

CONSELHO EDITORIAL DA COLEÇÃO "BIBLIOTECA DE HISTÓRIA DO DIREITO":

Prof. Andrei Koerner (UNICAMP)	Prof. Manuel Martínez Neira (Universidad Carlos III de Madrid)
Prof. Antonio Carlos Wolkmer (UFSC)	Prof. Massimo Meccarelli (Università degli Studi di Macerata)
Prof. Ailton Cerqueira Leite Seelaender (UFSC)	Prof. Paolo Cappellini (Università degli Studi di Firenze)
Prof. Arno Dal Ri Júnior (UFSC)	Prof. Samuel Rodrigues Barbosa (USP)
Prof. Gilberto Bercovici (USP e Mackenzie)	Prof. Sergio Said Staut Jr. (UFPR)
Prof. José Ramón Narváez (Universidad Nacional Autónoma de México)	Prof. Silvia Hunold Lara (UNICAMP)
Prof. Joseli Nunes Mendonça (UFPR)	
Prof. Luis Fernando Lopes Pereira (UFPR)	

Coordenador:

Prof. Ricardo Marcelo Fonseca (UFPR)

ISBN: 978-85-362-3059-7



Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 3352-3900
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.035-475 – Curitiba – Paraná – Brasil

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Koerner, Andrei

K78 Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920) / Andrei Koerner, Ricardo Moreira Fonseca (coord.)
2. ed. – Curitiba: Juruá, 2010.
272 p. (Biblioteca de História do Direito)

1. Justiça. 2. Cidadania. 3. Direito constitucional.

I. Fonseca, Ricardo Moreira (coord.). II. Título.

CDD 340.1 (22.ed)

CDU 340

00113

Visite nossos sites: www.juruua.com.br e www.editorialjuruua.com

Andrei Koerner

Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (1998); Mestre em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (1992); graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1987); Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Nível 2).

JUDICIÁRIO E CIDADANIA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA BRASILEIRA (1841-1920)

2ª Edição

Curitiba
Juruá Editora
2010

O PODER JUDICIÁRIO NA ORGANIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA

Analizamos neste capítulo as propostas a respeito do Poder Judiciário defendidas durante o processo de organização constitucional da República, iniciado pelo Governo Provisório e encerrado, quanto à União, com a promulgação da Constituição Federal de 24.02.1891. Nosso objetivo é estudar a atuação dos diversos grupos políticos em relação à adoção do presidencialismo, da divisão de poderes entre a União e os Estados e o papel político atribuído por eles à magistratura. Fazemos inicialmente

1. uma análise das diferentes propostas de organização constitucional da República, com base em uma interpretação do significado político da ruptura da ordem política imperial, criada pela Proclamação. Na seção seguinte;
2. fazemos a comparação dos projetos da Comissão dos Cinco, do Governo Provisório e do texto definitivo da Constituição, no que se refere às relações entre o Poder Judiciário e os demais poderes da União, com o objetivo de verificar em que momento foi proposto o presidencialismo de tipo norte-americano como sistema de governo, e a posição dos diversos agentes perante ele. Em seguida;
3. estudamos os mesmos projetos de Constituição a respeito da divisão dos poderes entre a União e os Estados quanto à organização da magistratura e da legislação civil, comercial, criminal e processual. Por fim,

4. analisamos as discussões na Constituinte sobre o Poder Judiciário em relação a estes dois temas, presidencialismo e federalismo, com o objetivo de mostrar a oposição dos constituintes à magistratura imperial e o papel político que defendiam para o Judiciário no novo regime.

O nosso argumento neste capítulo é o seguinte: o sistema de governo presidencialista de tipo norte-americano foi adotado na Constituição a partir da ação de Rui Barbosa, que atribuía ao Poder Judiciário Federal, em especial ao STF, não só o papel de árbitro da federação, mas, sobretudo, o papel de defensor dos direitos e garantias individuais. Porém, o debate a respeito do Poder Judiciário em todo o processo de organização constitucional centrou-se no nível de um pacto político entre as unidades constitutivas da nova ordem – os Estados. O problema central nesse debate era a divisão do controle sobre a magistratura entre a União e os Estados. Isso se verificou na ação de Campos Salles e outros republicanos (paulistas, gaúchos, paraenses), que procuraram restringir ao máximo os poderes da União em geral, e também as atribuições do Poder Judiciário Federal e as restrições constitucionais à organização da magistratura estadual. A reação de militares, magistrados, burocratas e políticos do antigo regime à descentralização da organização judiciária enfatizou a defesa dos interesses corporativos dos magistrados. Na Constituinte, a discussão entre os defensores da unidade e da dualidade judiciária também foi feita em função dos limites do pacto político federativo. Assim, na organização constitucional da República, o Poder Judiciário federal não foi considerado do ponto de vista do seu papel de guardião das liberdades individuais declaradas na Constituição. Quanto ao problema do Poder Judiciário estadual, foi concedida total autonomia de organização aos Estados. Nesse processo, foi deslocada a ênfase dada pelos liberais do Império e, mais tarde, por Rui Barbosa, ao estabelecimento de um Judiciário independente que servisse de garantia aos direitos individuais.

3.1 A PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA COMO RUPTURA DA ORDEM POLÍTICA IMPERIAL

O advento da República resultou menos da força política organizada dos republicanos do que das tensões e conflitos criados sob a ordem política imperial. A República era mais “um fator de convergências não inteiramente racionalizadas”, do que o objeto de um programa político defendido por grupos e partidos já constituídos plenamente

(ANDRADE, 1981, p. 32-33). Reivindicações federalistas, questão religiosa, questão militar e as tensões criadas pela abolição da escravidão são fatores comumente apontados pelos observadores da época e pelos estudiosos como as causas da proclamação²⁹. Esses fatores se conjugavam à rejeição ao terceiro reinado, que caberia à uma princesa ultrarreligiosa e a um príncipe estrangeiro. Podemos sintetizar essas tensões e conflitos com a imagem de uma mudança de polaridade do imperador na ordem política imperial, nas suas últimas décadas. A posição central e superior do imperador³⁰, que, na constituição da ordem política imperial, fora um ponto de referência para o movimento centripeto dos outros agentes, passou a ser para estes, uma espécie de ponto comum de repulsão. Os agentes políticos começaram a marcar suas posições com as suas diferenças específicas a algum atributo da ordem política imperial. Essas forças não eram especificamente republicanas, uma vez que, em geral, elas se opunham a aspectos limitados da situação política e social. Também não se tratavam exclusivamente de forças sociais progressistas ou que pudessem ser unificadas sob esse aspecto. Tratavam-se, sobretudo, de forças que se desenvolviam em sentidos diferentes, marcando de forma mais acentuada a sua diferenciação em relação ao centro da ordem política. Os diferentes agentes expunham dessa maneira os limites nos quais estava constituída a ordem política imperial, à medida que afirmavam posições que o sistema político existente não podia suportar. À medida que esses limites eram expostos, a federação e a república tornavam-se as referências comuns que lhes permitiam encontrar alguma unificação. No entanto, a “aspiração” pela federação e pela república não teve a correspondente busca de uma ação coletiva entre os diversos grupos, nem de uma definição mais concreta dos atributos da nova ordem. Essa análise poderia ser aplicada

29 A bibliografia a respeito da proclamação da República é bastante ampla. Ver, por exemplo CARONE, 1983; BELLO, 1983; LAPA (Org.), 1990.

30 “O Imperador ocupava uma posição de autoridade (a) de natureza pessoal, de legitimação pré-social, em cujo exercício supunha-se um elemento de discricção: o Poder Moderador; (b) única, visto que tanto os demais poderes do Estado como os governos provinciais eram emanações suas; (c) exterior ao sistema político, porquanto inacessível a todos os não-herdeiros; (d) uniformizadora, posto que inacessível ao entrecchoque de interesses diversos; (e) abstratamente disciplinadora, na medida em que disciplinava em nome de si própria e não de algum princípio que a transcendesse, tais como a liberdade, o progresso, a igualdade; (f) aristocrática, porque o atributo essencial do governo era a honra pessoal. Ao assinalar a posição do Rei, o ordenamento Imperial fixava a posição dos súditos: estes, por definirem-se como tal face a autoridade, não se diferenciavam por grupos, classes ou regiões e podiam, sem romper as regras do jogo, dividir-se nacional e ritualisticamente, entre Liberais e Conservadores”. (Ibid. p. 34).

aos fazendeiros decepcionados com a abolição, aos republicanos, aos militares e mesmo aos padres envolvidos na “questão religiosa”.

A ordem política imperial encontrou também seus limites pelos problemas com os quais foi confrontada: o federalismo e a abolição da escravidão. Esses problemas dividiram de alto a baixo os agentes do sistema político do Império, cujas organizações partidárias perdiam importância como referência política. Manifestavam-se então clivagens regionais, interesses setoriais e corporativos etc. Os dois partidos políticos imperiais dividiram-se profundamente, formando-se novas alianças e manifestando-se a necessidade de uma reordenação institucional do país. Mas a reordenação parecia impossível, pois, com ela, havia o risco de degelo da situação que garantia a ordem social existente, a qual sustentava a estabilidade para todas as forças políticas. À medida que o problema da abolição da escravidão foi resolvido, chegava o momento da reforma institucional. O veto ao federalismo, posto pelo centro político do Império, deixava os grupos políticos e as forças sociais ainda mais desobrigados em relação à ordem política estabelecida. Sob esse aspecto, a convenção do Partido Liberal em junho de 1889 é simbólica. A rejeição, pela maioria do partido, das propostas federalistas levou muitos de seus membros a abandoná-lo, entre os quais Rui Barbosa, e a aderir ao Partido Republicano. Em suma, as mudanças na estrutura econômica, social e política do Império, ocorridas nos últimos vinte anos punham em xeque a ordem imperial-escravista brasileira. A abolição da escravidão e a República eram duas mudanças associadas a um processo geral de diferenciação da Sociedade e da política brasileiras. Na década de 90 do séc. XIX, o problema para as forças políticas seria oposto, o de encontrar as formas concretas pelas quais este aglomerado em expansão pudesse reencontrar alguma unidade.

