, assim, a inconstitucionalidade da causa, mas ao menos a de seus efeitos.

Desse modo, impende assinalar que o STF, ao longo de todo o período que abrange a Primeira República, julgou inúmeros processos envolvendo direitos políticos, sendo, em sua maior parte, pedidos de *habeas corpus*, a fim de que fosse assegurado ao impetrante, ocupante de algum cargo político, o direito de exercer a função para a qual havia sido eleito, obstado por estar o impetrante sofrendo alguma espécie de constrangimento ilegal. De fato, na esteira da famosa “doutrina brasileira do habeas corpus” – como ficou conhecida a interpretação extensiva dada pelo STF ao habeas corpus – entendia o STF que “o *habeas-corpus* é o

⁸¹ CARVALHO, JOSÉ MURILO DE. “Mandonismo, Coronelismo e Clientelismo: uma discussão conceitual”, in. “Pontos e Bordados: escritos de história e política”, Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p. 136.

⁸² *Op. Cit.*, pp. 136-7.

remédio jurídico, não só para garantir a liberdade de locomoção, como também o exercício de funções eletivas”⁸³. Assegurava, assim, através do habeas corpus, o direito político violado, permitindo ao impetrante exercer as funções políticas inerentes ao cargo para o qual havia sido eleito. Convém recordar que, embora o habeas corpus visível e rigorosamente não fosse a ação judicial apropriada, o ordenamento jurídico não oferecia outro meio para a proteção do direito ao exercício da função política, como em geral a qualquer outro direito líquido e certo. Coube ao STF, num esforço de adaptação jurisprudencial, proteger este direito constitucionalmente assegurado, por meio de uma medida judicial certamente inadequada, que redundou na criadora e criativa jurisprudência batizada como doutrina brasileira do *habeas corpus*. CARLOS MAXIMILIANO, observando a inadequação do habeas corpus para assegurar o exercício dos direitos políticos, havia anotado que “*os próprios impetrantes reconheciam a iniquidade, tanto que disfarçavam o expediente político debaixo de roupagens de garantia da liberdade de locomoção: requeriam que se lhe assegurasse a faculdade de entrar no edifício da assembléia regional, conselho municipal ou governo de Estado, e ali exercer as suas funções (de legislador ou administrador)*”⁸⁴. De fato, ao conceder a ordem de habeas corpus o STF não garantia ao impetrante somente o exercício do direito de ir, vir e permanecer, mas também o de exercer a função política para a qual havia sido eleito, como se verifica no seguinte acórdão:

*“Acordam dar provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, conceder a ordem impetrada, a fim do paciente poder entrar no edifício da Câmara Municipal de Iguassu, e ali exercer livremente o seu mandato, de acordo com as prescrições legais.”*⁸⁵

Assim, para conceder a ordem requerida pelos impetrantes, deveriam estes comprovar não apenas a ilegalidade do constrangimento – tal como ocorre nos casos de violação ao direito de locomoção – mas também a liquidez e certeza do seu direito reclamado – no caso, o direito ao exercício da função política. Nesse sentido, vale trazer à colação alguns acórdãos que ilustram este entendimento:

⁸³ RSTF, vol. 3, p. 311 – Recurso de *habeas-corpus* n. 3686 – 05.12.1914.

⁸⁴ MAXIMILIANO, CARLOS, *Op. Cit.*, p. 781.

⁸⁵ RSTF, vol. 50, p. 21 – Habeas-corpus n. 4323 – 25.07.1917.

“Verificada a ilegalidade do constrangimento de que se queixam vereadores de uma Câmara Municipal, e sendo líquido e certo o seu direito, é o habeas-corpus o remédio jurídico contra aquele.”⁸⁶

O mandato dos vereadores triênio anterior (1913-1915) perdura até que sejam reconhecidos os vereadores novamente eleitos. O direito dos primeiros é líquido e incontroverso - e é amparado pelo habeas-corpus, a fim de que exerçam as suas funções municipais, enquanto não for empossada a nova Câmara.⁸⁷

“O recurso de habeas-corpus tem sido admitido como amparo contra a coação ilegal ao exercício dos direitos políticos, mas, para que possa ser invocado, é mister que o título do paciente não sofra contestação razoável.”⁸⁸

Como se pode verificar, a ordem efetivamente só era concedida pelo STF se o impetrante comprovasse a liquidez e certeza do direito invocado. Entretanto, a liquidez e a certeza ao cargo político dependia da apuração dos votos e do reconhecimento dos eleitos⁸⁹, o que se encontrava na esfera política, dentro, portanto, da rede de compromissos que marcava o coronelismo. Vale aqui citar a observação de WANDERLEY GUILHERME DOS SANTOS:

“Foi sob a Constituição de 1891 que Campos Sales precisou dar curso a seu programa econômico e financeiro de saneamento monetário, redução do débito externo e restrição dos gastos governamentais em todos os níveis. Para tanto, necessitava limitar a autonomia dos estados, pelo menos em relação à capacidade de decidir sobre políticas econômicas sem o assentimento do governo central, e a resposta foi encontrada no dispositivo político chamado comitê de credenciais, cujo objetivo era rever os resultados eleitorais e reconhecer os eleitos. O governo central controlava através deste comitê a representação política, afastando qualquer ameaça potencial a suas decisões e propostas.”⁹⁰

⁸⁶ RSTF, vol. 16, p. 11 – Habeas-corpus n. 4090 – 27.09.1916.

⁸⁷ RSTF, vol. 8, p. 197 – Recurso de habeas-corpus n. 4090 – 27.09.1916.

⁸⁸ RSTF, vol. 12, p. 164 – Habeas-corpus n. 3910 – 29.01.1916. No mesmo sentido: RSTF, vol. 12, p. 315 – Habeas-corpus n. 4161 – 06.01.1917; RSTF, vol. 16, p. 22 – Habeas-corpus n. 4321 – 18.07.1917; RSTF, vol. 16, p. 33 – Habeas-corpus n. 4390 – 10.10.1917; RSTF, vol. 16, p. 250 – Habeas-corpus n. 4485 – 30.01.1918; RSTF, vol. 27, p. 7 – Habeas-corpus n. 6358 – 06.09.1920; RSTF, vol. 28, p. 7 – Habeas-corpus n. 5554 – 24.01.1920; RSTF, vol. 35, p. 9 – Habeas-corpus n. 6538 – 23.10.1920; RSTF, vol. 35, p. 17 – Habeas-corpus n. 6992 – 29.01.1921; RSTF, vol. 12, p. 21 – Habeas-corpus n. 4136 – 09.12.1916; RSTF, vol. 50, p. 46 – Habeas-corpus n. 8387 – 17.04.1922; RSTF, vol. 51, p. 18 – Habeas-corpus n. 8388 – 17.04.1922; RSTF, vol. 52, p. 22 – Habeas-corpus n. 8391 – 17.04.1922; RSTF, vol. 57, p. 22 – Habeas-corpus n. 9065 – 18.06.1923; RSTF, vol. 64, p. 5 – Habeas-corpus n. 8648 – 18.10.1922.

⁸⁹ Nesse sentido, assim decidiu o STF: *“Os direitos políticos somente se tornam individuais depois de preenchidas as condições de investidura e de exercício. Os cidadãos, que pretenderem ter sido eleitos para os cargos de Governador e vice-governador de um Estado não podem ser empossados mediante habeas-corpus, desde que não demonstrem eleição apurada, poderes verificados e compromisso prestado.”* (RSTF, vol. 12, p. 178 – Habeas-corpus n. 4238 – 18.01.1917); *“A cidadãos, eleitos representantes do Município, reconhecidos, proclamados e empossados, se conceda habeas-corpus para o exercício dos respectivos cargos.”* (RSTF, vol. 16, p. 444 – Habeas-corpus n. 4477 – 30.01.1918)

⁹⁰ *Op. Cit.*, pp. 91-2.

