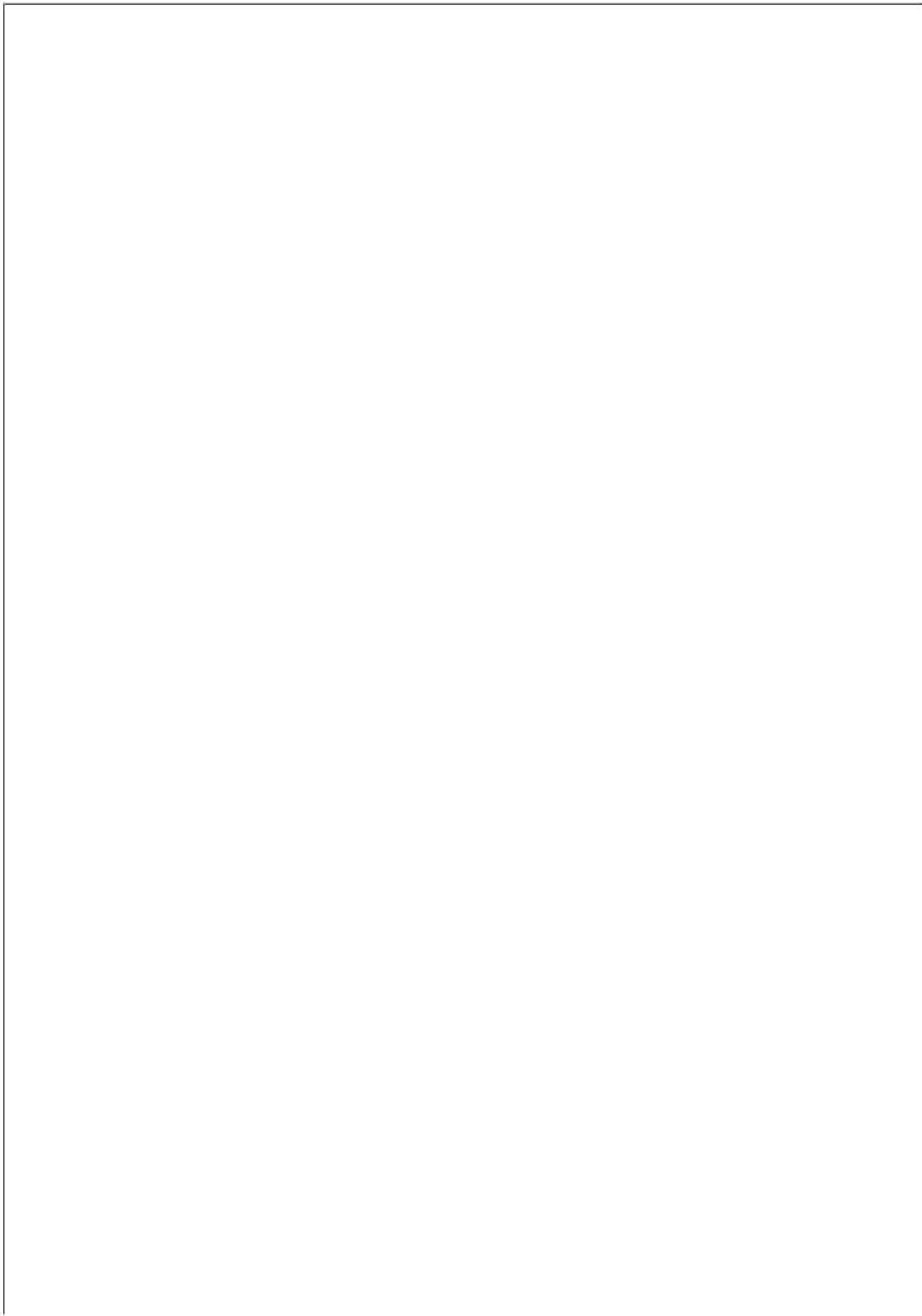


ENSAIOS



Presépios e Menorás na Justiça

Em *A Vida de Galileu*, de Bertolt Brecht, é travado o seguinte diálogo:

Sagredo:¹ E onde está, pois, Deus?

Galileu: Eu sou teólogo? Sou matemático.

Sagredo: Antes de tudo, tu és um homem. E eu te pergunto, onde está Deus em teu sistema de mundos?

Galileu: Em nós, ou em lugar algum!" (*Die Stuecke von Bertolt Brecht in einem Band* Surhkamp Verlag, S. 502).

A nossa primeira constituição republicana, sobretudo graças a Rui, tomou como postulado a separação entre a Igreja e o Estado, a exemplo da Constituição norte-americana.

Em 1869, no teatro *Phenix Dramatica*, no Rio de Janeiro, Gaspar Silveira Martins já havia dito, a propósito de liberdade de religião, frase que ficaria célebre: "que cada um vá ao céu pelo caminho que escolher" (Jacques, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 332).

A Constituição de 1891, em seus arts. 2.º, item 3.º, e 72, § 3.º, separou definitivamente o Estado da Igreja. Cada um que professasse a religião que bem entendesse.

O primeiro estatuto político possivelmente a cuidar da liberdade de religião e de seu exercício externo (culto) foi o *Bill of Rights* do Estado da Virgínia, que data de 12 de junho de 1776. Em 16 de janeiro de 1786, foi elaborado o *Estatuto da Liberdade de Religião da Virgínia*. Mais tarde, a própria Constituição americana, com a Emenda I, vedou ao Congresso "legislar no sentido de oficializar uma religião ou de proibir o livre exercício de cultos". Jefferson, que era virginiano, ao escrever a um grupo da Associação Batista de Danbury (Connecticut), procurou interpretar essa cláusula constitucional, dizendo que havia "um muro separando a

¹ Galileu homenageou seu grande amigo Giovanni Francesco Sagredo, falecido em 1620, colocando o nome dele em um dos personagens do *Diálogo sobre o Sistema do Mundo*, escrito em 1632 (cf. Hemleben, Johannes. *Galileo*. Trad. Victor Navarro Brotóns. Barcelona: Salvat, 1985, p. 81-82).

Igreja do Estado". Cooley, porém, já entendia que é dever do Estado fomentar religiões, desde que não se dê preferência a nenhuma delas (*The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*. 4th ed. Boston: Little, Brown, and Co, 1931).

Antes da proclamação da República brasileira, a Igreja Católica Apostólica Romana era a oficial. A Carta de 1824, em seu art. 5.º, garantia às outras religiões o culto, desde que realizado domesticamente. Vedava a construção de templos não católicos. Até para se ser nomeado deputado era necessário que o candidato professasse a religião católica romana art. 95, item 3.º.

Nos Estados Unidos, não obstante a luta para separar efetivamente a Igreja Anglicana do Estado, que já conta mais de 200 anos, ainda hoje pendem questões nos tribunais a respeito do tema.

A Suprema Corte, no ano que vem (1989), terá que decidir caso que eclodiu na cidade de Pittsburgh (Pensilvânia). O Tribunal de Recursos da Terceira Região (*Third Circuit of Appeals*), que abrange Delaware, New Jersey, Pensilvânia e as Ilhas Virgens, ao acolher pedido da União Americana de Liberdades Civis, proibiu costume de mais de sete anos: por ocasião das festas natalinas são colocados em prédios públicos símbolos religiosos, como presépio e menorá (candelabro sagrado hebreu).

Os autores da ação judicial argumentaram que tais exibições – presépio e menorá em prédio público – violam a separação entre a Igreja e o Estado, consagrada constitucionalmente.

A decisão judicial parece-me acertada. Não vale argumentar que há predominância populacional de cristãos e de judeus e que numa democracia deve prevalecer sempre a vontade da maioria ou majorias. Ora, a essência da democracia não está, na verdade, no predomínio da maioria, mas na possibilidade de a minoria também poder se expressar e ser ouvida. Todos não são iguais perante a lei?

Religiões de menor expressão numérica, exatamente por terem poucos seguidores, ficariam sem possibilidade de divulgação por meio de ajuda pública indireta. A história tem demonstrado que o melhor caminho ainda é o da separação total entre Igreja e Estado, pois o fundamentalismo religioso e o ateísmo (do Estado)

costumam radicalizar e tender para a intolerância. É o que tem acontecido com o fundamentalismo islâmico em países africanos e asiáticos, e com a União Soviética, onde o Estado impôs radical "propaganda ateística" e infligiu grande perseguição a quem professasse fé religiosa, embora estivesse assegurado pelo art. 52 da Constituição o "direito de professar qualquer religião ou não professar nenhuma". Mudança benéfica só veio com o advento da *Glasnost* e da *Perestróika*.²

² A palavra *Glasnost* quer dizer abertura política, liberdade de expressão. O termo *Perestróika* (*Stróika* = edificação, construção) significa reestruturação econômica. Foi a política implantada por Mikhail Gorbatchov na antiga União Soviética (cf. *Compton's Interactive Encyclopedia* – Enciclopédia Eletrônica para Windows).

Brennan: O Grande Liberal

Não é lá muito difícil traçar o perfil de cada juiz de um tribunal. De cada um sempre se pode dizer alguma coisa. Os grandes juizes, porém, se caracterizam por traços bem definidos, que refletem suas personalidades e modo de pensar através de seus votos.

Se John Marshall³ se caracterizou como o grande líder e Oliver Wendell Holmes⁴ como o grande dissidente, William J. Brennan Jr.⁵ se notabilizou como o grande liberal. Reúne as qualidades marcantes de seus dois antecessores na Suprema Corte dos Estados Unidos. Nunca se afastou de sua linha liberal. Na interpretação das leis federais e da Constituição, sempre tomou o lado dos oprimidos, das minorias raciais e religiosas e da liberdade de imprensa. Por outro lado, graças a sua capacidade de liderança, que se firmou sobretudo a partir de *Baker v. Carr* e *New York Times Co. v. Sullivan*,⁶ deixou patente seu poder de catalisar, por meio de argumentação racional, votos dispersos de seus *Brethren* de profissão.

Para surpresa geral e em particular do Presidente George Bush, que recebeu a notícia do pedido de aposentadoria de Brennan a bordo do *Air Force One*, o Grande Liberal deixa a Suprema Corte aos 84 anos de idade. Está seriamente doente. Não tem como continuar, ainda que a Nação muito dele precise.

Brennan sai como entrou: em ano de eleições. Em outubro de 1956, com a aposentadoria do *Justice Sherman Minton*,⁷ o Presidente Eisenhower foi escolher um juiz da Suprema Corte do Estado de New Jersey, que já se mostrara liberal e ferrenho opositor ao terrorismo político inaugurado pelo Senador Joseph McCarthy. Tratava-se de um democrata, de um católico romano. Mais tarde, quando interpelado por alguém se tinha cometido erros em seu governo, Eisenhower não titubeou: "Sim, dois. Ambos se acham assentados na Suprema Corte!" Referia-se a Earl Warren, ex-governador da Califórnia, e a William Brennan, que haviam sido indicados e nomeados por ele. Se ambos os *justices* contrariaram o governo, não deixaram, por outro lado, de favorecer a sociedade,

³ John Marshall (1755-1835).

⁴ Oliver Wendell Holmes (1841-1935).

⁵ William J. Brennan, Jr (1906-1997).

⁶ 369 U.S. 186 (1962).

⁷ Sherman Minton (1890-1965).

mantendo a Suprema Corte dos Estados Unidos como um dos tribunais mais expressivos e criativos do mundo.

A indicação de Brennan, então com 50 anos, para a mais alta Corte de Justiça do país, obteve aplausos de toda a população. Agora, também para espanto e apreensão geral, ele requereu sua aposentação. É um baque para os liberais e para os defensores dos direitos civis.

Não há dúvida de que a Suprema Corte sem Brennan não será mais a mesma. Aliás, dois estudiosos dos votos de Brennan, em trabalho publicado em 1984 pela *National Review*, chegaram à conclusão de que se a América de 1984 era diferente da América de 1956, em parte o grande responsável foi William J. Brennan Jr. (*The Mind of Justice Brennan: a 25-year tribute*). Só isso já basta para mostrar como será a Corte no futuro próximo.

A Constituição norte-americana – convém insistir mais uma vez –, por ser sintética e ter sido escrita há mais de dois séculos, comporta as mais díspares interpretações. Por meio de construções os juizes, através do denominado sistema difuso de controle jurisdicional, vão moldando a Constituição às exigências da vida moderna. É uma interpretação progressiva. Isso não ocorre em nenhum país do mundo de constituição rígida. É mais uma peculiaridade do sistema jurídico-político americano, que conta com o *stare decisis*, isto é, com os precedentes judiciais, como uma das fontes do direito.

O governo não se interessa muito por interpretações liberais e criativas. Prefere, é evidente, as interpretações menos ativistas, mais literais. Dai ter o Presidente George Bush buscado desenhar em largos traços o perfil do futuro substituto de Brennan: "Eu quero alguém que lá esteja não para legislar (diretamente) da Corte, mas para interpretar fielmente a Constituição."

Quantos presidentes, embora se expressando de modo diferente, já falaram a mesma coisa... O que importa é ter em mente que o juiz, ao vestir a toga, só tem um compromisso: o de interpretar as leis e sobretudo a constituição em benefício da sociedade, sem se esquecer que sua célula é o homem.

O Negro, a Suprema Corte e a Emenda Constitucional 13

Imenso é o abismo entre o mundo das normas jurídicas e o mundo da realidade. Muito se decide no plano ideal e pouco se realiza concretamente. Ninguém quer perder privilégio, ainda que à custa do sacrifício do próprio semelhante. Preconceitos são alimentados enquanto podem, enquanto rendem. Bernard Schwartz, em seu *Direito Constitucional Americano*,⁸ talvez não tenha exagerado quando disse que:

a discriminação contra o negro não podia ter um efeito tão grande sem a tolerância da ordem jurídica. Foi necessária a anuência dos tribunais para que a condição subordinada do negro se tornasse um assunto de importância extralegal.

Os jornais noticiaram que no mês de fevereiro de 1995, o Senado do Estado do Mississippi, após exatos 130 anos, ratificou a Emenda Constitucional 13, que aboliu a escravidão como instituição nos Estados Unidos. Falta, ainda, a adesão da outra casa legislativa (a *House of Representatives*, com cerca de 122 deputados).

Embora o principal alvo de tal Emenda tenha sido o negro, seu alcance foi maior, pois abrangeu a servidão involuntária, apanhando o peão mexicano e o cule chinês.

Em 1863, em plena Guerra de Secessão, o Presidente Lincoln fez uma proclamação – a *Emancipation Proclamation* – onde declarava que todas as pessoas tidas como escravas nos Estados em rebelião seriam consideradas livres. Evidentemente, tal proclamação foi um tanto inocente, pois dirigida exatamente aos inimigos. Mas, de qualquer sorte, Lincoln estava avivando leis do Congresso e regando a semente plantada pelos principais constituintes de 1787, como George Washington, Alexander Hamilton, James Madison, Benjamin Franklin e John Jay,⁹ que se opunham à escravidão, pois incompatível com as idéias que presidiram o nascimento da nova nação. Praticamente desde o início de seu funcionamento, o Congresso procurou legislar, ainda que com uma série de percalços, para os territórios que iam sendo incorporados à União e se transformavam em Estados, proibindo que neles se instalasse a *peculiar institution*. Esse era o anseio de boa

⁸ *American Constitutional Law* (título original) Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro. Forense, 1966.

⁹ John Jay (1745-1829), um dos autores de *O Federalista*, foi o primeiro presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos (1789-1795).

parte da população estadunidense, sobretudo de nortistas, e da própria Igreja Presbiteriana. Mas, difícil era vencer as barreiras criadas pela sociedade da época.

Em 1857 veio a furo o denominado Caso *Dred Scott v. Sandford*,¹⁰ julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Dred Scott era escravo de um cirurgião militar (John Emerson) no Estado de Missouri, que reconhecia a escravidão. O militar foi transferido para Fort Snelling, que ficava em território novo (hoje corresponde a Minnesota), onde o Congresso proibira a escravidão. Levou seu escravo, que então se considerou livre, pois estava em jurisdição onde era vedada a escravidão. Procurou em vão sua alforria, até tentando comprá-la. Nada conseguiu. Entrou com uma ação na justiça do Estado de Missouri. Perdeu. Mais tarde ingressou na justiça federal (*Circuit*) e recorreu para a Suprema Corte. Não teve melhor sorte. Perdeu mais uma vez, mesmo contabilizando votos a seu favor. A Corte decidiu que o Congresso não tinha poderes para impedir a escravatura, mesmo naqueles territórios incorporados à União. Por outro lado, o autor da ação, por ser negro, não tinha legitimidade ativa, pois não fazia parte do povo dos Estados Unidos, não sendo, portanto, cidadão americano. Logo, não poderia exigir direitos.

A Emenda 13, que repete quase literalmente o art. 6.º da *Ordinance* de 13 de julho de 1787, tem apenas duas seções:

1. Não haverá nos Estados Unidos, ou em qualquer lugar sujeito à sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado.
2. O Congresso terá competência para fazer executar este artigo por meio das leis necessárias.

À evidência, a Emenda não necessitava de nenhuma regulamentação. Valia por si mesma, sobretudo se interpretada conjuntamente com as Emendas 14 e 15.

A Suprema Corte, ao longo dos anos, foi sendo forçada a interpretá-la extensivamente a fim de acabar com as *Jim Crow laws*,¹¹ com os *Black Codes*, um conglomerado de leis e costumes que proibia o negro de frequentar determinadas tavernas, teatros, escolas, hospedarias, de adquirir livremente imóveis e de se utilizar de transportes reservados ao branco.

¹⁰ 19 Howard 193 (1857).

¹¹ *Crow* é gralha (corvo). Acredita-se que a expressão *Jim Crow* tenha vindo de uma canção afro-americana (cf. *Compton's interactive encyclopedia – Enciclopédia Eletrônica para Windows*).

Em 1873, no *Slaughter House Cases*,¹² a Suprema Corte decidiu:

Somente a escravidão do negro foi cogitada pelo Congresso, quando se propôs a Emenda 13, a qual veda qualquer outra espécie de escravidão, agora ou no futuro. Se a peonagem mexicana ou o sistema de trabalho do cule chinês degradar para a escravidão de mexicanos ou da raça chinesa dentro de nosso território, esta Emenda pode ser eficazmente invocada.

Nos Estados do sul, o negro continuava a sofrer toda sorte de discriminação. Há quase um século (1896), no famigerado Caso *Plessy v. Ferguson*,¹³ a Suprema Corte sustentou a grotesca tese do Separado, mas Igual para cancelar judicialmente o que a sociedade de então exigia, mesmo fugindo ao espírito da Constituição e à letra das Emendas ns. 13, 14 e 15. No Estado sulino de Louisiana, havia sido feita uma lei que obrigava a separação de brancos e negros em vagões de estrada de ferro. Homer Plessy, um negro que ali residia, resolveu comprar a briga. Adquiriu bilhete e entrou num vagão para brancos. Assentou-se. Minutos depois estava preso. Foi processado por violar lei estadual. Seus advogados argüíram a inconstitucionalidade da lei. A Suprema Corte, então, tendo como relator o *Justice* Henry B. Brown,¹⁴ rejeitou a pecha de inconstitucionalidade e firmou a famosa doutrina do *Separate But Equal*, que serviu de base para mais segregações, persistindo até a década de 1950. O sofisma do julgado consistiu em dizer que desde que os negros tivessem iguais acomodações, não se poderia falar em discriminação, mas tão-só em segregação. Se os negros não poderiam viajar em vagões de brancos, da mesma sorte era proibido ao branco entrar em vagão reservado ao negro. Notável foi o voto vencido do *Justice* John M. Harlan,¹⁵ que, na época, não teve maior repercussão. Enfatizou ele:

A separação arbitrária dos cidadãos, com base na raça, enquanto eles estão na estrada pública, é um estigma de servidão, inteiramente incoerente com a liberdade civil e a igualdade perante a lei estabelecidas na Constituição. O frágil disfarce de acomodações *iguais* os passageiros nos carros ferroviários não enganará ninguém, nem corrige o erro cometido (...). Na visão da Constituição, aos olhos da lei, não existe neste país nenhuma classe governante de cidadãos (que seja) superior, dominante. Não há castas aqui. Nossa Constituição é daltônica, não toma conhecimento ou tolera classes entre os cidadãos.

Em 1927, no Caso *Gong Lum v. Rice*,¹⁶ a Corte manteve a mesma decisão para um chinês, que havia sido recusado em escola de brancos. Não havia discriminação, desde que ele fosse classificado com os negros. A partir de 1938,

¹² 16 Wallace 36 (1873).

¹³ 163 U.S. 537 (1896).

¹⁴ Henry Billings Brown (1836-1913).

¹⁵ John Marshall Harlan (1869-1955).

¹⁶ 275 U.S. 78 (1927).

com o Caso *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*,¹⁷ a Suprema Corte começou a afastar-se da doutrina de Separado, mas Igual. Em 1950, no Caso *Sweatt v. Painter*,¹⁸ provou-se judicialmente que a Faculdade de Direito do Texas, de brancos, era infinitamente melhor, em acomodações e no ensino, do que outra destinada a negros. Abriu-se uma brecha na jurisprudência anterior, ensejando ao autor da ação a possibilidade de matricular-se na faculdade de brancos.

O fim da doutrina de Separado, mas Igual veio com *Brown v. Board of Education*,¹⁹ possivelmente a mais importante e acabada decisão da Suprema Corte neste século. A votação se fez por unanimidade, graças à habilidade de seu presidente (Earl Warren), que, nas reuniões secretas das sextas-feiras, expunha os casos em pauta de modo claro e objetivo. Linda Brown, uma menina do curso primário, não pôde matricular-se em escola pública por ser negra. Seu pai entrou com ação, alegando que a segregação nas escolas públicas do Kansas era discriminatória. Warren convenceu seus pares de que no fundo a segregação desenvolvia nas crianças negras um sentimento de inferioridade, que as acompanharia pelo resto da vida. E ele perguntava : "Isso é justo?" Não era.

¹⁷ 305 U.S. 337 (1938).

¹⁸ 339 U.S. 629 (1950).

¹⁹ 349 U.S. 294 (1955).

Um Pouco de Antígona e de Direito Natural

Sófocles elegeu a dor por sua companheira, pois ela se faz universal e inevitável. Nada é mais humano do que a dor. Está em Édipo. Está em Antígona. Está no próprio Creonte. Talvez seja esse traço bem humano de seus personagens que faz com que suas peças, mais do que as de Ésquilo e Eurípedes, ainda hoje sejam encenadas com relativa frequência.