Com a proclamação da República, era dissolvido o sistema de referências da ordem política imperial. Vimos acima que, nessa ordem, o imperador exercia quatro funções: ele representava pelo princípio monárquico-hereditário a unidade das diversas partes da Sociedade; na sua relação com os representantes políticos, ele representava o interesse geral, em confronto com os interesses particulares da Sociedade; como árbitro, ele servia de mediador dos conflitos entre os diferentes grupos; enfim, a sua presença constituía uma caução da continuidade do jogo e, então da possibilidade de uma alteração futura das posições no sistema político. A República era o princípio de uma nova ordem, e o processo político entre a organização constitucional, em 1889-1891,

e a estabilização em 1898-1900, com a Política dos Governadores, não envolvia apenas a luta política entre os diversos grupos políticos pelas posições de poder no novo regime, mas também a disputa do próprio sistema de referências da ordem política republicana, logo o modo de articulação entre as organizações, os agentes e as regras do jogo político.

...

Os diversos grupos políticos, dentro e fora do Governo Provisório, defendiam estratégias diferentes para a adoção da nova Constituição. O Apostolado Positivista encaminhou uma representação a Deodoro, sugerindo que ele se proclamasse ditador e outorgasse uma Constituição ditatorial positivista. O Ministro da Justiça, Campos Salles, também defendia a outorga da Constituição, mas baseada no projeto do Governo Provisório, de organização presidencialista e federativa. Rui Barbosa defendia o plebiscito, e Quintino Bocaiuva, a convocação de uma Assembleia Constituinte. Essa última proposta foi a vencedora no Governo Provisório, e as discussões se concentraram na forma de organização da República.

Os militares ligados a Deodoro e os burocratas pretendiam limitar o alcance do federalismo, defendendo a centralização dos poderes e a organização nacional da burocracia. Líderes políticos dos Estados menores ou em decadência econômica, antigos liberais e conservadores, e também alguns republicanos, defendiam uma organização federal, na qual o governo central mantivesse alguns poderes. Por fim, os republicanos históricos, os liberais e os conservadores dos Estados maiores propunham uma organização ultrafederalista, na qual seria deixado à União apenas a renda “estritamente necessária para viver”, reduzindo-se suas atribuições às relações internacionais, a defesa externa e o arbitramento das questões entre os Estados. Assim, foi proposto que as forças militares da União deveriam ter a autorização do governador para estacionarem no território do Estado; que o comandante local das forças militares da União seria afastado a partir de requisição do governador; que os Estados tivessem o poder de emitir papel-moeda etc. (ROURE, 1979, v. 1., p. 1-33).

O sistema de governo a ser adotado não era consensual entre os diversos grupos, nem mesmo entre os republicanos históricos. Além da presença recente das instituições do regime imperial, havia

a influência do positivismo, e outros defendiam o parlamentarismo. O grupo ligado a Deodoro defendia um sistema muito semelhante ao do Império, um parlamentarismo no qual o chefe de Estado tinha poder de destituição do Ministério e dissolução da Câmara (BARBOSA, 1946, p. 374; SENNA, 1981, p. 3-9). A maioria dos republicanos era presidencialista, porque se considerava que era a única forma de governo compatível com a federação. Confunde-se a defesa por diversos grupos de dispositivos presidencialistas, como o mandato presidencial por tempo determinado e a irresponsabilidade dos ministros perante o parlamento, com a sua preferência por um sistema de governo de “tipo norte-americano”. Porém, o que aparece em diversas manifestações da época, especialmente nos projetos de Constituição que analisaremos neste capítulo, é a adoção de formas combinadas de presidencialismo e parlamentarismo, que estabeleciam diferentes graus de distribuição de poderes entre o Congresso e o presidente da República. O que era comum nessas propostas era a forma pela qual representavam a ordem política republicana, que contrasta com a forma de representação da ordem política do presidencialismo norte-americano.

O ditador, proposto pelos positivistas, o presidente da República com funções “imperiais”, proposto pelo grupo de Deodoro, ou o Congresso com funções de controle sobre os atos do presidente da República e dos ministros, defendido por outros agentes, são diferentes formas pelas quais é delegado o exercício da vontade geral. Essas propostas têm em comum a representação da ordem política como o predomínio da vontade geral, representada por um ou muitos, sobre todos. Nessa forma de representação da ordem política, os conflitos são em última instância decididos por uma manifestação de vontade, seja do ditador, seja do parlamento. Identificada com a vontade geral, sendo, portanto, a manifestação legítima da soberania, a vontade da última instância (isto é, a pessoa do presidente ou o Congresso) é a garantia da unidade da ordem política.

O presidencialismo norte-americano não se caracteriza apenas pela separação e independência dos poderes políticos ou pela organização federativa. Nessa forma de representação da ordem política, a unidade da ordem política é dada pela própria Constituição, como manifestação da vontade originária do povo. Os poderes políticos constituídos têm suas atribuições claramente definidas e delimitadas pela Constituição; todo ato que ultrapassar esses limites é nulo, e os cidadãos não só podem como até devem desobedecê-lo, porque desti-

tuído de validade. Os conflitos a respeito desses limites são resolvidos, por uma delegação da Constituição, pelo Poder Judiciário federal. A última instância é a Suprema Corte, cuja atribuição mais importante é o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis. Assim, a garantia da unidade da ordem política é a própria Constituição, tal como interpretada pela Suprema Corte. O exercício da última instância por decisão judicial não é mais do que a atualização de um dispositivo constitucional³¹. E aqui está a diferença característica da forma de representação da ordem política no presidencialismo norte-americano: ela não é identificada à vontade geral, pois a resolução dos conflitos na última instância é representada por um enunciado de tipo legal. Nesse tipo de ordem política, a esfera da política é então limitada por normas estáveis e genéricas, as quais devem ser aplicadas sempre da mesma forma por um órgão de tipo judicial³².

Essa diferença na forma de representação da ordem política indica então as seguintes questões: como foi adotado no processo de organização da República o presidencialismo do tipo norte-americano? Como este sistema de governo foi interpretado pelos diversos agentes? Analisamos estas questões nas seções seguintes.

31 Daqui decorrem algumas características do controle da constitucionalidade pela Suprema Corte: a sua manifestação só ocorre se provocada pelo interessado, mediante um processo judicial regular, e a decisão se manifesta apenas para o caso particular sob julgamento. Por outro lado, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Executivo não é justificada pelos ministros da Suprema Corte como um poder, mas antes, como um dever, o qual decorre da sua obrigação como juizes de aplicar as leis aos casos ocorrentes e, portanto, o de verificar a sua validade em relação às leis hierarquicamente superiores. (BRYCE, v. I., 1900, p. 328-372, esp. p. 360)

32 James Bryce afirmava que o controle da constitucionalidade pelos tribunais adotada pelo presidencialismo norte-americano não era uma característica “própria e essencial do governo federal”. *“La preuve que ces fonctions ne sont pas propres à une fédération est que la distinction des lois en lois fondamentales et lois inférieures peut également exister dans un gouvernement unifié. c’est qu’elle a, en fait, existé dans chacune des colonies jusqu’en 1776, et dans chacun des treize Etats de 1776 à 1789, et, enfin, qu’elle existe de nos jours dans chacun des quarante-cinq Etats. Elles ne sont pas davantage de l’essence de la fédération dans laquelle la législature centrale ou nationale serait théoriquement souveraine dans le même sens et avec la même amplitude que le Parlement britannique.”* Na Suíça, a corte federal não era a única que podia declarar a inconstitucionalidade de leis cantonais; ao Conselho Federal, uma espécie de gabinete executivo da Confederação, e à legislatura federal cabia também esta atribuição (1900, v. I., p. 370-371).

3.2 A POSIÇÃO DO JUDICIÁRIO NOS PODERES DA UNIÃO

Nesta seção analisamos os projetos da Comissão dos Cinco, do Governo Provisório e o texto definitivo da Constituição, no que se refere às relações entre o Poder Judiciário e os demais poderes da União. A Comissão dos Cinco foi nomeada pelo Governo Provisório em 03.12.1889 para elaborar um projeto de Constituição a ser apresentado à Constituinte. Saldanha Marinho era o presidente e os membros eram Américo Brasiliense, Francisco Rangel Pestana, Antônio Luiz dos Santos Werneck e José Antônio Pedreira de Magalhães Castro, todos antigos republicanos. A Comissão deliberou que cada um dos membros apresentaria um projeto, mas Rangel Pestana e Santos Werneck assinaram conjuntamente o seu, resultando três projetos. A Comissão entregou o seu projeto definitivo ao Governo Provisório em 30.05.1889.

Alguns ministros do Governo Provisório revisaram o projeto apresentado pela Comissão e discutiram a nova versão com Deodoro. Daí resultou o chamado projeto do Governo Provisório, publicado pelo Dec. 510, de 22.06.1890, revisado em alguns pontos pelo Decreto 914-A, de 23.10.1890 (ROURE, *op. cit.*, v. 1., p. 1-5; os projetos estão publicados em RIBEIRO, 1917).

As diferenças entre o projeto do Governo Provisório e os demais foram apontadas por aqueles que afirmam que foi Rui Barbosa o “verdadeiro autor” da Constituição. Segundo eles, Rui Barbosa reelaborou completamente o projeto da Comissão dos Cinco, discutindo a sua proposta com alguns ministros e defendendo-a perante Deodoro, que discordava do projeto em muitos pontos. Essa interpretação se baseia em discursos do próprio Rui Barbosa, além da sua autoridade intelectual, pois eram poucos os que conheciam com alguma profundidade as instituições norte-americanas.

