

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ESSE OUTRO DESCONHECIDO

ALIOMAR
BALEIRO



ALIOMAR BALEEIRO

Professor das Universidades Federal da Bahia e do
Estado da Guanabara — Ministro do S. T. F.

O Supremo Tribunal Federal, Êsse Outro Desconhecido

*Acompanhado de
dados biográficos dos Ministros do S. T. F., de 1891 a 1967*

por

JOSÉ PEDROSO

1.^a edição — 1968

FORENSE
RIO DE JANEIRO

341.4191
B183
STF

CAPÍTULO IV

A SENTINELA DA CONSTITUIÇÃO
E DAS LIBERDADES

SUMÁRIO:

1. A função máxima: Sentinela da Constituição e das liberdades.
2. As origens do *habeas corpus* brasileiro.
3. A doutrina brasileira do *habeas corpus*.
4. O fim da doutrina brasileira: 1926.
5. O libelo de JOÃO MANGABEIRA.
6. O testamento de STRAFFORD.

1. A FUNÇÃO MÁXIMA: SENTINELA DA CONSTITUIÇÃO
E DAS LIBERDADES

Como meu propósito não reside propriamente em traçar a história do Supremo Tribunal Federal, tarefa agora mesmo já compreendida e bem realizada por outros, não me prendo rigorosamente a métodos cronológicos. Neste capítulo desejo ocupar-me do que me parece representar a tarefa primordial e excelsa do Supremo Tribunal Federal, — a de sentinela das liberdades asseguradas pela Constituição e dela própria, que para isso o instituiu, segundo diretrizes lentamente conquistadas pelo direito norte-americano.

Só isso bastava para justificar a criação do nosso mais alto Tribunal, pois, depois da última Guerra, novas Constituições fundaram Côrtes Constitucionais, que, na matéria estão longe da eficácia e do poder da nossa ou da Côte Suprema dos Estados Unidos, ou da Argentina.

Liberto de preocupações cronológicas, todavia pontuo que a afirmação prática do Supremo Tribunal Federal, como defensor da Constituição e das liberdades públicas, coincide exatamente com os primeiros 40 anos dos seus 75 de vida. Já vimos como o primeiro decênio se marcou pelos episódios dramáticos da guerra civil de 1893 e das crises da fase inicial da República, desde a impregnação do militarismo no período presidencial de

FLORIANO e da difícil consolidação do poder civil com PRUDENTE DE MORAIS (1894-1898), até que o regime se estabilizou e produziu melhores frutos com CAMPOS SALES e RODRIGUES ALVES (1898-1906). Afastados pela aposentadoria os Ministros herdados do antigo Supremo Tribunal de Justiça da Monarquia, os novos, integrantes da geração republicana, tomaram em mãos com denodo o poder de revisão judicial das leis, conferindo-as com a Constituição e declarando-as inconstitucionais, se contrárias a ela.

O mestre-escola e herói dessa transformação da mentalidade jurídica do país foi, sem dúvida, RUI BARBOSA, não só pelo conhecimento do direito norte-americano, que outros cedo adquiriram, mas pelo enorme poder de persuasão aliado ao sentido do estadista com qualidades excepcionais de advogado. Em diversos tópicos autobiográficos de sua imensa obra, — maior que a de qualquer outro em língua portuguesa — gaba-se do magistério constitucional exercido sobre a primeira geração republicana e que até ministros do Supremo Tribunal Federal lhe reconhecem.

Esta minha opinião tem apoio no depoimento seguinte de CASTRO NUNES:

"Nos primeiros tempos da República, o Tribunal não tinha a consciência de seu papel no regime. Este representava, para muitos dos juizes que o compunham e que traziam do Império uma bagagem intelectual copiosa e até brilhante, mas inadequada à compreensão das novas instituições, um sistema pouco conhecido e que teria de receber na órbita judiciária uma aplicação perturbada pelos preconceitos da educação judiciária haurida nas fontes romanas, reinícolas, nas tradições do antigo regime e nos expositores do direito público francês".

"Coube a RUI — continua CASTRO NUNES — um grande papel na evolução do pensamento jurisprudencial da nossa Suprema Côte. Quando um dia se escrever a história do Supremo Tribunal Federal desde os seus primórdios indecisos e vacilantes em face da declaração de inconstitucionalidade de uma lei do Congresso, será preciso reservar à obra de doutrinação do insigne constitucionalista um lugar de honra.

"Seria êle, com idêntica atuação e cultura incomparavelmente maior, o MARSHALL brasileiro" (*Poder Judiciário*, ed. 1943, págs. 168-9).

E a tarefa não lhe foi cômoda nem imune de perigos e sacrifícios inenarráveis, o que levou seu adversário PINHEIRO MACHADO a dizer que êle tinha mais coragem do que talento.

Os tempos inevitavelmente ásperos que acompanham uma transição de regime político, seguida logo depois da mais sangrenta e cruel guerra intestina de tôda a nossa História, explicam porque o *habeas corpus* originariamente simples e restrita medida processual, assumiu o caráter de instituto de Direito Constitucional com espantosas dimensões na vida política brasileira da chamada Primeira República, a da Constituição de 1891.

Sangue nôvo, por outro lado, vivificara o Supremo quando passaram a integrá-lo republicanos, muitos dos quais haviam participado da elaboração da Constituição de 1891 e traziam para a Côrte não só a cultura mais orientada para o Direito Público, mas também a experiência política do Parlamento e dos negócios do Estado.

Alguns dêles firmaram nome de relêvo por seus trabalhos, como JOSÉ HIGINO, BARBALHO, AMARO CAVALCÂNTI, ANFILÓFIO FREIRE DE CARVALHO, LÚCIO DE MENDONÇA, (1872-1909), VIVEIROS DE CASTRO (1867-1927), EPITÁCIO PESSOA, JOÃO MENDES (1856-1923) e ALBERTO TÔRRES (1865-1917). Outros eram filiados ao positivismo que tanto marcara a República. É o caso de EDMUNDO LINS (1863-1944) e creio que PEDRO LESSA (1859-1921) também. Nomes de prol como PIRES DE AIBUQUERQUE (1865-1954), CARLOS MAXIMILIANO (1873-1960), HERCULANO DE FREITAS (1867-1926), RODRIGO OTÁVIO (1866-1944), SORIANO DE SOUZA (1863-1938), BENTO DE FARIA (1876-1959) e OTÁVIO KELLY (1878-1948), para só falar de alguns dos mortos, além de outros que vieram depois.

A galeria, sem dúvida, honra qualquer Tribunal do mundo em qualquer tempo.

2. AS ORIGENS DO "HABEAS CORPUS" BRASILEIRO

O *habeas corpus* só apareceu no Brasil depois da Independência, pois nada se lhe assemelha no Direito Reinol.

É possível que os juriconsultos da época conhecessem o interdito de *homine libero exhibendo* e algo sôbre *Act of habeas corpus*, de 1679.

Absolutista, a monarquia portuguesa, como aliás tôdas as mais cultas na Idade Média, conheceu o temperamento de instituições parlamentares embrionárias das Côrtes, que se reuniam na Espanha e Portugal pelo menos desde o comêço do século XIII, para grandes deliberações político-dinásticas e para aprovação de tributos extraordinários. Mas, como ocorreu na Fran-

ça com os Estados-Gerais, desde o século XVII, os reis absolutos se sentiram suficientemente fortes para não convocá-las mais, de sorte que só em 1820 houve eleições para Côrtes portuguesas, às quais o Brasil enviou seus deputados, logo depois fugitivos de Lisboa e que viriam a exercer notável liderança nos primeiros dois decênios do Império.

Esses homens públicos copiavam a Inglaterra, nem teriam nada melhor a copiar num Império constitucional, que deveria evolver, aliás, sãbiamente, para o Govêrno de Gabinete, responsável perante o Parlamento.

A Constituição outorgada de 1824, mais de inspiração francesa, sobretudo de BENJAMIM CONSTANT, do que britânica, tentando resguardar o poder do imperador, não disse uma palavra sequer sôbre o *habeas corpus*, ao qual fizera referência expressa a americana, pois os colonos o conheciam antes da Independência, como cidadãos ingleses, que eram até então. Observa-se que, no Brasil posteriormente à abertura dos portos pelo Alvará de 1808, estabeleceram-se fortes influências inglesas, graças ao número apreciável de súditos britânicos atraídos pelo comércio, e não podemos duvidar de que êles se interessavam pela política do nosso Império, convivendo com homens públicos, como se depreende da *História* de ARMITAGE, que retrata vários dêles.