Assim, o candidato que houvesse sido eleito, mas não reconhecido pelo comitê de credenciais não comprovaria direito líquido e certo, já que, segundo o STF, “*constitui função exclusiva dos corpos legislativos a verificação de poderes dos seus membros componentes*”⁹¹. Desse modo, conforme decidiu aquela Corte: “*irregular que tenha sido a eleição de representantes estaduais, por qualquer fundamento que se apresente, desde que foram reconhecidos e proclamados pelo poder competente, não cabe ao Poder Judiciário senão respeitar e garantir essa situação*”⁹². Nesse mesmo sentido, vale citar:

*“A verificação de poderes é uma função essencialmente política que compete às respectivas corporações legislativas, tendo as legislações dos Estados, quanto às Câmaras Municipais, estabelecido recursos para um dos poderes dos mesmos Estados. O Supremo Tribunal tem assegurado por habeas-corpus o livre exercício de mandatos políticos, somente no caso de ser líquida e incontestável a situação jurídica do paciente, sendo único efeito do habeas-corpus assegurar ao paciente o direito de entrar e sair livremente do edifício em que a função política haja de ser exercida.”*⁹³

*“Não é admissível a concessão do habeas-corpus quando o direito dos pacientes, vereadores municipais, não é líquido e incontestável, havendo necessidade de se investigar a legitimidade da eleição e da respectiva verificação de poderes, exame este que escapa inteiramente à competência do Poder Judiciário.”*⁹⁴

*“O conhecimento de questões essencialmente políticas, quais as referentes à verificação de poderes das Câmaras Legislativas, escapa à competência do Poder Judiciário.”*⁹⁵

*“A decretação da perda do mandato de intendente e da suspensão do exercício do cargo, feita pelo respectivo Conselho Municipal, em virtude de faculdade conferida pela Lei Orgânica dos Municípios, escapa à competência do Poder Judiciário, não podendo, por isso, ser objeto de habeas-corpus.”*⁹⁶

“O habeas-corpus somente garante o exercício de funções determinadas, quando certo, líquido e incontestável é o direito do paciente ao exercício dessas funções. Constitui função exclusiva dos corpos legislativos a verificação de poderes dos seus membros componentes.

*A regularidade do processo eleitoral, a validade do diploma expedido e a elegibilidade do candidato são questões cujo conhecimento escapa, por via de regra, à esfera da jurisdição do Poder Judiciário.”*⁹⁷

⁹¹ RSTF, vol. 44, p. 5 – Habeas-corpus n. 6490 – 30.10.1920.

⁹² RSTF, vol. 17, p. 210 – Habeas-corpus n. 4559 – 19.06.1918.

⁹³ RSTF, vol. 8, p. 208 – Recurso de Habeas-corpus n. 4003 – 17.06.1916.

⁹⁴ RSTF, vol. 10, p. 177 – Recurso de habeas-corpus n. 4097 – 14.11.1916.

⁹⁵ RSTF, vol. 75, p. 28 – Habeas-corpus n. 10688 – 28.04.1924.

⁹⁶ RSTF, vol. 89, p. 3 – Habeas-corpus n. 6678 – 26.01.1921.

⁹⁷ RSTF, vol. 44, p. 5 – Habeas-corpus n. 6490 – 30.10.1920.

Desse modo, ao qualificar o reconhecimento das eleições e a verificação de poderes como “questões políticas”, estabelecendo que as mesmas, por conseguinte, escapam ao controle do Poder Judiciário, o STF deixava às forças sociais dominantes o preenchimento dos órgãos de governo, deixando órfãos os cidadãos legitimamente eleitos que acaso não tivessem o apoio dos coronéis. Os ocupantes de cargos políticos dependiam, para o exercício de suas funções, não do apoio popular, mas sim do apoio dos coronéis que dominassem nos Estados e, que, portanto, integravam o compromisso coronelista. JOSÉ MURILO DE CARVALHO anotou a respeito do coronelismo:

“A estabilidade do sistema como um todo exigia que a maioria dos coronéis apoiasse o governo, embora essa maioria pudesse ser eventualmente trocada. As manipulações dos resultados eleitorais sempre beneficiavam um grupo em detrimento do outro e tinham um custo político. Se entravam em conflito com um número significativo de coronéis, os governadores se viam em posição difícil, se não insustentável. Basta mencionar os casos da Bahia, de Goiás, do Ceará e de Mato Grosso. Em todos eles os governadores foram desafiados, humilhados e mesmo depostos. São também conhecidos os casos de duplicatas de assembleias estaduais, de bancadas federais e até mesmo de governadores.”⁹⁸

De fato, não havendo qualquer controle jurídico sobre a regularidade das eleições e da composição dos cargos eletivos, as duplicatas de assembleias passaram a ser uma constante e a integrar a paisagem política da Primeira República. Interessante observar que, embora a existência de dois ocupantes para um mesmo cargo representasse o cúmulo/extremo da fraude eleitoral e irregularidade na composição dos órgãos de governo, violando assim frontalmente a Constituição, o STF manteve sua jurisprudência, no sentido de afastar do Poder Judiciário o controle sobre questões políticas, valendo no entanto registrar a existência de votos vencidos. Nesse sentido:

“Os casos exclusivamente políticos estão fora da competência do Poder Judiciário. A dualidade de Governador e de Congressos são fatos que dizem respeito à organização constitucional do Estado e não podem ser resolvidos por meio de habeas-corpus. Para estes casos, o Congresso Nacional é o competente. Ementa dos votos vencidos: O STF tem competência para decidir, por habeas-corpus, questões que versem sobre a legalidade de investiduras legislativas. Esta tem sido a jurisprudência em numerosos casos. Resolvendo-os, o Tribunal não

⁹⁸ *Op. Cit.*, p. 137.

*julga qual dos dois governadores teve maioria absoluta de votos: decide, apenas, a questão constitucional em litígio.*⁹⁹

“O habeas-corpus não é meio idôneo a impedir dualidade de poderes municipais.

E. Lins, vencido – tenho conhecido de habeas-corpus para proteção de qualquer direito ou do exercício de qualquer função pública, se, para esse fim não houver nenhum outro remédio jurídico hábil e eficaz.

Pedro dos Santos, vencido de acordo com E. Lins.

*Viveiros de Castro e G. Natal, vencidos.*¹⁰⁰

As duplicatas de assembléias, como observa JOSÉ MURILO DE CARVALHO, “eram no mínimo embaraçosas para os governadores e podiam preparar o caminho para a intervenção federal, numa confirmação da natureza sistêmica do coronelismo. Muitas vezes, rebeliões de coronéis eram incentivadas pelo governo federal para favorecer oligarquias rivais nos estados”. De fato, a dualidade de governo poderia ser facilmente caracterizada como uma das hipóteses que ensejariam a decretação intervenção federal, seja para manter a forma republicana (art. 6.º, n.º 2), seja para restabelecer a ordem e tranquilidade nos Estados (art. 6.º, n.º 3). Nesse sentido, vale observar que o STF também qualificava a decretação da intervenção federal como uma “questão política”, que, por conseguinte, também escapava ao controle pelo Poder Judiciário¹⁰¹. A omissão do STF no controle de constitucionalidade da dualidade das assembléias, bem como da intervenção federal daí decorrente, deixava o campo aberto às conveniências políticas das forças sociais dominantes e à implantação de um sistema político expressamente inconstitucional. Com efeito, conforme decidido pelo STF:

“A dualidade de governos em um Estado da Federação importa em grave perturbação da forma republicana federativa, o que autoriza a intervenção do Governo Federal para assegurá-la.