Campos Salles, Aristides Lobo, Quintino, – eram franceses de 89, com todo o arsenal da soberania popular e superstições equivalentes. Deodoro, Floriano, Wandenkolk, o próprio Benjamin, eram leigos na matéria. Demétrio Ribeiro, dominado pelo positivismo, muito moço, não tinha autoridade no governo. Glicério, Cesário Alvim, chegados depois, eram sobretudo temperamentos partidários. (Homero Pires, Prefácio, in: BARBOSA, 1932, VIII-IX; ver também: Pedro Calmon, Prefácio, in: BARBOSA, 1946; sobre o pensamento político de Rui Barbosa, ver ROCHA, 1988).

A posição contrária afirma que os membros do Governo Provisório reuniram-se na casa de Rui Barbosa porque a sua localização favorecia o sigilo das reuniões, que ocorriam sem o conhecimento de Deodoro. O objetivo das reuniões era modificar o projeto da Comissão dos Cinco, sendo que as modificações teriam sido limitadas a dois aspectos essenciais (que os defensores desta posição não especificam) e a alterações formais de redação e divisão dos artigos e parágrafos. Rui Barbosa teria sido apenas o relator do grupo. Essa posição é defendida por aqueles que ressaltam o papel de Campos Salles na elaboração do projeto de Constituição do Governo Provisório, uma vez que ele interveio diretamente na elaboração do projeto final da Comissão dos Cinco, participando das reuniões e apresentando propostas. O próprio Campos Salles afirmou que a sua intervenção nas reuniões da Comissão dos Cinco teve por objetivo salvar “*de um terrível naufrágio os princípios fundamentais da federação, postos em iminente risco pelas tendências centralistas e conservadoras*” de Américo Brasiliense (art. de 01.04.1891, *apud* DEBES, 1978, v. 1., p. 319). Comparando-se os projetos dos membros da Comissão com o projeto definitivo aparecem algumas diferenças importantes, como a discriminação das rendas entre a União e os Estados e as disposições a respeito do Poder Judiciário.

Com base na comparação dos diversos projetos de Constituição, verifica-se que os dispositivos característicos do presidencialismo norte-americano somente apareceram no projeto do Governo Provisório, isto é, após a intervenção de Rui Barbosa no processo. A atuação de Campos Salles foi principalmente no sentido do federalismo, para garantir aos Estados o controle sobre a organização da magistratura (seção 3.). Essa atuação, e da maioria dos republicanos históricos, é compreensível, uma vez que a magistratura existente era identificada ao governo centralizado do Império, ao qual justamente os republicanos se opunham. Para esses, todo o poder que não fosse de eleição popular, ou havia de ser delegado, ou então seria uma usurpação. Como a eleição de todos os magistrados de primeira instância era geralmente excluída, propunha-se que sua nomeação fosse feita pelos governos eleitos dos Estados.

...

Na ordem política imperial, como vimos no Capítulo I, a última instância para a resolução dos conflitos era simbolicamente identificada a uma faculdade pessoal do imperador. Porém, ao contrário

do Império, a ordem política republicana não era, em princípio, representada por ninguém: o poder político deveria ser exercido em termos impessoais. Assim, tornava-se necessário definir qual seria a última instância para a resolução dos conflitos políticos e privados, de que modo esta última instância seria composta, e como seriam tomadas as suas decisões. Essa questão se apresenta no tema do poder de interpretar a Constituição, pois é pelo exercício dessa atribuição que é fixado de modo genérico, o significado da Constituição, e a relação desta com as leis e as situações concretas³³.

No projeto de Américo Brasiliense cabiam à Corte Suprema de Justiça³⁴ as decisões de questões levantadas sobre a execução da Constituição e das leis federais (art. 48, I, "c")³⁵. A interpretação por via de autoridade cabia ao Legislativo (89). A Corte Suprema de Justiça seria composta de um representante por estado, nomeado pelas legislaturas estaduais, dentre juizes e juristas (46 art.).

O projeto de Santos Werneck e Rangel Pestana atribuía também ao Supremo Tribunal de Justiça a interpretação dos casos em espécie, apenas (art. 6º, 65, 135). Ao Congresso cabia o reconhecimento das leis estaduais que adaptassem as leis federais às condições locais (64) e a atribuição de velar na guarda da Constituição e das leis (art. 111, XXVII). Esse dispositivo era inspirado no art. 15, § 9º, da Constituição do Império. O seu sentido era dar ao poder que faz as leis "o direito de inspecionar, de examinar se elas são ou não fielmente observadas". Esse direito de inspecionar serviria como "um corretivo valioso e indispensável contra os abusos ministeriais". A assembleia geral deveria dirigir a sua vigilância principalmente para verificar se o Poder Executivo se encerra "em sua órbita", sem invadir o "território constitucional" dos outros poderes. Outro objetivo dessa norma seria o de dar à assembleia geral o poder de "*examinar e reconhecer se o governo tem ou não exercido bem, se tem empregado no sentido dos interesses públicos o poder discricionário que as leis lhe confiam*" (BUENO, *op. cit.*, 105-106). O direito de inspeção é um dispositivo típico do governo parlamentarista, pois no presidencialismo a inspeção

33 A mesma questão também se manifesta na competência para julgar os conflitos de jurisdição. Esta, porém, é uma questão derivada.

34 Foram propostas diversas denominações para o tribunal supremo, Corte Suprema de Justiça, Supremo Tribunal de Justiça. Ele só é denominado Supremo Tribunal Federal a partir de proposta de Rui Barbosa.

35 Os números entre parênteses referem-se ao artigo, inciso, letra do projeto.

do parlamento sobre os atos do Executivo implicaria a confusão de atribuições e a subordinação de um sobre o outro. A inspeção somente pode ser exercida pelo controle judicial da constitucionalidade dos atos do Executivo ou por acusação nos crimes de responsabilidade. Os membros do Supremo Tribunal de Justiça seriam eleitos pelo Senado Federal (99, § 1º), não sendo estabelecidas restrições à nomeação nem ao número de membros.

O projeto de Magalhães Castro dava ao Supremo Tribunal de Justiça o poder de interpretar a Constituição e as leis, não só para os casos contenciosos. O STJ serviria também como órgão consultivo para o presidente da República sobre a constitucionalidade de projetos de lei encaminhados pelo Congresso para sanção presidencial. Os membros do STJ seriam eleitos pelo Congresso, votando um senador e um deputado por estado em um nome escolhido entre os desembargadores e os cidadãos notáveis por seus talentos e virtudes na advocacia, na política ou no magistério público. Dois terços dos lugares do STJ caberiam aos desembargadores (art. 95).

No projeto final da Comissão dos Cinco caberia ao STJ apenas a interpretação da Constituição e das leis nos casos concretos. Ao Legislativo caberia "velar na guarda da Constituição e das leis federais" (art. 33, § 17) e a interpretação das leis por via de autoridade (art. 108). O STJ seria composto de quinze membros, nomeados pelo Senado dentre os trinta juizes federais mais antigos e juristas de provada ilustração. Aos juizes eram reservados dois terços dos lugares (art. 64). Essa distribuição de competências e forma de nomeação dos membros dos tribunais superiores já constava do projeto elaborado em 1873 pela Comissão Permanente do Congresso do Partido Republicano de São Paulo. Dessa Comissão faziam parte, entre outros, Américo Brasiliense, que assinara o projeto "com restrições sobre a organização de poderes" e Campos Salles, que o assinara "com pequenas restrições" (v. BRASILIENSE, 1878, p. 150, os dispositivos do projeto são o art. 20 e seus dois primeiros parágrafos, 22, § 2º e 32).

Pelo confronto dos projetos nota-se que o papel atribuído ao STJ na interpretação das leis era típico do parlamentarismo, no qual a Assembleia é identificada à soberania nacional e, portanto, não reconhece poder superior à sua vontade. Esse é o sentido da interpretação autêntica: aos juizes, como simples delegados da representação nacional, cabe decidir apenas a aplicação da lei aos casos concretos, sendo-lhes vedado deixar de aplicar alguma lei do parlamento. O mes-

mo acontece com a forma de nomeação: o exercício da jurisdição é uma delegação da soberania, e por isso os membros do STJ seriam eleitos pelo Senado Federal ou pelas legislaturas estaduais. As restrições à nomeação e ao número de lugares a serem ocupados por juízes foram incluídas por sugestão de Magalhães Castro.

O projeto de Magalhães Castro se diferencia dos demais, pois dá ao STJ a competência privativa para a interpretação da Constituição. Porém, nesse projeto são também atribuídas ao STJ funções consultivas, o que revela a inspiração do projeto no programa liberal-radical do Império, antes que, a orientação presidencialista. Isso é confirmado por outros dispositivos do seu projeto, como a unidade da magistratura, a enumeração das garantias dos juízes, o controle pelos próprios tribunais das nomeações (por concurso), promoções e controle dos juízes e as restrições ao preenchimento de cargos. Essas propostas figuravam no programa liberal-radical desde 1868 e é sabido que, em julho de 1889, o imperador cogitou com Salvador de Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira a transferência das atribuições do Poder Moderador ao STJ (RODRIGUES, 1965, p. 01).

O Supremo Tribunal Federal somente adquiriu um perfil quase idêntico ao da Suprema Corte norte-americana a partir das emendas de Rui Barbosa, que resultaram no projeto do Governo Provisório. Nesse projeto foram suprimidas as atribuições do Legislativo de estabelecer a interpretação autêntica e de velar na guarda da Constituição. A competência do STF foi ampliada para todas as questões decididas pelos juízes e tribunais estaduais que negassem a validade das leis federais, que afirmassem a validade de leis e atos dos governos estaduais contestadas em face da Constituição ou das leis federais. A ampliação estendeu-se até os juízes federais, os quais passaram a ter a competência para julgar as causas em que alguma das partes se firmasse em disposições da Constituição Federal. Também foi proibido que o Congresso transferisse qualquer jurisdição federal a tribunais dos Estados e foi estabelecida a supremacia da jurisdição federal sobre a estadual, proibindo-se que a justiça dos Estados interviesse em questões submetidas aos tribunais federais, ou que anulasse, alterasse, suspendesse as suas sentenças ou ordens. Todos estes dispositivos fazem parte do projeto do Governo Provisório (59 a 61), e as supressões propostas por Rui Barbosa foram mantidas, exceto uma, a que dava ao Congresso a atribuição *privativa* de velar na guarda da Constituição e das leis (art. 33, § 36) (Ver a edição fac-similada do projeto da Comissão dos Cinco anotado por Rui Barbosa em Fundação Casa De Rui Barbosa, 1985).