Na *Antígona*, estreada provavelmente no ano de 441 antes de Cristo, deparamos mil e um ângulos para estudos e reflexões: religioso, moral, político, psicológico, jurídico, cênico, literário, sexológico, criminológico e assim por diante. No próprio campo político-jurídico, podemos tomar visadas diferentes. Assim, Creonte não estaria com razão quando negou sepultura a um traidor do Estado? Ou, ao contrário, não seria a própria personificação do tirano, pois punha *sua lei* acima de tudo que era costume e sagrado? Por outro lado, aí não estaria bem viva a diferença entre o legal e o legítimo?

Sem dúvida, na *Antígona* vamos encontrar um primeiro esboço do denominado Direito Natural, que tanta divergência ainda traz entre os juspositivistas e os jusnaturalistas. A revolta de Antígona, por sua vez, assinala o direito de resistência, a desobediência civil, que hoje figura até no catálogo dos direitos fundamentais de alguns povos, e foi a chama que alimentou teóricos da limitação do poder como John Locke e ativistas como John Brown²⁰ e Henry David Thoreau.²¹

Com a morte de Édipo, seus filhos incestuosos Etéocles e Polínicos, irmãos de Antígona, passaram a lutar pelo poder político. Em combate, um irmão matou o outro. Creonte, tio materno dos dois mortos e de Antígona, assume o governo de Tebas. Seu primeiro decreto foi proibir, sob pena de morte, que se desse sepultura a Polínicos, considerado traidor da pátria. Antígona se rebela contra as leis do Estado – as leis escritas –, dizendo que sobre elas prevaleciam leis imemorais, não-escritas: "E não seria por temer homem algum, nem o mais arrogante, que me arriscaria a ser punida pelos deuses por violá-las" (as leis não-escritas). Resolve, então, dar sepultura ao irmão, mesmo pondo em perigo sua própria vida.

Pouco mais de meio século depois, Aristóteles, na *Arte Retórica*, ao escrever sobre justiça e equidade, procura interpretar as palavras de Antígona:

²⁰ (1800-1859)

²¹ (1817-1862)

Digo que, de um lado, há a lei particular e, do outro lado, a lei comum: a primeira varia segundo os povos e define-se em relação a estes, quer seja escrita ou não escrita; a lei comum é aquela que é segundo a natureza. Pois há uma justiça e uma injustiça, de que o homem tem, de algum modo, a intuição, e que são comuns a todos, mesmo fora de toda comunidade e de toda convenção recíproca. É o que expressamente diz a Antígona de Sófocles, quando, a despeito da proibição que lhe foi feita, declara haver procedido justamente, enterrando Polínicês: era esse seu direito natural: *Não é de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos que estas leis existem e ninguém sabe qual a origem delas* (*Arte Retórica e Arte Poética*, Difusão Européia do Livro, 1959, p. 86).

Muitos doutrinadores que versaram sobre o tema Direito Natural invocaram o episódio de Antígona. Além do Estagirita, podemos lembrar, dentre outros, Hegel, Commelin, Del Vecchio,²² Jaeger,²³ Groppali, Legaz²⁴ e Duverger.²⁵

Qual a importância do denominado Direito Natural, nome que se mostra equivocado e tem servido a senhores tão diferentes, como Tomás de Aquino²⁶ e Hobbes?²⁷

Como retrata Sófocles, desde tempos que já se perderam na perspectiva da história, os homens são guiados por certos princípios morais e religiosos, que não se explicam e não se acham densificados em normas escritas. Esses princípios devem servir de estalão para o legislador do Estado e podem ser invocados quando a vida política se tornar insuportável. Foi o que Antígona fez num ato de desespero. Foi o que os demolidores do *Ancien Régime* de 1789 fizeram, quando colocaram na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que "o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis dos homens". Foi o que, no pós-Segunda Guerra Mundial, os constituintes de Bonn fizeram depois de constatadas as experiências traumatizantes das atrocidades do regime nazista: "A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público" (art. 1.º -1).

Sob o aspecto histórico, o denominado Direito Natural foi engendrado como meio de resistência ao poder político, embora tenha, paradoxalmente, também servido para reforçá-lo. Desde Antígona, passando pelos estoicos e Cícero até Tomás de Aquino, procurou-se sustentar a dualidade de um superdireito e do Direito Positivo. O primeiro, por ser comum a todo homem, tinha caráter

²² Giorgio Del Vecchio (1878-1970) foi professor em Messina, Ferrara, Bolonha e Roma.

²³ Werner Jaeger (1888-1961) passou a lecionar na Universidade de Harvard a partir de 1939. Entre 1934 e 1947, escreveu seguramente a melhor obra – *Paidéia* – sobre os gregos antigos.

²⁴ Legaz Lacambra, Luis. *Filosofia del derecho*. Barcelona: Bosch, 1953, p. 291.

²⁵ (1917-).

²⁶ (1225-1274)

²⁷ (1588-1679)

transcendental. Por isso, pairaria acima do *jus positum* de cada Estado. O segundo, o Direito Positivo, por lhe ser inferior, devia com ele se conformar. Mas, a doutrina do Direito Natural também serviu para justificar e manter autocracias laicas e teocráticas, pois tudo que o ditador ou o homem de Deus fazia era em obediência a princípios superiores, que se achavam acima dos homens e se destinavam ao bem comum. Daí Kant²⁸ ter procurado harmonizar o Direito Natural e o Direito Positivo, numa relação de integração, e não de antítese.

²⁸ (1724-1804)

Desobediência Civil

Num Estado de direito democrático, onde o povo pode manifestar-se livremente, muitas vezes, ainda que contra a opinião pública dominante, se fazem ouvir vozes contra a guerra, contra o recrutamento compulsório.

Há bem pouco tempo, em Chicago, o filho do grande líder Martin Luther King Jr.,²⁹ que leva o mesmo nome do pai,³⁰ exortou os soldados negros a não lutar na Guerra do Golfo, uma vez que não se trata de guerra deles. Esse fato, como se sabe, não é novo. Apenas os personagens e as guerras é que o são. Tudo é repetição daquilo que já aconteceu por ocasião das Guerras da Coreia e do Vietnã.

No passado, há um século e meio, quando os Estados Unidos invadiram o México e tomaram o chão que hoje corresponde aos Estados-membros do Texas, do Novo México, do Arizona, de Utah e da Califórnia, o abolicionista Henry David Thoreau, numa época de democracia menos consolidada, também incitou o povo norte-americano a não se engajar na guerra. Em sua pequena monografia *A Desobediência Civil*³¹ – hoje um clássico – ele se rebela abertamente contra a conscrição militar. Prega a veneração ao Direito e o desrespeito à lei, quando ela for contra a consciência do cidadão. Penso – disse – “que devemos ser homens, em primeiro lugar, e só depois súditos”. Quando via seus co-estaduanos (Massachusetts) marcharem para a guerra, indagava se os soldados eram “homens de verdade ou pequenos fortes e paíóis de munição a serviço de algum homem inescrupuloso no poder.”

Da época de Thoreau para cá, tudo continua, no fundo, o mesmo. Não mudou. E, por certo, não vai mudar tão cedo. Na realidade, a diferença, hoje, está apenas com a democratização crescente dos governos, na internacionalização da desobediência civil. Essa desobediência só pode medrar e desenvolver em Estados onde se pode discordar publicamente do governo e da maioria. Mas, de qualquer sorte, ela é ainda muito pequena, muito inexpressiva para poder dar resultados positivos e evitar uma guerra.

O problema levantado por Thoreau, como se percebe facilmente, não terá solução enquanto não surgir um governo mundial, em forma de Estado único ou não, com ou sem o assentimento dos governados. Enquanto a humanidade estiver dividida em nações, a guerra será inevitável. Será uma constante. Uma nação de cordeiros será fatalmente devorada por uma nação de lobos. É a velha e sempre presente síntese de Hobbes: *homo homini lupus*.

²⁹ (1929-1968).

³⁰ Martin Luther III.

³¹ A Editora Cultrix (São Paulo), com tradução de José Paulo Paes, publicou a obra de Thoreau, que já anda na nona edição (1993)

Devido Processo Legal e a Constituição Brasileira de 1988 - Doutrina e Jurisprudência - Direito Comparado

A Constituição de 1988 foi o primeiro de nossos Estatutos Políticos a utilizar-se, de modo expresso, da cláusula do devido processo legal. É rara uma sessão do STJ em que não se fale no devido processo legal. Isso, por si só, já denuncia sua importância.

Lúcio Bittencourt, em *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis* (3. ed. Forense, p. 90), obra clássica escrita na vigência da Carta de 1967, já frisava que as cláusulas do *due process of law* e da *equal protection of the law* do direito norte-americano podiam ser perfeitamente invocadas para assegurar as garantias do cidadão brasileiro. Este ponto de vista era e ainda é inteiramente sustentável.

Nossa vigente Constituição, é certo, recebeu influências de Estatutos Políticos estrangeiros, como o português, o espanhol, o italiano e o alemão (Lei Fundamental de Bonn). Mas, inegavelmente, nossa maior intimidade se fez pela linha constitucional norte-americana. Ainda que com modificações, dos americanos adotamos a forma de Estado e o regime de governo. Nossos republicanos de 1891, como é sabido, se espelharam na Constituição estadunidense de 1787. O grande Amaro Cavalcanti, que conhecia muito bem o direito americano (recebeu o título de *counsellor at law* após se ter pós-graduado pela Union University, de Albany), foi um deles.

Hoje, mesmo se a cláusula do devido processo legal não estivesse contemplada expressamente no texto constitucional, como está, ela poderia entrar pela porta ampla do § 2.º do art. 5.º da Constituição. Lembro, a título de reforço, que o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que criou o Supremo Tribunal Federal e a Justiça Federal, em seu penúltimo artigo (386) já dispunha:

Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão também subsidiários da Jurisprudência e processo federal.

Esse diploma legal, é bom que se diga, teve como modelo o famoso *Judiciary Act* de 1789.

A cláusula constitucional, como se verá da jurisprudência colacionada, é de vital importância, pois se centra na dignidade humana, repercutindo na defesa dos valores fundamentais do homem, como a vida, a liberdade e a propriedade.

No seu livro *Principles of the Constitutional Law in the United States* (2nd ed. New York: Baker, Voorhis & Co, 1938), Willoughby diz que as decisões sobre a cláusula *due process* são tantas que dariam para fazer um verdadeiro digesto, tal como o *Corpus Juris*.

Nossa abordagem do tema, ainda que perfunctória, dar-se-á não só sob o aspecto processual, mas também sobre o ângulo substantivo.

Antes de passarmos ao nosso tema propriamente dito, quero fazer uma rápida consideração sobre o direito anglo-americano, que, por certo, vai-nos ajudar a entender melhor a cláusula do *due process of law*.

Na Idade Média, por volta do ano 1100 (Universidade de Bolonha), tanto na Europa Continental quanto na Ilha (Grã-Bretanha) se estudava o Direito Romano. Na Inglaterra (Universidade de Oxford), a preocupação maior era com o Direito Romano Clássico (cf. Radbruch, Gustav. *Der Geist des englischen Rechts*). Na Europa, diferentemente, o estudo dos glosadores estava centrado no Direito Bizantino (*Corpus Juris Civilis*), que havia suplantado os direitos locais, dando nascimento ao direito erudito, o denominado *ius commune* (cf. Gilissen, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2. ed. Calouste Gulbenkian. Lisboa: Ed. Lisboa, 1995, p.208).

Na Europa Continental, o direito era aplicado sobretudo por doutores (formação universitária); na Inglaterra, o direito era aplicado por leigos e se baseava sobretudo nos costumes. Dai um grande divisor de águas: a principal fonte do direito europeu continental estava na lei. Na Inglaterra, diferentemente, a principal fonte estava no caso julgado pelo juiz. Dai se falar em *case law*, ou, simplificada, em *judge-made law* (direito elaborado pelo juiz). Já o direito continental (*civil law*) era sobretudo um direito legal.

O Prof. Edward S. Corwin, ao escrever a Introdução à publicação do *The Constitution of the United States of America - Analysis and Interpretation*, obra editada sob os auspícios da Biblioteca do Congresso Americano, observa que cerca de um quarto das questões discutidas no livro – mais de 2.000 páginas – gira em torno da proteção da liberdade e da propriedade individuais contra as investidas do poder público, sobretudo dos legislativos estaduais.

No Brasil, ainda que ocorra o mesmo fenômeno, as investidas se fazem sobretudo na órbita federal, já que nossa estrutura estatal não tem as características do federalismo norte-americano. Nos Estados Unidos, o federalismo original – *dual federalism* – foi enfraquecendo em prol do governo central, dando origem a um novo federalismo. A própria Suprema Corte dos Estados Unidos, como observa com acerto Karl Loewenstein (*Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in der Vereinigten Staaten*. S. 512 usw.), ao aplicar a

doutrina do *substantive due process of law*, colaborou para diminuir a independência dos Estados-membros.

No Brasil, diferentemente, tivemos, até o advento da República, um Estado Unitário. Com a República, as antigas Províncias passaram, com relativa autonomia, à condição de Estados-membros.

O direito brasileiro apresenta peculiaridades. Constitucionalmente, como se falou, estamos muito ligados ao direito norte-americano. Infraconstitucionalmente, todavia, nossas raízes estão na Europa Continental.

De modo didático, e para o que nos interessa, pode-se falar que o direito norte-americano se concretiza através de três modalidades. Primeira, pelo *common law*. A maioria das decisões das cortes estaduais - perto de 29 milhões de feitos por ano - giram em torno do sistema do precedente, do denominado *stare decisis*. O juiz, para dirimir o conflito de interesses, examina o repertório jurisprudencial e procura subsumir o fato concreto num precedente. É o que ocorre sobretudo na área do Direito Privado (*contracts and torts*). A segunda modalidade se dá na interpretação das leis elaboradas pelos órgãos legislativos (*statute law*). É o que acontece, por exemplo, na regulamentação de seguros, de sindicatos trabalhistas etc. A última modalidade, que é a mais importante sob o aspecto político-jurídico, repousa nos julgamentos constitucionais (*constitutional adjudications*).

Se começarmos a espiolhar muito o instituto do devido processo legal, que hoje se acha formalmente inserto em nossa Constituição Federal art. 5.º, inciso LIV, veremos que ele se remonta a mais de 5 séculos antes da era cristã. Na *Antígona* de Sófocles, peça estreada em Atenas, presumidamente no ano de 441 a. C., já se invocavam determinados princípios morais e religiosos, não-escritos, que podiam ser opostos à tirania das leis escritas.³²

Antígona, como se sabe, foi condenada à morte por seu tio Creonte por ter dado sepultura ao irmão, considerado pelas leis de Tebas como traidor do Estado. Essa revolta de Antígona contra as leis escritas é apontada como sendo o germe do Direito Natural, do qual o direito de resistência seria uma variante.

A idéia do Direito Natural foi a base do pensamento de dois autores ingleses: o juiz Sir Edward Coke (1552-1634) e o filósofo John Locke (1632-1704) - o precursor do liberalismo - cujas obras repercutiram na Declaração da Independência americana e na Constituição de Filadélfia, de 1787. É que muitos revolucionários e constituintes americanos estudaram na Inglaterra e tinham, como seus livros de cabeceira, as obras dos dois autores.

³² Ver o artigo supra *Um pouco de Antígona e de Direito Natural*.

A Constituição brasileira, no título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, dispõe no inciso LIV do art. 5.º que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Essa cláusula constitucional nos veio diretamente de duas Emendas à Constituição Federal norte-americana, as quais ainda no dizer de Karl Loewenstein (ob. cit., p. 510 e segs.) , são "o fundamento, sobre o qual todos os outros direitos de liberdade repousam".

A primeira Emenda, de número V, faz parte do denominado *Bill of Rights*. A segunda, de número XIV, foi elaborada especificamente para os Estados-membros.

Diz a Emenda V (parte): "(...) (ninguém) será compelido em nenhum processo penal a ser testemunha contra si próprio, ou ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal."

A Emenda XIV, por sua vez, fala em sua Seção 1: " (...) Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal."

Tem-se evitado definir o *due process of law*. Thomas Cooley³³ procurou nos dar uma idéia do leque de proteção do instituto:

O termo devido processo legal é usado para explicar e expandir os termos vida, liberdade e propriedade e para proteger a liberdade e a propriedade contra legislação opressiva ou não-razoável, para garantir ao indivíduo o direito de fazer de seus pertences o que bem entender, desde que seu uso e ações não sejam lesivos aos outros como um todo.

Erwin Chemerinsky, professor da Law University of Southern California, em seu *Constitutional Law* (New York: Aspen Law & Business, 1997, p. 419) procura conceituar o *due process* em seu sentido instrumental. Diz ele:

o (*procedural due process*, como a locução indica, refere-se ao procedimento que o governo deve seguir antes de privar uma pessoa da vida, liberdade ou propriedade" (*"Procedural due process, as the phrase implies, refers to the procedures that the government must follow before it deprives a person of life, liberty, or property"*).

Assim, podemos dizer que o *procedural due process* está ligado à necessidade formal e efetiva de a pessoa ficar a par do que lhe vai acontecer, dos instrumentos legais que se acham a seu dispor, do direito de seu *day in court* etc.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, no Caso *Twining v. New Jersey*,³⁴ mostrou a dificuldade na conceituação da *due process clause*:

³³ The general principles of constitutional law in the United States of America. 4th ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1931, p. 279.

Poucas cláusulas do direito são tão evasivas de compreensão exata como essa (...) Esta Corte se tem sempre declinado em dar uma definição compreensiva dela e prefere que seu significado pleno seja gradualmente apurado pelo processo de inclusão e exclusão no curso de decisões dos feitos que forem surgindo.

Em *Holden v. Hardy*,³⁵ a Suprema Corte enfatizou:

Este Tribunal jamais tentou definir com precisão as palavras *due process of law* (...) basta dizer que existem certos princípios imutáveis de justiça, aos quais é inerente a própria idéia de governo livre, o qual nenhum membro da União pode desconhecer.

O grande juiz Felix Frankfurter, em *Solesbee v. Balkcom*,³⁶ buscou mostrar que o velho instituto é supralegal e está assentado na tradição anglo-americana daquilo que é moral e justo.

Edward Coke, no seu *Segundo Instituto*, ao comentar o capítulo 39 da *Magna Carta Libertatum*, mostra que a expressão *per legem terrae* era equivalente ao *due process of law*. Diz o capítulo 39 que

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.

Na *Petition of Right* (Carlos I - 1628), fala-se expressamente em *law of the land* ou em *due process of law* (cf. Cooley, ob. cit., p. 6). Tal dispositivo foi influir na elaboração de cartas coloniais e declarações de direitos de Estados norte-americanos, que precederam à Constituição da União, de 1787, como a *Declarations of Rights made by the good people of Virginia*, as Declarações de Delaware e Maryland.

A vigente Constituição brasileira, como já se falou, expressamente consagrou a cláusula constitucional anglo-americana no inciso LIV do art. 5.º: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal."

À evidência, muitos outros dispositivos constitucionais brasileiros consagram as ramificações do devido processo legal. A maioria acha-se esparramada pelo art. 5.º. Assim, o direito de ação (XXXV), o direito de propriedade (XXII, XXVII, XXVIII), o direito de herança (XXX), o direito adquirido (XXXVI), direito ao juiz natural (XXXVII), vedação de utilização de provas ilícitas (LVI), direito ao sigilo de correspondência (XII), inviolabilidade da casa (XI), vedação de prisão, salvo em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade

³⁴ *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78 (1908)

³⁵ *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898).

³⁶ *Solesbee v. Balkcom*, 339 U.S. 9 (1950).

judicial (LXI) etc. Fora do art. 5.º, podemos lembrar a publicidade de audiência judicial e a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX), julgamento penal em tempo razoável (Pacto de São José da Costa Rica, via art. 5.º, § 2.º, da CF.) e assim por diante.

Aos poucos, a jurisprudência norte-americana, ao lado do *procedural due process*, isto é, aquele concernente à proteção processual da vida, liberdade e propriedade, evoluiu para o denominado *substantive due process of law*. No meado do século passado, já se tem registro da aplicação pelas Supremas Cortes estaduais do *substantive due process*. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, essa adoção se deu sobretudo por pressão da *American Bar Association* no final do século passado (cf. Parenti, Michael. *Democracy for the Few*. 4th ed. New York: St. Martin's Press, 1983, p. 308). Passou-se, assim, a proteger o cidadão no aspecto material, impedindo que o Congresso ou os legislativos estaduais elaborassem leis, embora formalmente constitucionais, mas que, materialmente, estivessem despidas de razoabilidade (*reasonableness*). Daí Erwin Chemerinsky afirmar que o "*substantive due process*, como a locução denota, exige do governo uma razão plausível para tirar a vida, a liberdade e a propriedade de uma pessoa." (*Substantive due process, as the phrase connotes, asks whether the government has an adequate reason for taking a person's life, liberty, or property.*)³⁷

Um dos casos clássicos da antologia jurisprudencial relativo ao *substantive due process* é *Roe v. Wade* - 410 U.S. 113 (1973) -, onde a Suprema Corte garantiu a uma moça estuprada o direito de abortar, direito esse vedado pela legislação de seu Estado natal.³⁸

No primeiro século da vida da Suprema Corte, numa óptica puramente individualista, descompromissada com o progresso social, a proteção interpretativa foi feita mais em favor do economicamente forte. Assim, no famoso Caso *Child Labor (Hammer v. Dagenhart)*,³⁹ a Suprema Corte dos Estados Unidos teve por inconstitucional uma lei do Congresso que, para dificultar a exploração da mão-de-obra de menores de tenra idade, proibiu o comércio interestadual dos produtos assim manufaturados. A Corte, invocando a *substantive due process clause*, decretou a inconstitucionalidade da lei federal, alegando que ela usurpava a competência legislativa estadual, garantida expressamente pela Emenda X. Mas, com a implantação do *New Deal*, do Presidente Roosevelt, a Suprema Corte acertou o passo e fez *constructions* que ensejaram o fortalecimento dos poderes federais.

³⁷ Ob. cit., p. 420.

³⁸ Ver, *supra*, "Aborto: Problema Milenar".

³⁹ *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918).