⁹⁹ RSTF, vol. 11, p. 9 – Habeas-corpus n. 4104 – 01.11.1913.

¹⁰⁰ RSTF, vol. 57, p. 14 – Habeas-corpus n. 8906 – 09.04.1923. No mesmo sentido: “O habeas-corpus não é meio idôneo para resolver questões políticas referentes a dualidades de poderes municipais.” (RSTF, vol. 57, p. 19 – Habeas-corpus n. 8967 – 02.05.1923)

¹⁰¹ Nesse sentido decidiu o STF: “A intervenção da União Federal nos Estados é um ato essencialmente político; por isso, falece competência ao Poder Judiciário para conhecer dos motivos que determinaram esse ato, ou das consequências de natureza política dele decorrentes, sendo absolutamente indébita a sua ingerência nessa matéria.” (RSTF, vol. 2, p. 10 – Habeas Corpus n. 3545); “Os atos de caráter essencialmente político, praticados pelo interventor federal, no desempenho da sua missão, escapam à apreciação e revisão do Poder Judiciário.” (RSTF, vol. 61, p. 6 – Habeas Corpus n. 8910)

O preceito constitucional que rege a intervenção federal, quando se referiu à forma republicana federativa, não pôs a vista exclusivamente no Governo Nacional; preocupou-se, ao contrário, e principalmente, com a organização governamental dos Estados.

A dualidade traduz um caso inteiramente político, ao qual não é lícito o judiciário dar solução, por escapar da sua esfera de ação. Aplicação da CF art. 6., §2. e da do Estado do Espírito Santo, arts. 47, § único e 49.”¹⁰²

Verifica-se, portanto, que os direitos políticos constitucionalmente previstos não eram assegurados pelo STF, que, sob o fundamento de se tratar de questão política que escaparia ao seu controle, deixava aos próprios órgãos legislativos dos Estados a verificação dos seus poderes. A omissão do STF neste caso não apenas permitia a violação aos direitos políticos individuais – o que foi feito sem cerimônias pelos órgãos legislativos dos Estados – como também permitiu a existência de uma organização política visivelmente inconstitucional, operada pelas forças sociais dominantes.

A questão tornava-se ainda mais complexa quando se tratava dos direitos políticos dos ocupantes de cargos municipais. É que, neste caso, diversas foram as leis que previam a verificação dos poderes não pelo respectivo órgão legislativo municipal, mas sim por um dos poderes estaduais, o que violaria a autonomia municipal assegurada pelo art. 68 da Constituição. Deve-se recordar, no entanto, que o texto constitucional era extremamente conciso no que se refere à autonomia municipal, assegurando-a “*em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse*”, sem, contudo, oferecer parâmetros minimamente definidores das matérias que seriam de seu peculiar interesse. Cabe ainda recordar que a vagueza do conteúdo do dispositivo que assegurava a autonomia municipal resultou da atuação dos constituintes federalistas durante o processo de elaboração da Constituição, os quais defendiam que a definição da autonomia municipal caberia aos Estados, em suas Constituições, de modo que se pode afirmar que o art. 68 da Constituição representou antes uma conquista da autonomia dos Estados do que efetivamente dos municípios. Como observa VICTOR NUNCES LEAL: “*Já na Assembléia Constituinte, apesar de ser a autonomia dos municípios, no consenso geral, considerada inerente ao regime republicano, a sua conceituação provocara controvérsia, tendo prevalecido a fórmula favorável à maior liberdade dos Estados para regularem a organização municipal.*” E prosseguiu o autor: “*Na*

¹⁰² RSTF, vol. 24, p. 267 – Habeas-corpus n. 6008 – 07.06.1920.

*vigência da Constituição de 91, a invocação dos trabalhos parlamentares foi, aliás, um dos grandes argumentos a que recorreram todos aqueles que, por interesse ou convicção, defenderam a prerrogativa estadual de impor limitações à autonomia dos municípios.*¹⁰³ Com efeito, a análise dos debates constituintes – que definem a *mens legislatoris* (vontade do legislador) – aponta para uma vitória daqueles que defendiam a autonomia dos Estados, a quem caberia definir da autonomia municipal aos Estados, nos termos vagos estabelecidos pela Constituição. A este propósito, observa JOSÉ RIBAS VIEIRA que: *“a solução adotada de transferir para os poderes constituintes estaduais a viabilização da autonomia municipal resultou como algo frustrante, pois doze das Constituições estaduais dessa época, isto é, a maioria delas, negaram a efetivação da autonomia municipal”*¹⁰⁴. De fato, mesmo a eletividade dos órgãos de governo dos Municípios, decorrente do regime representativo e do princípio republicano, ambos expressos no artigo inaugural da Constituição – princípios que, portanto, deveriam ser respeitados pelos Estados na organização de suas Constituições e na adoção de suas leis (art. 63) – não foi regularmente observada. Cabe aqui recordar que, durante o processo constituinte, o dispositivo constante do projeto de Constituição que assegurava como um dos princípios definidores da autonomia municipal, a serem observados pelos Estados, a *“eletividade da administração local”* (art. 67, I do projeto de Constituição) foi rejeitado pelo Congresso Constituinte, o que poderia denotar que os Estados estavam desobrigados de atender a este princípio na organização de suas Constituições, embora a leitura sistemática do texto constitucional apontasse em sentido diverso, o que configura o velho embate entre a *mens legis* (vontade da lei) e a *mens legislatoris* (vontade do legislador)¹⁰⁵. Tendo o Congresso Constituinte deixado ao critério dos Estados definir o que se deveria entender por “peculiar interesse” dos municípios, aponta VICTOR NUNES LEAL que: *“trataram os Estados de restringir o princípio da eletividade da administração local. Alguns excetuaram apenas os municípios das capitais, cujos prefeitos passaram a ser nomeados; outros estenderam o princípio da nomeação do prefeito àqueles em que houvesse estâncias hidrominerais ou*

¹⁰³ LEAL, VICTOR NUNES. *“Coronelismo, Enxada e Voto: O Município e o Regime Representativo no Brasil”*, 2.^a edição, São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1975, pp. 116-7.

¹⁰⁴ VIEIRA, JOSÉ RIBAS. *Op. Cit.*, pp. 54-5 (nota de rodapé)

obras e serviços de responsabilidade do Estado; outros, finalmente, não hesitaram em tornar todos os prefeitos de livre nomeação do governo estadual”.

Combatendo esta atuação legislativa dos Estados, asseverou RUI BARBOSA:

*“...ao constituir-se o regime atual, os fiéis da nova democracia cuidaram ver realizadas todas as suas esperanças, quando a autonomia dos municípios entrou à Carta de 1891 com a fórmula grave, ampla e roçagante do art. 68.º. Mas apenas o tempo veio submeter à prova real a sinceridade dos patriarcas e sua descendência, quando os homens da ortodoxia começaram a recuar, o art. 68.º mirrou, e do seu texto espremido nas mãos dos regeneradores surgiu esse parto de montanha, essa cria de reação, essa tacanhez da usura política: nomeação do Poder Executivo municipal pelos Governos dos Estados”.*¹⁰⁶

Assim, coube ao STF, no exercício do controle concreto de constitucionalidade dos casos levados à Corte por aqueles que haviam sido prejudicados pelos atos de nomeação do Poder Executivo municipal, definir o alcance e o sentido da norma que assegurava a autonomia dos municípios. A este respeito, cumpre observar que a jurisprudência do STF revelou-se bastante instável e oscilante¹⁰⁷, cabendo citar os seguintes acórdãos:

*“É nula a lei estadual que confere à justiça local a interferência na verificação dos poderes dos membros do governo municipal, visto atentar contra a autonomia do município garantida pelo art. 68, CF.”*¹⁰⁸

*“Não ofende a autonomia do município naquilo que é de seu interesse peculiar, a lei estadual que dá recurso, com efeito suspensivo, para o Congresso Legislativo, no caso de dualidade de apurações de eleições municipais.”*¹⁰⁹

*“É constitucional a lei estadual que sujeita à justiça local, em grau de recurso e em última instância, o reconhecimento de poderes de vereadores municipais, visto não ofender a autonomia municipal, assegurada pelo art. 68, CF e ser antes um corretivo para possíveis abusos em matéria de reconhecimento de poderes.”*¹¹⁰

¹⁰⁵ A respeito do debate travado entre os defensores de ambas as correntes, ver CAMARGO, MARGARIDA MARIA LACOMBE, *“Hermenêutica e Argumentação – Uma Contribuição ao Estudo do Direito”*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 124-130.