O *habeas corpus* veio a ser introduzido em nosso país, como novidade, pelo primeiro Código de Processo Penal, de 1832, que assim ofereceu meio prático de tornar efetiva a cláusula da Constituição de 1824, pela qual "ninguém pode ser prêso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei, e, nestes, dentro de 24 horas..., o juiz por uma nota por êle assinada fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes de seu acusador e os das testemunhas, havendo-as". Por isso mesmo, o Código de Processo de 1832 tem sido saudado como um dos primeiros forais das liberdades brasileiras, obra da geração liberal que reagiu contra os excessos de PEDRO I, levou-o à abdicação forçada de 7 de abril de 1831, e que, sob a Regência, oprimida pela demagogia e pela desordem, conheceu o velho e insolúvel problema do equilíbrio entre a Autoridade e a Liberdade. Daí, em face das rebeliões e motins dessa fase, o art. 69, n.º 7, da Lei de 3 de novembro de 1841, que estabeleceu o recurso *ex officio* para as decisões concessivas de *habeas corpus* (Regul. n.º 120, de 31 de janeiro de 1842).

Embora concebido como simples medida processual penal, o *habeas corpus*, nesse período, teve aplicação política, ou nos crimes políticos, protegendo a minoria, talvez comprometida em excesso.

Caso típico foi o do VISCONDE DE ABAETÉ, chefe dos liberais, processado por crime político no auge das agitações de 1841, e que logrou *habeas corpus* depois do despacho de pronúncia, porque, como desembargador, gozando de fôro privilegiado por prerrogativa de função, não poderia ter sido julgado por um juiz de primeira instância.

Com avanços e recuos, o instituto evoluiu na legislação do Império e na prática forense. Um aviso ministerial de 30 de agosto de 1863 fez equiparar à prisão, para gozo do *habeas corpus*, todos e quaisquer constrangimentos ilegais à liberdade física, quaisquer que fôssem os coatores. Mais tarde, o art. 18, § 1.º, da Lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871, estendeu também o remédio, em caráter preventivo, à ameaça de constrangimento.

No reinado de PEDRO II, adulto, sobretudo depois de consolidado o regime parlamentar à margem da Constituição de 1824, de Executivo forte, o país conheceu meio século de paz, calma e liberdade, sem guerra civil, golpe d'Estado, nem estado de sítio, nem mesmo durante a Guerra do Paraguai. O *habeas corpus* não teve, assim, fortes solicitações de estímulos políticos. Contudo, a tendência da legislação e da jurisprudência se processou no sentido de sua liberalização, de sorte que a República já o encontrou como garantia eficaz, positivamente conquistada e incorporada ao Direito da nação.

Finalmente, a Constituição de 1891, no art. 72, § 22, prescreveu que se daria *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder. E no art. 61, confirmando o Dec. n.º 848, de 1890, de CAMPOS SALES, admitiu das decisões denegatórias recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal. Era a consagração da medida processual de 1832 em instituto constitucional regulado em termos tão flexíveis que possibilitaram sua extensão mais além dos limites clássicos britânicos. Mas o art. 61, n.º 1 da Constituição da Primeira República aludia só ao recurso voluntário, deixando margem à dúvida quanto à competência originária do Supremo Tribunal Federal. A solução veio com a Lei n.º 221, de 1894, que, reproduzindo o Dec. n.º 848, de 1890, estatuiu o que, em linhas gerais, vigora até hoje, isto é, o conhecimento de *habeas corpus* diretamente impetrado ao Supremo Tribunal Federal, quando o coator fôr autoridade sujeita à jurisdição dêle; quando o constrangimento fôr praticado contra o juiz ou funcionário federal, ou "ainda no caso de iminente perigo de consumir-se a violência

antes de outro Tribunal ou juiz poder tomar conhecimento da espécie em primeira instância". A constitucionalidade dessa lei, à luz da Carta de 1891, resultou, não só de sua execução pacífica pelo próprio Supremo Tribunal Federal, mas do acórdão exaustivo em que a fundamentou PEDRO LESSA, em 17 de maio de 1916, no *habeas corpus* n.º 3.969.

3. A DOUTRINA BRASILEIRA DO "HABEAS CORPUS"

RUI BARBOSA, sem qualquer sombra de dúvida, conhecia perfeitamente todo tecnicismo processual inglês que a Côrte Suprema dos Estados Unidos revigorou, para proteção dos vários direitos e liberdades. Não dispôs, todavia, de meios para fazê-los adotar pelo Congresso dominado por presidentes da República, à maioria dos quais fez oposição. Nem esses presidentes concordariam em legislação que fortificasse o controle judicial sobre os seus atos, não raro afastados da legalidade.

Daí os esforços para fecundar esse controle do Supremo Tribunal Federal, quer pelo *habeas corpus*, quer por interditos de caráter possessório em defesa de direitos pessoais (ver Capítulo V, n.º 3).

Perseverantemente, em casos memoráveis, fez o Supremo Tribunal Federal construir o que hoje se designa como a "doutrina brasileira do *habeas corpus*", isto é, a sua ampliação muito mais além de sua finalidade histórica do mandamento para restauração da liberdade de ir, vir e permanecer "*ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*".

Tôdas as sutilezas dialéticas foram usadas para essa construção com base na elasticidade do art. 72, § 22, da Carta de 1891.

Veio ao encontro dêle PEDRO LESSA, em muitos pontos um inovador e que também, à maneira de HOLMES, foi o nosso grande dissidente pelos votos vencidos em controvérsias célebres, que ainda permanecem em aberto até hoje, como a indenização do dano moral.

Destarte, o *habeas corpus* no Brasil, até a reforma constitucional de 1926, além de sua função clássica, hipertrofiou-se, substituindo os *writs* de *mandamus*, de *certiorari* e outros do direito anglo-americano, que não existiam nas Ordenações, nem foram criados para vitalidade dos direitos daquele art. 72 da Côrte de 1891.

Vejamos um dos trechos da justificação do próprio PEDRO LESSA:

"A liberdade individual é um direito fundamental, condição do exercício de um sem número de direitos: para trabalhar, para cuidar de seus negócios, para tratar de sua saúde, para praticar os atos de seu culto religioso, para cultivar seu espírito, aprendendo qualquer ciência, para se distrair, para desenvolver seu sentimento, para tudo, em suma, precisa o homem da liberdade de locomoção, do direito de ir e vir. Além de inútil, fôra difícil, senão impossível enumerar todos os direitos que o indivíduo fica impossibilitado de exercer pela privação da liberdade individual: pela prisão, pela detenção ou pelo exílio. A impetração do *habeas corpus* para fazer cessar a prisão, ou para prevenir, é o que se vê diariamente. Algumas vezes, entretanto, a ilegalidade de que se queixa o paciente não importa a completa privação da liberdade individual. Limita-se a coação ilegal a ser vedada unicamente à liberdade individual, quando esta tem por fim próximo o exercício dum determinado direito. Não está o paciente prêso, nem detido, nem exilado, nem ameaçado de imediatamente o ser. Apenas o impede de ir e vir, por exemplo: a uma praça pública, onde se deve realizar uma reunião com intuítos políticos; a uma casa comercial, ou a uma fábrica, na qual é empregado; a uma repartição pública, onde tem de desempenhar uma função ou promover um interesse; à casa em que reside, ao seu domicílio".

Posso citar um exemplo do comêço da minha adolescência e que permanece em minha memória. Na campanha presidencial de 1919, entre EPITÁCIO e RUI, houve na Bahia comícios dissolvidos à bala com ferimentos de MEDEIROS NETO, SIMÕES FILHO e PEDRO LAGO. RUI, então, obteve do Supremo Tribunal Federal *habeas corpus* para ir à Bahia e permanecer com livre acesso dêle e de ouvintes ao local da conferência, que pretendia pronunciar na propaganda de sua candidatura. Tôda a força policial, inclusive guardas-civis, ficou recolhida aos quastéis e, na conferência, RUI teceu um hino ao Supremo, que assegurara a reunião pacífica e ordeira. Ouvi-a, na primeira fila do Politeama, e lembro-me do esforço dos ruistas, para que não houvesse qualquer desordem provocada pelos adversários: — "É para não perdermos a razão!" — justificavam-se.¹

¹ O h.c. n.º 4.781, em favor de RUI e seus correligionários, foi impetrado por PINTO DA ROCHA e concedido a 2-4-1919, tendo o S.T.F. telegrafado ao governador ANTÔNIO MONIZ e ao juiz federal PAULO FONTES, determinando-lhes prestação de garantias aos pacientes, no sentido de ser cumprida cabalmente a ordem (Resumo dos debates na Revista do S.T.F., 19/117).