O Justice John Harlan, no Caso *Poe v. Ullman*,⁴⁰ procurou mostrar que a cláusula do *due process*, caso fosse tomada só como garantia processual, seria ineficaz na defesa contra as leis que pusessem em risco a vida, a liberdade e a propriedade do indivíduo. Enfatizou ele:

Assim, as garantias do devido processo, embora tendo suas raízes no *per legem terrae* da Magna Carta e considerada como salvaguardas processuais contra a usurpação e tirania do executivo, também se transformaram neste país numa verdadeira barreira contra a legislação arbitrária.

A título de exemplificação de *substantive due process*, trago um caso do STF, a ADIn nº 1.148-8-AM, em que foi relator o Min. Celso de Mello. O § 2.º do art. 9.º da Lei amazonense nº 1.897/89 estendeu ao aposentado um terço da remuneração de férias do pessoal da ativa. Em seu voto, o relator sublinhou:

A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

Quando integrante da 6.ª Turma do STJ, assim ementei o RMS nº 2.341-2-RS, julgado em 14/11/94:

Constitucional e Administrativo. Concurso Público. Arquiteto. Limite de Idade. Limitação por lei ordinária estadual. Inexistência de razoabilidade no caso concreto. Afronta à Constituição Federal arts. 7.º, XXX, e 37, I. Precedentes do STJ. Recurso ordinário conhecido e provido.

I - A impetrante, por ter 44 anos de idade, foi impedida de inscrever-se em concurso público para o cargo de arquiteto: a Lei estadual nº 7.357/80 fixou como limite máximo a idade de 40 anos.

II - À evidência, cabe à lei ordinária fixar, em princípio, os limites - mínimo e máximo - para a inscrição em cargo público. Essa limitação etária, todavia, deve lastrear-se numa certa razoabilidade de acordo com a exigência do serviço, sob pena de resvalar para um autêntico *abusus legis*, configurando discriminação pela idade, o que é defeso pela Constituição Federal arts. 7.º, XXX, e 37, I. No caso concreto, o cargo de arquiteto não exige grande esforço físico de seu ocupante. Precedentes do STJ.

III - Recurso ordinário conhecido e provido.

⁴⁰ *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961).

Temos no STJ inúmeros casos, onde se invoca a cláusula do devido processo legal. Assim, no RHC nº 4.941-SP, em que figuro como relator designado, julgado em 17/10/95, a 6.ª Turma teve por violado o devido processo no caso em que o juiz da pronúncia, no lugar de deixar para os jurados um "juízo de suspeita", acabou por deixar um "juízo de certeza". A ementa ficou assim:

Processual Penal. Habeas-Corpus. Homicídio. Pronúncia. Nulidade, uma vez que o juiz pronunciante, ao invés de deixar um "juízo de suspeita" para os jurados, acabou por levar um autêntico "juízo de certeza". Contaminação da cláusula do devido processo legal. Recurso provido.

No RHC nº 4.553-PB, a 6.ª Turma teve por não violado o princípio do juiz natural por uma resolução do TJPB, que deslocou o juiz de um processo criminal para o serviço eleitoral. A sentença condenatória foi, mais tarde, proferida pelo juiz substituto:

Processual Penal. Crime Afiançável (Fraude para Recebimento de Indenização ou Seguro). Habeas-Corpus. Juiz do Processo, afastado para atender a serviço eleitoral. Sentença proferida por substituto. Validade, inexistência de violação do princípio do juiz natural ou da cláusula do *due process of law*; substituição formalmente feita e nos termos da lei. Réu que se defende solto tem direito a continuar em liberdade, salvo se o juiz, na sentença condenatória, mostrar a necessidade de sua prisão. Não se pode invocar o inciso IV do art. 324 do CPP (quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva) para negar fiança a quem se defendeu solto. Recurso provido para que o juiz sentenciante arbitre a fiança julgamento em 18/12/95.

No RHC nº 990-RJ, entendeu-se por violadora do devido processo citação editalícia de réu penal com endereço certo nos autos. A decisão, de 18/12/92, ficou assim cristalizada:

Constitucional e Processual Penal. Citação editalícia sem esgotamento prévio de dados existentes nos próprios autos para citação *in faciem* do réu. Violação do *due process*. Constituição, art. 5.º, LIV; CPP, art. 564, III, e. Processo anulado a partir da citação editalícia. Recurso provido.

A 4.ª Turma (Min. Sálvio de Figueiredo - REsp nº 2.835-RS) entendeu que a falta de oitiva do Ministério Público em separação consensual fere a cláusula do *due process*:

Processo civil. Ministério Público. CPC, art. 1.112, § 1.º. Subversão do procedimento. Ofensa ao devido processo legal. Nulidade. Recurso provido.

- O processo, como instrumento da jurisdição, orienta-se sobretudo por princípios, dentre os quais os da finalidade e da ausência de prejuízo. Em nome da segurança jurídica, porém, o princípio maior do *due process of law* reclamada observância do procedimento regulado em

lei, não sendo dado ao Judiciário tomar liberdades com ele inadmissíveis.

- Subverte o sistema processual e sujeita-se à invalidade o procedimento judicial que não enseja ao *Parquet* manifestar-se no momento previsto no § 1.º do art. 1.122 do Código de Processo Civil, especialmente quando há interesses de incapazes (julgado em 4/9/90).

A mesma 4.ª Turma, no REsp nº 16.125-0-SP, considerou afrontada a cláusula constitucional por citação de pessoa jurídica na pessoa de seu preposto, sem poderes específicos. O Min. Aloysio Góes Carneiro assim lavrou a ementa:

Citação. Pessoa Jurídica. Citação feita na pessoa de preposto, sem poderes para representar sociedade. Artigos 215 e 721, I do CPC. Embargos à execução.

O *due process of law* tem como um de seus principais fundamentos a regularidade da citação. Efetuada esta na pessoa do empregado, sem poderes para representar a empresa citada, que não compareceu ao processo, e não comprovado outrossim de modo inequívoco a ciência da demanda pela ora embargante e recorrente, impõe-se decretar a procedência dos embargos à execução e a nulidade do processo de conhecimento julgado em 16/2/93.

A 6.ª Turma teve por arrostado o devido processo no caso em que o juiz, em ação acidentária, depois de ter recebido formalmente a apelação só no efeito devolutivo, voltou atrás, alegando que o STF, na ADIn nº 675/DF, havia suspenso a eficácia do art. 130 da Lei nº 8.213/91 (REsp nº 55.551-5-SP).

No RHC nº 3.452-0-DF, a 6.ª Turma teve por arranhado o devido processo, na modalidade de ampla defesa:

Processo Penal. Réu de bons antecedentes e primário que não foi pessoalmente intimado da sentença condenatória por erro do cartório. Advogado constituído intimado. Insuficiência para caracterizar o trânsito em julgado, diante dos princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa, consagrados expressamente pela nova ordem constitucional. Violação da cláusula do *due process of law*. Inteligência do inciso II do art. 392 do CPP. Anulação do processo para que o paciente seja intimado pessoalmente e possa exercer seu direito de recorrer, independentemente do entendimento contrário do advogado constituído. Ampla defesa é mais do que a defesa técnica. Compreende também a autodefesa. Rel. Min. Adhemar Maciel. Julgamento em 6/6/95.

Também se considerou atentatória do devido processo, anulando-se a citação editalícia, diligência citatória feita por delegado de polícia, e não por oficial de justiça (HC nº 4.394-GO).

No HC nº 4.163-RJ, julgado em 4/6/96, a 6.ª Turma, por maioria, anulou processo por contaminação da prova (única): a Receita Federal e a Polícia Federal, em operação conjunta, invadiram, sem mandado judicial, escritório de contabilidade e apreenderam livros contábeis irregulares. Houve violação do devido processo:

Processo Penal. *Habeas-Corpus*. Operação Conjunta: Polícia Federal e Receita Federal. Apreensão de Documentos em Escritório. Ausência de Autorização Judicial. Violação da Cláusula do Devido Processo Legal. Precedentes (HC nº 3912/RJ, rel. Min. William Patterson). Ordem concedida (Rel. Min. Adhemar Maciel).

O Ministro Vicente Cernicchiaro assim ementou o RHC nº 5.990-AP:

RHC – Processual Penal – Citação – Nulidade – Devido Processo Legal – É nulo o processo em que não foram observadas as exigências da citação. Nulidade que se proclama, em homenagem ao devido processo legal. (DJU de 10/3/97, p. 6.001).

O RHC nº 6.110/SP, também da relatoria do Ministro Vicente Cernicchiaro, mereceu a seguinte ementa:

RHC – Processual Penal – Sentença condenatória – Réu foragido – Apelação – Processamento – Devido Processo Legal – Presunção de inocência – Cautelas processuais penais – O princípio da presunção de inocência, hoje, está literalmente consagrado na Constituição da República (art. 5º, LVII). Não pode haver, assim, antes desse termo final, cumprimento da sanção penal. As cautelas processuais penais buscam, no correr do processo, prevenir o interesse público. A Carta Política, outrossim, registra o "devido processo legal" compreende o "contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes". Não se pode condicionar o exercício de Direito Constitucional - ampla defesa e duplo grau de jurisdição - ao cumprimento da cautelar processual. Impossibilidade de não receber a apelação, ou declará-la deserta porque o réu está foragido. Releitura do art. 594, CPP face à Constituição. Processe-se o recurso, sem sacrifício do mandado de prisão. (DJU de 19/5/97, p. 20.684).

Não quero mais alongar-me sobre o tema, não obstante sua importância e atualidade. Meu objetivo foi tão-somente o de dar uma noção rápida sobre o devido processo legal, suas raízes históricas e sua invocação em nosso dia-a-dia forense.

Considerações sobre as Causas do Emperramento do Judiciário

Ao encerrar minha vida como juiz, senti-me gratificado em receber convite para também participar de uma *Festschrift* ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que tanto se tem distinguido na luta para a simplificação de nosso processo civil.

Quando da última visita do Presidente da República Norte-americana ao Brasil, houve quase uma histeria de alguns segmentos de nosso Judiciário. É que constou de relatório conjunto, divulgado pelo Departamento de Comércio e do Departamento de Estado dos Estados Unidos, em 141 páginas, apreciações não lisonjeiras sobre nosso País.

No relativo ao Judiciário, o Relatório o teve por ineficiente, incapaz, em muitas instâncias, de garantir um julgamento justo e rápido. O Relatório considerou, ainda, os juizes como sujeitos à influência de donos de terras.

Se o Relatório não pode ser considerado como procedente e justo às inteiras, não deixa de nos levar a reflexões. Não é preciso utilizar-se de olhos de observador estrangeiro para ver que nosso Judiciário, como de resto todos os serviços públicos nacionais, deixam muito a desejar. Basta que se leiam os jornais do dia. Toda gente reclama da Justiça, inclusive os próprios juizes. Quem tem contato com o Judiciário, como demandante/demandado, advogado ou mesmo juiz, sabe que nossa Justiça é, no conjunto, tardinha e complicada. O fenômeno, evidentemente, não é só nosso. Daí se estar procurando, no Brasil, mil e um instrumentos capazes de desemperrar o Judiciário: supressão de alguns recursos, diminuição de prazo recursal, súmula vinculante, advocatona, arguição de relevância, juizes arbitrais, juizado especial na Justiça Federal, controle externo, unificação de justiças (federalização ou estadualização), aumento de número de juizes, redução de instâncias, transformação do Supremo Tribunal Federal em corte exclusivamente constitucional, institucionalização dos denominados *ADR Programs*, criação do "direito processual econômico"⁴¹ etc. Até idéia estapafúrdia, como a de "juiz eleito pelo povo", tem passado pela cabeça de pregoeiros de última hora.

⁴¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Reforma do judiciário. *Suplemento Enfoque Jurídico*, nº 8, do TRF da 1.ª Região, agosto de 1997.

Em pleno Segundo Reinado, Joaquim Nabuco de Araújo já reclamava do funcionamento da Justiça brasileira, na qual grassava o hábito da impunidade.⁴² No início da República, o Ministro Carlos Maximiliano,⁴³ ao comentar o recurso extraordinário, admoestava que o próprio Supremo Tribunal Federal tendia a ampliar sua competência além do previsto na própria Constituição (1891). Em decorrência, o Supremo transformava-se

paulatinamente em terceira instância, ampla e, por isso mesmo, lenta no decidir. Acumulam-se os feitos, desenvolve-se a sanha protelatória entre advogados, tarda e incerta se torna a justiça. Falseia-se o regime, golpeada a autonomia dos Estados com a desautorização constante da sua magistratura.⁴⁴

O emperramento da Justiça, evidentemente, tem muitas causas, além da doença crônica de todo serviço público: falta de planejamento político-administrativo. Na década de 1930, Roquette Pinto, invocando lições de Alberto Torres, já dizia: "[o] grande problema do Brasil é a organização dos seus valores". Descuramos da "educação do povo", da "nacionalização da economia e da circulação das idéias e da riqueza". Depois de incensar a "estirpe originária" dos estadunidenses, falava que os Estados Unidos floresceram por si, ao passo que o "Brasil, como algumas nações da América, tem de ser obra de sabedoria política."⁴⁵

Ainda continuamos à espera da "sabedoria política".

Como causas de emperramento do Judiciário, podemos falar em causas genéticas, causas estruturais e causas conjunturais.

Como *causa genética*, apontaria a nossa formação romano-germânica. Temos um gosto acentuado para a sistematização, para o racionalismo, para a abstração. Somos povos de codificações. Deificamos a letra da lei. Criamos a norma de conduta, e depois procuramos, através do método dedutivo, subsumir nela os fatos, dando-lhes colorido jurídico. Nosso sistema jurídico, para lembrar René David, é fechado, pois o legislador a tudo procura prever.⁴⁶ Já os povos de linha anglo-saxônica, na qual se inserem os norte-americanos, têm outra formação, outro norte jurídico. Fazem parte de um sistema aberto. Lá é sobretudo o fato que vai proporcionar a criação do direito. O direito deles é mais voltado para o processo *in concreto*, para a solução prática.

⁴² Cf. Tournho, Arx. Poder judiciário: crises e soluções. *Suplemento Enfoque Jurídico*, nº 8, do TRF da 1.ª Região, agosto de 1997.

⁴³ Carlos Maximiliano Pereira dos Santos (1873-1960).

⁴⁴ *Commentários a Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918, p. 611.

⁴⁵ *Ensaio de Antropologia Brasileira*. Brasília: Companhia Editora Nacional/UnB, 1982, p. 9 e 78.

⁴⁶ *O Direito Inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 14.

Jeremy Bentham⁴⁷, filósofo, reformador de leis e criador do Utilitarismo, pronunciava-se peremptoriamente contra mais de duas instâncias judiciais. Indagava: "Quantos graus de apelação devem ser admitidos? Um só, irrevogavelmente um só."⁴⁸

Os anglo-saxões pouco especulam.⁴⁹ Querem resolver a controvérsia da maneira mais rápida, prática e útil possível. Para disso termos certeza, basta que se leiam votos proferidos na Suprema Corte dos Estados Unidos. São, por excelência, simples e voltados para o caso em julgamento, ainda que invocando um emaranhado de precedentes. Não quer dizer que na Inglaterra, nos Estados Unidos, no Canadá, na África do Sul, na Austrália, na Nova Zelândia, países, em fim, nos quais o *common law* ou mesmo a *equity* têm muito peso, não haja direito legislado, o denominado *statutory law*. Há, evidentemente. Os corpos legislativos - Parlamento, Congresso, Assembléias e *Agencies* etc. - também elaboram normas de conduta, também codificam. Mas essa produção artificial afeta menos o meio social.

Tenho para mim que outra causa, de natureza orgânica, do congestionamento dos serviços judiciais - creio que a maior delas - está no modelo adotado por nossos constituintes da primeira República. Em 1889, os fundadores da nova ordem político-jurídica brasileira inclinaram-se pelo modelo norte-americano: república federativa. Mas, no que se refere às competências legislativas e judiciais, preferiram afastar-se do figurino original para ficar com o modelo argentino.

Os Estados Unidos da América, como se sabe, primeiro passaram por uma Confederação de Estados, uma vez que, com a Guerra da Independência (*Revolution*), as antigas Colônias Inglesas se transformaram em Estados Soberanos. Foi feito um pacto entre os diversos Estados, denominado *The Articles of Confederation*.⁵⁰ Só mais tarde, com a ratificação da Constituição de

⁴⁷ Bentham ocupou-se da reforma do Judiciário e de leis inglesas. Foi menino prodígio: aos 3 anos de idade, lia tratados; aos 5, tocava violino e, aos 6, estudava latim e francês. Pregava o sacrifício dos interesses menores em favor dos interesses maiores (cf. *Encarta multimedia Encyclopedía*. Microsoft Corporation, 1992).

⁴⁸ Apud Lessa, Pedro. *Direito Constitucional Brasileiro - do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 23.

⁴⁹ Harold Laski, quase no final da década de 1930, observava que o juiz inglês, que é recrutado entre advogados bem sucedidos, careciam de uma formação intelectual como seus colegas onudos de Harvard, Paris ou Berlim. " (...) tanto o estudo de Filosofia do Direito quanto o do Direito Administrativo neste País (Inglaterra) estavam pelo menos uma geração atrás dos (estudos) nos Estados Unidos e na França" (*Parliamentary government in England*. 4th Impress. London: George Allen & Unwin Ltd., 1950, p. 373).

⁵⁰ Como esclarece Willoughby, desde a Guerra da Independência as Colônias se estavam rotulando de "Estados". No tratado de 1782, com a Grã-Bretanha, já se falava, no art. 1, em

1787, é que nasceu a Federação. Em outras palavras, de treze Estados saiu um novo Estado, o Estado federal.

No Brasil, nossa República partiu de um Estado preexistente. Partiu de um Estado unitário, com pouca descentralização. As Províncias, por decreto,⁵¹ se transformaram, da noite para o dia, em Estados de uma Federação. O constituinte republicano optou por um sistema intermediário de competências legislativas e judiciárias. Não deixou, como nos Estados Unidos da América, que cada Estado-membro legislasse não só sobre processo, mas também sobre direito material. Preferiu seguir o modelo argentino: o direito material ficava inserido na competência privativa do Congresso.⁵² Desse modo, a Constituição de 1891, em seu art. 34, atribuiu ao Congresso Nacional legislar privativamente sobre "direito civil, comercial e criminal da República e o processo da Justiça Federal" (item 23).⁵³ Aos Estados-membros, pois, cabia legislar sobre processo, mas não sobre direito material.⁵⁴ Em decorrência da aplicação da legislação nacional pelos tribunais estaduais, aumentou, em muito, a necessidade de controle da unidade do direito nacional pelo Supremo Tribunal Federal. Se não houvesse um tribunal controlador da hegemonia da Constituição, e da prevalência da lei federal sobre a lei estadual,⁵⁵ cada tribunal estadual, com o correr do tempo, acabaria por afastar-se da linha federalista imposta pela Constituição.

É oportuno transcrever observação do Ministro Pedro Lessa:

Na essência o nosso recurso extraordinário é idêntico ao *writ of error* dos norte-americanos. O que diferencia um do outro, é que, competindo pela Constituição norte-americana aos Estados legislar sobre o direito civil, comercial e penal, e sendo essa atribuição entre nós conferida ao Congresso Nacional, maior há de ser necessariamente em nosso país o número de casos em que tal recurso pôde e deve ser interposto, pois, sua função no Brasil consiste em manter, não só a autoridade da Constituição e de algumas leis federais, como a autoridade, e

"United States" (*Principles of the constitutional law of the United States*, 2nd ed. New York: Baker, Voorhis & Co., 1938, p. 1).

⁵¹ Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889 (art. 2º)

⁵² Constituição de 1853, art. 67, 11.

⁵³ João Barbalho (*Constituição Federal Brasileira - comentários*, Rio de Janeiro: Typographia da Companhia Litho-Typographica, 1902, p. 126), ao comentar o referido art. 23, lembra que a disposição era "avessa ao princípio federativo, tirando aos Estados um poder que eles têm como estados que são, mutilando-os em sua capacidade política, restringindo-lhes faculdades inerentes a ella, e sem que essa amputação se possa considerar como essencial e indispensável à União, à co-existência e nexa dos Estados sob a forma federal (*foedus*)".

⁵⁴ A Constituição de 1934 passou para a União a competência privativa para legislar sobre direito processual (art. 5º, XIX, a)

⁵⁵ O princípio do *Bundesrecht bricht Landesrecht* já vinha expresso no art. 11 da Constituição de 1890 (Decreto nº 510). Continua no § 4º do art. 24 da CF/88.

consequentemente, a unidade, do direito civil, commercial e penal, em todo o territorio da União." (...) Sem o recurso extraordinário "as justiças autonomas dos Estados poderiam ir pouco a pouco deixando de applicar disposições da Constituição e das leis das União, sem nenhum remedio judicial, sem nenhuma consequencia de ordem juridica."⁵⁶

Ora, esse fato - grande fatia de direito material legislado pelo Congresso Nacional (CF-88, art. 22) - tem aumentado a demanda de recursos excepcionais (extraordinário e especial), atravancando os tribunais superiores. O Ministro Moreira Alves, antes da promulgação da atual Constituição, já observara que o projeto não aliviaría a carga do Supremo Tribunal Federal, mas, ao contrário, a aumentaria.⁵⁷

Lentamente, é certo, tem-se procurado desafogar o Judiciário. Os esforços, porém, não deixam de ser minados pela voragem processual.

Como praticamente toda produção legislativa é da União Federal (Congresso Nacional), não se teve outro jeito senão desdobrar o controle de constitucionalidade. Nosso controle de constitucionalidade das leis, dos atos normativos e dos atos administrativos, que era todo ele difuso (sistema americano), foi evoluindo para uma modalidade mista. Hoje, além do controle clássico, feito no caso concreto (*incidenter tantum*), dispomos do controle concentrado (austriaco).⁵⁸ O art. 102 da Constituição Federal, ao dispor sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal, dá-lhe competência para processar e julgar a "ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal" (alinea a).

Em obra publicada em 1963, sobre o recurso extraordinário, o Professor José Afonso da Silva já advogava a criação de um tribunal superior para desafogar o Supremo Tribunal Federal. Em 1965, reuniu-se na Fundação Getúlio

⁵⁶ Ob. cit., p. 104.

⁵⁷ Poder judiciário. In: *A Constituição Brasileira - 1988 - Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 199.