¹⁰⁶ apud. VICTOR NUNES LEAL, p. 119

¹⁰⁷ Interessante registrar o estudo feito por ANDREI KOERNER, que revela uma variação nos votos dos ministros do STF em matérias de caráter político – no caso, em relação à concessão ou denegação de *habeas corpus* em conflitos entre oligarquias – o que, segundo demonstra o autor, decorre da origem da nomeação de cada ministro como parte do compromisso coronelista. (*“O Poder Judiciário Federal no sistema Político da Primeira República”*, in. Revista da USP, Dossiê Judiciário, n.º 21, pp. 58-69, mar-mai/94.)

¹⁰⁸ Manual de Jurisprudência Federal, 1914, p. 364 – Recurso Extraordinário nº 600 – 21.01.1911.

¹⁰⁹ Manual de Jurisprudência Federal, 1914, p. 52 – Habeas Corpus nº 3005 – 02.05.1911.

“É constitucional a lei estadual que sujeita à justiça local, em grau de recurso e em última instância, o reconhecimento de poderes de vereadores municipais, visto não ofender a autonomia municipal, assegurada pelo art. 68, CF e ser antes um corretivo para possíveis abusos em matéria de reconhecimento de poderes.”¹¹¹

“A lei estadual que confere ao governador do Estado a faculdade de anular eleições municipais e nomear uma comissão, que proceda a novas eleições, é atentatória do art. 68, CF.”¹¹²

“Não é contrário ao art. 68, CF, o art. 14, §1º, da Lei do Estado da Bahia, n. 1102, de 11/8/15; e, portanto, é válida e normal a nomeação de intendente municipal da Bahia, feita pelo governador, com aprovação do Senado Estadual.”¹¹³

“Nega-se provimento ao recurso, a fim de assegurar ao paciente as suas funções municipais como presidente da Câmara Municipal de Nova Friburgo, Estado do Rio de Janeiro, sem cogitar de funções executivas. E assim se julga por se evidenciar dos documentos apresentados que ao prefeito nomeado para aquela cidade pelo presidente do Estado cabem estas funções, sem ofensa da autonomia municipal.”¹¹⁴

“É constitucional o recurso de verificação de poderes dos Conselhos ou Câmaras, e das autoridades municipais, para o Poder Judiciário, pois julgando ele pelo alegado e provado, garante mais eficazmente a autonomia dos Municípios.

Na eleição de Prefeito e subprefeito é inadmissível a interferência do Poder Executivo Estadual, embora a mesma eleição tenha sido efetuada com infração de Leis e Regulamentos em vigor.”¹¹⁵

“O recurso para o Tribunal Superior de um Estado, da verificação de poderes dos vereadores ou conselheiros municipais não é inconstitucional, porquanto o Tribunal julga de acordo com o alegado e provado, e com as garantias do processo. Esse recurso garante e não prejudica a autonomia municipal, consagrada pela Constituição Federal.”¹¹⁶

“Ementa do acórdão - Não é inconstitucional a Lei estadual do Pará, que permite recurso da verificação de poderes dos membros dos Conselhos Municipais para o Poder Legislativo.

O texto constitucional (art. 68) que garante “a autonomia do município, em tudo o que respeita o seu peculiar interesse”, refere-se à autonomia de função e não de organização, cujas condições ficaram às Constituições dos Estados.

¹¹⁰ Manual de Jurisprudência Federal, 1914, p. 58 – Recurso Extraordinário nº 599 – 10.01.1911.

¹¹¹ Manual de Jurisprudência Federal, 1914, p. 58 – Recurso Extraordinário nº 600 – 24.01.1912.

¹¹² Manual de Jurisprudência Federal, 1914, p. 52 – Habeas Corpus nº 3332 – 12.04.1913.

¹¹³ RSTF, vol. 21, p. 447 - Habeas-corpus n. 3865 – 06.11.1915.

¹¹⁴ RSTF, vol. 16, p. 15 – Habeas-corpus n. 4117 – 14.11.1916.

¹¹⁵ RSTF, vol. 12, p. 27 – Habeas-corpus n. 4276 – 23.05.1917.

¹¹⁶ RSTF, vol. 15, p. 429 – Habeas-corpus n. 4318 – 18.07.1917.

*Em matéria de organização dos municípios não se pode negar aos Estados a faculdade de legislar, respeitando-lhes a autonomia no exercício das respectivas funções.*¹¹⁷

“Ementa do acórdão: Na autonomia municipal assegurada pelo art. 68, CF, não se contem, necessária e obrigatoriamente, a verificação de poderes dos membros do governo do Município pelos Conselhos Municipais. Essa verificação pode ser atribuída, sem o mínimo desrespeito à predita autonomia, ao Poder Judiciário, ao Legislativo ou ao Executivo.

Aplicação do art. 68, Cf e art. 71, §5º da Constituição do Pará.

Ementa dos votos vencidos - o único poder, para o qual é permitido instituir recurso da verificação de poderes efetuada pelos Conselhos Municipais, é o Poder Judiciário, que julga pelo alegado e provado.

*Confiada ao Poder Legislativo, poder essencialmente político, a função de, em grau de recurso, declarar quais são os cidadãos eleitos vereadores ou prefeitos, será a extinção completa da autonomia municipal, expressamente assegurada pelo art. 68, CF.*¹¹⁸

“Não é inconstitucional a faculdade outorgada pelas Leis do Estado do Pará, à Assembléia Legislativa, para, em grau de recurso voluntário, conhecer da apuração das eleições municipais procedidas pelos respectivos Conselhos, visto não afetar a autonomia municipal consagrada no art. 68, CF.

Só por meio de recurso extraordinário poderá o STF conhecer da constitucionalidade de uma Lei local.

CF, art. 68.

*Ministros Sebastião de Lacerda, Pedro Lessa, André Cavalcanti, Godofredo Cunha, vencidos.*¹¹⁹

“Ao Estado, e não ao Município, conferiu a Constituição Federal competência para dar organização ao aparelho administrativo municipal.

A autonomia do Município, no conceito do Legislador Constituinte, consiste em gerir ele, por esse aparelho, todos os negócios do seu peculiar interesse.

Não é contrária ao art. 68, CF, a instituição pelo Estado de recurso das decisões dos órgãos de administração municipal sobre verificação de poderes dos seus membros para o Congresso do Estado.

*CF, art. 68.*¹²⁰

“Ao Estado, e não ao Município, conferiu a Constituição Federal competência para dar organização ao aparelho administrativo municipal.

A autonomia do Município, no conceito do Legislador Constituinte, consiste em gerir ele, por esse aparelho, todos os negócios do seu peculiar interesse.