O projeto do Governo Provisório também modificou a forma de nomeação dos ministros do STF. Ao contrário dos projetos anteriores que davam ao Legislativo o poder de nomear os ministros, a emenda de Rui Barbosa estabeleceu que os ministros seriam nomeados pelo presidente da República, com a aprovação do Senado, dentre os cidadãos elegíveis para este cargo. Esse sistema de nomeação já não era baseado na delegação da soberania pelo parlamento, mas no princípio da separação de poderes, com um sistema de freios e contrapesos, que fazem os poderes dependerem uns dos outros para garantir a sua harmonia. A restrição da nomeação dos ministros dentre os trinta juízes federais mais antigos e cidadãos de notável saber e reputação foi mantida, mas excluiu-se a limitação de serem ocupados dois terços dos lugares pelos juízes. Isso significava, na prática, a liberdade de nomeação pelo presidente da República, exatamente como está disposto na Constituição norte-americana (art. II, Seção II-2).

Esse perfil institucional do STF foi mantido no texto definitivo da Constituição, exceto o poder de velar na guarda da Constituição e das leis federais. Este poder passou da competência privativa do Congresso à competência não privativa (art. 35, § 1º). A emenda foi proposta pelo deputado catarinense Lauro Müller, de orientação positivista, com o argumento de que a guarda da Constituição não cabia ao Poder Legislativo apenas, mas a todos os poderes do Estado. A proposta foi aprovada na Comissão dos 21 representantes dos Estados, que revisou o projeto do Governo Provisório (ROURE, *op. cit.*, v. I., p. 434). No texto definitivo foi suprimida também a obrigação de serem nomeados ministros dentre os trinta juízes federais mais antigos, passando a serem exigidos o notável saber e reputação e a elegibilidade para o Senado.

Quanto às incompatibilidades da magistratura, foi mantida na Constituição Federal apenas a do exercício simultâneo dos cargos de magistrado e parlamentar. A legislação eleitoral posterior ampliou essa incompatibilidade, declarando inelegíveis para os cargos federais os juízes federais em todo o território nacional e os juízes estaduais, no território do estado em que exercessem a jurisdição (*Id. ibid.*, v. I, p. 358-359). De modo geral, foram estabelecidas nos Estados as incompatibilidades absolutas, ou pelo menos de exercício, entre os cargos eletivos e o de magistrado, consolidando o processo de diferenciação da carreira judicial em relação aos demais cargos estatais. Quanto à fiscalização do processo eleitoral, foi retirada das atribuições dos magistrados já em 1890, pelo "Regulamento Alvim" (LEAL, 1975, p. 225).

Por fim, foi suprimido o predomínio da jurisdição federal sobre a estadual. Para Campos Salles, este dispositivo feria o princípio da dupla soberania, que era o fundamento do sistema federativo. Com a dualidade da organização judiciária – a principal característica do regime – havia a necessidade de uma demarcação clara e positiva entre as jurisdições federal e estadual, “*de tal sorte que o domínio legítimo de cada uma destas soberanias seja rigorosamente mantido e reciprocamente respeitado*”. Coexistiriam, assim, um Poder Judiciário federal e um Poder Judiciário local, “*cada um desenvolvendo a sua ação dentro da respectiva esfera de competência, sem subordinação, porque ambos são soberanos e sem conflitos, porque cada um conhece a natureza dos interesses que provocam as suas intervenções*” (Exposição de Motivos do Dec. 848, de 11.10.1890, *apud* BARBALHO, 1924, p. 294-295). A partir de uma emenda de Moraes Barros e Adolfo Gordo, foi estabelecida na Constituição a autonomia entre essas duas esferas de poder ao ser incluída a proibição de intervenção da justiça federal nas questões julgadas pela justiça estadual à cláusula que proibia a intervenção da justiça estadual sobre as questões em julgamento na justiça federal (art. 62) (ROURE, *op. cit.*, v. 2., p. 46).

Vemos, pois, que as normas típicas do presidencialismo norte-americano, no que se refere ao papel político do Poder Judiciário, foram introduzidas a partir das emendas de Rui Barbosa ou, pelo menos, após a sua intervenção no processo de elaboração do projeto do Governo Provisório. Alguns dos dispositivos que estabeleciam a separação plena dos poderes da União foram suprimidos pela Constituinte, o que, se não chegou a eliminar a função do STF como supremo intérprete da Constituição, abriu uma brecha que serviria para justificar a contestação desse poder. Do mesmo modo, as restrições aos poderes da magistratura estadual foram substituídas por uma relação de autonomia com o Judiciário federal, mantendo-se a possibilidade de contestação ao predomínio da Constituição e da jurisdição do Poder Judiciário federal sobre os Estados³⁶.

36 O que ocorreu efetivamente em 1895, quando Júlio de Castilhos negou-se a apresentar ao STF o seu adversário político Facundo Tavares, o qual estava preso pela justiça estadual. Júlio de Castilhos somente o apresentou sob a ameaça de intervenção federal. Em 1897, nas informações encaminhadas ao STF no pedido de *habeas corpus* em favor de monarquistas, o chefe de polícia de São Paulo afirmava ao STF que não obedeceria à ordem de soltura, caso fosse concedida, o que não ocorreu (RODRIGUES, 1965, p. 53-57; 90-98).

3.3 DIVISÃO DE PODERES ENTRE A UNIÃO E OS ESTADOS

O outro problema que abordamos nos projetos de Constituição elaborados pela Comissão dos Cinco e pelo Governo Provisório é o da divisão de poderes entre a União e os Estados. Nesta seção fazemos a) uma comparação entre os diversos projetos de Constituição a respeito da unidade ou dualidade da magistratura e do direito; b) uma análise do processo de criação do Código Penal e c) da justiça federal. A partir dessa análise, verifica-se que a atuação de Campos Salles foi no sentido de ampliar os poderes dos Estados, restringindo o campo de ação do poder federal. Exceto no texto doutrinário da Exposição de Motivos do Dec. 848, que organizou a justiça federal, as suas manifestações a respeito da organização judiciária do novo regime são sempre no sentido de restringir a ação do poder federal, inclusive do Poder Judiciário. Ao mesmo tempo, as circunstâncias em que foi produzido permitem-nos compreender os argumentos da Exposição de Motivos.

a) Poderes de organização do Judiciário e de legislação civil, comercial, penal e processual

O projeto de Américo Brasiliense estabelecia a unidade da organização judiciária, a unidade do direito substantivo (civil, comercial e criminal) e a dualidade do direito processual. Os membros dos Tribunais de Relação exerceriam seus cargos por doze anos, podendo ser reconduzidos, e seriam escolhidos pelo presidente da República, com base em lista tríplice elaborada pela Corte Suprema de Justiça com os juizes mais antigos (art. 49). À União caberia a legislação do direito substantivo, podendo os Estados representar ao Congresso Nacional contra dispositivos que julgassem inaplicáveis. O Congresso poderia autorizar modificações, que seriam votadas pelas legislaturas dos Estados e teriam validade unicamente no respectivo território (art. 8º). A competência legislativa residual era dos Estados, aí incluído o direito processual (art. 9º e 19, § 12).

O projeto de Magalhães Castro estabelecia a unidade da magistratura e do direito. Fixava a exigência de concurso para a escolha dos juizes de direito, que seriam nomeados pelo presidente da Relação (97). Os membros das Relações seriam escolhidos pelo STJ dentre os juizes de direito dos Estados respectivos (art. 96). O seu projeto esta-

belecia também a escolha dos juizes de paz por meio de eleições (art. 98). A atribuição de legislar sobre o direito substantivo e processual era da União, “sendo lícito aos Estados alterarem as suas disposições, em ordem a adaptá-las às suas condições pecuniárias e necessidades especiais e interesses particulares e próprio, desde que não ofendam os princípios gerais estabelecidos nesta Constituição”. (art. 51, § 6º)

O projeto de Rangel Pestana e Santos Werneck estabelecia a dualidade da magistratura e do direito substantivo e processual. Não havia nenhum dispositivo dirigido à magistratura estadual, e era dado aos Estados o direito de regulamentarem o processo do direito federal privado (art. 65), o qual era a declaração dos direitos individuais e que devia valer em todo o território nacional (arts. 51 a 58). As leis substantivas e processuais existentes, e as que seriam votadas no futuro pelo Congresso, teriam validade somente para os Estados que não criassem os seus próprios códigos (arts. 63 e 66). Os conflitos entre a legislação dos Estados e da União seriam regulados pelas doutrinas e preceitos do direito internacional privado (art. 64).

O projeto final da Comissão dos Cinco estabelecia a dualidade da magistratura. Os juizes federais seriam escolhidos pelo STJ, dentre advogados ou magistrados com mais de quatro anos ininterruptos de exercício, sendo garantidas a eles a independência, inamovibilidade e a demissão somente por sentença (arts. 65 e 66). Quanto aos magistrados estaduais, o projeto determinava que cada estado teria “a organização judiciária que melhor entender” (art. 72). Quanto ao direito substantivo e processual, o projeto estabelecia o prazo de cinco anos para que o Congresso estabelecesse a sua codificação, “sendo lícito aos estados alterar as disposições de tais leis, em ordem a adaptá-las às suas condições peculiares”. Se esse prazo fosse ultrapassado, os Estados ficariam livres para organizar por si, a codificação de suas leis (art. 33, § 13).