⁵⁸ A Constituição de 1934, influenciada pelas idéias de Hans Kelsen, dentre outras, deu os primeiros passos para a implantação gradual do controle concentrado da constitucionalidade das leis. O seu art. 91, IV, dava competência ao Senado Federal para "suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário". Cabia ao Procurador-Geral da República fazer a comunicação da inconstitucionalidade declarada pela Suprema Corte ao Senado (art. 96). A inconstitucionalidade, assim, saída do caso concreto, tinha efeito *erga omnes* (cf. Pertence, José Paulo Sepúlveda. Atualidade do pensamento de Kelsen. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro, nº 50, p. 43, 1997). A Constituição de Weimar (1919), esboçada por Hugo Preuß, já previra a criação, no art. 108, de um tribunal o *Staatsgerichtshof*, que sena o ponto de partida para a instituição dos tribunais constitucionais europeus.

Vargas uma comissão, presidida por Themístocles Brandão Cavalcanti, que se mostrou favorável à criação de um "novo Tribunal" para apreciar "os recursos extraordinários fundados exclusivamente na lei federal (...), aliviando o STF de uma sobrecarga."⁵⁹

A Constituição Federal de 1988, preocupada em acelerar a prestação jurisdicional, criou, então, o Superior Tribunal de Justiça, com a principal missão de velar pela prevalência e uniformização da legislação federal em todo o território nacional. Também determinou que cada um dos Estados (e Distrito Federal) tivesse um Tribunal Regional do Trabalho. Instituiu cinco novos Tribunais Regionais Federais, que absorveram parte da competência do antigo Tribunal Federal de Recursos, criado pela Constituição de 1946. Como se vê, são passos para a ampliação dos tribunais, com divisão de competências.

Apontaria como principais *causas conjunturais* de ineficiência de nosso Judiciário, as seguintes: o despertar do povo para seus direitos de cidadania. Com a globalização da economia, das comunicações, e porque não dizer, com a positivação dos direitos fundamentais pela porta aberta dos tratados internacionais, o cidadão também passou a exigir do Judiciário maior desempenho. Hoje, grandes questões estão passando pelo Judiciário. Isso, no passado, não acontecia. O Governo fazia, e ficava por isso mesmo. Testemunhamos, há pouco, demandas envolvendo as privatizações da Vale do Rio Doce, dos serviços de telefonia etc., com uma verdadeira guerra de liminares. Agora, com a Lei nº 9.783, de 28 de janeiro de 1999, que dispõe sobre a contribuição previdenciária dos inativos do serviço público federal, teremos seguramente mais uma vaga de ações judiciais. A instabilidade político-econômica, num regime democrático, reflete-se nitidamente no Judiciário.

O governado passou, com a redemocratização do País, a reclamar e a clamar por seus direitos em todas as áreas. Como aumentou demasiadamente a demanda dos serviços judiciais, e o número de juizes não cresceu na mesma proporção, há fatal estrangulamento dos serviços.⁶⁰ Por outro lado, os juizes, que tiveram uma formação universitária toda voltada para soluções individuais, não se acham, muitas das vezes, preparados para solucionar os conflitos coletivos, as *class actions* etc. Leis de maior alcance social, como o *Código de Defesa do Consumidor* e o *Estatuto da Criança e do Adolescente*, ainda têm esbarrado numa

⁵⁹ Apud Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. São Paulo: RT, 1990, p. 46 e segs.

⁶⁰ No ano de 1990, apenas 57,8% dos feitos ajuizados na justiça comum de primeiro grau foram julgados (cf. Faria, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil. Paradoxos, Desafios e Alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1996, p. 11).

cultura profissional da magistratura que padece de um excessivo individualismo e formalismo em sua visão-do-mundo.⁶¹

Não dispomos, como em alguns países de maior equilíbrio financeiro e social, de órgãos comunitários para dar conselhos e consultas, examinando previamente quanto à possibilidade de êxito da causa. Em decorrência, muita demanda temerária e infundada acaba por ser ajuizada, afogando inutilmente o Judiciário.

Outra causa, também muito ponderável para o emperramento de nosso Judiciário, é a formação do processo (CPC, Título VI, Cap. I), que é altamente formal e exige, praticamente, o concurso do juiz em todos os atos. Começa com o despacho da petição inicial, que tem de ser feito pessoalmente pelo juiz (CPC, art. 263). Na Inglaterra,⁶² por exemplo, isso não acontece. O juiz pouco lida com o processo, praticamente só quando vai julgar. O autor vai ao *Central Office* (em Londres) ou num *District Register* (no interior) e paga por um formulário. Em seguida, preenche-o, narrando o fato e tirando suas conseqüências. O escrivão certifica e marca um prazo para o réu dizer se está de acordo ou não com a pretensão. Esse instrumento citatório tem o nome de *Writ of Summons*.⁶³ Se o citado não concordar com as ilações do autor, comparece no prazo assinado e contesta.⁶⁴ A maioria das causas acaba sem contestação.⁶⁵ Daí a grande preocupação do processo inglês com a entrega pessoal do mandado citatório, pois, se houver dúvida quanto a efetivação da citação, tudo cai por terra.

Na hipótese de o réu contestar, isto é, de não concordar com o pedido do autor, quem vai apreciar o incidente ainda não é o juiz, mas seu auxiliar, o *Master*. O *Master* é uma espécie de juiz preparador da causa.⁶⁶ Como advogados das partes atuam os *Solicitors*. Se as partes estiverem de pleno acordo, podem fazer do *Master* o juiz da causa.⁶⁷ A causa termina aí. Se não der acordo, e o processo estiver maduro, os autos vão ao verdadeiro juiz para ser julgado em audiência

⁶¹ *Ibidem*, p. 14.

⁶² No Reino Unido da Grã-Bretanha (Inglaterra, Escócia e País de Gales) e Irlanda do Norte, há três sistemas diferentes de justiça. Excepcionalmente, a causa pode chegar à Câmara dos Lordes (cf. Abraham, Henry J. *The judicial process – an introductory analysis of the courts of the United States, England and France* 5th ed. New York: Oxford University Press, 1986, p. 266).

⁶³ David, *ob. cit.*, p. 37.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem* p. 38.

⁶⁶ No verbete *Master at common law*, Black registra que o *Master* se encarrega também de verificar o procedimento formal das ações, bem como controlar os emolumentos pagos pelas partes (*Law dictionary*, 5th ed. St. Paul Minn: West Publishing Co, 1979, p. 879).

⁶⁷ David, *ob. cit.*, p. 40.

pública.⁶⁸ Os advogados (*Barristers*), que nunca viram as testemunhas, praticamente não fazem uma sustentação oral. Apenas expõem os fatos e fixam os pontos controversos no *opening speech*. Depois de interrogar as testemunhas de seu constituinte, chega a vez do advogado contrário. É a *cross-examination*, que consiste em perguntas feitas às testemunhas pelo advogado da parte adversa. Há apelação para a *High Court of Justice* ou para a *Court of Appeal*. Excepcionalmente, a causa pode chegar à *House of Lords*.

Ponto importante para o desafogo processual na Inglaterra está nos juizes leigos. As questões criminais de menor potencial ofensivo, por exemplo, são resolvidas pelos *Magistrates* ou *Justices of the Peace*. Em 1985 havia cerca de 25.600 *magistrates*,⁶⁹ que solucionam 9 entre 10 causas.⁷⁰ A não ser em cidades maiores, os *justices of the peace* não são estendidos, embora possam receber ajuda de custas.⁷¹ As causas que têm maior alçada vão para as *County Courts*, que se acham espalhadas por todo o Reino.

A sentença de primeiro grau pode ensejar apelação para as *Courts of Appeals*. Normalmente, a causa morre por aí. Excepcionalmente, caberá *appeal* para a *House of Lords*.⁷²

Mais uma observação: os ingleses não têm propriamente um Código de Processo Civil nos termos do Direito Romano-germânico. Têm um Regimento feito por uma Comissão de Normas (*Rules Committee*),⁷³ composta de juizes e advogados, que pode ser alterado com facilidade.

No Brasil existe, inegavelmente, excesso de recursos processuais, o que faz com que a prestação jurisdicional se arraste por muito tempo. Um exemplo vivo e gritante está nas páginas dos jornais: após quase dezoito anos do assassinato de um Procurador da República, é que pessoas envolvidas foram julgadas e condenadas (Escândalo da Mandioca). Muitos dos condenados foram beneficiados pela prescrição, a maior aliada dos infratores brasileiros.

A profusão legislativa é outra causa ponderável.⁷⁴ As leis são, em geral, mal feitas, provocando incertezas jurídicas, ensejando, com isso, aumento de

⁶⁸ Ibidem. p. 41.

⁶⁹ Cf Abraham, ob. cit., p. 258.

⁷⁰ Ibidem p. 259.

⁷¹ Ibidem. p. 258. Ver, ainda, Wade, Bradley, *Constitutional law*, 7th ed., 2nd impress London: Longmans, 1966, p. 295.

⁷² A *House of Lords* também pode funcionar como primeira instância em alguns causas penais (cf. Wade, Bradley, ob. cit., 309).

⁷³ David, ob. cit., p. 36.

⁷⁴ Erasmo de Roterdã em *A Educação de um Príncipe Cristão* já dizia, como Platão, que "[u]m número muito pequeno de leis será suficiente em um estado bem ordenado, com um príncipe e magistrados honestos, e se as coisas forem diferentes, nenhuma quantidade de

demandas, e de dificuldades na solução interpretativa, seja pela Administração, seja pelo Judiciário.

O Governo Federal, através de sucessivas medidas provisórias, tem provocado um verdadeiro caos na área previdenciária e tributária, dando azo a uma avalanche de processos judiciais na Justiça Federal. É uma verdadeira "praga legislativa".

Outra causa de proliferação de processos está na pouca autonomia dos órgãos públicos na solução administrativa ou mesmo judicial de conflitos de interesses.

Causa, certamente de menor monta, está na exigência constitucional de motivação judicial em toda a decisão, o que se traduz em menor velocidade processual, ainda que com o aumento da qualidade e segurança.

Temos, como falei há pouco, uma verdadeira vocação para a dialética processual. Num tribunal, perde-se muito tempo discutindo questões processuais, quase sempre impeditivas de exame de mérito. No ano de 1997, estive em Londres. Aproveitei para assistir a dois julgamentos nas cortes de apelação: um criminal, e outro cível. Os três *justices*, usando *bag wigs*⁷⁵ (perucas), não travaram nenhuma discussão entre eles. Isso me surpreendeu, pois não é o que vemos no Brasil. Mas, em compensação, os *justices* bombardearam os advogados de perguntas sobre fatos. O processo estava muito bem estudado pelos juizes, que sabiam as páginas onde se achavam narrados os acontecimentos. A atenção dos julgadores estava centrada no caso concreto. Isso, no Brasil, não ocorre. Os julgadores dos tribunais, que estão com a pauta abarrotada em decorrência de nosso federalismo, ficam discutindo previamente aspectos processuais, que são infundáveis.⁷⁶ Causas de menor importância num contexto global, costumam absorver tanto tempo dos julgadores quanto causas de maior monta. Nos Estados Unidos, por exemplo, em quase todas as *Courts of*

leis será suficiente" (In: *Conselhos aos Governantes*. Brasília: Senado Federal, 1998, p. 387).

⁷⁵ A *bag wig* é peruca mais curta; a *bob wig*, mais longa (cf. *The Oxford-Duden Pictorial English Dictionary*, 2nd ed. Oxford University Press, 1995, p. 74-75).

⁷⁶ Questões de *lana caprina* também aparecem nas cortes inglesas. Uma delas, no âmbito puramente administrativo, foi quando da indicação da primeira mulher para a *High Court of Justice*, Elizabeth Lane. Aí entrou o velho *British humor*... Não se sabia se se falava, como para os homens, *Mr. Justice* Elizabeth Lane e, no tratamento direto, *Your Lordship*. Decidiu-se, por fim, que o tratamento seria simplesmente *Mrs. Justice Lane* e, durante as sessões, *My Lady* e *Your Ladyship* (cf. Abraham, ob. cit., p. 264).

*Appeals (Circuits)*⁷⁷ federais somente os "most important cases" vão a sessões, com sustentação oral.⁷⁸

No sistema anglo-americano, pelo menos no tocante ao denominado *common law*,⁷⁹ o direito é construído pelo juiz⁸⁰ através sobretudo do precedente, do *stare decisis*.⁸¹ Todo o direito processual, como já disse, é voltado para o caso em julgamento. Há maior delegação de atribuições. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, para se ter uma idéia, os nove *justices* se reúnem numa sala secreta (*conference room*) e, longe dos olhos dos jurisdicionados e de seus advogados, discutem entre si as causas processuais que são tidas por relevantes, e que devem ser apreciadas no mérito. Os assessores do Presidente da Suprema Corte (*chief justice's clerks*) fazem, antes, uma triagem (*pre-screening*) das causas que têm chance de serem admitidas para discussão. Normalmente, mais de dois terços dos pedidos nem chegam à *conference discussion*.⁸² A causa só é admitida se quatro dos juizes, pelo menos, assim entenderem. No Brasil, a par de gerar desconfiança por parte da sociedade, haveria lidima inconstitucionalidade. A Constituição, em seu art. 93, inciso IX, é taxativa: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)."

Na Alemanha, a Lei do Tribunal Constitucional Federal (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*) dá competência a uma Comissão de Juizes (*Richterausschluß*) para fazer uma triagem (*Vorprüfung*) nas ações⁸³

⁷⁷ "Oficialmente", a partir de 1948, o nome é *Court of Appeal*, e não mais *Circuit* (cf. Abraham, ob. cit., p. 170).

⁷⁸ O *Second Circuit* (Connecticut, New York e Vermont) é uma exceção. há sustentação oral para *all cases*. Trata-se de tradição histórica (cf. Abraham, ob. cit., p. 173).

⁷⁹ Common Law, Anglo-American Law, Anglo-Saxon ou English Law são geralmente tomadas como sinônimas.

⁸⁰ Judge-made law ou bench-made law system.

⁸¹ *Stare decisis et quies non movere*, expressão latina que foi traduzida por "mantenha-se a decisão e não se disturbe o que foi decidido" (RE, Edward D. *Stare decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. RTJE, v. 122, p. 56, março 1994, cf. Abraham, ob. cit., p. 10, Black, ob. cit., p. 1.261).

⁸² Baum, Lawrence. *The Supreme Court*, 2nd ed. Washington, D.C.: Congressional Quarterly Inc., 1985, p. 90 e segs.

⁸³ Costuma-se traduzir a *Verfassungsbeschwerde* por recurso constitucional. Prefiro, para evitar a confusão com "recurso", no sentido processual, chamar de ação constitucional. Jarass/Pieroth advertem que a *Verfassungsbeschwerde* não é um recurso, "mas um meio de impugnação extraordinário (...) o qual não tem efeito suspensivo" (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Kommentar*, 2. Aufl. München. C.H. Beck'sche, 1992, S. 705).

constitucionais (*Verfassungsbeschwerden*) relativas a direitos fundamentais e assemelhados. Assim, a Comissão, por unanimidade de votos, pode recusar a admissão quando se tratar de pedido infundado, intempestivo etc. É uma espécie de juízo de relevância.⁸⁴

No Brasil, é verdade, não tem faltado estudiosos da questão de melhor andamento dos serviços forenses. O Ministro Victor Nunes Leal, como se sabe, foi outro grande simplificador. Empenhou-se a fundo na criação da arguição da relevância da questão federal para diminuir a plethora de recursos extraordinários (Emenda Regimental nº 3/75). A Emenda Constitucional 7/77 à Carta de 1969⁸⁵ constitucionalizou a relevância. Hoje, como se sabe, esse empecilho não se acha mais previsto na Constituição em vigor (1988). Dentro de nosso contexto, é outra causa de afogamento de processos no STF.

⁸⁴ Cf. Moreira Alves, artigo, cit., p. 196.

⁸⁵ Cf. Mancuso, ob. cit., p. 35.

Violência e Criminalidade

Hannah Arendt, em seu livro *Da Violência* (UnB, 1985), diz que nosso século é inegavelmente um "século de violência". Observa, ainda, que a própria *Encyclopedia of Social Sciences* não dedica um verbete sequer à "violência". "Isso mostra até que ponto tornou-se a violência e sua arbitrariedade como fatos corriqueiros e foram, portanto, negligenciados; ninguém questiona ou examina aquilo que é óbvio para todos."

Não faz muito tempo, as televisões do mundo todo, graças a uma câmara indiscreta de transeunte de uma rua de Los Angeles, na Califórnia, mostraram a polícia espancando barbaramente um homem de cor, chamado Rodney King. Caído ao solo, ele continuou a ser chutado e casseteteado impiedosamente. Nas mãos e nos pés dos espancadores se concentravam o ódio e toda a frustração da espécie humana.

Sobretudo, a partir de Hobbes, sabe-se que o fim precipuo do Estado é garantir a coesão social, a paz do grupo. Esse é o primeiro fator do progresso e desenvolvimento de outras atividades humanas. Quem não tem segurança não tem como desenvolver-se. O Estado, para que possa propiciar essa tranquilidade, necessita usar de intimidação, de violência. É a chamada "violência legítima". Assim, se necessário para a manutenção da ordem, é perfeitamente legítimo o uso da violência. Sem violência dosada, controlada, o grupo social pode cair na anarquia, onde a violência se generalizaria. Mas, nada dói mais do que ver, como vimos, a violência partir do próprio Estado, sem nenhuma razão de ser. Ela passa a ser ilegítima, despropositada, repugnante.

A violência se acha intimamente ligada ao crime. O crime é uma forma de violência. Uma violência contra o meio social. Por que as pessoas são violentas? Por que cometem tantos crimes? Os especialistas psicólogos, sociólogos, juristas todos têm suas explicações, suas receitas. Recentemente, numa mesa redonda na UnB, o penalista Francisco de Assis Toledo, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, fez algumas observações interessantes e estudadas a respeito do tema. Ele mostrou que a sociedade contemporânea está exigindo muito do Direito Penal. Está exigindo aquilo que ele não nos pode dar. Mecanismos auxiliares da sociedade, como entidades religiosas, clubes, associações e sobretudo a família não estão mais cumprindo seu primitivo papel de freio social. Tudo se descarrega no Estado, que não pode e não tem como se desvencilhar de tais incumbências preventivas.

Ouçamos observador que não é da área, o economista e ganhador do Prêmio Nobel Milton Friedman. No livro *Tiranía do Status Quo* (Record), escrito em

parceria com sua mulher Rose, ele analisa, como leigo, a criminalidade nos Estados Unidos. Após dizer que não é criminologista, indaga: por que aumenta a criminalidade? Começa por frisar que os Estados Unidos de hoje são uma nação muito bem distribuída. Mas chega à conclusão de que a pobreza não é, por si só, causa do aumento da criminalidade. É muito mais fácil ser assaltado em Nova York ou Chicago do que em Bombaim ou Calcutá. Observa que o apelo das televisões, onde se vê o rico desfrutando de uma vida boa, é, sem dúvida alguma, um estimulante ao crime. Em sua análise, ele vislumbra inicialmente dois fatores para o aumento da criminalidade. O primeiro é a idéia de que hoje o indivíduo procura jogar, o que não fazia antes, tudo às costas da sociedade como um todo. "Uma vez que a sociedade é responsável por minha pobreza, tenho todo o direito de ir contra ela e tomar o que necessito e quero". O segundo fator de aumento da criminalidade estaria na desestruturação da família. Com o divórcio, os filhos passam a ser criados por pais diferentes, incapazes de lhes transmitir valores e padrões de comportamento. Outra causa de aumento da criminalidade estaria na "enxurrada de leis, normas e regulamentos, que multiplicaram o número de atos que são hoje considerados crimes. É literalmente impossível cumprir todas as leis, uma vez que ninguém pode, em hipótese alguma, conhecê-las todas".

Também no Brasil, onde maior é a miséria, o analfabetismo, o desemprego e a desconfiança nas instituições políticas, assistimos à violência e ao crime crescerem a olhos vistos. Nossa situação piora, pois contamos com um fator fundamental para o aumento da criminalidade: a quase certeza da impunidade em muitos casos. Nossa polícia tem efetivo pequeno. É mal aparelhada e mal remunerada. Nosso sistema carcerário está nas vascas do colapso; a população de presos está comprimida por falta de vagas e instalações adequadas, ensejando a eliminação, com certa frequência, de presos pelos próprios presos. É um descrédito do Estado, onde a lei é a lei do jângal. Só de mandados judiciais de prisão a serem cumpridos fala-se em mais de 250.000.

A Justiça, por outro lado, não está em melhores condições de prestar um serviço rápido. Contamos, hoje (referência a 1991), perto de 6.000 juizes. Nos Estados Unidos, no ano de 1985, já existiam mais de 28.000. Levando-se em conta a diferença de população, estamos em situação muito deficitária, como se pode ver. Além de contar com pequeno número de magistrados, nosso juiz está amarrado a códigos de processos feitos em outra época, para outro tipo de sociedade. O procedimento penal é lento, ensejando recursos e mais recursos. Em decorrência, muitas sentenças, quando proferidas, na prática caem no vazio, pois, prescrito já se encontra o direito de o Estado punir o infrator.

O problema, como se vê, é grande e complexo. Exige esforço de todos nós, sobretudo dos que lidam na área. Sua solução não pode ficar, como está, unicamente nas mãos do Estado. A sociedade, como um todo, tem que retomar seu papel e descobrir caminhos novos.

Dois Casos de Escuta Telefônica Julgados pelo Superior Tribunal de Justiça antes da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996

Ficou célebre, e ainda repercute até hoje na doutrina constitucional, a palestra que Ferdinand Lassalle proferiu em Berlim no ano de 1862, mais tarde conhecida sob o nome de *Da Essência da Constituição (Über das Verfassungswesen)*.

Lassalle procurou demonstrar que os problemas constitucionais são muito mais políticos do que propriamente jurídicos. Buscou demonstrar que se uma constituição formal - a "constituição jurídica" - não coincide com a "constituição real" - aquela que as forças sociais dominantes exigem no momento, perde intensidade e está fadada a transformar-se num simples "pedaço de papel".

É claro que sempre haverá tensão entre a "constituição jurídica ou legal" e a "constituição real". Uma constituição, muito mais de que um código de leis, já nasce velha e fica, muitas vezes, em descompasso com a atualidade, com o momento. Daí o mecanismo da revisão, da reforma constitucional, previsto nas próprias constituições, e o fenômeno da "mutação constitucional" (*Verfassungsveränderung*), onde a constituição é alterada através de interpretações do dia-a-dia. Essa a razão pela qual duas constituições "velhas", como a norte-americana (1787) e a belga (1831), até hoje permanecem vivas e regendo a vida de seu principal destinatário - o povo.