Não é contrária ao art. 68, CF, a instituição pelo Estado de recurso das decisões dos órgãos de administração municipal sobre verificação de poderes dos seus membros para o Congresso do Estado.

CF, art. 68.

Ministros Godofredo Cunha, Sebastião de Lacerda e André Cavalcanti, vencidos.

Pedro Lessa, vencido – como já tenho demonstrado em recursos idênticos a este, o que se fez no Pará viola o art. 68, CF.

¹¹⁷ RSTF, vol. 19, p. 263 – Habeas-corpus (recurso) n.4703 – 23.12.1918.

¹¹⁸ RSTF, vol. 22, p. 167 – Habeas-corpus (recurso) n.4708 – 23.12.1918.

¹¹⁹ RSTF, vol. 46, p. 34 – Habeas-corpus n. 4718 – 11.01.1919.

¹²⁰ RSTF, vol. 50, p. 29 – Habeas-corpus n. 4713 – 08.01.1919.

Não é lícito, diante dos termos expressos deste artigo, confiar aos Congressos Legislativos dos Estados a faculdade de decidir em grau de recurso da verificação de poderes dos vereadores e intendentess municipais. Se se admitisse o que quer o Estado do Pará, quem em última análise organizaria as Câmaras municipais seria o Congresso do Estado e não o município. Entregue a um poder público, como é o poder legislativo, a constituição das câmaras municipais, por meio de recurso criado no Pará, a autonomia municipal está extinta e burlado o art. 68, CF.¹²¹

“A autonomia dos municípios, restrita ao seu peculiar interesse, limita-se às funções de sua polícia administrativa e economia interna, que são os seus únicos interesses restritamente próprios ou peculiares.

A municipalidade, como corporação que é, está e sempre esteve, como todas as corporações de interesse público, sujeita, quanto à regularidade do preenchimento de suas condições de investidura e de exercício, ao provimento do Poder Judiciário, se provocado em tempo útil e forma regular.

A lei estadual n. 1561, de 3/12/18, segundo a qual o Tribunal da Relação do Estado do Rio de Janeiro considera-se competente para conhecer e julgar de um recurso interposto contra o ato de verificação de poderes, nada contém de inconstitucional.

Sebastião de Lacerda - Concedi a ordem de habeas-corpus porque: a) a Constituição da República proclamou no art. 68, a autonomia do município, em tudo quanto respeita ao seu peculiar interesse; b) a matéria em que se assenta essa autonomia é a que se refere à verificação de poderes dos representantes locais, na qual a intervenção de qualquer dos órgãos do Estado contraria o preceito do citado art. 68; c) consagrada tal autonomia, com as restrições que a interpretação desse dispositivo tem estabelecido, forçoso é recusar ao Poder Judiciário do Estado a interferência na constituição da administração municipal, revogando, por meio de recursos para ele interpostos, as decisões sobre eleições municipais.”¹²²

“Nulidade, por inconstitucional, da intervenção do Congresso Legislativo do Estado do Maranhão no reconhecimento de poderes das autoridades municipais.”¹²³

“Ementa do Acórdão - I) o habeas-corpus só protege o direito ao exercício de uma função pública, quando esse direito é certo, líquido e incontestável; II) como tal não se pode considerar um direito que em face da CF, tem sido, mais de uma vez, contestado e desconhecido pelo STF, definitivo intérprete da mesma Constituição e das Leis; III) as Constituições dos Estados não infringem a Constituição da República, nem o regime presidencial, com o estabelecerem, como o fazia a Constituição do Império, distinção para o efeito da reforma, entre princípios constitucionais e princípios não-constitucionais; IV) não infringem, igualmente, a dita Constituição, quando instituem, para chefes do Poder Executivo Municipal, prefeitos, nomeados pelos Presidentes dos Estados; V) no regime presidencial, o poder judiciário anula e cassa os atos ilegais do Executivo e declara nulas para se não aplicarem à espécie as Leis inconstitucionais, o que equiivale, igualmente, a cassá-las ou anulá-las, tanto que a essa função judicial

¹²¹ RSTF, vol. 50, p. 31 – Habeas-corpus n. 4715 – 08.01.1919.

¹²² RSTF, vol. 20, p. 28 – Habeas-corpus (recurso) n. 4876 – 10.05.1919.

¹²³ RSTF, vol. 20, p. 25 – Habeas-corpus n. 4845 – 30.04.1919.

os modernos constitucionalistas americanos qualificam, com muito acerto, de veto judicial.

Ementa dos Votos Vencidos - Em hipótese alguma, em face do art. 68, CF, pode o Governo de um Estado nomear os prefeitos municipais.

Não pode ser inquinada de inconstitucional a Lei estadual que aumenta ou diminui o n.º de vereadores dos respectivos municípios. Não é incompatível com a Constituição Federal a Constituição Estadual que determina poderem ser reformados por Lei ordinária os textos nela incluídos, que não representem matéria constitucional. O habeas-corpus foi instituído para garantir exclusivamente o direito de locomoção, e não outro qualquer direito.”¹²⁴

“Não se concede habeas-corpus para garantir o exercício de cargos municipais, desde que a situação dos pacientes não seja certa, líquida e incontestável.

O habeas-corpus não é meio idôneo para declarar inconstitucional uma Lei.

Aplicação da Lei estadual mineira n. 649, de 1915.

Pedro Lessa, vencido - O recurso da apuração ou da verificação de poderes dos vereadores e prefeitos municipais para uma junta, composta de deputados, senadores e um representante do ministério público, é a mais formal infração do art. 68, CF, que assegura a autonomia municipal em tudo o que é de seu peculiar interesse. Isto é evidente.”¹²⁵

“É inconstitucional a Lei que estatui o recurso de apuração de eleições municipais para o Poder Executivo.

Em processo de habeas-corpus, como em qualquer outra forma processual, é lícito julgar da inconstitucionalidade de uma Lei, principalmente nos processos de habeas-corpus, porquanto, por se tratar neles de garantir a liberdade individual, é que mais cuidado deve haver em evitar a aplicação de leis inconstitucionais.

Aplicação da Constituição Federal, art. 68.”¹²⁶

“O habeas-corpus é meio idôneo a garantir a liberdade do exercício de cargos de eleição municipal, desde que a esse exercício tenham direito líquido, certo e incontestável os que recorrem a esse remédio constitucional.

Atenta flagrantemente contra a autonomia municipal a intervenção do poder estadual, anulando as eleições municipais e a apuração respectiva, nomeando titulares para os cargos do governo municipal.

Aplicação do art. 68, CF.”¹²⁷

“A Lei do Estado do Rio de Janeiro, n. 1614, de 1919, no art. 11, é inconstitucional; vício em que incorre também a Lei de Reforma Constitucional do mesmo Estado, n. 600, de 1903, quando dispõe, no art. 31, §2º, letras a e b, que as funções executivas serão exercidas por um prefeito, de nomeação do governo, nos municípios onde o Estado tiver, sob sua responsabilidade pecuniária, serviços de caráter local, ou houver prestado abono ou fiança em contratos celebrados pela administração municipal.

Nenhuma coisa se concebe de mais peculiar interesse do Município do que a eleição dos seus representantes, para o desempenho das funções locais.

A inconstitucionalidade dos atos legislativos ou executivos pode ser ventilada em qualquer processo, inclusive em habeas-corpus. A existência de leis locais autorizando a nomeação de prefeitos, não é motivo para excluir do processo de

¹²⁴ RSTF, vol. 21, p. 34 – Habeas-corpus (Recurso) n. 5090 – 05.07.1919.

¹²⁵ RSTF, vol. 24, p. 260 – Habeas-corpus n. 5451 – 14.11.1919.

