

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO 1980

ANO 17 • NÚMERO 67

Rui Barbosa e o Supremo Tribunal Federal

RUBEM NOGUEIRA

Professor na Faculdade de Direito da
Universidade Católica da Bahia — Do
Instituto dos Advogados Brasileiros.

... Fizemos deste Tribunal o sacrário da
Constituição, demos-lhe a guarda da her-
menêutica, pusemo-lo como um veto per-
manente aos sofismas opressores da Ra-
ção de Estado, resumimos-lhe a função
específica nesta idéia.

RUI BARBOSA (Do discurso de sus-
tentação do Habeas Corpus nº 300,
em 23-IV-1893).

Quando uma idéia nova tem de ser di-
fundida pela Providência num só povo
ou por toda a humanidade, nasce um ho-
mem que a formula na criação do gênio,
e que a propaga pela fascinação da pala-
vra eloqüente.

LATINO COELHO (Garret e Cast-
lho — Estudos Biográficos, s/d, pág.
93).

TEMPOS OBSCUROS DE UMA JUDICATURA SOBERANA

1. Com a mudança de regime político, em 1889, nem todos tiveram imediatamente, inclusive juizes, uma idéia da alteração profunda operada no órgão cúpula do Poder Judiciário: de *Supremo Tribunal de Justiça* passara a *Supremo Tribunal Federal*. Quanto significava isto? É possível que os seus integrantes, eles próprios, na maioria vindos do antigo tribunal monárquico, se não tivessem dado conta da natureza da transformação havida.

Ainda com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça continuou a funcionar por muitos meses, depois da queda do Império, sob a presidência do VISCONDE DE SABARA, julgando, principalmente, como sempre, os velhos *recursos de revista*, nos casos de *injustiça notória* ou de *manifesta nulidade*, nas sentenças proferidas em todos os juizes em última instância, segundo o art. 6º da lei de sua criação (Lei de 18 de setembro de 1828). Compunham-no, então,

Trabalho feito a pedido da Universidade de Brasília (que propôs o título), para comemorar o Sesquicentenário do STF.

os Ministros ANDRADE PINTO (João José de), BANDEIRA DUARTE, FREITAS HENRIQUE (João Antônio de Araújo), SAMPAIO, GOUVEIA, FARIA (Joaquim Francisco de), MENDONÇA UCHÔA (Inácio José de), QUEIROZ BARROS (Luiz Corrêa de), SOUZA MENDES (Antônio de), BUARQUE DE LIMA, AUGUSTO DA SILVA, ARARIPE (Tristão de Alencar), AQUINO E CASTRO (Olegário Herculano de), BRITO E O VISCONDE DE SABARÁ.

Não imaginavam possivelmente que os idealizadores da nova distribuição de atribuições dos três Poderes, decorrente do sistema federativo, entre os quais figuravam, como expoentes, MANOEL FERRAZ DE CAMPOS SALES (Ministro da Justiça) e RUI BARBOSA (Ministro da Fazenda), no Governo Provisório chefiado pelo Marechal DEODORO DA FONSECA, confeririam ao órgão máximo do Poder Judiciário uma função até ali desconhecida inteiramente em nossa experiência jurídico-forense: a de verificar a legitimidade dos atos dos outros Poderes, com a autoridade de declarar a inconstitucionalidade das leis.

2. A 30 de novembro de 1889, o Governo Provisório, em cujo seio predominavam experimentados juristas, promulgou, sob a forma de decreto, a Lei nº 25, abolindo os tratamentos de *majestade* e *senhor*, devidos aos tribunais superiores desde o Alvará de 20 de maio de 1769, e mantendo outras *praxes tradicionais do foro*, não incompatíveis com o regime recém-instaurado. Assim, ficavam os advogados dispensados de começar os seus arrazoados com a vetusta fórmula: *Senhor! Para V. M. Imperial recorro etc.*

Ao longo do ano de 1890 continuou a denominar-se *Supremo Tribunal de Justiça*, como que indiferente à marcha do País para a organização de novas estruturas políticas e jurídicas. O próprio Governo Provisório também assim o designou, quando, pelo Decreto nº 210, de 20 de fevereiro de 1890, estabeleceu que o presidente do *Supremo Tribunal de Justiça* fosse eleito por votação nominal e maioria absoluta de votos dos seus ministros.