A Constituição brasileira, que mal acaba de complementar dez anos de existência, já passou por uma série de emendas constitucionais e continua perdendo sua identidade original. Isso se explica lembrando mais uma vez Lassalle - em razão de as "forças sociais" já terem mudado ou por se acharem a soldo de uma minoria insatisfeita.

Talvez um dos males maiores de nossa Constituição esteja em seu "laconismo". Explico-me: nossa Constituição, como é sabido, apresenta uma série de dispositivos que dependem de regulamentação para que ela própria opere e viva plenamente. E a regulamentação nunca vem, ou, então, demora muito a chegar. A culpa, é bom que se diga, não é só do Congresso Nacional. Trata-se de "pecado original" do próprio Poder Constituinte, que se ocupou de minúcias, espalhando dispositivos a serem completados por lei complementar ou pela legislação ordinária. Um desses exemplos estava no inciso XII do art. 5.º:

é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Por sua vez, o inciso LVI do mesmo art. 5.º reza: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos."

O Congresso Nacional só veio a regulamentar a parte final do inciso XII em 24 de julho de 1996, através da Lei nº 9.296.

No STJ, especificamente na 6.ª Turma, tivemos dois casos interessantes, ambos julgados antes do advento da Lei nº 9.296/96. No primeiro caso o HC nº 3.982-RJ, teve-se por lícita a escuta telefônica; no outro - o RMS nº 5.352-GO-, não.

O HC nº 3.982-RJ foi ajuizado para trancar a ação penal de paciente denunciado de estar, mesmo preso em penitenciária, corrompendo servidores públicos para a consecução do "jogo do bicho". Para tanto, teria usado e abusado de telefones do próprio estabelecimento penal, bem como de linha celular. Horas e horas de conversa foram gravadas pela polícia.

O impetrante transcreveu em sua inicial ementa de acórdão do STF (HC nº 69.912-0-RJ, rel. Min. Pertence) e se reportou a voto do Min. Celso de Mello, onde se invocava a máxima do *Fruits of the Poisonous Tree*, ou seja, a doutrina da contaminação das provas licitamente conseguidas, mas que tiveram sua gênese numa prova tida por ilícita pelo ordenamento jurídico.

O acórdão recorrido, da 3.ª Câmara Criminal do TJRJ (Des. Dilson Navarro), denegou a ordem impetrada, sob o argumento de que a gravação telefônica havia sido efetuada após expressa autorização judicial.

Em meu voto, ressaltai que um preso, ainda que tenha seus direitos garantidos constitucionalmente, não podia invocar "direito de homem livre". A própria Lei de Execução Penal, no parágrafo único do art. 41, dava poderes ao diretor do estabelecimento penal para controlar suas comunicações "com o mundo exterior (...) que não comprometam a moral e os bons costumes".

Quanto à regra da exclusão do processo da prova obtida ilícitamente, lembrei que o princípio da *Exclusionary Rule* na jurisprudência norte-americana não tem sido unânime. Inclina-se, como bem observa Ada Pellegrini Grinover, pela "razoabilidade" (*reasonableness*). No *Olmstead Case* (1928), por exemplo, a Suprema Corte, por votação apertada (5 a 4), decidiu que a escuta telefônica de

conversas entre quadrilheiros de uísque (*bootleggers*) não era ilegal e o "grampeamento não se achava dentro dos lindes da Emenda IV" ("*wiretapping was not within the confines of the Fourth Amendment*"). Já em *Warden v. Hayden* [387 US 294, 304 (1967)], a Corte passou a entender que a Emenda IV também protegia a intimidade individual.

Numa análise da jurisprudência americana, pode-se constatar que a *Exclusionary Rule* não é tomada em termos absolutos. Como em termos absolutos não é tomada na Alemanha e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, pode haver, no outro prato da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido.

O acórdão restou assim ementado:

Constitucional e Processual Penal. Habeas-Corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que "são inadmissíveis (...) as provas obtidas por meio ilícito", não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da "atualização constitucional" (*Verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da "razoabilidade" (*reasonableness*). O "princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas" (*exclusionary rule*) também lá pede temperamentos. Ordem denegada.

Já no segundo caso RMS nº 5.352-GO, em que figurei como relator designado, a Turma teve por ilegal a gravação clandestina feita por marido da conversa de sua esposa com o amante.

No caso concreto, não houve - o que seria indiferente - autorização judicial prévia. A mulher dava "Lexotan" para suas filhas, duas meninas, a fim de que elas "apagassem", e ela pudesse ficar mais à vontade com o amante, um médico. O marido, que sempre saía para viajar, resolveu gravar o diálogo, no qual se fala no remédio ministrado. A mulher foi denunciada com base na Lei de Tóxicos. Impetrou, então, um mandado de segurança para retirar dos autos e do processo penal a decodificação da fita magnética. O TJ-GO denegou seu pedido. No STJ, o relator (vencido) negava provimento ao recurso ordinário sob o argumento de que a prova não poderia ser considerada como ilícita, pois estava em jogo a proteção da família. Outro foi o entendimento do voto vencedor, que considerou violado o

direito da mulher à intimidade individual CF, art. 5.º, X. Invocou, com respaldo da maioria, jurisprudência do STF, no sentido de que enquanto não vier a lei ordinária regulamentando a "forma" e as "hipóteses" CF, art. 5.º, XII da escuta telefônica, tal prova será tida por ilegal.

A ementa ficou assim redigida:

Constitucional e Processual Civil. Mandado de Segurança. Escuta telefônica. Gravação feita por marido traído. Desentranhamento da prova requerido pela esposa: viabilidade, uma vez que se trata de prova ilegalmente obtida, com violação da intimidade individual. Recurso ordinário provido.

I - A impetrante/recorrente tinha marido, duas filhas menores e um amante médico. Quando o esposo viajava, para facilitar seu relacionamento espúrio, ela ministrava "Lexotan" às meninas. O marido, já suspeito, gravou a conversa telefônica entre sua mulher e o amante. A esposa foi penalmente denunciada (tóxico) Ajuizou, então, ação de mandado de segurança, instando no desentranhamento da decodificação da fita magnética.

II - Embora esta Turma já se tenha manifestado pela relatividade do inciso XII (última parte) do art. 5.º da CF (HC nº 3.982/RJ, Rel. Min. **Adhemar Maciel**, DJU de 26/02/96), no caso concreto o marido não poderia ter gravado a conversa ao arrepio de seu cônjuge. Ainda que impulsionado por motivo relevante, acabou por violar a intimidade individual de sua esposa, direito garantido constitucionalmente (art. 5.º, X). Ademais, o STF tem considerado ilegal a gravação telefônica, mesmo com autorização judicial (o que não foi o caso), por falta de lei ordinária regulamentadora (RE nº 85.439/RJ, Min. Xavier de Albuquerque e HC nº 69.912-RS, Min. Pertence).

III - Recurso ordinário provido.

Impeachment

Há certas palavras que, embora não sejam propriamente técnicas, e, portanto, traduzíveis, perdem sua coloração original e se desbotam quando vertidas para o vernáculo. Assim, não se pode traduzir *black-out*, *Fuehrer* ou mesmo *Kibbutz*. *Impeachment* é uma delas. Como acontece com quase 60% das palavras inglesas, *Impeachment* também tem sua origem no Latim: *impedicare*, algarimar os pés, impedindo que se fuja. Ela veio através do francês arcaico (*empechier*) e passou para o inglês médio (*empechen*), dando, hoje, o verbo *impeach*, impugnar, acusar.

Para bem entender política e juridicamente o que vem a ser a palavra internacional do dia *Impeachment* é necessário um pouco de História e, porque não acrescentar, um pouco de Direito!

No período sombrio e estagnado que se interpôs entre o fim do Império Romano e a Reforma, em que se substituiu a razão pela fé, inventou-se que o rei governava seus súditos por delegação de Deus. Ora, Deus não erra, logo, seu representante aqui na Terra também não podia cometer erros... Nasceu, assim, a teoria do Direito Divino sobrenatural e daí a consequência lógica da irresponsabilidade do governante: o rei nada pode fazer de errado (*The king can do no wrong*). Com isso o arbítrio do monarca começou a crescer desmesuradamente. Era o absolutismo. Para preservar a democracia, o Parlamento inglês elaborou lentamente e pôs em prática o instituto do *Impeachment* para, indiretamente, impedir a prepotência do soberano. Como ele era irresponsável e inatacável, o jeito foi atacar e responsabilizar seus colaboradores. Assim, na Inglaterra, o *Impeachment* era, em princípio, cabível contra todo aquele que detivesse em suas mãos parcela de poder público. No início, tinha caráter estritamente penal, podendo chegar mesmo à pena capital.⁸⁶

Na hipótese de *Impeachment* de ministros do Gabinete, que na época eram escolhidos pelo rei, complicou-se o problema: que tribunal julgaria? A solução,

⁸⁶ Thomas Wentworth (Conde de Strafford) é um exemplo: foi impeached e executado em 1641. O 1.º artigo de seu processo dizia: "That (...) he hath endeavored to subvert the Fundamental Laws and Government of the Realms (...) to introduce Arbitrary and Tyrannical Government against Law"

como sempre, foi simples e costumeira. Tomou-se como modelo o júri (*Grand Jury*) que, periodicamente, se formava nos condados para dizer se procediam as acusações criminais contra alguém e ensejar a formação de processo e julgamento por outro corpo (*Petit Jury*). A Câmara dos Comuns faria o papel do primeiro e a Câmara dos Lordes, o do segundo.

O instituto do *Impeachment* teve seu apogeu no século XVII, caindo gradativamente com a afirmação do parlamentarismo no século seguinte. Da Inglaterra, foi ele transplantado para o Novo Mundo. Lá, nos Estados Unidos, foi menos abrangente e já não continha, como em seu nascimento, o caráter essencialmente penal. A tônica do *Impeachment* americano era mais política: afastamento do cargo por má conduta (*misconduct in office*), embora ficasse sempre aberta a porta da punição na Justiça comum.

Assim como os constituintes americanos adotaram o *Impeachment*, também perfilharam o sistema bicameral inglês: o Congresso era formado, como o Parlamento na Inglaterra, de duas câmaras: o Senado e a Câmara dos Representantes (Deputados). No regime de governo parlamentar, o executivo tem natureza dualista: a chefia do Estado, com função mais administrativa, fica com um conselho (Gabinete), presidido pelo primeiro-ministro. Nos Estados Unidos, criou-se um novo regime de governo, tirado conscientemente da revolução inglesa de 1688: o presidencialismo. Nele o executivo é chefiado por uma só pessoa, o presidente. Diferentemente do rei, que é vitalício e herda a coroa, o presidente é temporário (4 anos) e eleito, sendo plenamente responsável por seus atos.

Além dos crimes inerentes ao cargo, chamados crimes de responsabilidade ou funcionais, pode o presidente, como qualquer criatura humana, cometer delitos comuns. A Constituição americana, diferentemente da constituição costumeira inglesa, preocupou-se mais com a situação política do presidente. Assim, fala ela em "traição", em "suborno" para, depois, generalizar com expressão mais abrangente "outro crime grave e infrações menos graves" ("*other high crime and misdemeanors*"). Essa generalização pode ser interpretada como sendo "falta de comportamento adequado à lei" ou seja, a "má conduta". Pois bem: se o presidente cometer o chamado crime de responsabilidade, deve ele, através do processo de *Impeachment*, ser julgado e perder o cargo, além de ficar impedido de exercer outras atividades públicas, mesmo honoríficas.

Por uma questão de bom senso, não se deve permitir, a quem acusa, a faculdade de julgar. Assim, cabe à Câmara dos Representantes, através de procedimento mais ou menos lento e complicado, declarar se procedem ou não as acusações que pesam sobre o presidente. Essa decisão é tomada por maioria simples de votantes. Se procedentes, pode o presidente ficar afastado temporariamente do cargo, aguardando o julgamento pelo Senado. Essa Câmara, então, é que vai julgar e condenar. O *quorum* exigível é, porém, qualificado: 2/3 dos votantes.

Outro problema que não escapou à argúcia dos primeiros elaboradores da Carta Magna americana foi o da substituição do vice-presidente da República, que é o presidente do Senado, pelo presidente da Suprema Corte, quando se tratar de *Impeachment* presidencial. A razão é lógica: não pode presidir uma corte quem tenha interesse na decisão da causa!

A jurisprudência americana registra muitos casos de *impeachments* contra juízes, principalmente.⁸⁷ Quanto a presidentes da República,⁸⁸ só houve uma frustrada tentativa de condenação: contra o 17.º presidente, Andrew Johnson, que governou no quadriênio de 1856 a 1859.⁸⁹ Johnson, sucessor de Lincoln, propôs-se continuar sua obra de reconstrução do país, devastado pela Guerra da Secessão. O Congresso, que durante a guerra civil havia dado muito poder a Lincoln, procurou recobrar a força diminuída em prol da unidade nacional. Johnson, com seus discursos inflamados e candentes, foi acusado por congressistas radicais de ser muito tolerante para com os Estados sulistas, perdedores da guerra. Conseguiu, com isso, indispor a maioria do Congresso contra si.⁹⁰ Uma rotineira exoneração de um ministro da Guerra,⁹¹ ardoroso

⁸⁷ De 1787 a 1974, somente 13 servidores (área federal) tinham sido *impeached*: 1 presidente da República, 1 oficial de gabinete, 1 senador e 10 juízes federais (cf. *Constitutional Grounds for Presidential Impeachment. Reported by the Staff of Impeachment Inquiry*. Washington, D.C., 1974. Internet). O Governador Evan Mecham, do Arizona, sofreu *impeachment* em 1988.

⁸⁸ O Presidente Clinton sofreu *impeachment*, sendo absolvido pelo Senado (12/2/99 – 43 X 56 votos).

⁸⁹ O Presidente Richard Nixon esteve na mira do *impeachment*. Em julho de 1974, renunciou ao mandato presidencial, evitando, assim, seu *impeachment*.

⁹⁰ Johnson, um democrata do sul (Tennessee), era um dos que acreditava na "supremacia do branco". Vetou, em consequência, um *bill of rights* (1866) que dava direitos políticos ao negro. Uma ala do Partido Republicano (os Radicais) começou a movimentar-se no sentido do *impeachment* do presidente, alegando que ele era muito leniente com os Estados

defensor do Congresso, foi o estopim que quase o levou a perder o cargo e a ser o primeiro presidente a sofrer um *Impeachment* (não perdeu por um voto!). Não houve, de lá para cá, outra tentativa para despojar um presidente de seu mandato.⁹² Tudo indicava que, para presidente, o instituto seria letra morta numa Constituição viva. Daí nosso Rui Barbosa, o principal artífice da Constituição brasileira de 1891, referir-se jocosamente a esse instituto bolorento e museúcnico como "um pagode, um grifo oriental, medonho na carranca e nas garras imóvel."⁹³

sulistas (ver Shaffer, Donald R. "Andrew Who?", artigo publicado na Internet. O articulista analisa comparativamente as situações de Johnson, Nixon e Clinton).

⁹¹ O *secretary of War* era Edwin M. Stanton, remanescente do Governo Lincoln. O Congresso, com o fim de impedir que Johnson demitisse Stanton, aprovou uma lei (*Tenure of Office Act*) que exigia o referendo senatorial para as demissões do alto escalão do Governo (cf. o verbete *Tenure of Office Act* in *Encyclopaedia Britannica CD – 1999*, Standard Edition). Johnson aproveitou-se do recesso do Congresso, e demitiu Stanton.

⁹² O presente artigo foi escrito quando se falava no *Impeachment* de Nixon. O *Committee on the Judiciary* da Câmara dos Deputados, em julho de 1974, diante das provas do envolvimento do presidente e de seus assessores no Caso Watergate, votou três artigos de *Impeachment* contra Nixon. Na noite de 8 de agosto, Nixon anunciou que renunciaria ao cargo. No dia seguinte, Gerard Ford, vice-presidente, assumiu a presidência da República.

⁹³ Mas podia nosso grande Ruy imaginar que um século depois, um presidente da República (Collor) sofreria um processo de *Impeachment* e, mesmo depois de renunciar ao cargo, seria condenado pelo Senado Federal.

Um Ombudsman para o Brasil?⁹⁴

Já quase no final do ano de 1992, o ministro da Previdência Social de então, Antônio Brito, apresentou ao Governo um anteprojeto de lei instituindo o *Ombudsman* da Previdência Social. O nome do titular do cargo seria "Ouvidor-Geral da Previdência Social". A Ouvidoria integraria o Ministério da Previdência e teria como principal papel receber de qualquer pessoa (física ou jurídica) representações a respeito de irregularidades dos serviços previdenciários, cuidando de sua apuração e responsabilidade. Não se tem mais notícia do anteprojeto. É uma pena, pois o instituto proposto, se se revestisse da seriedade de seu símile nórdico, poderia inegavelmente trazer bons resultados para nossos descalabros previdenciários, que, como é público e notório, não estão presos só aos maus serviços prestados ou deixados de ser prestados.

Outra área que necessita com urgência de um *ombudsman* específico, como o da Previdência, é a da Saúde. Temos visto pela televisão a quanto anda a saúde no Brasil. A propósito de saúde pública, na Grã-Bretanha já existe, há muito, os *commissioners* que se dedicam exclusivamente ao campo da saúde pública (*National Health Service*), onde o *ombudsman* geral (*Parliamentary Commissioner for Administration*) não tem acesso.

Depois da experiência mundial do *ombudsman*, introduzido em países não-nórdicos e em outros, como Portugal (Provedor de Justiça), França (*Médiateur*), Alemanha (*Wehrbeauftragter des Bundestages*), Espanha (*Defensor del Pueblo*), Israel (*State Comptroller*) e em regiões da Índia (*Lokayuta*) e Itália (*Defensore Cívico*) por que não pensarmos em criar nosso *ombudsman* geral e nossos *ombudsmän* específicos?

Ainda que o instituto do *ombudsman* possa ter suas raízes históricas em Roma (*Tribunus Plebis*), o fato é que no ano de 1809 ele apareceu na Lei Fundamental do Reino da Suécia. Ninguém sabe bem quem propôs a criação do instituto, nem como foi proposto. Só se sabe porque foi proposto: fiscalizar o poder público em geral, sobretudo no que se refere ao cumprimento das leis.

O *ombudsman* é escolhido pelo Parlamento (*Riksdag*) por um período de 4 anos, com possibilidade de reeleições. Anualmente, no princípio de cada sessão, uma Comissão do Parlamento examina suas atividades e omissões. Quase invariavelmente, o *ombudsman* é recrutado entre juizes.

⁹⁴ Jornal do Brasil (09/03/1996); Correio Braziliense - *Direito & Justiça* - (01/04/1996); Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal de Primeira Instância, Natal, RN, vol. 2, nº 2 (julho/dez/1995)

Anualmente, os casos mais importantes são publicados num livro, que é enviado para os órgãos administrativos, cortes e corpos legislativos. As repartições de um modo geral, e sobretudo o Poder Judiciário, se preocupam muito em não ter seus casos relatados pelo *ombudsman*.

Algumas áreas se acham excluídas da intromissão do *ombudsman*. É o que se dá, por exemplo, com os membros do Governo (ministros), que formalmente não têm poder decisório próprio. Também o *justitiekansler* fica fora de seu alcance. Os juizes da Suprema Corte ou da Suprema Corte Administrativa também não têm suas decisões fiscalizadas pelo *ombudsman*, salvo se se tratar de ilícitos penais de natureza grave. Já os juizes inferiores, como o funcionalismo público civil em geral (Existe um *militieombudsman* para assuntos militares) estão sempre sujeitos à sua fiscalização. Vez por outra, o *ombudsman* comparece com seus assessores perante um determinado órgão judicial e, aleatoriamente, sorteia alguns processos para exame detalhado. A propósito, há um caso interessante, que vale a pena ser contado, pois, para nós, de formação jurídica romano-germânica, não deixa de ser inusitado e desconcertante: uma empregada doméstica alemã, de 16 anos de idade, e que não falava sueco, foi acusada (confessou) de furtar pequenos objetos de sua patroa. A lei sueca da época permitia ao juiz (distrital), em crimes de menor potencial ofensivo, dispensar a nomeação de advogado dativo para a defesa. A mocinha foi apenada a dois meses de trabalho supervisionado e posterior expulsão do país. O *ombudsman*, ao examinar o caso, entendeu que o juiz, embora tenha agido formalmente de acordo com a norma, fugiu a seu espírito: deveria ter nomeado advogado de defesa, sobretudo tendo em conta a gravidade das penas aplicadas. Com isso, o juiz foi processado pela sua má interpretação da lei.

De quando em vez, o *ombudsman* se contenta em oficiar à repartição pública, dando-lhe notícia da irregularidade. Foi o que se deu, por exemplo, com o diretor de um estabelecimento carcerário. A lei sueca permite que o preso possa adquirir jornais, revistas ou livros para ler nas horas de lazer. Por outro lado, portarias do estabelecimento prisional dão ao diretor o poder de vedar tal lazer com o fito disciplinar. Pois bem, num destes presídios, o diretor proibiu a aquisição de uma determinada revista semanal. Tal fato chegou aos ouvidos do *ombudsman*. Interpelado, o diretor justificou que a revista habitualmente trazia reportagens sobre as condições das cadeias públicas, provocando inquietação e até mesmo rebeliões por parte dos encarcerados. Daí a proibição. O *ombudsman* não se deu por satisfeito. Oficiou ao Conselho Penitenciário Nacional, que respondeu que o diretor do presídio estava agindo discricionariamente, tal como dispunha a lei. Não satisfeito, o *ombudsman* voltou ao Conselho Penitenciário Nacional, asseverando que em muitas prisões os presos podiam livremente comprar a revista proibida. O caso exigia igual tratamento. Resultado: o Conselho

baixou um ato normativo, permitindo a todos os internos a aquisição do polêmico magazine.

À evidência, o *ombudsman* não pode mudar as decisões da administração ou dos tribunais judiciais, mas tem o poder/dever de peticionar ao Governo, ao Parlamento e aos órgãos públicos autônomos para que eles procurem reparar as deficiências das leis, tudo de acordo com o interesse público.