¹²⁶ RSTF, vol. 23, p. 130 – Habeas-corpus n. 5519 – 27.12.1919.

¹²⁷ RSTF, vol. 25, p. 135 – Habeas-corpus n. 5515 – 03.01.1920.

habeas-corpus a questão constitucional, porque do contrário, os Estados disporiam desse meio de burlar o preceito constitucional, que garante a autonomia municipal.

Aplicação do art. 68, CF.”¹²⁸

“Não cabe à justiça apurar a conveniência ou inconveniência do princípio, quase universalmente consagrado, de reconhecimento dos candidatos pelas assembleias ou corpos políticos, nem invalidar as decisões destes.

As leis que instituem Juntas para a contagem dos votos dos candidatos aos cargos locais, não atentam contra o preceito do art. 68, CF; o que a essas corporações não deve ser atribuído é o exame da validade das eleições, visto ser matéria de exclusiva competência do poder verificador.”¹²⁹

5.2.4 Garantias da Magistratura

O Poder Judiciário não figurava como novidade na organização constitucional do País, posto que a Constituição de 1824 já o reconhecia como um dos poderes políticos do Estado (art. 10), com a denominação de Poder Judicial, bem como afirmava expressamente a sua independência (art. 151). Entretanto, sua independência expressamente afirmada não era plenamente garantida, sobretudo em razão da peculiar organização do Poderes adotada pela Constituição do Império, com a previsão de um Poder – o Poder Moderador – incumbido de “*velar sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos*” (art. 98), o que o transformava, como colocou PAULO BONAVIDES, no “*Poder dos Poderes, o eixo mais visível de toda a centralização de Governo e de Estado na época imperial*”¹³⁰. Cumpre frisar ainda que a Carta Política do Império permitia ao Imperador, no exercício do Poder Moderador, suspender os Magistrados, em determinados casos (art. 101, n. 7.º)¹³¹. De fato, desprovido de meios que assegurassem sua real independência, era notória a mobilidade da magistratura durante o Império, que, como anota

¹²⁸ RSTF, vol. 25, p. 142 – Habeas-corpus n. 5912 – 26.05.1920.

¹²⁹ RSTF, vol. 33, p. 80 – Habeas-corpus n. 6648 – 05.01.1921.

¹³⁰ BONAVIDES, PAULO, “*Curso de Direito Constitucional*”, 7.ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 329.

¹³¹ “*Art. 101 – O Imperador exerce o Poder Moderador: (...) 7.º) Suspendendo os Magistrados nos casos do art. 154.*

(...)

Art. 153 – Os Juizes de Direito serão perpétuos; o que todavia, se não entende que não possam ser mudados de uns para outros lugares pelo tempo e maneira que a lei determinar.

Art. 154 – O Imperador poderá suspende-los por queixas contra eles feitas, procedendo audiência dos mesmos Juizes, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado. Os papéis que lhes são concernentes serão remetidos à relação do respectivo distrito para proceder na forma da lei.”

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA, “*a fazia sentir mais de perto as pressões de certos interesses*”, e a “perpetuidade” – afirma o autor – “*era a garantia única dos juízes de direito*”. Assim, se o Poder Judiciário, em si, não se apresentava como um novo ator na organização constitucional do País, sua afirmação como um órgão efetivamente independente constituía uma novidade trazida pela Constituição de 1891, já que a partir de então esta decorreria de garantias institucionais, e não mais da atuação do Poder Moderador. A dificuldade de adequação da realidade política do País a esta nova organização dos Poderes já se fazia sentir na famosa frase atribuída a Floriano: “*Se os juízes do Tribunal concederem habeas corpus aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o habeas corpus de que, por sua vez, necessitarão*”. E, de fato, a larga jurisprudência do STF declarando a inconstitucionalidade de leis e atos normativos que violavam as garantias da magistratura, que asseguravam a sua independência, demonstra de forma clara a resistência oferecida pelas classes políticas dirigentes à organização dos Poderes definida pela Constituição.

A Constituição de 1891, no capítulo referente ao Poder Judiciário, estabelecia expressamente as garantias de vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos dos magistrados, nos seguintes termos:

“Art 57 - Os Juízes federais são vitalícios e perderão o cargo unicamente por sentença judicial.

§ 1º - Os seus vencimentos serão determinados por lei e não poderão ser diminuídos.”

Trata-se de duas garantias distintas, assegurando a primeira que o juiz não poderá perder seu cargo, senão por sentença judicial, e a segunda estabelecendo que os vencimentos dos juízes não podem, em hipótese alguma, ser reduzidos. Conforme frisou o STF, em recurso de apelação cível interposto pela União Federal:

“A vitaliciedade não implica a irredutibilidade de vencimentos.

Só os vencimentos dos juizes, por expressa disposição constitucional, são de qualquer modo irredutíveis, não estando assim, sujeitos a quaisquer impostos.

A garantia da vitaliciedade reside no conceito de que, não se podendo em caso algum demitir os funcionários vitalícios, senão mediante sentença judicial, não é lícito reduzir os vencimentos, por diminuição destes, ou por tributação, ou de qualquer outro modo, desde que a redução frustrar ou balde a garantia.

Interpretação da Constituição Federal, arts. 57 e 74.”¹³²

Desse modo, os magistrados, investidos de ambas as garantias, poderiam exercer suas funções livres de ameaças referentes à sua permanência no cargo ou a seus vencimentos.

A Constituição assegurava ainda a inamovibilidade dos magistrados. Entretanto, cabe observar que a garantia de inamovibilidade não estava prevista expressamente no Capítulo referente ao Poder Judiciário, mas decorria da independência do Poder Judiciário, afirmada no art. 15 (“*são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si*”) e, assim, enquadrava-se no disposto no art. 74, que, no leque de declaração de direitos da Constituição de 1891, estabelecia, *in verbis*:

“Art 74 - As patentes, os postos e os cargos inamovíveis são garantidos em toda a sua plenitude.”

Nesse sentido, o STF, em recurso de apelação cível interposto pela União Federal, decidiu que:

*“Os magistrados gozam do predicamento da inamovibilidade, não podendo o governo deslocá-los para onde entender, contra a vontade dos mesmos.”*¹³³

Verifica-se, portanto, que a Constituição assegurava expressamente as garantias de vitaliciedade e irredutibilidade dos vencimentos ao tratar da organização do Poder Judiciário federal, e implicitamente a garantia de inamovibilidade, decorrente da sua independência, devendo ser garantida em sua plenitude. Entretanto, cabe observar que tais dispositivos constitucionais tratavam expressamente da organização da magistratura federal, deixando a organização do Poder Judiciário estadual aos próprios Estados, no exercício da sua autonomia constitucional, que, vale recordar, ocupou o centro dos debates durante o processo de elaboração da Constituição. Ocorre que a autonomia dos Estados estava limitada, segundo a própria Constituição, à observância dos princípios adotados pela Constituição Federal, donde decorre que as constituições estaduais deveriam

¹³² RSTF, vol. 32, p. 152 – Apelação Cível n. 3129 – 23.04.1921.

¹³³ RSTF, vol. 26, p. 334 – Apelação Cível n. 3362 – 02.06.1920.

assegurar a independência do Poder Judiciário a partir das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos. Em textual:

"Art 63 - Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar respeitados os princípios constitucionais da União."

A Constituição, portanto, assegurava as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos não apenas ao Poder Judiciário federal, mas também à magistratura dos Estados, já que a independência entre os Poderes em geral, e a independência do Poder Judiciário a partir das sobreditas garantias institucionais, em particular, constituíam princípios adotados pela Constituição de 1891. Nesse sentido, manifestou-se o STF:

"Cabe recurso extraordinário da decisão da justiça local que, em ultima instância, considerou válido o ato do governo do Estado, aposentando compulsoriamente um juiz de direito.