Pela comparação dos diversos projetos nota-se a conciliação no projeto final da Comissão dos Cinco entre as orientações unitárias e dualistas, tanto no que se refere à organização da magistratura, quanto à competência para legislar. O projeto estabeleceu as garantias individuais e de nomeação dos magistrados defendidas por Magalhães Castro, excluindo, porém, a magistratura estadual dessas limitações. Por outro lado, foi reconhecido o poder do Congresso de legislar sobre o direito substantivo e processual. Ao mesmo tempo, foram feitas concessões aos Estados, como o poder de regulamentar as leis, segundo suas condições peculiares. Por fim, o estabelecimento de um prazo de

cinco anos para a codificação civil, comercial, criminal e processual pelo Congresso indica uma situação de impasse entre as duas posições. Esse prazo era muito reduzido, considerando-se os problemas que seriam levantados num processo legislativo normal, uma vez que se tratava de uma organização política completamente nova e seriam de quatro a seis Códigos a serem elaborados, discutidos e votados no Congresso Nacional em cinco anos³⁷.

Não é possível avaliar o grau de influência exercido por Campos Salles nos trabalhos da Comissão dos Cinco no que se refere à organização presidencialista discutida na seção anterior. Quanto à distribuição entre a União e os Estados dos poderes de organização da magistratura ao direito substantivo e processual, sua atuação para garantir a plena autonomia de organização dos Estados pode ser verificada por sua ação no Governo provisório, tanto nas discussões do Projeto de Constituição, como nos atos que adotou a esse respeito no Ministério da Justiça.

O projeto de Constituição do Governo Provisório estabelecia a dualidade da magistratura. Os juizes federais seriam nomeados pelo presidente da República. Eles teriam as garantias da vitaliciedade e da irredutibilidade de vencimentos, mas não, a da inamovibilidade (arts. 55 e 56). Quanto aos juizes estaduais, eram estabelecidas restrições, garantindo-se-lhes a vitaliciedade e proibindo a magistratura eletiva (art. 62, §§ 3º e 4º). O projeto estabelecia também o poder do Congresso Nacional de legislar sobre o direito substantivo e o direito processual, sem estabelecer a possibilidade de regulamentação pelas legislaturas estaduais, a fim de adaptá-lo às suas “condições peculiares”.

b) A criação do Código Penal de 1890

Segundo Agenor de Roure (*op. cit.*, v. 1, p. 429), Campos Salles foi o único membro do Governo Provisório a defender a dualidade

37 Havia a controvérsia sobre se era mais adequado codificar conjunta ou separadamente o direito civil e o direito comercial, do que resultaria também a unificação ou separação dos códigos de processo respectivos. No regime anterior, Teixeira de Freitas fora contratado pelo Governo Imperial. No entanto, após treze anos de trabalho, o projeto de Código Civil ainda estava em esboço, e o Governo Imperial decidiu romper o contrato. Nabuco de Araújo trabalhou durante cinco anos e meio, até falecer, deixando apenas 118 artigos com redação definitiva e apenas esboços das demais partes do Código (NABUCO, 1936, v. 2; o projeto de Nabuco de Araújo encontra-se Anexo ao Relatório do Ministério da Justiça, 1878).

de legislação. Ele já adotara essa posição em 21.11.1889, quando, pelo Aviso 3 do Ministério da Justiça, dissolveu a comissão de juristas nomeada pelo governo imperial em 01.06.1889 para organizar o Código Civil. Campos Salles justificou o ato pela existência autônoma dos Estados, que a República federativa reconhecia, devendo o Congresso Nacional exercer apenas as funções expressamente atribuídas pela Constituição. Era da natureza e essência desse regime político que “à autoridade do Poder Legislativo Federal só pertençam as atribuições relativas aos interesses gerais e à coexistência harmônica dos Estados, ficando em plena independência, na respectiva esfera de ação, as legislaturas deles”. A confecção das leis que regulam as relações civis dos cidadãos dos diferentes Estados não entrava na legítima esfera de ação do Poder Legislativo Federal e seria então uma restrição indevida da autonomia dos Estados “decretar ou, sequer, redigir leis civis obrigatórias para toda a União, devendo, pelo contrário ficar à legislatura de cada estado, à sua soberana iniciativa e livre competência o direito de regular, como a cada um deles mais convenha, as relações civis dos cidadãos que os compõe” (apud BARBALHO, 1924, p. 171-2). Tendo sido derrotado no Governo Provisório acerca da unidade de legislação, Campos Salles tomou providências para que o novo Código Penal e a justiça federal fossem adotados antes da promulgação da nova Constituição pelo Congresso Constituinte.

Quanto ao Código Penal, Campos Salles convidou João Baptista Pereira, que já elaborara durante o regime anterior um projeto de código. Baptista Pereira aceitou o convite, que era incondicional e sem compromissos recíprocos. Segundo ele, o ministro Campos Salles só fazia questão de uma coisa: “da apresentação urgente do trabalho, para que o novo código pudesse ser promulgado antes da reunião do Congresso, que se avizinhava”. Entregando o seu trabalho ao cabo de pouco mais de três meses, este foi examinado por uma comissão nomeada pelo ministro da Justiça, presidida por ele, e que iniciou seus trabalhos, com a assistência do autor do projeto, em 29.09.1890. O projeto do Código Penal foi adotado em sua quase totalidade, sofrendo emendas de mera redação e resultou no Dec. 847 de 11.10.1890 (SIQUEIRA, 1921, p. 13). Não pretendemos fazer uma análise do Código Penal, ressaltamos apenas três pontos importantes.

1º) Como vimos, o projeto de Constituição do Governo Provisório determinava a unidade do direito sem reconhecer restrições. O Código Penal de 1890 estabelecia que não eram compreendidos por

ele: (a) os crimes de responsabilidade do presidente da República; b) os crimes puramente militares... e c) os crimes não especificados nele, contra a polícia e economia administrativa dos Estados, os quais seriam punidos de conformidade com as leis peculiares de cada um (art. 6º). Campos Salles procurava reservar, através do Código Penal e contra o Projeto de Constituição do Governo Provisório, o direito de os Estados criarem legislação penal a respeito de delitos que, no regime anterior, eram da competência dos municípios.

O Código Penal trazia ainda duas alterações importantes: criava os crimes contra a liberdade do trabalho, que eram inexistentes pelo Código Criminal de 1830, e deslocava os crimes contra o livre exercício dos direitos políticos, que faziam parte dos crimes políticos, para o título dos crimes contra os direitos individuais.

2º) Quanto aos crimes contra a liberdade do trabalho, eram considerados uma inovação necessária, devido à passagem do trabalho escravo para o trabalho livre. O estabelecimento desse tipo de crimes era comum nos países europeus na época, como uma forma de repressão ao movimento operário. Assim, foram estabelecidos crimes como “impedir alguém de exercer a sua indústria, comércio ou ofício; de abrir ou fechar os seus estabelecimentos e oficinas de trabalho ou negócio; de trabalhar ou deixar de trabalhar em certos e determinados dias” (art. 204), que foi inspirado no Código Penal italiano. Porém, ao contrário dos seus congêneres europeus, que na mesma época somente criminalizavam a greve violenta, o Código Penal de 1890 caracterizou como crime “seduzir, ou aliciar operários e trabalhadores para deixarem os estabelecimentos em que forem empregados, sob promessa de recompensa ou ameaça de alguém” (art. 205). Era o crime de aliciamento de trabalhadores, que existira no regime anterior como uma forma de evitar que os colonos estrangeiros e libertos abandonassem as fazendas, deixando de cumprir os seus contratos com os cafeicultores. O artigo seguinte punia a greve pacífica, com o agravamento da pena aos chefes e se houvesse o uso de violência (art. 206).

Os artigos 205 e 206 foram modificados pelo Dec. 1.162, de 12.12.1890, passando a ser punidos o desvio de “operários ou trabalhadores dos estabelecimentos em que forem empregados, por meio de ameaças, constrangimento ou manobras fraudulentas” (art. 1º) e a greve violenta. Essa mudança resultou da pressão do Partido Operário, e partiu do líder operário trabalhista, o tenente da Marinha José Augusto Vinhaes, que, graças às suas boas relações com Deodoro, conseguiu

que este alterasse os dispositivos do Código Penal de 1890 que definiam como crime a paralisação do trabalho (FAUSTO, 1976, p. 45). Vemos então que a ação de Campos Salles na defesa da plena liberdade de organização dos Estados tinha também o objetivo de garantir a manutenção pelos Estados do controle da organização do trabalho, seja mediante a criminalização da resistência dos trabalhadores, seja mediante o controle dos magistrados que resolveriam os conflitos entre trabalhadores e empregadores.