Mas, como acontece sempre no Brasil, o exagêro seguiu-se ao uso. Houve casos de concessão da ordem para os mais extravagantes fins, como assegurar a reintegração do funcionário, publicação de artigos jornalísticos lidos da tribuna parlamentar em período de estado de sítio, e até para que estudantes concluíssem o curso pelo regime anterior, a despeito de lei que os obrigava a nôvo currículo.

Uma das mais graves distorsões do *habeas corpus* e dos interditos possessórios teve por objeto dar posse a govêrno, ou a uma Assembléia, ou a uma Câmara Municipal, que se dizia eleita, quando outra era reconhecida pelo órgão competente. Em verdade, ambas provinham da fraude eleitoral, mas uma delas fôra proclamada eleita pelos órgãos legalmente investidos da atribuição de fazê-lo. A outra, oposição local bafejada pelo govêrno da República ou do Estado, pedia a um juiz a ordem de *habeas corpus*, ou o interdito, para ter o direito de entrar nos palácios do Legislativo e Executivo. O juiz concedia a ordem e requisitava a força federal, para cumpri-la. Alguns dêsses muitos casos, então freqüentes, da dualidade de Assembléias e governadores, tiveram conseqüências trágicas, sobretudo nas derubadas encorajadas por HERMES DA FONSECA (1910-1914), em seu agitado quatriênio. Limite-me a citar o caso da Bahia, em 1912, bombardeada com uma hora de prazo, incendiados os palácios e sua preciosa biblioteca pública, fato estigmatizado pela pena de RUI no *Caim*, contra SEABRA, hoje página de antologia.

Às vezes, o presidente da República não cumpria o *habeas corpus*, como aconteceu ao concedido aos intendentês, isto é, vereadores do Rio, pelo acórdão n.º 2.990, de 25 de janeiro de 1911. A casuística é vasta, porém os escritores mais conspícuos louvam a doutrina brasileira do *habeas corpus* e registram que ela serviu para escrever certo por linhas tortas, imprimindo eficácia a várias cláusulas da Constituição, como, por exemplo, a da imunidade dos congressistas durante o estado de sítio.

O tormentoso quatriênio de HERMES parece ter sido o clímax dos desatinos governamentais com a réplica dos *habeas corpus* mais ousados e libérrimos por parte do Supremo Tribunal Federal.

VENCESLAU BRÁS (1875-1966), tendo C. MAXIMILIANO como ministro da Justiça, a partir de 1915, pacificou o país e restabeleceu a harmonia entre os Podêres, cicatrizando as feridas abertas pelo antecessor. De seu lado comprimiu as violências e ilegalidades, enquanto do outro o Supremo Tribunal Federal procurou

restringir os excessos da doutrina liberal do *habeas corpus*.² O general Taumaturgo de Azevedo, por exemplo, não o conseguiu para empossar-se no governo do Amazonas (Acórdão n.º 4.104, de 18 de outubro de 1916).

² O min. ENÉAS GALVÃO, no Rec. h.c. n.º 3.602, de 22-9-1914, em favor de NILO PEÇANHA (*Revista do S.T.F.*, 4/3) expõe "a teoria brasileira do h.c." levada ao extremo. Os votos vencidos mostram o ambiente de extrema tensão, nesse julgamento.

Com inusitada vivacidade entre ministros do S.T.F., PEDRO LESSA, no voto vencido, em notas e fora dos autos, repeliu afirmações de ENÉAS GALVÃO de que houvesse admitido *habeas corpus* para garantir a "liberdade moral" (*Revista do S.T.F.*, páginas não numeradas sob o título "Várias notícias", que abrem o vol. 5.º, de 1916). Ver nota 2 do capítulo VII, pág. 109.

— Vão aqui, a título de exemplos, alguns acórdãos publicados na *Revista do S.T.F.*, no período entre 1914 a 1920, quando se esboçou uma reação aos exageros daquela teoria:

— Caso do Ceará, h.c. ns. 3.512 e 3.513 impetrado por IRINEU MACHADO em favor do gov. MARCOS RABELO (1-4-1914, *Revista do S.T.F.*, 1-11 e 1-320).

— Concessão do h.c. em favor de membros das comissões incumbidas da organização de mesas eleitorais, para que se possam reunir e praticar os atos de sua competência, dado que o governador não tem competência de adiar eleições (Rec. h.c. número 3.662, 20-10-1914, *Revista do S.T.F.*, 3-231).

— "O h.c. é o remédio jurídico, não só para garantir a liberdade de locomoção, como também o exercício de funções eletivas. Ordem pedida para apuração de eleições municipais, pela respectiva comissão (Ac. de 5-12-1914, R. h.c. n.º 3.686, *Revista do S.T.F.*, 3-311).

— H.c. n.º 3.536, concedido a RUI BARBOSA em 6-5-1914, para que, durante o estado de sítio seus discursos no Senado pudessem ser publicados em *O Imparcial*, então dirigido por J. E. MACEDO SOARES (*Revista do S.T.F.*, 1-256, onde está reproduzido o discurso de RUI).

— Foi negada a ordem de h.c. n.º 3.539, impetrada pelo mesmo RUI em favor dos diretores, redatores, gráficos e vendedores de *O Imparcial*, *Correio da Manhã*, *A Época*, *A Noite* e *A Careta*, em 9-5-1914, vencidos P. LESSA e SEBASTIÃO LACERDA (*Revista do S.T.F.*, 1-294).

— O Acórd. de 2-8-1914 concedeu o h.c. n.º 3.609, impetrado pelo sen. RUI BARBOSA, para garantir a liberdade de imprensa a um jornalista, que o governador de Alagoas mandou chamar a palácio para "trocar idéias" acerca de notícias alarmantes sobre a Guerra de 1914-18.

— Cfr. h.c. n.º 3.556, também de RUI, em favor de J. E. MACEDO SOARES, 10-6-14, *Revista do S.T.F.*, 5-18.

— Concedido h.c. ao deputado estadual J. PROPÍCIO DA FONTOURA, que, como oficial do Exército, fôra preso disciplinarmente por ordem do ministro da Guerra (H.c. n.º 4.522, 11-5-1918 — *Revista do S.T.F.*, 1-26 e 19-528). O paciente, antes de empossar na Assembléia, fôra convocado depois da declaração de guerra (1917) para o serviço do Exército, da qual estava afastado já muito tempo. Expediu, por isso, insultuoso telegrama ao presidente da República. Meses depois, era morto à bala, quando tentava chicotear, pela segunda vez, um jornalista, que o injuriara.

— No Rec. h.c. do Dr. MANUEL REGO BARROS, decidido a 8-4-1915, o paciente queixava-se do chefe de Polícia, AURELINO LEAL, que o proibira de defender-se pela imprensa da acusação de haver substituído, como funcionário policial, um laudo de sanidade de EDMUNDO BITTENCOURT, diretor do *Correio da Manhã*. O S.T.F. decidiu unanimemente que "O remédio do *habeas corpus* é inaplicável, à guarda e defesa dos direitos de um funcionário, porventura ofendidos pela autoridade administrativa. É atentar contra o princípio da independência e harmonia dos poderes, intervir o Judiciário em questões que não tenham a forma judicial, para revogar ou obstar a aplicação legal de penas disciplinares" (*Revista do S.T.F.*, 4-61).

— O Acórd. de 17-10-1917 cassou o h.c. concedido a um senador estadual contra o ato do governador, que mandou realizar a eleição para substituí-lo, porque ele já estava ocupando a cadeira de deputado federal (Rec. h.c. n.º 4.402, do Pará, *Revista do S.T.F.*, 17-395).

— O S.T.F. cassou a ordem de h.c. concedida pelo juiz federal de Mato Grosso ao gen. CAETANO DE FARIA para exercer o cargo, tendo o acórdão a seguinte ementa: "Não se concede h.c. a favor do cidadão que renunciou o cargo de presidente do Estado e transmitiu solenemente o respectivo exercício ao interventor federal nomeado pelo presidente da República" (Rec. h.c. n.º 4.354, 22-8-1917, *Revista do S.T.F.*, 15-229). E concedeu o h.c. n.º 4.314, em 7-7-1917, ao interventor em Mato Grosso, CAMILO MOURA SOUSA, contra quem intentaram processo ou *impeachment* (Ac. de 7-7-1917, *Revista do S.T.F.*, 16-20).