Caráter e natureza do poder judiciário no nosso regime político-constitucional; suas atribuições e poderes.

A sua independência é um dos princípios básicos da federação. Os Estados não podem adotar dispositivos que atendem contra esse preceito.

*É inconstitucional a lei estadual que fixa idade para aposentadoria forçada dos seus juizes."*¹³⁴

"Ementa do acórdão - A independência do Poder Judiciário decorre da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, afirmadas nos artigos 57 e 74, CF.

*Tais predicamentos também se estendem à Magistratura local, por estarem implicitamente compreendidas no art. 63 da mesma Constituição, e existirem independentemente ou a despeito das Constituições ou Leis dos Estados. Assim, a temporariedade do mandato dos juizes transgride os citados preceitos do Estatuto Federal. (Bahia)"*¹³⁵

"Só é suscetível de reparação judicial a violação do direito adquirido, do fato consumado e juridicamente válido.

A demissão de um juiz de direito, sem ser nos casos taxativamente previstos na lei, e mediante o processo regular, é ato nulo, pois atenta contra o princípio da vitaliciedade, prescrito na Constituição, e obrigatório para os Estados.

*A perpetuidade de uma função importa vantagens e encargos para o funcionário, podendo o governo liberá-los destes, não, porém, deixar de conservar aqueles, sem violar uma obrigação."*¹³⁶

"A vitaliciedade dos Magistrados, garantida pelo art. 57 da Constituição Federal, aplica-se tanto aos juizes federais, quanto, no silêncio das respectivas

¹³⁴ RSTF, vol. 3, p. 82 – Recurso Extraordinário n. 773 – 22.08.1914.

¹³⁵ RSTF, vol. 16, p. 495 – Recurso Extraordinário n. 997 – 25.05.1918.

¹³⁶ RSTF, vol. 20, p. 65 – Apelação Cível (sobre embargos) n. 3043 – 29.05.1918.

leis ou a despeito do que possam elas dispor, aos Juizes do Estados, por força do disposto no art. 63 da mesma Constituição.”¹³⁷

“Os juizes estaduais gozam das mesmas garantias conferidas aos federais. Os juizes federais são vitalícios e perderão o cargo unicamente por sentença judicial.

CF, art. 57. (Mato Grosso)”¹³⁸

“A irredutibilidade dos vencimentos é um princípio constitucional da União, destinado a assegurar a independência do juiz e a que devem obediência os Estados, por força do art. 63, CF.

Essa irredutibilidade obsta a criação de quaisquer impostos sobre os vencimentos.

CF, art. 63 (Ceará)”¹³⁹

“A vitaliciedade expressamente consignada no art. 57, CF, aos juizes federais, estende-se e arrima também os estaduais e os locais.

CF, arts. 57 e 63. (Rio de Janeiro)”¹⁴⁰

Convém observar que a jurisprudência do STF, no que tange ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos que violavam as garantias da magistratura, dentre os acórdãos pesquisados, tratava basicamente da magistratura dos Estados, o que demonstra que a violação às garantias institucionais da magistratura ocorria com maior frequência em relação aos juizes estaduais do que aos federais. Tal constatação, no entanto, não deve causar maior espanto, já que, não sendo a Constituição Federal expressa ao tratar da independência do Poder Judiciário – tema bastante caro às forças políticas do País – na organização dos Estados, e considerando-se que a autonomia estadual foi objeto de longos debates durante o processo constituinte, a frequência com que o STF teve que se manifestar sobre a inconstitucionalidade dos atos que violavam a independência dos juizes refletia apenas a resistência a esta organização, o que, pode-se afirmar, deveria ser esperado. Nesse sentido, vale ainda citar os seguintes acórdãos:

“É contrário ao princípio consagrado no art. 57, CF, o ato do governo estadual aposentando funcionário pela presunção de invalidez ao atingir certa idade.”¹⁴¹

“Os mesmo motivos de ordem pública que justificam a irredutibilidade dos vencimentos dos juizes federais, por paridade, se aplicam aos juizes estaduais.”¹⁴²

¹³⁷ RSTF, vol. 21, p. 51 – Habeas-corpus (Recurso) n. 5129 – 12.07.1919.

¹³⁸ RSTF, vol. 50, p. 105 – Apelação Cível n. 3426 – 29.07.1922.

¹³⁹ RSTF, vol. 50, p. 116 – Apelação Cível n. 3691 – 02.09.1922.

¹⁴⁰ RSTF, vol. 57, p. 133 – Apelação Cível n. 4225 (Embargos) – 27.07.1923.

¹⁴¹ Manual de Jurisprudência Federal, 1914, p. 37 – Recurso Extraordinário nº 773 – 26.06.1913.

“Os vencimentos dos juizes da Corte de Apelação e dos demais juizes locais do DF são irredutíveis, de acordo com os princípios adotados pela Constituição da República (art. 57, §1º).”¹⁴³

“Usando do direito incontestável que lhes assiste, de organizarem, como lhes aprouver, os serviços públicos, criando e suprimindo cargos, os Estados, contudo, não podem privar magistrados, vitalícios e inamovíveis, das vantagens que as leis lhes asseguravam no momento em que foram investidos nos seus cargos, vantagens que se incorporaram ao seu patrimônio e devem ser garantidas em toda a sua plenitude, ex-vi do artigo 74, CF.

Suprimida uma comarca, o respectivo juiz tem direito a perceber todos os seus vencimentos e a se lhe contar antiguidade desde a data em que for afastado do seu cargo até ser provido em cargo equivalente, ou até ser regularmente aposentado.”¹⁴⁴

“A disponibilidade a que se refere o artigo 7º da Lei n. 1084 de 14 de Setembro de 1907, do Estado de São Paulo, privando os juizes das regalias do cargo, eqüivale à perda do cargo e ofende os princípios estabelecidos pela Constituição Federal e Estadual.”¹⁴⁵

“A garantia da irredutibilidade dos vencimentos, assegurada aos Juizes Federais, no art. 57, §1º, CF, é extensiva a todos os juizes vitalícios da República, como condição indispensável à independência do Poder Judiciário. Assim, os vencimentos de Magistrados, uma vez aumentados, jamais poderão ser reduzidos, sem ofensa ou violação do precitado princípio constitucional.”¹⁴⁶

“A irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados é um princípio constitucional da União, destinado a assegurar a independência do juiz e a que devem obediência os Estados, por força do art. 63, CF. (Rio de Janeiro)”¹⁴⁷

“A vitaliciedade e a inamovibilidade dos magistrados, quer federais, quer estaduais, é uma garantia de natureza social, que se não compadece com o arbítrio do Poder Executivo, na exoneração ou remoção ad libitum, porquanto só no respeito devido a essas duas condições, para o exercício da função, reside uma boa e imparcial administração da Justiça. (Rio de Janeiro)”¹⁴⁸

“Os juizes vitalícios só perdem os cargos: a pedido seu ou por sentença condenatória; em virtude de aposentadoria a seu pedido ou decretada pelo Presidente da República; ou no caso de invalidez, verificada por meio de exame médico legal, a seu requerimento ou do representante do Ministério Público.

¹⁴² Manual de Jurisprudência Federal, 1914, p. 233 – Recurso Extraordinário nº 737 – 14.06.1911; p. 235 – Apelação Cível nº 1800 – 27.09.1911; Apelação Cível nº 1063 – 24.01.1912.

¹⁴³ Manual de Jurisprudência Federal, 1914, p. 364 – Apelação cível nº 1783 – 20.06.1910; Apelação Cível nº 1624 – 05.08.1910; Apelação Cível nº 1800 – 27.09.1911.