3º) O Código Penal transferiu os crimes contra o livre exercício dos direitos políticos do capítulo dos crimes políticos ao capítulo dos crimes contra os direitos individuais³⁸. O projeto final da Comissão dos Cinco determinava que o julgamento dos crimes políticos seria da competência do Poder Judiciário dos Estados, havendo a possibilidade de recurso para o STF das sentenças dos juízes ou tribunais dos Estados apenas no caso de condenação (70, § 2º). No Projeto do Governo Provisório, a competência para o julgamento dos crimes políticos, desde a primeira instância, passou para o Poder Judiciário federal (art. 60, “g”). Ao transferir os crimes contra o livre exercício dos direitos políticos que, no Código Criminal de 1830, constavam do capítulo referente aos crimes políticos para o capítulo referente aos direitos individuais, o Código Penal de 1890 reduziu o âmbito de jurisdição do Poder Judiciário federal. Essa transferência foi criticada por Galdino Siqueira (*ibid.* 213), para quem os crimes contra o livre exercício dos direitos políticos não podiam ser considerados modalidades dos crimes contra os direitos individuais ou liberdade individual. Ele afirmava que não havia razão para incluí-los no mesmo capítulo, porque não existia a “*unidade substancial do bem jurídico lesado*”. O seu objeto era distinto, pois um deles se referia ao uso das “*faculdades naturais*”, enquanto os outros eram “*oriundos unicamente das leis ou organização política, conferindo a faculdade de participar nas coisas públicas, pela esco-*

38 Os crimes contra o livre exercício dos direitos políticos eram os de impedir o eleitor de votar; de usar de promessas ou ameaças para obter os votos para uma determinada pessoa; de vender o voto; votar ou tentar votar com o título de outrem; impedir a reunião da mesa eleitoral ou junta apuradora, ou tumultuá-la etc.; usar armas nas assembleias eleitorais; violar o escrutínio; falsificar o alistamento; reunir a mesa eleitoral ou junta apuradora fora do lugar ou horário designados e, com isso, induzir os eleitores a erro; deixar a mesa eleitoral de receber o voto de eleitor regular; fazer parte ou concorrer para a formação de mesa eleitoral ou junta apuradora ilegítima; deixar de comparecer sem causa à formação da mesa eleitoral (arts. 165 a 178 do Código Penal de 1890).

lha do delegado ou representantes”. Porém, a transferência foi feita, não por razões doutrinárias, mas, por seu caráter estratégico: garantir o controle pelos Estados do julgamento dos crimes praticados durante o processo eleitoral.

c) A criação do Poder Judiciário federal

O Poder Judiciário federal foi instituído pelo Dec. 848, também de 11.10.1890. Esse decreto, manifestamente inspirado na Constituição norte-americana, foi também uma antecipação de Campos Salles à Constituinte, pois pressupunha a dualidade de organização do Poder Judiciário. Essa forma de organização era, contudo, bastante controversa, pois havia membros do Governo Provisório, especialmente Deodoro, que defendiam a unidade de organização judiciária.

A dualidade judiciária constava do projeto de Constituição elaborado pela Comissão dos Cinco. Os magistrados, que tinham sido reconhecidos em seus postos pelo ato de Proclamação da República, resistiram à organização judiciária estabelecida por esse projeto. Os ministros do Supremo Tribunal de Justiça, desembargadores da Relação do Distrito Federal e outros magistrados encaminharam representação ao Marechal Deodoro reivindicando os seus direitos adquiridos e combatendo com veemência o plano da nova organização. Tendo-se sensibilizado o chefe do Governo Provisório, o ministro da Justiça contestou essa representação, declarando que, se vencido, deixaria a pasta (RIBAS, 1981, p. 94). Campos Salles elaborou então um documento de contestação à representação dos magistrados, no qual defendia o projeto. Para ele, o sistema do projeto era a consagração da independência dos juízes, “*no duplo princípio da perpetuidade e inamovibilidade, tendo por base a descentralização, que inelutavelmente é a suprema garantia de toda liberdade*” (*apud* RIBAS, *op. cit.*, p. 95). A adoção da República Federal era um compromisso do ato de Proclamação que devia atingir também o Poder Judiciário, um dos três grandes órgãos da soberania nacional. Por isso, o governo deveria organizá-lo de acordo com o princípio fundamental da nova Constituição política do país, o princípio federativo ou da dupla soberania. Para Campos Salles, a forma de organização federativa estava “*nitidamente estampada*” na Constituição dos Estados Unidos da América e o projeto de Constituição da Comissão dos Cinco havia se subordinado “*no que respeita à organização judiciária, como à dos outros poderes, ao princípio fe-*

deral, como se acha aplicado em outras constituições” (apud RIBAS, *ibid.* p. 95). “Não se concebe uma federação sem estados, e muito menos se compreende um Estado sem soberania. Ora, os órgãos desta soberania são os três grandes poderes políticos – Legislativo, Executivo e Judiciário: portanto, a supressão de um destes órgãos deve produzir necessariamente a mutilação, ou antes, a própria supressão da soberania, pois que onde esta falta, surge a subordinação, a dependência, que é a negação da entidade política que se denomina Estado, na acepção do direito público moderno” (*Id. ibid.* 96-97). Para ele, não havia maior garantia para a independência da justiça do que a descentralização, especialmente baseada sobre as bases largas da Federação. A magistratura somente poderia ser honesta quando os juizes não pudessem “ser atingidos pela pressão, nem pela corrupção, pelo temor, nem pela ambição, pela perseguição nem pelo favor”. A centralização era, para ele, a dependência, e isto bastava para proscrevê-la da nova organização (apud RIBAS, *op. cit.*, p. 97).

O projeto final da Comissão dos Cinco estabelecia que dois terços dos membros do STF seriam nomeados dentre os juizes mais antigos, e o terço restante, dentre “jurisconsultos de provada ilustração”. A representação dos magistrados criticava essa cláusula, pretendendo que se mantivesse o princípio de nomeação por antiguidade absoluta, que vigorou para os membros dos tribunais superiores durante o Império. Para Campos Salles, a representação reivindicava um privilégio para a magistratura. O novo órgão não seria um tribunal de revisão “em que somente os interesses de ordem privada se acham em litígio”, mas um órgão destinado a “regular o exercício e estabelecer o equilíbrio dos diversos agentes do poder público”. Por isso, “a presunção de capacidade não fica restrita à classe dos magistrados, por mais sólidas que sejam as aptidões adquiridas no seu tirocínio”. (*Op. cit.*, p. 98)

Vimos que a dualidade da organização judiciária constou do projeto do Governo Provisório. Campos Salles defendia a outorga da Constituição, devido à possibilidade do predomínio dos políticos do antigo regime na Constituinte, pondo em risco a organização federativa em amplas bases, que ele defendia. Derrotado nessa questão, Campos Salles “apressou-se ... a corporificar as suas idéias na organização da justiça federal”. E, para completar o sistema judiciário do novo regime, organizou também a justiça do Distrito Federal³⁹ (RIBAS, *op. cit.*, p.

39 A forma de organização da justiça do Distrito Federal adotada por Campos Salles foi muito combatida nos anos seguintes por advogados e juizes locais. Ver o

99). Ante as resistências encontradas na organização da justiça federal, Campos Salles elaborou uma Exposição de Motivos ao Dec. 848, na qual ressaltava as diferenças entre o Poder Judiciário do antigo e o do novo regime. A magistratura criada não era um “instrumento cego” ou mero “intérprete na execução de atos do poder legislativo”. Antes de aplicar a lei, caberia à nova magistratura “o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica”. Para Campos Salles, esse poder decorria do seu direito de verificar a conformidade das leis com a Constituição, cabendo-lhe nesse caso “declarar que elas são nulas e sem efeito”. Dessa forma seria evitado que o legislador, “reservando-se a faculdade de interpretação, venha a colocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa”. Essa característica seria a causa da “profunda diversidade de índole” do Judiciário Federal em relação ao do “regime decaído”.

De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esfera da sua autoridade para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos do cidadão. (apud BARBALHO, *op. cit.*, p. 294)

A atuação de Campos Salles durante o Governo Provisório foi dirigida para ampliar a autonomia dos Estados, e o modelo norte-americano servia para ele como fundamentação para o federalismo amplo. Quanto à organização judiciária, Campos Salles identificava a nomeação dos juizes pelo Governo central com o despotismo. Para ele, a organização centralizada do Poder Judiciário, com garantias para os seus membros, os quais estariam sujeitos apenas a formas de controle da própria corporação, era a concessão de um privilégio à magistratura, antes que uma condição para garantir a liberdade individual, tal como era proposto pelos liberais durante o Império e na elaboração da Constituição republicana. Dado o contexto em que foi elaborada, a Exposição de Motivos do Dec. 848 é antes um documento de contestação às reivindicações dos magistrados do antigo regime, pela acentuação das diferenças entre o Poder Judiciário no antigo e no novo regime, do que a defesa de um conjunto de princípios cuja execução Campos Salles procurasse colocar em prática.

Parecer da Comissão Especial do Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil sobre o Dec. 1.030, de 14.11.1890, que organizou a justiça do Distrito Federal, datado de 06.06.1892, em *O Direito*, 60, 1893, p. 161-196).

3.4 O PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUINTE REPUBLICANA

Na Constituinte, a questão da organização judiciária foi objeto de grande debate, tendo sido abordada pelo ângulo dos limites do federalismo. Essa discussão estava ligada à da competência federal ou estadual para legislar sobre o direito civil, comercial e penal e os respectivos processos. Formaram-se, a esse respeito, três correntes: os *dualistas*, que entregavam aos Estados a competência para legislar o direito material e o processual, e defendiam a organização dual da magistratura; os *unitaristas*, que defendiam a unidade da magistratura e a atribuição exclusiva da União para legislar sobre essas matérias; e os que defendiam um *sistema misto*: entregavam aos Estados apenas o poder de legislar sobre o direito processual e organizar as respectivas magistraturas, atribuindo à União a legislação sobre o direito substantivo.

Na “Comissão dos 21”, formada dos representantes dos Estados e do Distrito Federal, a unidade da magistratura foi vitoriosa por alguns dias, de acordo com os desejos e reclamações dos magistrados em geral, mas, no momento de assinar o parecer, alguns representantes voltaram atrás, tendo vencido a tese da dualidade por treze a sete. Os representantes de Pernambuco, Bahia, Rio Grande do Norte, Maranhão e Amazonas apresentaram em voto vencido a proposta de unidade. A proposta deixava aos Estados a competência de organizar a justiça de primeira instância (nomeação de juizes, fixação de vencimentos). Haveria Tribunais de Apelação nos Estados, custeados pela União, cujos membros seriam nomeados pelo presidente da República dentre os juizes de primeira instância do mesmo estado, a partir de proposta do tribunal onde se desse a vaga. O STF teria funções de Corte de Cassação, ou seja, de revisão das decisões dos Tribunais de Apelação “*sempre que houver violação do direito, pela não aplicação deste, ou por sua falsa ou indevida aplicação*”. Teria também o poder expresso de julgar os conflitos entre autoridades judiciárias e administrativas federais ou dos Estados. Seria formado por tantos membros quantos fossem os tribunais de apelação, cada um deles tirado por antiguidade desses tribunais e mais um terço de juizes nomeados pelo presidente da República, com aprovação do Senado (ROURE, *op. cit.*, v. 2, p. 4-5).