— O Acórd. de 8-11-1918, com longo voto de P. LESSA em concordância com o rel. ANDRÉ CAVALCANTI, concedeu h.c. ao gen. CAETANO DE FARIA, governador de

4. A POSSE DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL E AS LICENÇAS

Em verdade, o Congresso conviveu bem com o Supremo e procurou garanti-lo contra as insolências do Poder Executivo àquele tempo. Já vimos como o senador João BARBALHO, o constitucionalista clássico, levou o Senado a repelir as nomeações de médico e generais para ministros. Ele mesmo teve a iniciativa da lei que libertou o presidente do Supremo Tribunal Federal do dever de tomar posse perante o presidente da República, evitando assim que se repetisse o episódio da protelação dêsse ato por parte de FLORIANO.

Os ministros requeriam licenças ao Congresso. Alguns anos depois, êste aprovou lei determinando que o próprio Supremo Tribunal Federal concedesse licenças, nos casos permitidos, aos seus membros (Ver nota 4, pág. 26).

Mato Grosso, para livrar-se de *impeachment* com que o ameaçou a Assembléia Legislativa (h.c. n.º 4.116, *Revista do S.T.F.*, 19-7).

— Resolvido pelo Congresso um caso de dualidade de governo em um Estado da União, ao S.T.F. não é facultado conceder ordem de *habeas corpus* em oposição a êsse ato do Congresso (h.c. do Amazonas, n.º 4.384, unân., impetrado pelo gen. TAUMATURGO DE AZEVEDO e cel. BACURI, 29-9-1917, rel. P. LESSA, *Revista do S.T.F.*, 15-232).

— O Acórd. de 19-8-14, no Rec. h.c. n.º 3.599, confirmou a denegação da ordem pedida por juiz ameaçado de transformações da comarca com alegada lesão de seus direitos (*Revista do S.T.F.*, 3-144). No mesmo vol, pág. 153, R. h.c. n.º 3.610, repelindo o pedido para evitar pagamento de impostos).

— Idem, denegado o h.c. a juiz, cuja remoção foi tornada sem efeito pelo governador (R. h.c. n.º 3.684, 9-12-1914, *Revista do S.T.F.*, 3-386).

— Concessão de h.c. a juiz, cuja nomeação fôra anulada pelo governo. Voto vencido de EDMUNDO LINS sustentando a inidoneidade do h.c. para o fim, tanto mais quanto a nomeação fôra contrária à lei (h.c. n.º 4.954, 24-5-1919, *Revista do S.T.F.*, 21-31).

— Denegação a prefeito para exercer o cargo (h.c. n.º 5.090, 5-7-1919, rel. E. LINS, voto longo de P. LESSA, *Revista do S.T.F.*, 21-34).

— Concessão contra remoção de juiz (h.c. n.º 4.743, 25-1-1919, *Revista do S.T.F.*, 21-246).

— Denegação do h.c. n.º 5.419, pedido pelo Cons. RUI BARBOSA em favor de candidato a prefeito da Bahia, cuja legislação estabeleceu nomeação dos intendentes da Capital. Votos vencidos de P. LESSA, G. NATAL, SEBASTIÃO LACERDA e E. LINS. Nesse julgamento, P. LESSA declarou que nunca opusera limites regimentais de tempo a RUI, que teve prorrogação contra o voto isolado de HERMENEGILDO DE BARROS (*Revista do S.T.F.*, 21-362). Cfr. com h.c. n.º 3.865, de 6-11-1915, *Revista do S.T.F.*, 21-447, sobre a mesma tese).

— Denegação a pedido de juiz contra mudança da sede da comarca (h.c. n.º 5.443, *Revista do S.T.F.*, 21-557).

— O S.T.F. indeferiu o h.c. n.º 4.104, impetrado por CLÓVIS BEVILÁQUA e RUI em favor do gen. TAUMATURGO DE AZEVEDO e cel. F. BACURI, trazendo o acórdão de 18-10-16 a seguinte ementa: "Não se conhece de *habeas corpus* destinado a resolver uma situação exclusivamente política, fora da competência do Poder Judiciário. — O *habeas corpus* impetrado com fundamento no art. 45 do Dec. n.º 848, de 1890, que se refere a constrangimento ou ameaça de constrangimento, contra a liberdade do cidadão, não pode estender a sua ação até o ponto de dirimir questões de organização constitucional dos Estados". (*Revista do S.T.F.*, 16-13).

— "Aprovada pelo Congresso a intervenção no Estado e dissolvida a Assembléia — fato de que teve conhecimento o Congresso — ao Judiciário cabe somente acatar o ato" (H.c. n.º 3.688 — Caso do Ceará — 12-12-14, P. LESSA, rel. — *Revista do S.T.F.*, 5-525).

— Houve até pedido de h.c., naturalmente indeferido, para garantir à mãe a posse de filhos ilegítimos (H.c. n.º 4.453, 19-12-1917, *Revista do S.T.F.*, 14-11-) e para que não se anulassem um processo crime (H.c. n.º 4.371, 8-9-17, *Revista do S.T.F.*, 14-14). E também para exhibições teatrais de peças estrangeiras traduzidas sem autorização dos autores (H.c., n.º 5.158, *Revista do S.T.F.*, 20-134).

5. O FIM DA DOCTRINA BRASILEIRA DO "HABEAS CORPUS"

Coube ao presidente ARTUR BERNARDES, homem íntegro, mas reacionário e dotado de vontade férrea, a iniciativa da reforma da Constituição de 1891 entre 1925 e 1926. Seu principal colaborador foi o então deputado HERCULANO DE FREITAS (1865-1926) e que deu o parecer sobre as emendas de 3 de setembro de 1925. Veio a ser, mais tarde, ministro do Supremo Tribunal Federal. Seu centenário comemorou-se em 25 de novembro de 1965. Afirma-se que FRANCISCO DE CAMPOS, também deputado por Minas àquela época, teria sido o representante do pensamento de BERNARDES naquela reforma, que logrou vencer a obstrução dos oposicionistas e liberais.

A campanha presidencial de 1921-22 foi das mais apaixonadas na história republicana, degenerando para a agitação dos quartéis. Serviu-lhe de estopim o episódio das cartas falsas atribuídas ao candidato mineiro pelo *Correio da Manhã*. A prisão do ex-presidente MARECHAL HERMES DA FONSECA, seguiu-se o levante de 5 de julho de 1922, celebrizado pela página heróica dos 18 de Copacabana. EPITÁCIO levava tudo a ferro e fogo, como quase um século antes FEIJÓ recomendara a CAXIAS.

Isso tudo deveria ter influído no espírito do presidente BERNARDES, desejoso de fazer prevalecer a autoridade a qualquer custo, enquanto se reproduziam os movimentos de rebeldia na Esquadra e no Exército, em 1923 e em 1924.

Um dos pontos ardentemente alvejados por BERNARDES era reduzir o *habeas corpus* ao papel clássico de defesa da liberdade física, apenas, isto é, o direito de ir, vir e ficar, sem quaisquer elásticos. A isso, opunha o deputado CLODOMIR CARDOSO que, então, protegeria só a vagabundagem.

É verdade que o presidente da República, na mensagem inaugural de 3-5-24, acenava com outros *writs*, à maneira americana para sucedâneos do *habeas corpus*:

"É tempo de fixar os limites do instituto, criando-se ações rápidas e seguras, que o substituam nos casos que não sejam de legal constrangimento ao direito de locomoção e à liberdade física do indivíduo".

JOÃO MANGABEIRA, relator-geral, sustentou a redação do governo contra emenda que na opinião d'ele manteria "a situação atual, à doutrina PEDRO LESSA".

Afinal, o § 22 do art. 72 da Carta de 1891, depois de 1926, passou a vigorar em termos que mataram a chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*:

"Dar-se-á *habeas corpus*, sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção".

Mas o governo, senhor da maioria parlamentar, não se empenhou na votação rápida da lei que traria os remédios processuais para garantia dos direitos que o *habeas corpus* já não protegia.

Só alguns anos depois viria o mandado de segurança, assunto que ficará para o próximo capítulo.

É de mencionar-se o livro *História e Prática do "habeas corpus"*, com que PONTES DE MIRANDA, então com 23 anos, estreou nas letras jurídicas em 1915. Foi a primeira obra sistemática publicada no Brasil sobre o instituto e, possivelmente, como quer o seu eminente autor, deveria ter influído para robustecer a investida de ARTUR BERNARDES contra os abusos que medraram à sombra do velho *writ*, em sua aclimação ao Brasil.