¹⁴⁴ RSTF, vol. 7, p. 368 – Apelação Cível n. 2159 – 12.05.1914.

¹⁴⁵ RSTF, vol. 15, p. 518 – Apelação Cível n. 3038 – 26.12.1917.

¹⁴⁶ RSTF, vol. 21, p. 73 – Apelação Cível n. 3214 – 10.01.1919.

¹⁴⁷ RSTF, vol. 50, p. 118 – Apelação Cível n. 3970 – 16.09.1922.

¹⁴⁸ RSTF, vol. 51, p. 133 – Apelação cível n. 4225 – 11.10.1922.

É inconstitucional o dispositivo do art. 338 do Dec. n. 16.273, de 1923, que permitia ao Poder Executivo pôr em disponibilidade remunerada os membros da Magistratura local do DF. CF, art. 57 (...)”¹⁴⁹

É interessante observar a resistência oferecida pelas forças políticas dominantes em certos Estados à independência dos juizes, o que corrobora a afirmação de que a novidade trazida pela Constituição de 1891 não era o Poder Judiciário, mas a sua independência/a garantia da sua independência, a qual os poderes públicos dos Estados não sucumbiam. Revela-se bastante ilustrativo o julgamento do Recurso Extraordinário interposto pelo juiz de Direito da Comarca de Santa Filomena, Milcíades Lopes, em face do Estado do Piauí, requerendo o pagamento dos respectivos vencimentos, os quais deixou de receber sob a alegação de que *“fôra forçado a abandonar a comarca, assolada por cangaceiros e criminosos, por lhe não haver o Governo dado as devidas garantias, devendo, por conseguinte, ser a ré condenada a pagar-lhe os vencimentos correspondentes ao tempo desse abandono”*. Embora o STF (vencidos os ministros LEONI RAMOS, GODOFREDO CUNHA e MUNIZ BARRETO) tenha negado provimento ao recurso, sob o fundamento de que *“ao autor não têm sido pagos os vencimentos em lide; porque sem motivo legal, tem estado fora do exercício do cargo, ausente da comarca”*¹⁵⁰, vale citar o voto vencido do Ministro MUNIZ BARRETO, que ilustra bem os obstáculos opostos ao exercício da função jurisdicional:

“votei pelo provimento do recurso, porque o exame cuidadoso que fiz dos autos, produziu no meu espírito a certeza de que o recorrente, juiz vitalício no Estado do Piauí, está inibido de exercer as funções do seu cargo em sua comarca, por isso que o governo desse Estado não lhe fornece as garantias necessárias para esse exercício. O representante do recorrido, o Procurador-Geral do Piauí, é o primeiro a proclamar que o Bacharel Milcíades Lopes se encontra absolutamente impossibilitado de desempenhar as suas atribuições de juiz de direito.

Eis alguns trechos das razões do chefe do Ministério Público piauiense: “Destaco o inquérito aberto pelo delegado militar e o artigo que o “Piauí”, órgão oficial, publicou a 6 de junho, sob a assinatura do Juiz distrital, promotor

¹⁴⁹ RSTF, vol. 73, p. 10 – Habeas-corpus n. 10325 – 30.01.1924. Obs: dispõe o art. 338 do Dec. n. 16.273: “O Governo, na execução desta reforma, e até 10 dias depois de entrar em execução este regulamento, poderá pôr em disponibilidade, com os vencimentos integrais do cargo, os magistrados e membros do Ministério Público que, pela idade, enfermidade ou outro motivo relevante, não estejam em condições de bem exercer as suas funções, ou tenham prestado bons serviços à Justiça, tornando-se, por isso, merecedor de repouso.”

¹⁵⁰ RSTF, vol. 40, p. 120 – Recurso Extraordinário n. 1332 – 09.11.1921.

público, escrivão, carcereiro, intendente, coletor, presidente do Conselho e pessoas gradadas da localidade. Estas provas traduzem psicologicamente o estado de exacerbação dos jurisdicionados do Dr. Milcíades, donde se pode também inferir o seu justo temor de insegurança pessoal e de vida. O juiz que é chamado de bandido, celerado e mentiroso, imbecil, sem vergonha, analfabeto, escória da magistratura, pelas autoridades locais, representantes do pensamento político do governo na administração local, pelos que se dizem o elemento grado, esse juiz não pode absolutamente encontrar aí a menor garantia para o exercício de suas funções e deve recear mesmo pela segurança de sua própria vida. Mas o Governo, apesar disso, não lhe atende aos reiterados pedidos de remoção. Em Santa Philomena, o Dr. Milcíades não pode exercer mais a sua jurisdição (fls. 167 v.).”

Numa comarca em que sua primeira autoridade é assim injurida por todos os outros agentes do poder público, alguns dos quais seus subordinados, e pelas pessoas influentes do lugar, que segurança pode dar a essa autoridade - de obediência às suas ordens de respeito à sua dignidade de juiz, de defesa de sua pessoa, a presença de 3 soldados de polícia e um oficial? Somente um louco se julgaria garantido com essa força. Exposto ao ridículo, vilipendiado, sem elementos para conter os seus insultadores, o juiz no seu infortúnio, arrastaria ao maior descrédito a própria justiça, se porventura os exaltados não fossem ao extremo de lhe tirar a vida.

Como pois negar a esse magistrado direito aos vencimentos do seu cargo durante a permanência da anormalidade que o priva de exercer as funções que a lei lhe confere?”

Por fim, cabe destacar que o STF, ao julgar o Habeas Corpus n.º 9801, em 19.12.1923, contrariando sua jurisprudência não no que se refere à observância pelos Estados das garantias da magistratura federal, mas – antes disso – no que se refere às próprias garantias em si, declarou constitucional – ou por outra, que “*não é manifestamente inconstitucional*” – o Tribunal de Remoção de Magistrados, criado pela Constituição Mineira. De acordo com o impetrante, este Tribunal, composto do Presidente do Tribunal da Relação, do Presidente do Senado e do Procurador-Geral do Estado, seria “*ofensivo das garantias que a Constituição da República assegura a todos os juizes, sendo assim, manifestamente inconstitucional*”. Entretanto, o STF, por maioria (vencidos os ministros PEDRO MIBIELLI, PEDRO DOS SANTOS e LEONI RAMOS), denegou a ordem impetrada sob o fundamento de que a Constituição não contemplava como uma das garantias da magistratura a inamovibilidade, valendo transcrever os fundamentos, por contrariem a firma jurisprudência que o próprio STF havia construído até o momento:

“(…) Efetivamente, a Constituição só garante aos juizes a vitaliciedade e a irredutibilidade dos vencimentos (art. 57) mas não a inamovibilidade, a cujo respeito não contem dispositivo algum.

Ora, a vitaliciedade não importa necessariamente a inamovibilidade, tanto que a Carta Constitucional do Império assegurava aos juizes de Direito aquela e não esta (art. 153)

Conhecendo o dispositivo deste artigo 153 e só se referindo à vitaliciedade é claro que o legislador constituinte republicano não assegurou aos juizes a inamovibilidade.

Tanto mais se impõe esta conclusão, quanto o Governo Provisório, no art. 2º do Dec. 848, de 1/10/90 havia prescrito: "Os Juizes Federais são vitalícios e inamovíveis (...)"

*Não vale alegar-se que a inamovibilidade é implícita à vitaliciedade, porque, por identidade de razão, o mesmo se pode dizer da irredutibilidade de vencimentos, a qual, entretanto, explicitamente se referiu o constituinte republicano.*¹⁵¹

¹⁵¹ RSTF, vol. 75, p. 16 – Habeas-corpus n. 9801 – 19.12.1923.