Por último, convém ressaltar que o povo sueco muito exige e muito espera de seu *justitieombudsman*. Não é incomum ver-se nos jornais cabeçalhos como este: "O *Ombudsman* está dormindo?" Tudo isso mostra a importância do instituto no dia-a-dia do povo sueco.

Não é hora de também pensarmos em nosso *ombudsman*?

Nossa Primeira Constituição Republicana à Luz do Direito Comparado⁹⁵

En América es donde há de buscarse el origen de nuestras actuales Constituciones escritas, y por esto se les debe prestar más atención a estas Constituciones. La Revolución francesa acepta la idea americana, y de Francia se extiende a los demás Estados europeos" (G. Jellinek, Teoria General del Estado, Albatros, 1943, p. 426).

Sumário. I – Introdução. II – O Decreto nº 29, de 12 de dezembro de 1889. A Comissão dos Cinco. Constituições paradigmas: norte-americana, argentina e suíça. A febre amarela no Rio de Janeiro. A Comissão dos Vinte e Um. George Washington e Prudente de Moraes. *We, The People*. Não-invocação de Deus no preâmbulo. Origem profissional dos constituintes. Um poeta parlamentarista. III – *Nomen Juris* dos Estados brasileiro, norte-americano, suíço e argentino. As formas de Estado e de governo. Estados-membros. Províncias. Sedes futuras das capitais das Repúblicas americana e brasileira. Previsão constitucional. Repartição do poder. Alexander Hamilton e os antifederalistas. A intervenção federal. IV – A discriminação de rendas. Percalços. Separação de poderes. O Legislativo. Tentativa unicameralista. Representação das minorias. Direito de voto. Número de deputados. Iniciativa das leis. V – O Executivo. Duração do mandato presidencial. Eleição. A Emenda nº XII à Constituição americana. Reeleição. George Washington e Deodoro da Fonseca. Ministros de Estado. VI – O Judiciário. Justiça: unidade ou dualidade? Atitude dúbia da Comissão dos Vinte e Um. Exemplo norte-americano. Jurisprudências americana e argentina. O *Judicial Control* brasileiro. Supremo Tribunal Federal e Suprema Corte americana. Número inicial de juizes. Procurador-Geral da República. O *Attorney General* e o *Solicitor General*. Criação de tribunais federais inferiores. Competência do Supremo Tribunal Federal. Sede do recurso extraordinário. VII – Estados-membros e Municípios. VIII – Cidadania. "Dupla cidadania" americana. O caso Dred Scott. IX – Declaração de Direitos e *Bill of Rights*. X – Emendas à Constituição. Substitutivo do Apostolado Positivista. XI – Conclusão.

I - Introdução

Os cem anos de nossa primeira Constituição republicana praticamente se passaram em branco. Não se fizeram comemorações, o que não deixa de ser lamentável para um povo que tem vivido noites de regimes autocráticos. Neste artigo, meu propósito é fazer ligeiro retrospecto histórico e ressaltar os pontos

⁹⁵ Revista Trimestral de Direito Público, nº 1/1993; Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, ano I, vol. I (1993); Cartilha Jurídica nº 2 (1992), do TRF da 1.ª Região (Brasília-DF).

mais importantes da Constituição de 1891, com rápidas incursões no direito comparado.⁹⁶

- II - O Decreto nº 29, de 12 de dezembro de 1889. A Comissão dos Cinco. Constituições paradigmas: norte-americana, argentina e suíça. O Projeto do Governo Provisório. Problemas iniciais sobre competência legislativa. A febre amarela no Rio de Janeiro. A Comissão dos Vinte e Um. George Washington e Prudente de Moraes. *We, the People*. Não-invocação de Deus no preâmbulo. A origem profissional dos constituintes. Um poeta parlamentarista.

Toda revolução política vitoriosa inaugura uma nova ordem jurídica e, em decorrência, exige novo Estatuto político. Assim, no dia 12 de dezembro de 1889, o Generalíssimo Manoel Deodoro da Fonseca, chefe do Governo Provisório, assinou o Decreto nº 29, criando uma comissão de cinco membros para elaborar o projeto da constituição, que serviria de base para a Assembléia Constituinte.⁹⁷ A data - 12 de dezembro - foi escolhida em homenagem ao Manifesto de dezembro de 1870.⁹⁸ Dois republicanos que firmaram o manifesto foram nomeados para a Comissão dos Cinco: Joaquim Saldanha Marinho (presidente) e Francisco Rangel Pestana. Os outros três, todos republicanos ferrenhos, foram: Américo Braziliense

⁹⁶ Nosso constitucionalismo nasceu, juntamente com o de Portugal, com a revolução portuguesa de 1820. Nossa Constituição de 1891 foi, mais tarde, influenciada pela primeira Constituição republicana portuguesa, a de 1911 (Cf. Miranda, Jorge *Manual de Direito Constitucional*, 3ª ed., I tomo. Coimbra Editora, p. 211).

⁹⁷ O constituinte de 1891, para seguir de perto a nomenclatura americana - *Convention e Congress* -, abandonou a tradicional expressão de cunho francês "Assembléia Constituinte", já utilizada por nossa Carta imperial de 1824.

⁹⁸ O Manifesto foi publicado originariamente no primeiro número do jornal *A República*, datado de 3 de dezembro de 1870 ("Textos políticos da história do Brasil", por Paulo Bonavides e R.S. Amaral Vieira. Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará). Ivan Lins, em artigo publicado em "O Estado de São Paulo" de 12 de dezembro de 1970, destaca "Pode-se bem avaliar a seriedade desse documento pelo seu inítrito: 'É a voz de um partido a que não carece demonstrar a sua legitimidade. Desde que a reforma, alteração ou revogação da Carta outorgada em 1824, está por ela mesma prevista e autorizada, é legítima a aspiração que hoje se manifesta para buscar em melhor origem os fundamentos dos inalienáveis direitos da nação. Só à opinião nacional cumpre acolher ou repudiar essa aspiração. Não reconhecendo nós outra soberania mais do que a soberania do povo, para ela apelamos". Em Minas Gerais, também tivemos manifestações esparsas. Em 1888, o Dr. Antero de Magalhães assinou e fez publicar em *A Propaganda* um Manifesto Republicano dirigido ao eleitorado do Município de Baependi. Denunciou o atraso do País e o descaso do governo para a solução de seus mais prementes problemas. Pugnou pela Federação, pela ampliação do sufrágio, grande naturalização, independência da magistratura, autonomia municipal e Igreja livre do estado (Revista do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais, vol. XI, 1964, pp. 191 e seg.).

D'Almeida e Mello (Vice-presidente), Antônio Luiz dos Santos Werneck e José Antônio Pedreira de Magalhães Castro.

O Governo Provisório, fiel aos compromissos com a nova ordem, não perdeu tempo. Convocou no dia 21 do mês a Assembléia Constituinte (Decreto nº 78-B).

A Comissão dos Cinco, reunida em Petrópolis, pôs-se a trabalhar. Seu presidente (Rangel Pestana) propôs fosse o anteprojeto feito em conjunto. Ficou vencido. Decidiu-se que cada um faria o seu próprio esboço. Rangel Pestana preferiu associar-se a Santos Werneck. Os três anteprojetos foram, depois, fundidos em um só. Coube a Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda, fazer retoques e dar a redação final. As Constituições dos Estados Unidos da América,⁹⁹ da República Argentina¹⁰⁰ e da Suíça¹⁰¹ foram tomadas como pano de fundo. A forma de Estado escolhida foi a federativa; a forma de governo, a republicana.

Em 22 de junho de 1890, o Governo Provisório baixou o Decreto nº 510. Mais tarde, outras modificações foram introduzidas por Rui Barbosa. Daí, então, a promulgação do Decreto nº 914, de 23 de outubro de 1890.

No dia 30 de maio de 1890, a Comissão fez a entrega do projeto definitivo ao Governo Provisório. Após a revisão de Rui Barbosa, houve a histórica reunião do Ministério sob a presidência do Generalíssimo Manoel Deodoro da Fonseca. Era o dia 22 de junho de 1890. Depois da leitura do projeto da Constituição, o

⁹⁹ Roure, Agenor de. *A Constituinte Republicana*, Senado Federal, co-edição com a UnB, primeiro volume, p. 2.

¹⁰⁰ A Constituição da República Argentina data de 1853 e baseou-se no anteprojeto de Alberdi, profundo conhecedor da Constituição norte-americana, de "O Federalista" e das obras de Story (Cf. Linares Quintana, Segundo V. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, 2. tomo. Buenos Aires: Plus Ultra, 1981, p. 653).

¹⁰¹ Em 1º de agosto de 1291, três líderes das comunidades de Uri, Schwiz e Unterwalden fizeram uma Liga Perpétua para defesa e ajuda comum de seus povos. Foi o germe da Federação suíça. Com o correr do tempo, outras comunidades foram se juntando: Lucerna (1332), Zurique (1351), Glarus e Zug (1352), Berna (1353), Friburgo e Solothurn (1482), Basle e Schaffhausen (1501) e, em 1513, Appenzell (Cf. Coddington JR., George Arthur. *The federal government of Switzerland*, Houghton Mifflin Co. 1965, pp. 19 e seg.). Em 1798, no embalo da Revolução Francesa, fez-se uma Constituição para a Federação. Em 12/09/1848, a Dieta apresentou aos estados confederados a nova Constituição, que passou por sucessivas emendas. A mais importante data de 29/05/1874. A Constituição suíça sofreu, é certo, influência da Constituição americana. Mas, com A. V. Dicey, é bom assinalar, que aos olhos de um observador superficial, a Constituição suíça pode parecer uma cópia em miniatura da Constituição dos Estados Unidos. Na verdade, aquela federação é o resultado natural da história suíça, e contém um caráter peculiar, que bem merece um estudo acurado (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, MacMillan, 9. ed., 1952, p. 608).

Generalíssimo após sua assinatura com a pena oferecida por um menino. A seguir, também assinaram os Ministros Rui Barbosa (Fazenda), Benjamin Constant (Instrução, Correios e Telégrafos), Eduardo Wandenkolk (Marinha), Floriano Peixoto (Guerra), Quintino Bocaiuva (Relações Exteriores), Manoel Ferraz de Campos Salles (Justiça), José Cesário de Faria Alvim (Interior) e Francisco Glicério (Agricultura, Comércio e Obras Públicas).

As sessões preparatórias da Constituinte, após compromisso formal, tiveram início em 4 de novembro de 1890. Os trabalhos desenrolaram-se no bucólico Palácio da Quinta da Boa Vista. O primeiro problema a enfrentar era se, a partir de então, caberia aos constituintes editar leis ou se tal tarefa continuaria afeta ao Governo Provisório. Américo Lobo Leite Pereira, senador por Minas Gerais, entendia que se deveria reconhecer desde logo que a Constituinte era a única detentora do poder legiferante. Essa idéia foi logo abraçada por Francisco de Paula Leite Otílica, deputado por Alagoas, o qual disse que o Chefe do Governo não poderia, dali para frente, continuar a representar e governar em nome da Nação. Foram vencidos. Apresentou-se uma moção na qual se confiava ao Governo Provisório os destinos da Nação. Apelou-se para "o governo atual, a fim de que, por seu patriotismo, se mantenha na direção dos negócios públicos, aguardando a Constituição que deve ser votada e a organização do governo definitivo."¹⁰² Foi eleito presidente dos trabalhos preparatórios o senador mineiro Antônio Gonçalves Chaves. Uma grande preocupação assolou, desde o início, muita gente: a eventualidade de a febre amarela, que então grassava no Rio de Janeiro, impossibilitar os trabalhos. Tal preocupação ficou registrada nas palavras de um representante de Minas Gerais: "Achamo-nos na estação calma, a canícula desenvolve-se de um modo extraordinário, e podemos ser surpreendidos amanhã pela epidemia da febre amarela. Não estranhem, pois, os nobres representantes que eu queira apenas prevenir um fato desagradável e triste, que pode dar-se: antes de votarmos a Constituição, aparecer nesta grande cidade a febre amarela - *Quod Deus Avertat* - e este recinto tornar-se silencioso por falta de número, não se votando por isso a Constituição deste país, o que será uma infelicidade, uma catástrofe."¹⁰³ Essa preocupação, somada à da provisoriedade do governo, fez com que a Constituição fosse votada e promulgada em apenas três meses e dias.¹⁰⁴ O Regimento Interno, em seu art. 57, determinava fosse eleita uma Comissão Especial, de 21 constituintes: cada um representaria um Estado-membro e a Capital da República. Foram eleitos por suas respectivas bancadas: Francisco Machado (Amazonas), Lauro Sodré (Pará), Cassimiro Júnior

¹⁰² Roure. Ob. cit., 1. vol., p. 4.

¹⁰³ Trata-se do deputado José da Costa Machado e Souza (*Anaes do Congresso Constituinte da República*, 2. ed., vol. 1, p. 513).

¹⁰⁴ A Constituição americana também foi feita em menos de quatro meses. As reuniões começaram em maio de 1787. Em 17 de setembro do mesmo ano, já estava promulgada.

(Maranhão), Theodoro Alves Pacheco (Piauí), Joaquim de Oliveira Catunda (Ceará), Amaro Cavalcanti (Rio Grande do Norte), João Soares Neiva (Paraíba), José Hygino Duarte Pereira (Pernambuco), Gabino Besouro (Alagoas), Manoel Perciliano de Oliveira Valladão (Sergipe), Virgílio C. Damásio (Bahia), Gil Diniz Goulart (Espírito Santo), Bernardino de Campos (São Paulo), João Baptista Laper (Rio de Janeiro), Ubaldino do Amaral (Paraná), Lauro Severiano Mueller (Santa Catarina), Júlio de Castilhos (Rio Grande Do Sul), João Pinheiro da Silva (Minas Gerais), Lopes Trovão (Capital Federal), José Leopoldo de Bulhões Jardim (Goiás) e Aquilino do Amaral (Mato Grosso).

Como aconteceu com a constituinte norte-americana,¹⁰⁵ que elegeu o General George Washington¹⁰⁶ seu presidente - homem sereno, ponderado e respeitado - os 231 congressistas brasileiros, então presentes, tiveram a sorte de escolher, por 146 votos, o grande estadista Prudente José de Moraes Barros que, depois de promulgada a Constituição, veio a disputar com Deodoro a presidência da República, perdendo por 32 votos. A propósito, comenta Agenor de Roure, após aludir aos tumultos iniciais, uma vez que cada um queria fazer ouvir sua voz de constituinte:

Se apesar de todos estes fatos e das correntes desencontradas no seio da Constituinte, ela cumpriu nobremente o seu dever em três meses e dias, pode-se bem imaginar o trabalho e a paciência, de método, de calma e energia que deve ter empregado o seu Presidente para que isso se conseguisse. A assembléia reconheceu esse serviço de Prudente de Moraes, votando um requerimento do Sr. Amaro Cavalcanti, que, depois de falar sobre a Constituição votada e de dizer que não desejava para si glória maior do que a de haver contribuído para essa votação, concluiu com o que chamou um ato de justiça: 'Requeiro que se consigne na ata de hoje um voto de solene reconhecimento ao Presidente e mais membros da Mesa deste Congresso, pelo modo condigno, leal e patriótico por que soube dirigir os nossos trabalhos,

¹⁰⁵ Nos Estados Unidos, não houve, como se sabe, uma convenção constituinte. Após o malogro da *Annapolis Convention* (14/09/1786), convocou-se nova assembléia. A resolução de 21 de fevereiro de 1787 marcou uma reunião em Filadélfia com o propósito expresso de revisar os Artigos da Confederação. Alguns delegados foram escolhidos pelas respectivas assembléias legislativas; outros, por seus governadores. Ao todo, 74 delegados foram designados. Apenas 55 compareceram e uma média de 30 estiveram presentes às sessões (Cf Ferguson, John H. e Mchenry, Dean E. *The American Federal Government*. New York: McGraw-Hill Book, 2 ed., 1950, p. 35).

¹⁰⁶ George Washington, como presidente, ficou impedido de tomar partido nas discussões. Fez apenas dois discursos: na abertura dos trabalhos e no encerramento. A propósito, escreve Munro, William Bennett, em seu clássico *The government of the United States* (New York: The McMillan Company, 1947, p. 38): "Mas ele (Washington) prestou grande serviço ao acalmar as ocasionais tempestades de animosidade pessoal e existe razão para crer que ele exercesse uma boa dose de influência sobre alguns dos delegados fora dos debates."

facilitando-os, sobremaneira, pelas suas deliberações e expediente da maior ponderação imparcialidade e justiça.¹⁰⁷

À semelhança da Constituição norte-americana, os constituintes de 1891, na hora de promulgar o novo Estatuto Político, redigiram, através da Mesa, seu preâmbulo. Mais sintético do que o *We, the People*¹⁰⁸ apenas se ressaltava o sistema de governo:

Nós, os Representantes do Povo Brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição.

Com a laicização do Estado, foi fácil para os constituintes, muitos deles positivistas, deixar de invocar a proteção de Deus.¹⁰⁹

Como se deu com os constituintes americanos, tínhamos representantes de diversos segmentos sociais.¹¹⁰ A maioria dos constituintes de 1891 era de bacharéis em Direito.¹¹¹ Havia professores de ensino superior,¹¹² médicos e um número razoável de militares.¹¹³ Dois banqueiros F.P. Mayrink, deputado pela

¹⁰⁷ Ob. cit., I, vol. 1, p. 8.

¹⁰⁸ *We, the People, Nós o Povo*. O preâmbulo da Constituição norte-americana está assim vazado: "Nós, o Povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América". Também a Constituição francesa de 1791 em seu preâmbulo começa: "Les représentants du peuple français...". A Constituição argentina, pela mesma forma, diz "Nós, os representantes del pueblo de la Nación Argentina...". A Constituição suíça, com tônica teísta: "Em Nome de Deus Todo-Poderoso! A Confederação Suíça querendo reforçar a aliança dos confederados, manter e aumentar a unidade, a força e a honra da nação suíça, adotou a Constituição federal seguinte..." (*Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras*, vol. II, Brasília: Senado Federal, 1987).

¹⁰⁹ O preâmbulo da Constituição francesa de 1791 fala em "l'Être Suprême" (*Les Constitutions de la France Depuis 1789*, Paris: GF-Flammarion, 1979, p. 33). O outro Estatuto político brasileiro que não invocou a proteção de Deus foi a Carta de 1937.

¹¹⁰ Na Convenção de Filadélfia, compareceram 55 delegados de 12 Estados (Rhode Island não mandou o seu). Praticamente metade desses representantes tinha curso superior. Nove eram diplomados por Princeton, quatro por William and Mary, dois por Yale, dois por Harvard, dois por Pensilvânia e um por Colúmbia. Outros eram formados por universidades européias. A maioria era de advogados (Cf. Munro, William Bennett. Ob. cit., p. 36).

¹¹¹ Fonseca, Annibal Freire da. *O Poder Executivo na República Brasileira*. Brasília: Câmara dos Deputados em co-edição com a UnB, p. 120.

¹¹² Quatro eram professores da Faculdade de Direito. Dentre eles pontificou José Hygino Duarte Pereira, de Pernambuco.

¹¹³ *ibidem*, p. 119. Trinta e cinco eram do Exército e doze da Marinha.

Capital Federal, e o Conde de Figueiredo - se achavam entre eles.¹¹⁴ Também havia fazendeiros. Apenas um constituinte - o poeta fluminense Luiz Murat deixou de assinar a Constituição em sinal de protesto: era parlamentarista, e não queria seu nome ligado a uma Constituição presidencialista.¹¹⁵

III - *Nomen Juris* dos Estados brasileiro, norte-americano, suíço e argentino. As formas de Estado e de governo. Estados-membros. Províncias. Sedes futuras das capitais das Repúblicas brasileira e norte-americana. Repartição de poder. Alexander Hamilton e os antifederalistas. A intervenção federal.

Examinemos, agora, os pontos mais importantes da Constituição. Começemos pelo *nomen juris* do Estado. Optou-se por Estados Unidos do Brasil. Como se percebe, o constituinte brasileiro preferiu a denominação norte-americana, que foi apropriada para eles, não para nós. Antes mesmo dos Artigos da Confederação, que falavam enfaticamente que a denominação da Confederação seria *The United States of America* (art. 1), o próprio tratado de paz com a Grã-Bretanha (1782) aludiu ao "dito Estados Unidos". Diferente foi nossa situação. A Federação brasileira se fez por decreto.¹¹⁶ Não se teve preocupação com nossa realidade histórica. Diferentemente dos Estados Unidos da América, o Brasil era um Estado unitário. Nossas entidades intra-estatais tinham o nome de Províncias.¹¹⁷ Províncias deveriam continuar sendo.¹¹⁸ Na Suíça, deu-se exatamente o contrário: ficou-se preso demais à História, sacrificando-se a realidade jurídica. Embora a Suíça seja tecnicamente um Estado federal desde 1848,¹¹⁹ seu nome é "Confederação Suíça".¹²⁰ Quanto à forma de governo e à

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 120.

¹¹⁵ Roure, ob. cit., 1.º vol. pp. 8 e 242. Três constituintes norte-americanos também se recusaram a assinar a Constituição: Edmund Randolph e George Mason, de Virgínia, e Elbridge Gerry, de Massachussetts.

¹¹⁶ Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889.

¹¹⁷ Carta de 1824, art. 2.º

¹¹⁸ Não deixa de haver confusão terminológica ao se tratar o ente federado por "Estado". A Constituição da República Argentina preservou o nome *Provincia*. A Lei Fundamental de Bonn usa *Land* no lugar de *Staat*. Também se pode falar, com mais precisão, em *Bundesland* (Cf. Heckel, Hans. *Grundinformation Recht*, 2. Auflage. Leske - Budriche GmbH, 1979, Seite 42). Os Estados socialistas têm preferência por República. Pontes de Miranda, para afastar ambigüidades, utiliza-se da expressão Estado-Membro (Cf. *Comentários à Constituição de 1946*. Borsoi, 4. ed. I vol., p. 230). Willoughby já se havia utilizado, antes, em seu *Principles of the Constitutional Law of the United States* (2. ed. Baker, Voorhis & Co, 1938, p. 53), da expressão *Member States*. O mesmo se dá com V. E. Orlando que fala em *Stati-membri* (*Diritto pubblico generale*. Dott. A. Giuffrè, 1940, p. 336).