Não cabe aqui conjecturar acerca da influência da reforma reacionária de 1926 sobre os destinos da República Velha que, à maneira brasileira, tinha na interpretação libérrima do Supremo Tribunal Federal, uma válvula de desfôgo contra o autoritarismo do regime presidencial. O resultado foi a revolução de 1930, para a qual o próprio presidente BERNARDES contribuiu.

6. O LIBELO DE JOÃO MANGABEIRA

Dois anos antes de findar-se o Estado Novo de VARGAS, quando a entrada dos Estados Unidos na guerra já prognosticava o desfecho de 1945, JOÃO MANGABEIRA publicou RUI, o *Estadista da República*, no qual, depois de referir-se ao apostolado do maior dos brasileiros, seu Mestre, para o predomínio da Constituição e para a democratização efetiva do regime político de 1891, escreveu o mais terrível libelo dirigido, em qualquer tempo, contra o Supremo Tribunal Federal.

"O órgão que, desde 1892 até 1937, mais faltou à República não foi o Congresso, foi o Supremo Tribunal Federal. Grandes culpas teve, sem dúvida, o primeiro. Teve, porém, dias de resistência, de que saiu vitorioso ou tombou golpeado".

Historia os dias de glória e denôdo do Congresso, inclusive na resistência à totalidade da reforma de ARTUR BERNARDES. Em contraste à crítica permanente ao Congresso, afirma, e é verdade, que o Supremo Tribunal Federal foi sempre poupado e cortejado.

"Todavia — continua ele — nos dias de perigo, tôdas essas muralhas de aço não bastavam para resguardar de fraqueza a maioria judicante.

"O órgão que a Constituição criara para sua guarda suprema, e destinado a conter, ao mesmo tempo, os excessos do Congresso e as violências do governo, a deixava desamparada nos dias do risco ou de terror, quando, exatamente, mais necessitada estava ela da lealdade, da fidelidade, e da coragem dos seus defensores".

Teria razão o brilhante e admirável jurista e parlamentar baiano? A doutrina brasileira do *habeas corpus* parece provar exatamente o contrário. O Supremo Tribunal Federal, por meio de construção, supriu a falta de leis, que amparassem todos os direitos e liberdades. Lentamente, pelo velho processo do erro e correção do erro, o antigo Supremo estabeleceu o sentido da Constituição e cortou asas às várias tentativas de o Executivo tripudiar sobre ela e sobre as franquias dos cidadãos.

JOÃO MANGABEIRA, que conheci de perto e até hoje muito admiro, cometeu dois grandes pecados contra a vida democrática.

No governo do presidente BERNARDES, apoiando-o, não pôs seu talento e combatividade para conduzir a maioria à votação das leis que possibilitariam ao Supremo Tribunal a proteção dos outros direitos, não enquadrados no de locomoção e de liberdade física do indivíduo.

E foi sempre um presidencialista até enragé o fim da vida, quando não obstante já alquebrado, prestou sua inestimável colaboração ao regime parlamentarista. Os nossos males políticos, em grande parte, provêm do próprio regime presidencial. Mas esse é problema diverso, político, puramente político, em que pèse a sua forma jurídica.

7. O TESTAMENTO DE STRAFFORD

Ninguém pense que a Côrte Suprema dos Estados Unidos tem sido sempre uma fortaleza inexpugnável, contendo o Governo sob o fogo de suas couraças, como JOÃO MANGABEIRA queria o nosso Supremo. Já vimos aqui, como MARSHALL, ameaçado pelo *impeachment* de CHASE, quis negociar com JEFFERSON e abandonar-lhe as mãos o poder de controle judicial, moderadamente usado em relação à União em seu tempo. E vimos também a "virada a tempo que salvou os nove velhinhos", em 1937, quando F. D. ROOSEVELT atacou de frente a Côrte.

O problema se revela tão político quanto política é qualquer sociedade humana juridicamente organizada, e consiste no equilíbrio ótimo entre a autoridade, fonte da ordem e garantia de cada um, e a liberdade, ideal de todos, embora haja quem pense que a ela os homens preferem a igualdade.

É certo que a Côrte Suprema tem sido criticada por suas tentativas tímidas de construção no sentido da ampliação do *habeas corpus*, permitindo nêle, reapreciação da prova de fatos. Mas ela já confirmou a condenação dum demagogo, pelo crime de perturbação da ordem e da paz pública, porque, depois de insultos às autoridades locais e ao presidente da República, agitou os negros à rebeldia (*Feiner vs. N.Y.*, de 1951, 430, U.S., 315).

B. SCHWARTZ, em sua monografia sobre a Côrte depois da *constitutional revolution* de 1937, que lhe tirou a pugnacidade contra o Congresso e o presidente, abre o capítulo sobre os direitos individuais com as palavras de defesa do Conde STRAFFORD, ministro de CARLOS I, perante a Câmara dos Lordes, que o fez degolar por *Act of Attainder* do Parlamento inglês, sob acusação de ilegalidades contra os cidadãos para servir ao rei:

"Deus, Sua Majestade e a minha consciência e todos quantos conheceram de perto meus últimos pensamentos e opiniões, podem testemunhar que sempre inculquei que a felicidade dum Reino consiste no justo equilíbrio da prerrogativa do rei e da liberdade do súdito: e essas coisas nunca irão bem enquanto não marcharem mano a mano juntas".

É, na linguagem da época vetusta, o insolúvel problema da liberdade e da autoridade, que só se resolve até certo ponto onde cidadãos e governantes afinem pela mútua tolerância.

Eis o que tem faltado ao Brasil.

CAPÍTULO V

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS NÃO DEFENDIDOS PELO "HABEAS CORPUS"

SUMÁRIO:

1. O problema processual da defesa dos direitos não protegidos pelo *habeas corpus*.
2. Os *writs* americanos.
3. A tentativa dos interditos possessórios.
4. Os pródromos do mandado de segurança.
5. O silêncio da Carta de 1937.
6. A Constituição de 1946.
7. A Lei Gilberto Valente.
8. Na Argentina.
9. O recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal.

1. O PROBLEMA PROCESSUAL DA DEFESA EFETIVA DE DIREITOS NÃO AMPARADOS PELO "HABEAS CORPUS"

No capítulo anterior ocupamo-nos da expansão do *habeas corpus*, que, na evolução do Direito brasileiro, foi alçado da condição de simples medida processual, introduzido pelo Código de Processo Criminal de 1832, à posição de instituto constitucional básico.

Vimos, também, como se criou, prosperou e, por fim, desapareceu, em 1926, a doutrina brasileira do *habeas corpus*, que o hipertrofiou fecundamente, transformando-o em instrumento de defesa de outros direitos não compreendidos no de locomoção, para correção de abusos e desvios do poder ou dos atos ilegais das autoridades, chegando até ao extremo de empregar-se para soluções de casos puramente políticos.

Por essas vicissitudes, passou, até certo ponto, a jurisprudência norte-americana, e delas ainda não saiu de todo a Corte Suprema da Argentina, onde ainda não existia até há bem pouco tempo, remédio judicial tão expedito e eficaz quanto o nosso mandado de segurança.

Desde que ficamos presos às tradições processuais do Império, que, por sua vez, eram, em grande parte, fiéis às Ordenações e aos praxistas de Portugal, não tínhamos meios rápidos de defesa do indivíduo contra a ilegalidade do Poder Público. O maior progresso no direito adjetivo, durante a fase monárquica, foi o Regulamento n.º 737, para as causas comerciais. Na órbita da justiça federal, estabeleceu-se, por Lei n.º 221, de 1894, a ação sumária para declaração de nulidade de atos administrativos.

De acôrdo com a Constituição de 1891, que entregara aos Estados-membros a competência de legislar sôbre Direito adjetivo, êles elaboraram seus Códigos de Processo em moldes clássicos. Inovadora, até certo ponto, foi a Bahia, cujos Códigos de Processo Civil e Penal de 1915, pela mão de obra de EDUARDO ESPÍNOLA, receberam forte influxo das modernas Ordenações Processuais da Alemanha e da Áustria. Mas essa influência, boa sob muitos pontos de vista, não se exerceu, nem se podia exercer para a defesa eficaz de direitos contra as autoridades, pois não existiam nas monarquias semi-autoritárias da Alemanha e da Áustria anteriores à Primeira Grande Guerra.

Diante da omissão dos legisladores, o Supremo Tribunal Federal deu a já conhecida amplitude ao *habeas corpus* e essa solução realística, por sua vez, tornou menos urgente a criação de remédios processuais quer pelo Congresso para as causas federais, quer pelas Assembléias Legislativas, para tôdas as outras.