3. A denominação nova, de *SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*, surge pela primeira vez no Projeto de Constituição, que o Governo Provisório se comprometia a *cumprir e fazer cumprir*, o qual se publicou com o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, e seria, quatro meses depois, com umas poucas alterações, submetido ao Congresso Constituinte. No seu art. 53 estava dito: "O Poder Judiciário da União terá por órgãos um *Supremo Tribunal Federal*, com sede na Capital da República, e tantos juizes e tribunais federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar", segundo a redação do punho de Rui Barbosa, substitutiva da constante do Projeto discutido pelo Ministério, que era a seguinte: "O Poder Judiciário Federal será exercido por um *Supremo Tribunal de Justiça* e por tantos juizes ou tribunais federais quantos o Congresso criar, tendo em vista a extensão do território, a disseminação da população e o número mais ou menos provável de causas e questões." Previam-se aí também as suas atribuições novas de fazer o controle de constitucionalidade das leis.

Mas foi o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que, ao organizar a Justiça Federal, estatuiu, no art. 1º: "A Justiça Federal será exercida por um *Supremo Tribunal Federal* e por juizes inferiores intitulados — Juizes de Seção", dando ao Supremo Tribunal a competência jurisdicional que depois seria confirmada pela Constituição de 24 de fevereiro de 1891.

4. Contudo, por algum tempo ainda perseverou ele na rotina de julgar nos casos de *injustiça notória* e *nulidade manifesta*, tendo como *injustiça notória*, que autorizava a concessão da *revista*, o julgamento contra direito expresso, e não a consistente em julgamento contra o alegado e provado nos autos — conforme disse o acórdão de 12 de setembro de 1891, na *Revista Cível* n^o 30, de Pernambuco (*O Direito*, ano XIX — setembro a dezembro, vol. 56, pág. 192).

Nos antigos *recursos de revista*, o Supremo Tribunal de Justiça, segundo a organização judiciária do regime monárquico, não apreciava os fatos, as provas, o merecimento enfim da causa, mas revia tão só a *injustiça* ou a *nulidade* da sentença recorrida, para declarar a violação da lei. A *revista* era negada, uma vez se convencesse o Tribunal de que o acórdão recorrido aplicara bem o direito e observara as solenidades essenciais do processo. Se, pelo contrário, entendesse que houvera falsa aplicação da lei ou preterição das formalidades substanciais do processo, concedia-a, oferecendo a verdadeira inteligência da lei e designando outro tribunal para proferir novo julgamento.

Assim procedeu o Supremo Tribunal Federal depois do Decreto n^o 848 e até sua instalação oficial, quatro dias depois de promulgada a Constituição de 24 de fevereiro de 1891. De fato, por acórdão de 21 de fevereiro de 1891, concedeu a *Revista Crime* n^o 2.709, originária de Ouro Preto, *pela manifesta nulidade do acórdão recorrido*, e ainda designou a Relação da Capital Federal para rever o feito e de novo julgá-lo (cf. *O Direito*, revista mensal de doutrina, legislação e jurisprudência, de propriedade do Dr. João José do Monte, Rio, ano XIX — maio a agosto, vol. 55, pág. 53). O Supremo Tribunal continuava a chamar o tribunal de segunda instância da Capital Federal de *Relação*, nome que vinha do tempo da Colônia, mas, pelo decreto que organizou a justiça no Distrito Federal, os seus órgãos de segunda instância eram o Tribunal Civil e Criminal e a *Corte de Apelação*. Parece, aliás, que foi esse o último julgamento de recurso de revista, em que o Supremo Tribunal Federal ainda procedeu como o antigo Supremo Tribunal de Justiça, isto é, designando outro tribunal para proferir novo julgamento do caso.

5. Porque, depois de instalado solenemente, no dia 28 de fevereiro de 1891, e já integrado de alguns ministros nomeados pelo Governo Provisório, como PIZA e ALMEIDA e JOAQUIM DA COSTA BARRADAS, o Supremo Tribunal Federal passou a decidir recursos de revista, não mais mandando-os, quando providos, a outro tribunal para proferir novo julgamento, e sim julgando-os *como se fosse a instância revisora*. Parece que o primeiro caso, em tal sentido, foi a *Revista Crime* n^o 2.711, originária de Fortaleza. O Supremo Tribunal Federal concedeu-a, por acórdão de 8 de abril de 1891, e, *conhecendo do merecimento dos autos e julgando a causa como se ainda não tivesse sido julgada em 2^a instância*, confirmou a sentença por seus fundamentos (cf. *O Direito*, vol. cit., pág. 50).