¹¹⁹ Cf. Rappard, William E. *La Constitution Fédérale de la Suisse - 1848/1948*. À la Baconnière, p. 107.

¹²⁰ A Constituição suíça é uma das constituições que mais têm sofrido reformas parciais. Contém, todavia, os órgãos estatais - "Parlamento, governo, eleitorado e cantões" - além

forma de Estado brasileiros, preferiu-se seguir a fórmula americana, já chancelada pelo Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889. O art. 1.º começa tal qual o art. 1.º da Constituição da República Argentina: "*Artículo 1.º La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal*" etc. À evidência, não se tinha, só por estar no projeto do Executivo, que adotar a "federação". "A Constituinte não foi convocada *para instituir a República Federativa*: adotou essa forma de governo livremente, sem coação e sem obrigação de fazê-lo".¹²¹ Muitos constituintes já vinham, há muito, com a idéia de federação na cabeça. Por ocasião da elaboração da Carta de 1824, o tema já havia sido ventilado.¹²² Em razão da extensão do País, da variedade de climas e costumes nunca se abandonou a possibilidade de se reformar a Carta Política imperial, introduzindo-se a "Monarquia federativa". Essa era uma das bandeiras reformistas do Partido Liberal, criado após a renúncia de D. Pedro I.¹²³ Com mais técnica do que as constituições paradigmas, a Constituição brasileira foi dividida em títulos, seções, capítulos, artigos, incisos, parágrafos e alíneas. Ao todo, 91 artigos. As Disposições Transitórias importam acréscimo de mais de 8 artigos.

À semelhança das Constituições dos Estados Unidos e da República Argentina, seguiu-se a técnica também adotada pela Constituição francesa de 1791:¹²⁴ as competências governamentais foram distribuídas a começar pelo legislativo. Depois vem o executivo e, por fim, o judiciário. A "Declaração de Direitos" foi deixada para o fim, técnica que foi seguida por todas as Constituições e Cartas brasileiras, salvo a última, de 1988.¹²⁵ Com muito mais apuro do que a Constituição americana, então centenária, consagrou-se expressamente no art. 15, no melhor estilo montesquiano, a separação dos poderes: "São órgãos da soberania nacional os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, harmônicos e independentes entre si."

da *Volksabstimmung* (referendum) obrigatória (Cf. Loewenstein, Karl, *La Teoría de la Constitución*, Barcelona: Ariel, 1970, p. 174).

¹²¹ Roure Ob. cit., 1. vol., p. 38.

¹²² Roure Ob. cit., 1. vol., p. 39.

¹²³ Pontes de Miranda. Ob. cit., p. 361.

¹²⁴ Les Constitutions de la France Depuis 1789. Ob. cit.

¹²⁵ A Constituição americana não continha em seu texto original *Bill of Rights*. George Mason, que havia feito a histórica "Declaração de Direitos" da Virgínia (1776), insistiu para que tal elenco fosse também colocado na Constituição. Não foi ouvido. Teve-se por supérfluo, pois, praticamente, cada Estado da então Confederação já tinha a sua Declaração (Para maiores detalhes, ver Pound Roscoe *The development of constitutional Guarantees of liberty*. Yale University Press, 1957, p. 65, e Burgoa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*, 7. ed. Porrúa, p. 97).

Como aconteceu com o constituinte norte-americano, quanto à escolha da capital da República,¹²⁶ a Constituição brasileira, em seu art. 3.º, previu a construção no Planalto Central da futura capital federal com o nome de "Distrito Federal". Tal qual a Constituição estadunidense, que já falara em extensão não superior a "dez milhas quadradas",¹²⁷ estimou-se a área em "14.000 quilômetros quadrados", que seria oportunamente demarcada.¹²⁸

Como ensinam Pablo Lucas Verdú e Pablo Lucas Murillo de la Cueva,¹²⁹ o federalismo consiste em uma técnica de repartição territorial de poder. Mas uma técnica imbuída de ideologia. Tanto nos Estados Unidos de cem anos quanto no Brasil de então, os constituintes estavam impregnados de idéias liberais. Muitos achavam mesmo que a república e a federação resolveriam todos os males que o Estado Unitário e monarquia não foram capazes. Nos Estados Unidos, houve muita luta para dar-se prevalência à União em relação aos Estados-membros. As antigas treze colônias inglesas, e mais tarde Estados confederados, achavam-se espreitadas por potências estrangeiras belicosas como a Inglaterra, Rússia, França e Espanha. A sobrevivência dos Estados naquele momento era uma incógnita. Daí a importância da maior centralização do poder na União. Quando da elaboração da Constituição americana, todos os poderes políticos estavam concentrados nos Estados. O propósito da Constituição - ensina Cooley - "era perpetuar os Estados em sua integralidade e fortalecer a União a fim de que eles (os Estados) pudessem ser perpetuados".¹³⁰ Conta-se que Alexander Hamilton, no momento crítico da repartição dos poderes aos entes federados, diante de seguidas obstruções por parte daqueles que queriam maior autonomia estadual, teria exclamado que os Estados simplesmente deveriam ser abolidos.¹³¹ Adotou-se, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, a técnica da enumeração dos poderes da União. Os poderes que não estivessem na Constituição seriam dos Estados-membros. Na nossa Constituição, isso ficou patenteado no art. 65, § 2.º: pertenciam aos Estados-membros "todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusulas expressas da Constituição". Daí afirmar João Barbalho

¹²⁶ Após a promulgação da Constituição americana, o Congresso reuniu-se pela primeira vez em 1789. Travou-se acirrada discussão entre sulistas e nortistas para se saber onde seria localizada a futura sede do Governo federal. Cada um queria levá-la para seu respectivo Estado. Por fim, escolheu-se um sítio às margens do Rio Potomac (Cf. Munro, Ob. cit., p. 542).

¹²⁷ Munro, Ob. cit., p. 482.

¹²⁸ Constituição, art. 3.º A preocupação de interiorizar a capital estava ligada à defesa militar (Cf. Barbalho, João. *Commentarios*. Rio de Janeiro: Litho-Typographia, 1902, p. 14).

¹²⁹ *Manual de Derecho Político*, 2. ed., 1. vol. Madrid: Tecnos, 1990, p. 307.

¹³⁰ *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, 4. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1931, p.31.

¹³¹ Schwartz, Bernard. *O Federalismo Norte-Americano Atual*. Trad. de Écio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p. 12.

que esse dispositivo "pode-se considerar a chave mestra da federação. É a regra áurea da discriminação das competências."¹³² Na Constituição Norte-americana, por não ter ficado clara tal cláusula, necessária se fez a elaboração da Emenda nº X: "Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, serão reservados aos Estados ou ao povo".¹³³ Também as Constituições Suíça¹³⁴ e Argentina¹³⁵ seguiram essa mesma técnica de deixar para os entes federados os poderes não enumerados em prol da União. Na verdade, mesmo nos Estados Unidos, os poderes residuais dos Estados-membros tiveram, na prática, papel de menor relevância do que aquele querido pelos constituintes. A doutrina dos poderes implícitos da União foi fortalecendo, aos poucos, o poder central.¹³⁶

Instrumento essencial à federação é a possibilidade, em casos extremos e expressos no próprio texto constitucional, de intervenção nos entes federados. Nossa Constituição tratou do tema em um único artigo, o 6.º Mirou-se bem de perto na Constituição helvética que, de forma diluída e em meia dúzia de artigos, trata da intervenção.¹³⁷ Também a Constituição da República Argentina se prevalece de um só artigo. Diferentemente da brasileira, que preferiu utilizar-se de forma negativa: "não poderá intervir... salvo...", diz: "*El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias...*"

No Direito Constitucional Brasileiro, já tínhamos, antes, regras sobre a intervenção. Surgiram com o Ato Adicional (Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834), que deu relativa autonomia às Províncias".¹³⁸

¹³² Ob. cit., p. 273

¹³³ A chave do federalismo americano está, na verdade, no art. VI, 2, que firma a "supremacia do poder nacional" Daí ter sido denominada de "*the linchpin of the Constitution*" (Cf. Corwin, Edward. *A Constituição Norte-americana e seu Significado Atual*. Trad. de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1986, p. 215. Ver, também, Schwartz. Ob. cit., p. 59).

¹³⁴ "Art. 3.º. Os cantões são soberanos na medida em que a sua soberania não seja limitada pela Constituição federal, e, como tal, exercem todos os direitos que não sejam delegados ao poder federal" (*Constituições do Brasil e Constituições Estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, 1987). Mesmo na Suíça tem havido um crescente fortalecimento do *Bund* (Federação) em detrimento dos Cantões (Cf. Linares Quintana, Segundo V. Ob. cit., tomo 3, p. 213).

¹³⁵ "Art. 104. Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación" (*Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras*, Ob. cit.)

¹³⁶ Cf. Munro, ob. cit., p. 589, e o voto de John Marshall em *McCulloch v. Maryland*, 4 *Wheaton* 316 (1819) na coletânea de Swisher, Carl B. *Decisões históricas da Corte Suprema*. Trad. de Arlette Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 25).

¹³⁷ Arts. 5.º, 6.º, 15, 16, 17 e 85 (Cf. Barbalho. Ob. cit., p. 23).

¹³⁸ Arts. 16, 20 e 24

IV - Discriminação de rendas. Percalços. Separação de poderes. O Legislativo. Tentativa unicameralista. Representação das minorias. Direito de voto. Número de deputados. Iniciativa das leis.

As rendas da União e dos Estados-membros foram discriminadas nos arts. 7.º a 12. Seguramente, foi um dos tópicos mais polêmicos. A discussão exaltou tanto os ânimos que diversos constituintes propuseram fosse a discriminação feita em separado, em Ato Adicional, logo após promulgada a Constituição. O projeto do Governo ficou com as linhas mestras desenvolvidas no anteprojeto Werneck/Pestana. O imposto de exportação tocou aos Estados-membros e o de importação à União. Outras exações foram também discriminadas para cada um. O gaúcho Júlio de Castilhos defendeu a tese da discriminação somente dos impostos da União. O resto ficaria para os Estados-membros.¹³⁹ Sua sugestão não passou. Fixou-se também para os entes federados sua competência impositiva. O art. 9.º, além de contemplar o imposto de exportação de sua própria produção, deu-lhes competência para decretar impostos sobre imóveis rurais e urbanos, sobre a transmissão de propriedade e sobre indústrias e profissões. Proibiu-se aos Estados-membros a tributação dos "bens e rendas federais ou serviços a cargo da União e reciprocamente. Também ficou vedada a elaboração de lei de caráter retroativo. Deu-se à União a competência exclusiva para a instituição de bancos emissores. Na Constituição norte-americana, a competência privativa da União para cunhar moedas e regular o seu valor está na seção 8 do art. I.

Como se disse antes, o Legislativo federal continuou sendo bicameral.¹⁴⁰ O Congresso Nacional foi dividido em duas câmaras, que funcionavam, normalmente, separadas: o Senado Federal e a Câmara dos Deputados. Os brasileiros naturalizados podiam ser congressistas: deputados, desde que tivessem, além dos requisitos gerais, mais de quatro anos de cidadania; senadores, mais de seis. A nova Constituição afastou a xenofobia da Carta de 1824 (art. 95, 2). Espelhou-se nas constituições paradigmas.¹⁴¹ O Senado Federal deveria funcionar como câmara dos Estados-membros. Cada um teria três senadores (inclusive o Distrito Federal), com mandato de nove anos. A legislatura durava três anos. As eleições para o Congresso eram, então, simultâneas e de três em três anos. O número de deputados, que deveria ser fixado por lei ordinária, variava de acordo com a população: no mínimo, quatro por Estado-membro e, no máximo, um para cada 70.000 habitantes.¹⁴²

¹³⁹ Roure. Ob. cit., 1. vol., p. 71.

¹⁴⁰ Júlio de Castilhos, que foi apoiado pela bancada de Santa Catarina, defendeu o unicameralismo (Roure. Ob. cit., 1. vol., p. 263).

¹⁴¹ Constituição Argentina, arts. 40 e 46. Constituição Americana, art. I, seções 2 e 3, a *contrario sensu*.

¹⁴² A Constituição Norte-americana fixou, inicialmente, um deputado (*representative*) para cada 30.000 habitantes (com exclusão dos índios não taxados). Enquanto, porém, não se

Tema que trouxe certa discussão e dúvidas aos exegetas foi o da iniciativa de leis. No entender de Agenor de Roure, o presidente da República não gozava de iniciativa de apresentar projetos de lei. A iniciativa era privativa do Congresso Nacional.¹⁴³ Em busca de apoio para sua tese, lembrava que o constituinte mineiro Francisco Veiga havia requerido se desse por prejudicada emenda para que o chefe do Executivo também tivesse essa iniciativa.¹⁴⁴ Esse, porém, não foi o pensamento de João Barbalho, que via no advérbio privativamente (art. 34) apenas o afastamento dos legisladores estaduais, não da concorrência do presidente da República.¹⁴⁵ O sufrágio passou a ser direto. A Constituição de 1891, em seu art. 28 (Da Câmara dos Deputados), deu um passo até então desconhecido das constituições estrangeiras: garantiu a representação da minoria. João Barbalho, o grande comentarista de nossa primeira Constituição¹⁴⁶ e um de seus constituintes, disse que, de modo inexplicável, tirou-se minorias e colocou-se "minorias" por ocasião da redação final. Enfatiza:

E é esta uma das mais notáveis disposições de nossa Constituição, procurando suprimir a tirania das maiorias parlamentares e assegurando a livre expansão e influência de todas as aspirações legítimas que surjam no país e tendam ao bem público.¹⁴⁷

Com olhos na Constituição da República Argentina, e com maior amplitude,¹⁴⁸ o constituinte brasileiro consagrou nos arts. 19 e 20 a inviolabilidade do congressista e a necessidade de prévia licença de sua Câmara para que pudesse ser preso (salvo flagrância em crime inafiançável). O sufrágio continuou a ser semicensitário e semi-universal, pois o analfabeto, o mendigo, o praça de pré, a mulher e o religioso sujeito a voto de obediência continuaram sem direito ao alistamento eleitoral. Toda essa restrição era aceita praticamente por todos os povos civilizados. Sempre se entendeu que tais excluídos eram, de uma maneira

fizesse o recenseamento, foi estabelecido um número provisório por Estado. Tal técnica foi perfilhada pela Constituição argentina (arts. 37 e 39).

¹⁴³ Ob. cit., 1. vol., p. 103.

¹⁴⁴ Ob. cit., 1. vol., p. 387. Na Constituição argentina, constou expressamente a iniciativa do presidente da República. A Constituição americana foi omissa.

¹⁴⁵ Ob. cit., p. 103.

¹⁴⁶ Tecnicamente, prefiro rotular o Estatuto de 1824 como "Carta" e não "Constituição" propriamente dita.

¹⁴⁷ Ob. cit., p. 83. Barbalho reporta-se a discurso por ele feito no Senado em 04/12/1894. Ali explica que na Inglaterra, em 1780, o duque de Richmond apresentara um projeto de lei (recusado), onde se assegurava a presença de minorias no Parlamento através de um sistema de quocientes. Essa idéia foi desenvolvida pelo publicista francês De Vilelle, em 1839, que teve a sorte de ver seu esforço aproveitado na distante Austrália. No Brasil - relata ainda Barbalho -, tivemos, no Império, estudos de representação proporcional por Inácio de Barros Barreto (1848) e Nabor Carneiro Cavalcanti, ambos diplomados pela Faculdade de Direito do Recife.

¹⁴⁸ Arts. 60 a 62.

ou de outra, dependentes de alguém. Daí não terem direito de voto. O voto deveria ser o mais livre possível. Barbosa Lima e Demétrio Ribeiro, favoráveis ao voto do mendigo, foram derrotados.¹⁴⁹ Voltaram a insistir no voto do analfabeto, que teve como principal voz os gaúchos Pinheiro Machado e Júlio de Castilhos. A Constituição manteve a restrição. Quanto ao voto feminino, é interessante observar que, constitucionalmente, havia possibilidade de a mulher alistar-se e votar, já que o texto falava genericamente sobre eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei art. 70. Não havia dispositivo, como em determinadas constituições de outros povos, vedando expressamente o voto feminino.¹⁵⁰ O Apostolado Positivista,¹⁵¹ por outro lado, já se havia posicionado contra a eleição de mulheres. Na tribuna constituinte, César Zama, o grande e irônico representante da Bahia, ao defender o voto feminino, enfatizou:

Nós afastamos a mulher porque somos excessivamente valdosos, por isso que não temos prioridade real sobre elas e elas muitas vezes nos são superiores. Abri a história e encontrareis em cada uma das suas páginas provas da aptidão da mulher para as mais altas funções".¹⁵²

Como se deu com a Constituição Norte-americana (art. I, seção 3, cláusula 6), o nosso Senado foi investido de jurisdição anômala para o *impeachment* do presidente da República.¹⁵³ Quem atuava como presidente, no julgamento, era também o presidente do Supremo Tribunal Federal.

V - O Executivo. Duração do mandato presidencial. Eleição. A Emenda nº XII à Constituição americana. George Washington e Deodoro da Fonseca. Ministros de Estado.

¹⁴⁹ Roure. Ob. cit., 2. vol., p. 264.

¹⁵⁰ Para maior estudo histórico do voto feminino, ver Agenor de Roure, ob. cit., 2. vol., pp. 272 e seg.

¹⁵¹ Augusto Comte, inicialmente discípulo de Saint-Simon, fundou a "Religião da Humanidade", que veio inspirar a denominada "Igreja Positivista Brasileira", fundada por Miguel Lemos (1854-1917) e Teixeira Mendes (1855-1927) no Rio de Janeiro, em 1881, depois de suas conversões ao comtismo, em Paris, no ano de 1877 (Cf. Rodrigues, Ricardo Vélez. *A Ditadura Republicana Segundo o Apostolado Positivista. Curso de Introdução ao Pensamento Político Brasileiro*. Brasília: UnB, 1982).

¹⁵² Roure. Ob. cit., 2. vol., p. 278.

¹⁵³ A figura do *impeachment* deita raízes no direito inglês. A Casa dos Lordes julgava o cidadão após assentimento da Casa dos Comuns (Cf. Laski, Harold. *A Grammar of Politics*, 4. ed., 7. Imprensa. George Allen & Unwin Ltd., p. 296). Observa Willoughby, ob. cit., p. 609, que a Constituição norte-americana não mencionava quais as pessoas que se sujeitam ao *impeachment*. Todavia, quanto à "limitação do *Impeachment* ao Presidente e ao Vice-Presidente e aos funcionários civis dos Estados Unidos parece, porém, estar implícito no provimento que tais pessoas devam ser afastadas de seus cargos quando em processo de *Impeachment*, e, mais, que a sentença, nos casos de *Impeachment*, não deve ultrapassar a remoção do cargo e a desqualificação para assumir cargos federais."

O Executivo federal era chefiado pelo presidente da República, com mandato de quatro anos. Vedou-se a reeleição para o período imediato. Seguiu-se, nesse particular, o disposto no art. 77 da Constituição argentina. O anteprojeto Werneck/Pestana tinha sido pela inelegibilidade a qualquer época. Na Constituição americana, não havia, originalmente, nenhum dispositivo impedindo a reeleição do presidente. Os *framers* da Constituição já sabiam, de antemão, que George Washington seria eleito presidente e queriam que ele continuasse indefinidamente sendo reconduzido ao cargo presidencial. Quando Washington, após o término do segundo período presidencial, foi convidado para candidatar-se e recusou-se, houve uma decepção geral. Lorde Bryce, ao comentar o fato, observa que o grande estadista americano assim agiu para evitar que "as instituições republicanas sofressem o risco de que o mesmo permanecesse constantemente no cargo."¹⁵⁴

Na Constituição estadunidense (art. II, seção 1, cláusula 2), não estava definida, originalmente, a candidatura do presidente e do vice-presidente. Em outras palavras, votava-se em mais de um nome por partido. O que tivesse mais voto seria o presidente, e o menos votado, o vice. Estava clausulado: "será eleito Presidente aquele que tiver obtido o maior número de votos". Em 1800, Thomas Jefferson (1743/1826) e Aaron Burr (1756/1836) tiveram o mesmo número de votos. Qual deveria ser considerado presidente? O mais velho? O mais novo? Willoughby, a propósito, comenta: "Necessário não se fazia indagar, todavia, que os eleitores (de segundo grau) desejavam que Jefferson fosse o Presidente e Burr o Vice-Presidente. Mas, se não fosse pelo patriotismo de Hamilton e alguns outros federalistas, Burr teria sido escolhido Presidente, embora ele, provavelmente, não tivesse sido escolhido por um único votante para o cargo".¹⁵⁵ Daí a Emenda nº XII falar em "cédulas separadas" para presidente e vice-presidente da República. Em nossa Constituição (art. 47), não havia tal possibilidade: a eleição era direta e já se votava especificamente para presidente e vice.

O candidato à presidência da República tinha que ser brasileiro nato.¹⁵⁶ A idade mínima, acima de 35 anos.¹⁵⁷ O vice-presidente da República era eleito simultaneamente com o presidente e o substituiu ou sucedia. Se tivesse, por

¹⁵⁴ *Apud* Schwartz. *Ob. cit.*, p. 123.

¹⁵⁵ *Ob. cit.*, p. 613.

¹⁵⁶ Guimarães Natal, representante de Goiás, tentou, na Comissão dos Vinte e Um, possibilitar a eleição também de brasileiro naturalizado. Houve outras tentativas, no mesmo sentido, por parte de Pinheiro Guedes e Almeida Nogueira (Cf. Roure, 1. vol., pp. 459 e 481).

¹⁵⁷ Também a Constituição americana (art. II, seção I, cláusula 4) exigia fosse o candidato cidadão nato, com idade mínima de 35 anos. A Constituição argentina, além da nacionalidade nata e dos 35 anos de idade, que pertencesse "a la comunión católica, apostólica romana" (art. 76).

qualquer razão, substituído o presidente no último ano do quadriênio, também se tornava inelegível para o cargo de presidente. A escolha de ambos se fazia por sufrágio direto e por maioria absoluta de votos. O próprio Congresso encarregava-se de escolher, diretamente e por maioria de votos, um dentre os dois mais votados.

O presidente da República era auxiliado pelos ministros de Estado, que não compareciam ao Congresso. Só podiam comunicar-se com o Congresso por escrito ou, então, pessoalmente, com as Comissões da Câmara dos Deputados. Também respondiam por crimes de responsabilidade, sendo julgados diretamente pelo Supremo Tribunal Federal (salvo em crimes conexos com os do presidente da República).