2. OS "WRITS" AMERICANOS

Já me referi, por vêzes, ao escasso conhecimento dos meandros do direito norte-americano nos albores da República. Uma coisa era lei — a Constituição de 1787, o *Federalista*, e o resumo de alguns Acórdãos famosos da primeira metade do século XIX; outra, penetrar-se nos pormenores processuais, que pela *common law* e pela *equity*, deitavam raízes no velho e casuístico direito inglês dos séculos anteriores e estavam em plena evolução quando deliberaram os constituintes de 1890-91.

Os magistrados do Supremo Tribunal Federal, no primeiro decênio, não estavam familiarizados com êsses estudos, já que tinham o espírito voltado para a Europa, como a maioria dos brasileiros cultos daquele tempo. Na Casa de RUI BARBOSA, conserva-se o cartão em que o velho Cons. BARRADAS, antes de aposentar-se no Supremo Tribunal, pedia a RUI o nome do livro de MILLER sôbre a Constituição dos Estados Unidos, pois pretendia importá-lo de Nova York.

assim, as queixas das autoridades estaduais, que se sentiam coarctadas pelos mandados expedidos por juizes federais.

A ação declaratória, para o mesmo fim, teve incremento depois de 1918, provocando estudos do Congresso Internacional do Direito Comparado por obra dos professores E. BORCHARD, CHIOVENDA e ROSEMBERG, seguidos mais tarde por MAYNARD. A princípio, só os tribunais Estaduais a admitiam para esse fim. Depois de 1934, uma lei do Congresso a estendeu aos Tribunais Federais.

São relativamente freqüentes, nos Estados Unidos, os *constitutional test cases*, — demandas simuladas ou pelo menos adrede arquitetadas, a fim de provocar-se o pronunciamento da Corte sobre a constitucionalidade duvidosa duma lei.

Data dos tempos de WASHINGTON, quando em vão tentou obter o pronunciamento da Suprema Corte sobre a legitimidade dum tratado, a doutrina de que ela só decide em caso concreto, sem pronunciar-se sobre a lei em tese, nem assumir função consultiva. A doutrina, que vem dos remotos tempos de MARSHALL, no Acórdão *Cherokee Nation vs. Georgia*, de 1831, foi reafirmada cabalmente em *Muskrat vs. US.* (219 US. 346, 250, de 1911). Por outras palavras, a Corte, não é órgão revisor das leis do Congresso, mas apenas ampara o direito do cidadão por elas ofendido, garantindo-o, e só a ele, contra os efeitos de tais leis.

— Vai aqui o reparo: — o Direito americano não conhece até hoje algo semelhante à representação dos arts. 11, § 1.º, c, da Constituição de 1967, a cargo do procurador-geral da República, para declaração de inconstitucionalidade de leis estaduais, mediante processo direto e discussão do diploma em tese, matéria regulada, hoje, do ponto de vista processual, pela Lei n.º 4.337, de 1.º de junho de 1964. Nem muito menos, a recente representação para declaração de inconstitucionalidade de leis do Congresso (Emenda n.º 16, que deu nova redação ao inciso k do art. 101, I, da Const. de 1946; e art. 114, I, I, da Const. de 1967).

Daí variações da Corte Suprema dos Estados Unidos sobre as possibilidades da ação declaratória. Todavia, a admissão desse processo, sempre que contenha uma controvérsia real e não hipotética, foi assentada no Acórdão *Nashville e St. Louis, Railway vs. Wallace* (288 US., 249, 264, 53 SC 345, 347, de 1933). O autor acima citado conclui que "toda declaração de inconstitucionalidade é essencialmente uma sentença declaratória".

3. A TENTATIVA DOS INTERDITOS POSSESSÓRIOS

Essas peripécias da jurisprudência norte-americana explicam, até certo ponto, idênticos embaraços no Brasil, para tornar-se

efetiva a proteção dos direitos individuais contra abusos das autoridades.

Como nos Estados Unidos, Rui tentou dar nova utilização aos meios processuais expeditos, clássicos de proteção enérgica e imediata a direitos assegurados pelas leis civis, indicando para isso os interditos possessórios, como a reintegração e o interdito proibitório. Escreveu, em 1896, artigos no *Jornal do Comércio*, reunidos num pequeno volume *Posse de Direitos Pessoais* em 1900, nos quais sustenta a doutrina de que os interditos, pela evolução sofrida do Direito Romano ao Canônico e deste ao lusitano, eram idôneos para amparo não apenas dos direitos reais, como o domínio e as servidões, mas também dos direitos pessoais. A proteção possessória não seria restrita à coisa corpórea, senão também à incorpórea e intangível.

A posse do direito de cobrar um tributo ou de exercer um cargo ou função era também susceptível da proteção dos interditos, se o titular fôsse ameaçado ou despojado dela. Invoca trechos dos velhos praxistas portugueses, como CORREA TELES e ALMEIDA e SOUSA contra TEIXEIRA DE FREITAS, do mesmo modo que atira VON IHERING contra SAVIGNY, a quem qualifica reverentemente de "vulto descomunal". Recolheu em PEGAS velhos ares dos portugueses do século XVII em que foram concedidos interditos para restituição da posse de um ofício judicial esbulhado pelo corregedor; para manutenção dum procurador destituído pela Câmara de Santarém ou para a dos ordenados de 40 mil réis do correio-mor, ou ainda de um abade, para assistir à missa pelos defuntos em certa igreja e de outro expor privativamente o Sacramento.

Catou ainda três julgados brasileiros de 1873, 1887 e 1888, o primeiro dos quais de José HIGINO, em que foram concedidos interditos a titulares de direitos pessoais e, além disso, um parecer de LAFAYETTE no sentido de caber mandado proibitório em favor duma loteria estadual ameaçada por tributo estadual e fechamento violento, fundando-se o grande civilista no art. 13, § 10, da Lei n.º 221, de 1894.

A Lei n.º 3.185, de 1904, consagrou os interditos possessórios em favor dos contribuintes contra impostos interestaduais e intermunicipais. Mas o Supremo Tribunal foi sempre infenso à extensão dos interditos e outros casos não legalmente expressos.¹

¹ O Acórd. 9-1-1915, no Agr. inst. n.º 1.866, negou as medidas possessórias pedidas por loteria contra autoridade que a intimara a sustar a venda de bilhetes, pois lhe cabia a ação do art. 13 da Lei n.º 221, de 1894 (*Revista do S.T.F.*, 3-468).

— "O interdito proibitório, que visa unicamente a garantir a posse das coisas corpóreas ou quase-posse dos direitos reais, não é admissível para garantir direito meramente pessoal, como seja o exercício de função comercial; nem tampouco, é meio idôneo para anular lei municipal, cuja infração dá lugar a multas" (Ag. pet. n.º 2.588, unân.,

4. OS PRÓDROMOS DO MANDADO DE SEGURANÇA

Desde que a reforma constitucional de 1926 pôs termo à doutrina brasileira do *habeas corpus*, de RUI e PEDRO LESSA, de sorte que já não socorria mais o direito-escopo, mas só o de locomoção, ficaram sem guarida, no Supremo Tribunal Federal e nos demais Tribunais brasileiros, os pedidos de resguardo judicial contra ilegalidades e abusos de poder, fora dos casos de atentado à liberdade física do paciente. O presidente ARTUR BERNARDES não fez o menor esforço para a legislação substitutiva do *habeas corpus*, a cuja necessidade se referira em mensagem ao Congresso, do mesmo modo que o fizera HERCULANO DE FREITAS ao relatar a Emenda Constitucional de 1926.

Dois ministros do Supremo, — ALBERTO TÔRRES, sugerindo, em 1914, um "mandado de garantia", a fim de desagrar direitos "lesados por atos do Poder Público, ou de particulares, para os quais não haja outro recurso especial", e EDMUNDO MUNIZ BARRETO, no Congresso Jurídico de 1922, defendendo a introdução do "amparo" mexicano, — já haviam semeado as primeiras idéias sobre o assunto.

Aliás, a Lei n.º 3.185, de 11 de junho de 1904, destinada a coibir os abusos dos impostos interestaduais e intermunicipais, como já vimos, facultava o interdito proibitório e a manutenção de posse aos contribuintes ameaçados de cobrança desses tributos inconstitucionais. Repare-se que esse diploma, resultante do projeto SERZEDELO CORREIA, foi a primeira lei federal nossa, que, regulando o comércio interestadual, disciplinou tributos estaduais tendo sido julgada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em acórdão da lavra de EPITÁCIO PESSOA.