Esta emenda era baseada nas propostas dos liberais do Império. Em plenário, foi apresentada por 43 assinaturas e defendida por Anfilóbio B. de Carvalho, representante da Bahia, e José Higinio D. Pereira, de

Pernambuco. Transferiam-se ao STF os poderes judiciários do Conselho de Estado. Quanto às nomeações, ao mesmo tempo em que se atribuía aos Estados a nomeação dos juizes de primeira instância, era garantido o controle do poder central na composição dos tribunais superiores. Essa forma de organização era justificada pela necessidade de haver um órgão central que unificasse a interpretação do direito (a competência da União para legislar o direito material havia sido vencedora na Comissão dos 21). Era preciso também evitar a criação de uma magistratura inferior, encerrada nos estreitos limites dos estados, com menor remuneração, cujos tribunais não teriam “*as desejáveis condições de independência para emendar e corrigir os erros dos juizes de primeira instância*”. (*Id.*, *ibid.*, p. 4; BARBALHO, *ibid.*, p. 301)

Anfilóbio de Carvalho combateu a tese da dualidade da soberania defendida por Campos Salles. Para ele, a soberania era uma só, se dividida ou multiplicada, já não seria mais soberania. “*Como a certeza, como a verdade, ela não admite, ela não pode ter graus*”. Anfilóbio de Carvalho defendeu a unidade da magistratura proposta pelo voto em separado da Comissão dos 21. Para ele, a unidade do direito nacional deveria ser garantida pelo Supremo Tribunal por meio do julgamento das diferentes interpretações da lei, definindo os seus pontos duvidosos e dando-lhe o verdadeiro sentido. Era o poder de tomar assentos, que vinha da antiga Casa de Suplicação de Lisboa e fora atribuída ao STJ em 1875. Os assentos fixavam a interpretação da lei: “*a inteligência assim dada ao texto da lei é aquela que há de prevalecer em todos os casos de aplicação futura da mesma lei, diante de todos os outros tribunais e juizes do país*” (ROURE, v. 2, p. 8-9). Essa emenda foi criticada por Augusto de Freitas, para quem, na prática, tal poder significaria a eternização dos conflitos, pois as partes teriam o direito, em todos os litígios, de dizer sempre que o julgamento não se baseou nas provas, que o direito foi violado ou aplicado erroneamente. Porém, se este fosse restringido, então a sua função de uniformizar a jurisprudência seria cumprida apenas em parte (ROURE, p. 40-1).

Para José Higinio, a unidade da justiça se impunha porque ela favorecia as relações sociais e econômicas através de leis uniformes. Para ele, a justiça era nacional, pois afetava todas as relações da vida civil e, nos Estados modernos, também as relações da vida pública.

Se, na federação, a unidade da moeda e da legislação aduaneira são admitidas porque facilitam as relações econômicas e mercantis;

se o correio e o telégrafo são serviços federais, porque facilitam as comunicações, parece que a unidade do direito e da justiça, tendo por fim assegurar aos cidadãos, em todo o território da pátria, os mesmos direitos e as mesmas garantias para a efetividade desses direitos, estão no mesmo caso e não podem ser incompatíveis com o programa do regime federal. (Id., ibid., p. 10)

Ele defendia a unidade do direito em nome da unidade nacional: “somos um povo completamente unificado: a mesma raça, a mesma história, os mesmos costumes, o mesmo direito, a mesma língua. Temos um só direito pela mesma razão porque falamos a mesma língua” (Id., ibid.). Para ele, o preço a pagar pela dualidade do direito e da justiça seria a fragmentação do direito e a subordinação dos juízes à política local.

Para Augusto de Freitas, as ideias de Anfilóbio de Carvalho em defesa da unidade da magistratura permaneciam ainda presas às reminiscências da monarquia constitucional. A organização proposta por ele era pouco mais do que a organização do Império, reeditando apenas as ideias de 1834. “Quando estas velhas idéias não podiam ter hoje aceitação, porque era pouco, ... porque seria restringir a autonomia dos Estados, mutilando o poder público, legítima manifestação de sua autonomia ... é que o nobre representante vem trazer-nos em nome da Federação, este plano de organização judiciária!” (Id., Ibid., p. 12). Para ele, a definição clara das esferas de competência, deixando ao Judiciário federal as atribuições de ordem pública e aos Estados as atribuições de direito privado seriam condições suficientes para o progresso e para que o Poder Judiciário brasileiro ocupasse “o posto que lhe foi destinado na América do Norte”. As emendas de Anfilóbio de Carvalho foram rejeitadas em primeira e segunda discussões.

Leopoldo de Bulhões atacou os argumentos de José Higino. A unidade do direito existia nas leis e nos códigos, mas não nos fatos. Seria preciso um esforço de imaginação para que se afirmasse “que os usos e costumes do Pará... são os mesmos do Rio de Janeiro ou Rio Grande do Sul...” Essa unidade não existia em razão do clima, do solo, da produção, da falta de relações frequentes entre os Estados e da colonização estrangeira em diversos destes. Para ele, a unidade do direito era uma ficção, “porque as leis são a consagração dos costumes e os costumes não são, não podem ser uniformes em toda a República”. Portanto, a unidade de legislação, se mantida, seria uma tirania. José Higino respondeu ainda, que a colonização estrangeira, aliada à pluralidade de legislação, levaria à dissolução da nacionalidade. Além disso,

resultariam dificuldades para as relações mercantis e para a administração da justiça (Id., ibid., v. 1., p. 416-9).

Em discurso na Constituinte, Campos Salles defendia a dualidade da magistratura e do direito, que eram necessárias para que fosse mantida a coerência do sistema federal. Dever-se-ia adotar ou o sistema do projeto, fundando a independência, a soberania do Poder Judiciário dos Estados, ou o princípio da unidade judiciária. Neste caso, a unidade deveria ser adotada francamente, sem disfarces, tendo a coragem da contramarcha, de retrogradar dos espíritos de 1831, “e submetamos os Estados à subordinação, ao jugo do poder central em todos os graus da justiça”. (Id., ibid., p. 15)

O sistema misto foi defendido por Gonçalves Chaves, de Minas Gerais. Para ele, o direito era um poderoso vínculo de nacionalidade, uma força moral, que deveria ser conservada. Porém, as instituições judiciárias, os órgãos que lhe dão vida e ação, deveriam se adaptar à diversidade das condições materiais dos Estados. Outra razão seria de ordem política, pois “reconhecida a autonomia dos Estados para organizarem os poderes públicos respectivos, ... seria mutilar essa autonomia negar-lhe a instituição do Poder Judiciário”. (Id., ibid., p. 13)

Assim, a discussão da dualidade do direito envolvia a discussão sobre os fundamentos da unidade nacional. Os unitaristas acusavam os dualistas de estarem acobertando a separação mediante a adoção de uma Constituição ultrafederalista. Para eles, a possibilidade de serem estabelecidas políticas de colonização pelos Estados, aliada à adoção de legislações civis próprias iria reforçar os sentimentos estaduais, tornando os brasileiros “estrangeiros” em seu próprio país, quando estivessem fora de seus Estados.

A unidade jurídica no País representa a força moral do povo brasileiro; torna uma realidade vivente toda uma série de relações que se criaram com o tempo, de acordo com as condições gerais do povo brasileiro, e o povo brasileiro é um só. Como, pois, estabelecer diversos códigos para as diversas circunscrições que formam os Estados? O Brasil é um País novo, que deve atrair e assimilar as forças do velho mundo; e, se vós investis cada estado nesse supremo atributo de decretação de códigos particulares, em poucos anos, com a imigração italiana para São Paulo e alemã para o Sul e outra e outra para este e aquele Estado, tereis perdido a nacionalidade brasileira, porque esses códigos irão formando outras tantas nacionalidades.

Vós sabeis que a colonização é um elemento permanente de diferenciação; e se o povo brasileiro não for uma unidade, sempre fortemente constituída pela sua legislação, como pela sua força moral, como pelas suas instituições jurídicas, em pouco tempo será uma nacionalidade dispersa e extinta. (Teodoreto Souto, Senador pelo Ceará, *apud* ROURE, *op. cit.*, v. 1., p. 423)

Por outro lado, os unitaristas aceitavam que os estados legislassem sobre contravenções policiais ou disposições regulamentares, e locação de serviços (ROURE, *op. cit.* v. 1., p. 414). As duas primeiras não eram mais que as antigas posturas municipais e os dispositivos de segurança e bem viver. A legislação sobre locação de serviços era uma concessão federalista importante, pois dava aos Estados o poder de estabelecer sua própria política de mão-de-obra. Os unitaristas ainda deixavam aos estados o poder de estabelecer sua própria organização judiciária e de nomear, remunerar, promover, remover e suspender os juizes de primeira instância. No entanto, estas atribuições dos Estados pareciam ser pouco para os dualistas.

Mais do que o tema da nacionalidade, estavam envolvidas nessa discussão questões financeiras e políticas. Os dualistas eram os representantes de Estados mais importantes economicamente (Rio Grande do Sul, São Paulo, Minas Gerais), ou com uma expansão recente da exportação (Pará, Amazonas). Do ponto de vista financeiro, a importância da discussão estava situada no controle, pela União ou pelos Estados, do imposto de exportação, a principal fonte de recursos governamentais, bem como a capacidade dos Estados de contrair empréstimos no exterior, e o controle das terras públicas, necessária à política de imigração. Do ponto de vista político, a importância dessa discussão era a do peso dos representantes dos estados pequenos e médios no novo sistema político. Se os grandes Estados conseguissem fazer prevalecer a autonomia quase completa dos Estados-membros, os outros estados ficariam desprovidos de fontes financeiras próprias e sem recursos políticos para se fazer valer no plano federal. A limitação das atribuições civis e comerciais do Congresso possibilitaria aos grandes estados controlar os meios da sua própria expansão econômica. Para os unitaristas, a manutenção do controle da União sobre as mais importantes áreas da legislação civil implicava algum poder de barganha para seus estados, por causa da necessidade de serem negociadas a nível nacional as políticas que estivessem sob a competência do Poder Legislativo federal⁴⁰.