Nessa mesma ocasião foi decidida a *Revista Cível* n^o 11.300, originária de Ouro Preto. Concederam-na pelo fundamento de *injustiça notória e conseqüente nulidade do processo*, julgando *procedente e provada a ação*. Houve três votos vencidos: QUEIROZ BARROS, *in totum* mas sem dar razões; AQUINO E CASTRO, quanto ao mérito, *por improcedente e não provada a ação*, e PEREIRA FRANCO. Este último entendia viciosa e merecedora de proscrição a fórmula de

concessão de revista *por injustiça notória e conseqüente nulidade do processo*, visto serem duas hipóteses distintas, funcionando a nulidade processual como questão preliminar e a injustiça notória, como questão de *mérito*. Inconcebível, portanto, que *da injustiça notória se siga a nulidade do processo* (cf. *O Direito*, vol. 55, pág. 407). O argumento era irresponsável, mas não sensibilizou o Supremo Tribunal Federal.

Já na *Revista Cível* nº 11.258, procedente de São Paulo, o Ministro MENDONÇA UCHÔA, vencido no acórdão de 28 de janeiro de 1891 que designou a Relação da Capital Federal para revisão e novo julgamento, conhecia do recurso, mas *para julgar-se definitivamente o feito com a mesma amplitude concedida à Relação revisora*, e isto, dizia, *por já não ter o Supremo Tribunal competência e jurisdição para conceder a revista*, em virtude da Lei Orgânica da Justiça no Distrito Federal (v. *O Direito*, vol. 54, pág. 390). Na verdade, o Decreto nº 1.030, de 14-11-1890 (Lei Orgânica da Justiça no Distrito Federal) abolira o recurso de revista, declarando-o extinto a partir da instalação do Supremo Tribunal Federal (art. 217). Quanto aos recursos de revista *interpostos até a data de sua publicação*, e ainda não decididos pelo Supremo Tribunal de Justiça, mandava que este conhecesse, ou o Tribunal Federal, desde que fosse instalado e se extinguisse aquele, denegando o recurso ou revendo e julgando o feito com a mesma amplitude concedida às relações revisoras (art. 219). Por sua vez o Decreto nº 1, de 26-2-1891, que providenciou sobre a instalação do Supremo Tribunal Federal, mandava guardar as disposições dos arts. 218 a 221 do Decreto nº 1.030, de 14-11-1890.

6. Não obstante a disposição taxativa do art. 219 da Lei nº 1.030/90, o Supremo Tribunal Federal, por acórdão unânime de 25 de novembro de 1891, sob a presidência de FREITAS HENRIQUE (eleito na sessão de instalação), concedeu a *Revista Cível* nº 2, originária de Cuiabá, interposta *fora do prazo legal*. De fato, o acórdão revisto, da então ainda denominada *Relação* de Cuiabá, era datado de 5 de dezembro de 1890, mas pela Lei nº 1.030 (art. 219, cit.) somente até a data de sua publicação — 14 de novembro — a revista poderia ter sido interposta (cf. *O Direito*, ano XX — 1892 — janeiro a abril, vol. 57, pág. 27).

7. Estava, assim, o Supremo Tribunal absorvido por julgamentos dessa espécie, sem grandeza merecedora de registro, talvez, quem sabe, pela mentalidade dos seus juizes vindos dos tempos imperiais, não de todo desembaraçados ainda de certa timidez ante o Executivo. Este, pouco antes, através do Aviso nº 83, de 17 de dezembro de 1888, subscrito pelo Ministro da Justiça, FRANCISCO DE ASSIS ROSA E SILVA, o havia publicamente repreendido por não ter, segundo o Ministro, bem aplicado *as salutaras e garantidoras disposições da Ord. liv. 3ª, tit. 66, § 7º e dos arts. 232 e 737 do Reg. nº 737, de 25 de novembro de 1850* — o que levou a uma não muito cordial troca de ofícios entre o presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Visconde de Sabará, e o Governo imperial — (cf. *O Direito*, ano XXI — 1893 — setembro a dezembro, vol. 62, págs. 98-101).