A primeira iniciativa no Congresso se deveu, logo em 1926, a GUSTEUV PIRES, com o projeto n.º 148, de 1926, discutido nas sessões legislativas seguintes pelos deputados MATOS PEIXOTO, ODILON BRAGA, MORATO, CLODOMIR CARDOSO, AGAMENON MAGALHÃES, SOUSA FILHO, SÉRGIO LORETO, AFRÂNIO MELO FRANCO e BERNARDES SOBRINHO, tendo recebido substitutivos. Sobreveio a Revolução de 1930 e foi dissolvido o Congresso, antes de votar o projeto n.º 148.

2-8-1919, *Revista do S.T.F.*, 21-482). Cfr. com os Ags. pet. ns. 2.201 e 2.202, *Revista do S.T.F.*, 14-436 e 437.

— O Acórd. de 20-4-1915, no Ag. pet. n.º 1.890, denegou interdito proibitório contra a União, para que não exigisse a uma firma a taxa de 2% sobre operações de vendas a prestações mediante sorteios (*clubs*), por não se tratar de proteção de coisa corpórea ou quase posse de direitos (*Revista do S.T.F.*, 4-35). Cfr. com Ag. pet. n.º 2.266, de 18-8-1917 (*Revista do S.T.F.*, 16-50) e 2.289, 29-8-1917 (*Revista e vol. cit.*, pág. 52).

Na Comissão do Itamarati, — aquela que elaborou o projeto que, depois de modificado, se converteu na Constituição de 1934, veio a consagrar-se o "mandado de segurança", nos termos propostos por JOÃO MANGABEIRA com colaboração de C. MAXIMILIANO e TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI. Na Constituinte de 1934, o assunto foi vivamente debatido por MAURÍCIO CARDOSO, LEVI CARNEIRO, PEDRO ALEIXO e outros.

E assim entrou o mandado de segurança pela porta da Carta de 1934, "para a defesa de direito líquido, certo e incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade", devendo seguir o rito do *habeas corpus*.

Regulou-o, mais tarde, a Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936, oriunda de projeto de ALCÂNTARA MACHADO, com a colaboração de VALDEMAR FERREIRA e de LEVI CARNEIRO.

"Os Tribunais, sem excetuar o Supremo, — depõe o insuspeito CASTRO NUNES — receberam com grandes reservas o novo instituto". E continua o douto autor:

"Daí, de tudo isso, o derrotismo com que foi recebido o novo remédio, de tão alta e eficiente inspiração, em nosso meio judiciário. Exagerou-se o risco, mais imaginário do que real, de o transformar em *panacéia para todos os males*, tabu lançado certa vez e que passou a ser repetido para justificar a sua denegação ou não conhecimento, ficando assim sem o remédio preventivo e heróico muitas situações jurídicas que o comportariam, porque restrita a indagação a uma *quaestio juris* perfeitamente solucionável sem maior esforço de prova".

"Não desconheço, como disse, o estado de perplexidade em que nos encontrou a todos o mandado de segurança".

CASTRO NUNES foi dos primeiros que traçaram alguns princípios doutrinários, para aplicação do novo remédio constitucional, numa conferência no Instituto dos Advogados.

4. O SILÊNCIO DA CARTA DE 1937

O diploma outorgado com o golpe ditatorial de 10 de novembro de 1937 se conservou silente sobre o mandado de segurança, já regulado em lei desde o ano anterior, e já utilizado algumas vezes nas principais cidades do Brasil. Nem o mencionou, nem o proibiu. A ele fizeram referência o Dec.-lei n.º 6 de 1937, e, finalmente, o Código de Processo, impondo-lhe vários limites e condições. As autoridades mais poderosas — presidente da República, ministro d'Estado, governadores e interventores, — ficaram a resguardo dele.

Excluíram-no do campo do direito fiscal, salvo quando, para cobrança do tributo, se impedisse a atividade profissional do contribuinte. Imperou, durante o Estado Nôvo, a regra *solve et repete*, aliás, observada em quase todos os países.

6. A CONSTITUIÇÃO DE 1946

Ainda que, no seio da Constituinte de 1946, avultasse o número de homens que, dum modo ou de outro, por ação ou omissão, estiveram comprometidos com a ditadura, havia, de modo geral, execração a esta. Pouquíssimos queriam repetir a experiência temerária.

Preponderava intensa desconfiança contra os abusos das autoridades. O horror à prepotência aparecia como a tônica geral dos elaboradores da Constituição. Em quase todos, palpitava a confiança no Poder Judiciário, para efetividade dos direitos e garantias restauradas.

O mandado de segurança voltou a integrar o rol das liberdades cívicas no art. 141, § 24, da Const. de 1946, cobrindo, por exclusão, todos os direitos líquidos e certos, não amparados por *habeas corpus*, se feridos por ilegalidade e abuso de poder.

A unanimidade de sentimentos, a êsse respeito, transparece da circunstância de que não houve quase debates acêrca do instituto, como se pode observar do resumo que dêles faz o precioso livro do des. JOSÉ DUARTE sôbre os trabalhos preparatórios da grande Assembléia de 1946, tão dividida acêrca de outros problemas, como o conceito de propriedade, a discriminação de rendas, o divórcio, a nacionalização de empresas, regime das concessões de serviços públicos, etc., etc.

Os Tribunais, logo depois, considerando acertadamente a eficácia imediata do § 24 do art. 141, puseram por terra as restrições que o Código de Processo Civil introduzira ao uso do mandado de segurança, quer em consideração de certas autoridades coatoras, quer quanto a certas matérias, como a tributária.

Desapareceram com o tempo as controvérsias relativas à sobrevivência da ação especial daquela Lei n.º 221, de 1894, que ainda conservava as simpatias de CASTRO NUNES, a ponto de considerá-la mais próxima do mandado de segurança do que êste em comparação com o *habeas corpus*. Ficaram também reduzidas a interesse puramente histórico as discussões quanto ao uso de interditos possessórios contra atos de autoridades, defendidos, como já vimos, em páginas eruditas de Rui, e até consagrados pela Lei n.º 3.185, de 1904, para defesa dos contribuintes contra impostos interestaduais e intermunicipais.

7. A LEI GILBERTO VALENTE

Na mesma legislatura em que se elaborou a Constituição de 1946, o deputado GILBERTO VALENTE, da UDN-Seção da Bahia, mais tarde professor da Universidade da Bahia, tomou a iniciativa de projeto para alterar as disposições do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança, restaurando e até ampliando as regras liberais da Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936.

Converteu-se na Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que ainda rege o assunto com as modificações posteriores.

Os abusos temidos pelos Tribunais, quando a Constituição de 1934 instituiu o mandado de segurança, segundo depoimento de CASTRO NUNES, já conhecido, vieram a ocorrer quando a política de restrições cambiais e alfandegárias dificultou certas importações, sobretudo a de automóveis, sujeitando-as à licença prévia. Conta-se que em certo pôrto nacional, um juiz da Fazenda Pública chegou a conceder cêrca de 700 mandados de segurança, para liberação dêsses veículos, tendo as sentenças já mimeografadas. Às vêzes, nem procuração era juntada.

Outra fonte de abusos foram as reivindicações de funcionários públicos em matéria de equiparação, reclassificação, etc.

Elas constituem o grosso dos 800 recursos de mandado, admitidos ao Supremo cada ano.

Êsses fatos levaram o Congresso a rever a Lei n.º 1.533, de 1951, restringindo a concessão das liminares.

É histórico que um presidente da República, há cêrca de 10 anos, visitou oficialmente o Supremo Tribunal Federal e proferiu longo discurso, queixando-se amargamente dos entraves que a concessão abusiva de mandados de segurança trazia a seu govêrno, porque manietava as autoridades e funcionários no desempenho de seus deveres.

Temu-se, então, pe'a sorte do instituto, que, todavia, sofreu apenas algumas limitações quanto às facilidades na suspensão liminar dos atos incriminados.

Realmente, àquele tempo, a extrema liberalidade com que alguns juizes de primeira instância concediam a liminar, retardando depois o julgamento do pedido, criava percalços terríveis à ação das autoridades, sobretudo em matéria fiscal. Desde que o impetrante não ficava sujeito a qualquer caução, nem havia efetividade para os dispositivos que impõem o julgamento dos mandados de segurança com celeridade, apenas precedida pela do *habeas corpus*, houve freqüentes casos de perda sêca da Fazenda Pública, por golpes de contribuintes, que desapareciam ou não tinham solvência, depois de definitivamente indefe-

rido o remédio na instância superior ou pelo próprio juiz, que concedera a liminar. Não raro, as partes não preparavam os feitos, nem lhes promoviam o andamento, porque o objetivo fôra apenas a liminar.