⁴⁰ Havia também posições tomadas em função de grupos profissionais, como magistrados, militares, ou doutrinários, como os positivistas etc.

A emenda da dualidade foi aprovada em primeira discussão, mas foi rejeitada em segunda discussão, quando foi aprovado um dispositivo que mantinha a unidade do direito substantivo, mas criava a dualidade do direito processual. Assim, o estabelecimento da unidade do direito substantivo representou uma derrota importante dos grandes Estados na Constituinte, cujas políticas nestas áreas deveriam ser submetidas ao Congresso.

...

O projeto do Governo Provisório limitava o poder de organização do Poder Judiciário pelos Estados, proibindo a magistratura eletiva e condicionando a demissão dos magistrados à condenação por sentença judicial. Essas restrições foram criticadas por João Barbalho, deputado de Pernambuco, porque cerceavam a autonomia dos Estados, eram incompatíveis “*com as faculdades que eles têm de se constituir; ...usando para isto de poderes que possuem, de que não podem ser despojados e que em caso algum devem passar à União*”. Os estados deveriam, pois, ter a liberdade de regular-se conforme entendessem “*mais conveniente às suas condições e circunstâncias, não podendo a União seqüestrar aquilo que é da competência dos mesmos*”. Os representantes do Pará, liderados por Lauro Sodré, apresentaram emenda substitutiva que veio, afinal, a prevalecer: “*Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar, respeitados os princípios constitucionais da União*”. (BARBALHO, *op. cit.*, p. 357).

Portanto, a organização do Poder Judiciário na Constituinte foi abordada especialmente do ponto de vista da distribuição dos poderes entre os Estados e a União. Segundo Agenor de Roure, essa foi a tendência geral da Constituinte, tendo acontecido, por exemplo, na discriminação de rendas, na organização militar e na indeterminação dos poderes de intervenção federal. Ao mesmo tempo, foram suprimidas as garantias de organização municipal e o poder de suspensão pela União de lei estadual considerada inconstitucional. Restou apenas o poder da justiça federal para negar a aplicação de leis inconstitucionais a casos concretos (ROURE, *op. cit.*, v. 1., p. 25).

A partir do trabalho de Agenor de Roure, nota-se que a discussão na Constituinte sobre o Supremo Tribunal Federal não se deu sobre a questão do controle judicial da constitucionalidade, pois os debates se concentraram sobre quem controlaria a nomeação dos ministros do STF. Na Constituinte, foram propostos diversos sistemas de nomeação de ministros, semelhantes àqueles que haviam sido cogitados na

Comissão dos Cinco⁴¹. As críticas ao projeto do Governo Provisório centraram-se em duas questões: o predomínio dos Estados maiores e os interesses corporativos dos magistrados. Essas duas questões aparecem já no voto em separado de cinco membros da Comissão dos 21 representantes, que emitiu parecer sobre o projeto do Governo Provisório. O voto em separado criticava o sistema do projeto do Governo Provisório devido às limitações que implicava a carreira dos magistrados.

... o sistema do projeto concorrerá para abater o nível da parte mais numerosa da magistratura, encerrando-a nos estreitos limites de cada estado e cortando-lhe o acesso nos tribunais federais, onde seus membros somente poderão ter entrada por favor e graça do governo da União. Os escassos recursos da maior parte dos Estados e tantas outras razões que se prendem a circunstâncias peculiares a cada um deles dificilmente lhes permitirão constituir os seus tribunais superiores nas desejáveis condições de independência para emendar e corrigir os erros dos juizes de primeira instância. Ao lado de uma magistratura privilegiada, constituir-se-ia uma outra a todos os respeitos inferior; e essa fragmentação da tradicional unidade do poder judiciário acarretaria o aniquilamento de uma força nacional. (apud ROURE, op. cit., v. 2., p. 4).

Em plenário, esses argumentos foram usados por José Higino e Anfilóbio de Carvalho. Este propunha que os ministros do STF fossem nomeados dentre os desembargadores, um por Tribunal de Apelação, e mais um terço nomeado livremente pelo presidente da República. Para ele, o sistema de nomeação dos ministros, constante do projeto do Governo Provisório, implicaria o predomínio dos Estados maiores sobre os menores.

O Supremo Tribunal terá 15 juizes apenas, quando 20 são, por ora, os Estados; e ao julgamento desse tribunal, que em si concentra a maior sombra do poder político da nova forma de governo, porque tem a faculdade de corrigir os erros do Executivo e Legislativo, firmando a inteligência da lei constitucional e que há de julgar o presidente da República nos crimes comuns; ao julgamento desse tribunal vão ser deferidas todas as questões que mais interessam a

41 Foram apresentadas emendas a respeito do número de ministros do STF e do sistema de sua nomeação, como de 21 Ministros, um por Estado mais o Distrito Federal, designados pelas legislaturas dos Estados ou eleitos pelos juizes e desembargadores dos Estados.

vida autônoma dos estados, sua independência e futuro, as questões entre estados e a União, a validade das leis dos parlamentos dos estados, a manutenção dos atos de seus governos. E, como um tal tribunal há de ser constituído pelo arbítrio do presidente da República, para ele só serão nomeados indivíduos tirados dos estados maiores e mais populosos, que são aqueles que mais terão de concorrer para a eleição daquele funcionário, por disporem de maior número de eleitores: de sorte que esses estados, os grandes, os poderosos, os mais populosos, vão constituir-se os tutores dos pequenos e fracos e ao mesmo tempo os árbitros dos futuros destinos da Pátria, em um regime que se chamará de Federação! Singular Federação! (Id., ibid., v. 2, p. 21-2)

A mesma oposição entre os estados e os privilégios dos magistrados aparece nos discursos dos que defendiam a dualidade da magistratura. Justiniano Serpa, deputado pelo Ceará perguntava:

Há, porventura, maior perigo para os Estados do que deixá-los entregues a uma magistratura da União, nomeada pelo poder central e superior a todas as autoridades locais? (...) Um dos grandes defeitos do antigo sistema era a centralização administrativa. Como, pois, reviver esse regime, tratando-se da magistratura?

– O que queremos é libertar a magistratura das paixões locais (aparte).

– Não compreendo a razão justificativa desse privilégio que pretendem para a magistratura. Mas, qualquer que seja, deve ceder a uma razão de ordem pública – as garantias da liberdade, que ficarão em perigo no momento em que os magistrados não dependerem dos Estados e puderem se colocar superiores a tudo. (Id., ibid., v. 2, p. 6, grifos nossos)

A referência às garantias da liberdade colocadas em perigo por magistrados leva à questão: liberdade de quem? A análise realizada até agora responde a essa questão: nas discussões da Constituinte a respeito da organização da magistratura os representantes tratavam de garantir a liberdade dos Estados perante o poder central, contra os interesses corporativos dos magistrados.

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

contra os atos dos outros poderes políticos. Mais que uma lacuna, vemos que no processo de organização constitucional da República, a nova Constituição era considerada sob a perspectiva de um novo pacto federativo. Esse pacto não partia do princípio de que ocorrera com a transformação republicana uma suposta dissolução do pacto social. Os sujeitos cujos direitos deveriam ser resguardados pelo novo pacto não eram os indivíduos; eram antes os Estados considerados como entidades políticas autônomas e preexistentes à nova federação. Com isso, os debates sobre a forma de nomeação dos ministros do STF e sobre a organização judiciária tornaram-se a oposição entre a salvaguarda à autonomia dos Estados e a defesa dos privilégios dos magistrados.

Os liberais do Império viam a possibilidade de ampliar as garantias das liberdades individuais pela constituição de uma magistratura independente. No processo de organização constitucional da República, essa proposta foi deslocada pelo tema da Federação. Nos anos seguintes, o problema da forma de organização do Poder Judiciário passou a ser posta em novos termos: abriram-se novos modelos para o Poder Judiciário; tornou-se agudo o problema da posição do Poder Judiciário entre os poderes do Estado, em particular a extensão da autonomia dos magistrados na interpretação da lei; foram ampliadas as situações de conflito entre magistrados e os ocupantes de cargos eletivos; foi redefinido o âmbito do problema da organização judiciária, do Império para os Estados; os governantes e magistrados enfrentaram novos conflitos políticos e sociais. Por essas razões, apesar de diversas propostas de retorno à unidade de organização judiciária apresentadas nas décadas seguintes, apenas com a crise da Primeira República é que a antiga proposta liberal da constituição de uma magistratura independente colocar-se-ia novamente com força no debate político.

Capítulo 4

O PODER JUDICIÁRIO FEDERAL NA ORDEM POLÍTICA DA PRIMEIRA REPÚBLICA⁴²

Neste capítulo, estudamos o Poder Judiciário federal como parte do sistema político da Primeira República. Partimos da hipótese de que as características institucionais do Poder Judiciário federal no período foram determinadas pelas características mais gerais do sistema político federal. Estudamos as seguintes questões:

1. O STF no sistema político federal: a vitaliciedade dos ministros e as alianças políticas federais;
2. A política dos Governadores e a ordem política republicana;
3. A política de nomeações de juizes federais de 1900 até 1911;
4. *Habeas corpus* nos conflitos eleitorais entre oligarquias estaduais, no período 1908-1911; e, enfim,
5. a forma de organização dos juizes seccionais.

Nosso argumento neste capítulo é que o controle do Poder Judiciário federal era de alguma importância política na Primeira República. O STF e os juizes federais tinham o poder de julgar os conflitos entre a União e os Estados, e os crimes políticos, entre outros. A desobediência à sentença ou lei federal justificava a intervenção federal no

⁴² Este capítulo é uma versão do artigo "O Poder Judiciário Federal no Sistema Político da Primeira República", publicado na *Revista USP* n. 21, de maio de 1994, Dossiê do Poder Judiciário.