A duração do mandato presidencial trouxe também muita discussão. Ficou em 4 anos, à semelhança da Constituição americana (art. II, seção 1, cláusula 1). O anteprojeto Werneck/Pestana propôs 7 anos; o de Américo Braziliense, 4. Por fim, a Comissão dos Cinco fixou-o em 5 anos. Rui Barbosa, na redação final, ampliou-o para 6. Pesaram muito, por certo, as ponderações do velho e respeitado Conselheiro Saraiva: "Se pudesse, limitaria as funções do Presidente de seis a quatro anos. Pergunto ao Congresso: há possibilidade, a não ser um gênio predestinado a viver neste país, de uma vida direta e tranqüila durante um longo período? Acho muito difícil".¹⁵⁸ É interessante observar que nos Estados Unidos a mesma intenção que levou aos 4 anos e à reeleição - permanência de George Washington - conduziu, no Brasil, à redução, e não à reeleição imediata: o Marechal Deodoro da Fonseca. O presidente da República, ao ser empossado no cargo, perante o Congresso ou, se este não estiver reunido, perante o Supremo Tribunal Federal, prestaria solenemente um compromisso, já insculpido na própria Constituição, no art. 44. Seguiu-se de perto o adotado pelas Constituições americana e argentina.¹⁵⁹

VI - O Judiciário. Justiça: unidade ou dualidade? Atitude dúbia da Comissão dos Vinte e Um. Exemplo americano. Jurisprudência norte-americana e argentina. O *judicial control* brasileiro. Supremo Tribunal Federal e Suprema Corte americana. Número de juizes. Procurador-Geral da República. O *Attorney General* e o *Solicitor General*. Criação dos tribunais federais inferiores. Competência do Supremo Tribunal Federal. Sede do recurso extraordinário.

Passemos, agora, ao Judiciário. Esse foi outro tema que despertou vivas polémicas. Duas correntes se formaram desde o início. Alguns constituintes lutaram pela unidade da justiça como tinham lutado pela unidade do direito material. Na reunião do dia 5 de dezembro de 1890, a Comissão dos Vinte e Um,

¹⁵⁸ Roure Ob. cit., 1., p. 463.

¹⁵⁹ Na Constituição da República Argentina, o empossando, por ser católico apostólico romano, teria que invocar "Dios Nuestro Señor" e os "Santos Evangélicos".

quando presentes se achavam 19 membros, decidiu, por 9 a 8 e duas abstenções, pela unidade. Dias depois, quando da assinatura do parecer, houve uma guinada: dos 20 presentes, 13 foram pela dualidade e 7, pela unidade.¹⁶⁰ Vozes respeitadas puseram-se ao lado da "unidade", como José Hygino, Amphilophio Botelho Freire de Carvalho e Amaro Cavalcanti. Procuraram demonstrar a incongruência entre a unidade do Direito com a dualidade de Justiça. Registraram que nos Estados Unidos, sim, havia coerência, pois, ao lado da dualidade de legislação, se achava a dualidade de justiça. Campos Salles, Ministro da Justiça e senador por S. Paulo, fez uma exposição ao Chefe do Governo Provisório, defendendo a dualidade. Defensores também abalizados se manifestaram a favor da dualidade, como Leopoldo de Bulhões Jardim, Francisco Coelho Duarte Badaró, Augusto de Freitas, Gonçalves Chaves, Américo Lobo, André Cavalcanti e Lauro Sodré. O constituinte brasileiro pôde prevalecer-se das jurisprudências norte-americana, quase centenária,¹⁶¹ e argentina. Modelou-se pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que criou o Supremo Tribunal Federal e a Justiça Federal. Tal diploma, por seu turno, inspirou-se no *Judiciary Act* norte-americano de 1789, com suas alterações posteriores. Na exposição de motivos que acompanhou o Decreto nº 848/1890, onde se analisam com erudição os alicerces dos judiciários americano e suíço, firmou-se magistralmente a competência do Judiciário de confrontar os atos normativos em face da Constituição, com a prevalência dessa última:

É por isso que na grande União Americana com razão se considera o poder judiciário como a pedra angular do edifício federal e o único capaz de defender com eficácia a liberdade, a autonomia individual. Ao influxo de sua real soberania desfazem-se os erros legislativos e são entregues à austeridade da lei os crimes dos depositários do poder executivo. Como se vê, aí se acha bem nitidamente exposta a doutrina do *judicial control*, desenvolvida por John Marshall e Joseph Story nos primórdios da Federação americana.¹⁶²

A Constituição americana foi sumamente parcimoniosa em relação ao judiciário. No art. III, apenas garante uma Suprema Corte, com juizes vitalícios enquanto bem servirem, com remuneração irredutível durante a permanência no cargo. Também estabelece a competência judiciária. Não trata de tema da mais alta relevância: o poder revisional dos atos do executivo e do legislativo. Por que não o faz? Ferguson e McHenry respondem: "...porque os elaboradores da Constituição acreditavam que (tal) poder se achava suficientemente implícito de modo claro na linguagem utilizada".¹⁶³

¹⁶⁰ Roure. Ob. cit., 2. vol., p. 3.

¹⁶¹ A primeira sessão da Suprema Corte foi instalada em 2 de fevereiro de 1790, em Nova York. Três anos depois somente cinco casos tinham sido debatidos na Corte (Cf. Rodrigues, Leda Boechat. *A corte suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro. Forense, 1958, p. 21).

¹⁶² 1 Cranch 137 (1803) e 1 Wheat 304 (1816).

¹⁶³ Ob. cit., p. 64.

O constituinte brasileiro, de maneira mais sábia, preferiu, diferentemente dos constituintes paradigmáticos,¹⁶⁴ fixar, desde logo, o número de sua mais alta corte: 15 juizes.¹⁶⁵ Não deixou para o legislador ordinário. Saindo do padrão americano do *checks and balances*, permitiu que os próprios tribunais elegessem seus presidentes. A quase totalidade dos juizes do Supremo Tribunal Federal veio do extinto Supremo Tribunal de Justiça, criado pela Carta Imperial de 1824 art. 163. Quatro deles tinham mais de setenta anos e sete já tinham passado dos sessenta. Dois tiveram até seus nomes vetados por comissão do Senado. Foram considerados inidôneos, por circunstâncias e fatos notórios.¹⁶⁶ No entanto, tiveram seus nomes aprovados pelo plenário senatorial.

Nos Estados Unidos, por não se achar fixado no texto constitucional, a primeira lei orgânica da magistratura (1789) estabeleceu o número inicial dos juizes da Suprema Corte em 6, sendo um presidente (*chief justice*) e os demais juizes-membros (*associate justices*). Em 1801, o Congresso reduziu o número de juizes para 5; um ano depois foi elevado para 6. Em 1807, o número subiu para 7. Mais tarde, em 1837, ficou em 9. A partir de 1869, e até hoje, a Suprema Corte contou e conta 9 *justices*.¹⁶⁷ O presidente do colegiado é nomeado diretamente pelo presidente da República após a aprovação do Senado.

A Constituição brasileira previu o cargo de Procurador-Geral da República, um promotor dos interesses e zelador dos direitos das União junto ao Supremo Tribunal Federal.¹⁶⁸ Era nomeado pelo presidente da República. Até o advento da Lei nº 280, de 29 de julho de 1895, seu cargo era vitalício art. 21 do Decreto nº 848/1890. A Constituição americana não trata do tema. O mesmo acontece com a Constituição da República Argentina.¹⁶⁹ Nos Estados Unidos, existe no âmbito federal o *Attorney General*, órgão que encarna as duplas funções de nosso Procurador-Geral da República e Ministro da Justiça (*Head of the Department of Justice*). Em casos excepcionais, de maior importância e gravidade, o *Attorney General* atua junto à Suprema Corte, defendendo os interesses do Governo.¹⁷⁰ Nas demais hipóteses, a tarefa fica a cargo do *Solicitor General*, cargo dos mais

¹⁶⁴ Americana, art. III; suíça, art. 106; argentina, art. 94.

¹⁶⁵ Art. 56.

¹⁶⁶ Baleeiro, Alicmar *O Supremo Tribunal Federal, esse outro Desconhecido* Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 22.

¹⁶⁷ Cf. Willoughby. Ob. cit., p. 526.

¹⁶⁸ Barbalho. Ob. cit., p. 234.

¹⁶⁹ O cargo de procurador-geral foi instituído simultaneamente com os dos cinco juizes da Suprema Corte por lei ordinária, datada de 16/10/1862 (Cf. Lessa, Pedro *Do Poder Judiciário* Francisco Alves, 1915, p. 27).

¹⁷⁰ Black's law dictionary, 5. ed. St. Paul Minn.: West Publishing Co, 1979.

disputados e importantes, por causa da representação judicial da União na Suprema Corte.¹⁷¹

Tal como as constituições modelos, a Constituição brasileira deixou por conta do legislador ordinário criar tantos juizes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País quanto o Congresso entendesse art. 55. No tocante às justiças dos Estados-membros, só lhes dedicou um artigo - o 62 -, onde se fala que os tribunais estaduais não podem se imiscuir em questões submetidas a tribunais federais e reciprocamente.

Quanto à competência do Supremo Tribunal Federal, nossa primeira Constituição republicana seguiu, em alguns tópicos, seus paradigmas. No caso do § 1.º do art. 59 - sede do recurso extraordinário-,¹⁷² a Constituição pátria foi mais explícita do que a Constituição estadunidense em seu art. III, seção 2, cláusula 2. A Comissão dos Cinco não inseriu, tal como ficou na redação final, o recurso que mais tarde Lei nº 221/1894 e Decreto nº 3.094/1898 seria batizado por influência Argentina,¹⁷³ como "recurso extraordinário". Deve-se, seguramente, a Rui Barbosa sua inserção no projeto definitivo enviado pelo Governo Provisório à Constituinte.¹⁷⁴

VII - Estados-membros e Municípios.

Nossa Constituição consagrou alguns poucos artigos aos Estados-membros. Permitiu que cada ente federado tivesse sua própria constituição e leis,

¹⁷¹ Abraham. Ob. cit.

¹⁷² O *writ of error* foi instrumento utilizado pelo Congresso americano para ensejar a *federal supremacy*. Aparece na famosa seção 25 do *Judiciary Act de 1789* (Cf. *Documents of American History*, editado por Commager, Henry Steele. Appleton-Century-Crofts, Inc., 1958, p. 154). O nome "recurso extraordinário", de cunho argentino, porém, só aparece com o primeiro Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que é de 8 de fevereiro de 1891. Nos Estados Unidos, admitia-se o *writ of error* só quando os tribunais estaduais dessem validade à legislação local em detrimento da federal. Com a alteração legislativa de 1916, o Congresso possibilitou à Suprema Corte, então, a faculdade de rever decisões estaduais mesmo sendo elas "favoráveis aos alegados direitos, privilégios e imunidades federais" (Cf. Willoughby. Ob. cit., p. 121).

¹⁷³ A primeira lei argentina que tratou do tema foi a de nº 27, de 16 de outubro de 1862 art. 7.º, mais tarde alterada pela Lei nº 48, de 14 de setembro de 1863 (Cf. Peixoto, José Carlos de Matos. *Recurso Extraordinário*. Freitas Bastos, 1935, pp. 100 e seg.).

¹⁷⁴ Observa José Carlos de Matos Peixoto, ob. cit., p. 107, que no *Judiciary Act de 1789* não existia a palavra *applicability*. Tal termo - *applicability* - deve ter sido tirado de Lorde Bryce e foi vernaculizado por Rui como "aplicação". A Constituição, no art. 59, § 1.º, diz: "Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou APLICAÇÃO (grifo nosso) de tratados e leis federais,..."

desde que não entrasse em choque com os "princípios constitucionais da União" art. 63. Tal como a Constituição americana (art. IV, seção 3), também a nossa previu a criação de novos Estados-membros (art. 4.º).

VIII - Cidadania. "Dupla cidadania" americana. O Caso Dred Scott.

No tocante à cidadania, a Constituição brasileira a define, ainda que de modo indireto, no art. 69. Como o Brasil antes do advento da República era um Estado unitário, não se teve de falar, como nas Constituições dos Estados Unidos e da República Argentina, em *state citizens* ou em *ciudadanos de las Provincias*. O art. 8.º da Constituição argentina é quase um decalque da cláusula 1 da seção 2 do art. IV da Constituição americana.¹⁷⁵ Essa "dupla cidadania" nos Estados Unidos - federal e estadual - trouxe casos interessantes na jurisprudência. O mais famoso deles foi inegavelmente o do escravo Dred Scott.¹⁷⁶ Alguns Estados-membros concediam cidadania aos negros, outros não. Em 1857, sob a presidência de Roger Taney, a Suprema Corte declarou que ao autor da ação judicial (Dred Scott), que estava morando com seu senhor em Estado não escravista, faltava legitimidade *ad processum*, pois, de acordo com a Constituição "uma pessoa de cor, de raça africana, cujos ancestrais tinham sido importados para o País, não se podia tornar um membro da comunidade política de acordo com a Constituição dos Estados Unidos".¹⁷⁷ Outros casos que, de certo modo, envolveram a dupla cidadania, compõem os *Slaughter House Cases*.¹⁷⁸ Em 1868, o Congresso baixou a Emenda nº XIV com o objetivo precípuo de garantir ao negro tanto a cidadania estadual quanto a nacional.¹⁷⁹

Quanto à aquisição do *jus suffragii*, a Constituição brasileira fixou-a no mínimo de 21 anos. No art. 71, ficaram regulados os modos de perda e suspensão dos direitos de cidadania. Deixou, todavia, a cargo da lei ordinária estabelecer "as condições de reacquirição dos direitos de cidadão brasileiro."

¹⁷⁵ Diz a Constituição americana: "Os cidadãos de cada Estado terão direitos nos demais Estados e todos os privilégios e imunidades que estes concederem aos seus próprios cidadãos". Por seu turno, dispõe a Constituição argentina: "Los ciudadanos de cada Provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadanos en los demás". A Constituição suíça reza no art. 43 "1. Qualquer cidadão de um cantão é cidadão suíço".

¹⁷⁶ Dred Scott v. Stanford, 19 Howard 393 (1857).

¹⁷⁷ Cooley, Ob. cit., p. 315; Willoughby, Ob. cit., p. 182.

¹⁷⁸ Willoughby, Ob. cit., p. 182.

¹⁷⁹ Willoughby, Ob. cit., p. 182.

IX - Declaração de Direitos e *Bill of Rights*.

O anteprojeto Américo Brasileiro, inspirado nas *Declarations of Rights* americanas e na famosa *Déclaration* francesa de 1789,¹⁸⁰ preferiu usar "Declaração de Direitos" a "Direitos Fundamentais" etc. Nelson de Vasconcelos, em substitutivo que não passou, propôs a esdrúxula epígrafe "Garantias de Ordem e Progresso em toda a União".¹⁸¹ Como se sabe, a Constituição norte-americana granjeou certa repulsa inicial por parte de cidadãos de alguns Estados-membros, sobretudo por causa da ausência de uma *Declaration of Rights*.¹⁸² Daí, para o fim de sua ratificação, o compromisso assumido de se fazer emenda constitucional com um elenco sistematizado dos direitos e garantias.¹⁸³ A Constituição, é certo, já havia contemplado o *habeas-corpus*, a proibição de *bills of attainder*, de leis *ex post facto* e inúmeras limitações do governo em prol do governado. Mas não se tratava de elenco ordenado como aqueles existentes nas constituições de alguns entes federados. Em *O Federalista* (Escrito nº 84), Hamilton, com o pseudônimo de *Publius*, procurou demonstrar aos antifederalistas porque não se tinha colocado a Declaração de Direitos em apartado. Depois de observar que constituições de alguns Estados-membros (Nova York, por exemplo) não tinham tal elenco específico, mas dispunham de mecanismos limitadores do poder público espalhados em seus textos, diz que a "Constituição proposta pela Convenção contém, do mesmo modo que a Constituição de Nova York, inúmeros daqueles dispositivos".¹⁸⁴ Madison, mais tarde, para evitar a quebra da unidade da Constituição, tomou a iniciativa de apresentar o esboço das Declarações. Com Herbert J. Storing, pode-se dizer que se foram os federalistas que deram aos americanos a Constituição, foram os antifederalistas, por outro lado, que lhes deram a Declaração de Direitos.¹⁸⁵

¹⁸⁰ "A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão" - diz Miguel Reale - "é uma proclamação leiga, o que de per si assinala uma das tendências dominantes no novo Direito, obra exclusiva da sociedade e do Estado, à margem de qualquer interferência da Igreja, ou da prévia acolhida dos princípios por ela consagrados (*Nova Fase do Direito Moderno* S. Paulo: Saraiva, 1990, p. 76).

¹⁸¹ Barbalho Ob. cit., p. 298.

¹⁸² Dicey (ob. cit., p. 200) observa que as *Declarations of Rights* americanas, diferentemente do *Petition of Right* e do *Bill of Rights* ingleses, se aproximam muito das declarações de direito do continente europeu. "They are the product of eighteenth century ideas" e têm por escopo "legally controlling the action of the legislative by the Articles of the Constitution".

¹⁸³ Cooley. Ob. cit., pp. 15 e seg.

¹⁸⁴ Brasília: UnB, 1984, p. 623.

¹⁸⁵ *A constituição e a Carta de Direito in A Cidadania nos Estados Unidos*. Ministério do Interior: Fundação Projeto Rondon, sob a coordenação de Walter Costa Porto, 1988.

X - Emendas à Constituição. Substitutivo do Apostolado Positivista.

As dez primeiras emendas à Constituição americana foram editadas a partir de 1789. Sua adoção, porém, se fez de uma só vez, em 1791. Formam a declaração de direitos e garantias federais.

O art. 90 de nossa Constituição de 1891, inspirado no art. V da Constituição de Filadélfia, que também fecha o texto constitucional propriamente dito, cuida da reforma ou revisão da própria Constituição. Constituição alguma pode ter a pretensão de ser eterna. Por isso é de boa política a previsão em seu bojo da sua própria alteração. Por ocasião da votação da Constituição, o Apostolado Positivista insistiu, através de Miguel Lemos e Teixeira Mendes, na possibilidade de mudança total. Foi derrotado,¹⁸⁶ pois a Constituição, no § 4.º do mencionado artigo, proibiu até mesmo a admissão de projetos de emendas "tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado". A Constituição argentina, a rigor, só veda, assim mesmo em termos, emenda supressiva da paridade representativa das Províncias.

Como se deu com o constituinte norte-americano, o brasileiro contemplou duas modalidades de emendas: a) por iniciativa do Congresso e b) por iniciativa dos legislativos estaduais. Nossa Constituição estabeleceu um quórum na hipótese "a": um quarto de qualquer das duas Casas. A doutrina¹⁸⁷ e a jurisprudência¹⁸⁸ americanas entendem que o quórum para a propositura da emenda é de dois terços dos *representatives* ou *senators* presentes. Para a aprovação é que se exigem dois terços do número global das respectivas Casas.¹⁸⁹

No caso de a proposta ter sido apresentada por uma das Casas, a nossa Constituição exigia três discussões no ano seguinte, com quórum de dois terços de cada Câmara para aprovação. Na hipótese "b", isto é, de proposta feita por Assembléia estadual, exigia-se que durante o ano de apresentação, houvesse adesão de dois terços dos Estados-membros. Não havia, porém, necessidade de três discussões no segundo ano. Bastava o quórum de dois terços do Senado e da Câmara dos Deputados.¹⁹⁰ A Constituição americana, no caso de iniciativa dos legislativos estaduais, exige a convocação de uma convenção especial dos Estados-membros com um quórum de dois terços. Segundo noticiam John M.

¹⁸⁶ Roure. Ob. cit., 1. vol., p. 438.

¹⁸⁷ Cooley. Ob. cit., p. 44; Willoughby. Ob. cit., p. 247.

¹⁸⁸ National Prohibition Cases, 253 U. S. 350, 386 (1920), apud Cooley. Ob. cit., p. 44.

¹⁸⁹ "The requirement of a two-thirds vote applies only to the vote on the final passage of the proposal. Proposed amendments, it has therefore been held, may be amended by a majority vote, but two-thirds are required when one House is voting finally to concur in proposals of the other House" (Willoughby. Ob. cit., p. 247).

¹⁹⁰ Barbalho. Ob. cit., p. 365.

Mathews e Clarence A. Berdahl em *Documents and Readings in American Government*,¹⁹¹ até 1940 cerca de 83 requerimentos tinham sido apresentados no Congresso. Nenhum, porém, prosperou. "Se dois terços dos Estados resolvessem firmar a petição, o Congresso estaria obrigado a convocar uma convenção".¹⁹²

XI - Conclusão.

Sinteticamente, podemos concluir que a nossa Constituição de 1891 foi uma das mais avançadas do mundo. Baseou-se, como vimos, naquilo que de melhor existia. Pôde contar com as experiências de outros povos, como o americano, suíço e argentino. Ao adaptar as experiências alheias, muitos institutos foram corrigidos e aperfeiçoados; outros, criados. Entre seus constituintes, figuraram homens notáveis, como nunca mais se teve notícia. No seio da Constituinte, reinou a concórdia. Todas as correntes políticas puderam ser ouvidas. Imperou o bom senso. De todas nossas Constituições republicanas, foi a que mais tempo durou: pouco mais de 43 anos, se considerarmos que o Decreto nº 19.398, do Governo revolucionário de 1930, datado de 11 de novembro, dispôs em seu art. 4.º que continuariam em vigor a Constituição Federal e as constituições estaduais naquilo em que não colidissem com a nova ordem. Sua grandeza ressaí, de modo indireto, das palavras do grande Pedro Lessa, quando falava em sua reforma radical:

Que contrastador espetáculo ofereceríamos ao mundo civilizado se lhe disséssemos fizemos uma constituição superior à nossa cultura intelectual e moral; sem capacidade para a compreender e praticar, vamos ensaiar uma inferior; constituições como a nossa atual servem unicamente para nações como a América do Norte e a República Argentina.¹⁹³

¹⁹¹ *Apud* Ferguson e Mchenry. Ob. cit., p. 68.

¹⁹² Ferguson e Mchenry Ob. cit., p. 68.

¹⁹³ Fonseca, Annibal Freire da Ob. cit., p. 123.