Por outro lado, o congestionamento crônico dos juízes singulares e dos Tribunais fêz com que só anos depois passassem em julgado decisões sobre mandado de segurança.

Num país, como o nosso, em que de ânimo leve, se passa vertiginosamente de zero ao infinito, esquece-se a lição da História: o exagêro, às vezes, pode fazer o retrocesso do infinito a zero. O golpe de morte vibrado pelo presidente BERNARDES, em tempos relativamente normais e por emenda constitucional, à doutrina brasileira do *habeas corpus* deve servir de advertência a quantos, sobretudo os juízes, possam concorrer para a desvirtuação do instrumento judicial magnífico, que é o nosso mandado de segurança.

É de todo desejável que a Constituição seja reformada no sentido de só permitir-se o recurso ordinário do mandado de segurança quando fundado em violação da Constituição ou de lei federal. E o legislador ordinário fêz bem em determinar que êsses recursos se processassem na forma do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, como desde o Código de Processo Civil se faz com os recursos extraordinários. Os relatores poderiam repelir *in limine* os recursos destituídos de fundamento. É, aliás, o que consagrou o art. 115, parágrafo único, c da Constituição de 1967.

8. NA ARGENTINA

Devemos ter, aliás, justo orgulho pela criação do mandado de segurança, porque, parece-me, se reveste de eficácia prática e rito expedito não alcançado pelos *injunctions* ou *writs* norteamericanos, como o *mandamus* ou o *certiorari*, para só falar nos mais usados contra os atos administrativos. É mais potente do que o "amparo" mexicano, inspirador dos introdutores dessa medida no Brasil.

A Argentina, de instituições tão semelhantes às nossas e às dos Estados Unidos, até há pouco não possuía algo de processual que se pudesse comparar à eficiência do mandado de segurança, tal como vigora no Brasil. Lá, a Corte Suprema construiu a defesa da Constituição e da unidade do Direito Federal por meio do recurso extraordinário, que é designado por êsse nome, como no Brasil. Só recentemente adotou o "amparo" (Ver Apêndice).

O Dr. ROBERTO PECACH, no estudo *Los modos de iniciación del contralor judicial de la constitucionalidad de las leyes en la República Argentina*, escrevia em 1939:

"En nuestro país no existen los modernos medios de iniciación del contralor judicial de la constitucionalidad de las leyes a que se refiere M. GEORGE H. JAFFIN, en su trabajo que precede al nuestro, a saber: la *injunction* (procedimiento de equidad) en el procedimiento de las "sentencias declaratorias".

"Nadie osaria acudir a un Tribunal entre nosotros para obtener una *injunction* contra un funcionario público fundado en que pretende aplicar una ley inconstitucional. No existen entre nosotros sino contados medios, y casi todos largos y difíciles, para obtener reparación del perjuicio ya ocasionado con motivo de la acción ilegal de los funcionarios públicos.

"Para impedir tal acción los medios son rudimentarios y llenos de dificultades. Aparece siempre, si de impuestos o tasas se trata, el tradicional principio latino *solve et repete*, y si se trata de procedimientos tendientes a salvaguardar la higiene, seguridad y moralidad pública, no se conceden usualmente recursos contra los actos del Poder Administrador sino a posteriori, cuando la medida ya se ha ejecutado".

O grande mestre do Direito Tributário Argentino, C. M. GIULIANO FOUROUGE, comentando o nosso mandado de segurança, reconheceu-o como admirável meio de defesa dos direitos e garantias, inclusive em matéria fiscal (Ver Apêndice).

9. O RECURSO ORDINÁRIO PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ponto nada despidiendo, na Constituição de 1967, incólume também no Ato Institucional n.º 2 e na Emenda n.º 16, de 1965, é a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar recurso ordinário, voluntário, contra as decisões denegatórias de mandados de segurança, qualquer que seja a autoridade coatora e por mais ínfimo que seja o valor da causa.

Em contraste, o Poder Público, contra o qual fôr confirmado o mandado de segurança, dispõe apenas do recurso extraordinário nos casos taxativos do art. 114, III, da Constituição, quando houver violação de direito federal ou discrepância de julgados.

Se o prefeito do mais recôndito município do Acre vence o impetrante dum mandado de segurança, êste conseguirá sem-

pre uma revisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que para apreciar a interpretação e a justiça na aplicação das posturas municipais.

Por isso mesmo, pensam alguns que não deveria caber êsse recurso ordinário, de sorte que impetrante e coator só alcançassem o Supremo Tribunal Federal, pelo extraordinário, mediante demonstração da existência de questão de direito federal.

Os tribunais de Justiça dos Estados diriam a última palavra sobre a interpretação do direito local e da justiça de sua aplicação. E o Tribunal Federal de Recursos, nas causas federais.

Com isso, argumentam, o Supremo Tribunal Federal seria descongestionado de alguns milhares de recursos por assuntos relativamente irrelevantes.

No espírito dos constituintes de 1946 e 1967, preponderou o sentimento de que o mandado de segurança, como remédio para tôdas as lesões dos direitos e garantias, deveria ter recurso ordinário facilitado para o Supremo, do mesmo modo que o *habeas corpus*.

Procurou-se corrigir o abuso, cometendo-se ao próprio Supremo em seu Regimento Interno o encargo de regular o recurso de mandado de segurança, à maneira do que fez o Código de Processo Civil em relação ao recurso extraordinário. Isso permitirá ao relator do feito indeferir *in limine*, o processamento, quando intempestivo, inepto, contrário à jurisprudência preponderante e consagrada na *Súmula*.

Centenas de recursos, como p. ex., sobre automóveis importados, selos em contratos com autarquias, lista III do Gatt, etc., congestionaram as pautas, depois que a jurisprudência já se fixara mansa e torrencial.

Certa vez, expliquei a jovem jurista americano o funcionamento do nosso mandado de segurança e do recurso ordinário para o mais alto Tribunal do País, — o correspondente à Corte Suprema dos Estados Unidos. Perguntou-me, então, quanto gasta o recorrente para ser ouvido pelo Supremo Tribunal e caiu das nuvens com a resposta:

— Um dólar a dois, em média, se tanto...

Não é provável que qualquer País, no mundo culto, assegure mais expedito, eficaz e barato remédio aos direitos e garantias feridos ou ameaçados por ilegalidade ou abuso de poder.

— Um reparo final: — o art. 150, § 21 da Constit. de 1967 reproduz o § 24 do art. 141 da anterior, mas introduziu o adjetivo *individual* para qualificar o direito a ser protegido pelo mandado de segurança.

CAPÍTULO VI

VIGIA DA UNIDADE DO DIREITO NACIONAL

SUMÁRIO:

1. A uniformidade na interpretação do Direito Federal.
2. As Côrtes de Cassação.
3. A supremacia do Direito Federal nos Estados Unidos.
4. O recurso extraordinário argentino.
5. As representações ao Supremo Tribunal Federal contra leis inconstitucionais em tese.
6. O Senado e o art. 45, VI da Constituição.
7. O papel da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

1. A UNIFORMIDADE NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO FEDERAL

A tarefa cometida a um Tribunal de manter a uniformidade na interpretação e na aplicação do Direito em vigor no país nem é nova nêle, nem exclusiva dos Estados Federais, embora nestes assuma relêvo e importância maiores e especiais.

Em alguns países da Europa, como a França, até mesmo depois da perfeita formação do Estado nacional, cada região obedecia aos costumes locais, sedimentados na Idade Média. Um dos méritos do Código de Napoleão residiu em fundir êsses vários Direitos locais num sistema uno e lógico, que substituiu o Direito escrito, de raízes romanas, no sul, e do direito costumeiro, de raízes germânicas, no Norte da França. Os escritores computaram nesse país cêrca de 300 costumes locais ao lado de 60 costumes regionais. VOLTAIRE dizia que, quando se viajava pela França, mudava-se mais freqüentemente de leis do que de cavalos. Aliás, ainda hoje, na França, há normas especiais para a Alsácia-Lorena, por motivos históricos.

O Brasil usufruiu a vantagem de herdar um direito que, em sua maior parte, estava escrito e codificado, antes mesmo da descoberta de CABRAL. Mas a jurisprudência das Relações em longínquos pontos do território e a incessante evolução dos costumes tenderiam à erosão dos códigos ou Ordenações. Não