PELA SOBERANIA INTERPRETATIVA DO JUDICIÁRIO

8. Urgia conduzir o Supremo Tribunal Federal para o desempenho de sua função primordial: dar a última palavra sobre a constitucionalidade dos atos

do Congresso e do Executivo, ser o guardião da Constituição e a fortaleza dos direitos e garantias individuais. O que a nova ordem jurídica lhe reservara capitalmente era o poder de conferir, em caráter definitivo, a legitimidade constitucional dos atos administrativos e das leis, para o fim, impossível de ser atingido no regime anterior, de recusar aplicação a um ato, fosse de que Poder fosse, incompatível com a Constituição. Estaria o órgão cúpula do Poder Judiciário imbuído da consciência de sua nova força? Ou seria preciso alguém que lhe revelasse, *in concreto*, as singularidades de sua missão?

Os acontecimentos se incumbiram de abrir a oportunidade para o Supremo Tribunal Federal ser chamado a exercer as suas novas atribuições; e suscitaram ao mesmo tempo o homem dotado das qualificações necessárias para tão ingente iniciativa. Ingente e arriscada, em face das tendências autoritárias do Governo.

O Supremo Tribunal Federal não se rendeu imediatamente às evidências jurídicas reveladas pelo patrono da legalidade. Antes, pelo contrário, vacilou, teve avanços e recuos, alguns até chocantes, como ocorreu nos dois julgamentos sucessivos de 26 de março e 16 de abril de 1898, em que, com diferença de poucos dias, proferiu sentenças diametralmente opostas acerca da mesma matéria e em relação às mesmas pessoas, segundo adiante indicaremos.

Artífice principal do Projeto de Constituição que o Congresso Constituinte havia promulgado a 24 de fevereiro de 1891; ex-ministro e vice-chefe do Governo Provisório; parlamentar experimentado em embates de tribuna e trabalhos jurídicos de comissões técnicas; jornalista que muito concorrera, com os artigos de fundo do *Diário de Notícias*, da Corte, para a queda do regime monárquico; autor de livros e traduções, advogado forense conceituado e jurisconsulto tido já entre os mais insignes mestres do Direito no Brasil — tudo isso deu imediata repercussão social ao ingresso de RUI BARBOSA no Supremo Tribunal Federal, em defesa das primeiras vítimas de atos inconstitucionais do prestigioso Chefe do Executivo, Marechal FLORIANO PEIXOTO.

O seu pedido foi, porém, negado — a despeito da longa e irrefutável fundamentação, em dezenas de folhas dos autos do *habeas corpus*, que depois encheram vinte e sete páginas na revista *O Direito*, e do verdadeiramente luminoso discurso de sustentação, reproduzido em dezesseis páginas do livro publicado por amigos do autor, sob o título de *O Estado de Sítio, Sua Natureza, Seus Efeitos, Seus Limites* (Capital Federal, Companhia Impressora, Rio 1892) (1).

Ali estava a análise do fato e a exposição das modernas doutrinas jurídicas aplicáveis, particularmente as do Direito anglo-americano, fonte imediata onde se inspiraram os elaboradores da Constituição em vigor. A essa luz revelava-se em toda a sua crueza a violação constitucional causada pelos atos executivos que, sob o estado de sítio, haviam demitido e reformado, sumariamente, funcionários vitalícios, prendido, sem delito e sem flagrante, senadores, deputados,

(1) O número de ordem desse *habeas corpus* era 300, mas em verdade, dada a sua singular importância jurídica, poderia considerar-se o nº 1 de toda a série até ali decidida, pois pela primeira vez se utilizava aquela garantia, nos termos da amplíssima fórmula que lhe fora dada pelo art. 72, § 22, da nova Constituição, para tutelar direitos fundamentais do indivíduo.

jornalistas, oficiais-generais, e deportado a maioria para regiões longínquas e inhóspitas do território nacional. Um quadro de violências como igual jamais fora antes visto no País.

9. O Supremo Tribunal Federal, segundo os termos da petição, era um órgão de reparação inexistente sob a monarquia, e sua sentença iria delinear-lhe a fisionomia, o destino histórico para a consolidação da República Federativa. Para logo o impetrante afastou a questão *política* derivada da decretação do estado de sítio. Os casos — advertiu — que, se por um lado tocam a interesses políticos, por outro envolvem direitos *individuais*, não podem ser desfechos à intervenção dos tribunais, amparo da liberdade pessoal contra as invasões do Executivo. Expunha a doutrina jurídica a ser consagrada em próximo futuro: “Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça: este o princípio fundamental de todas as Constituições livres. Se, sob o pretexto da natureza política das necessidades, que legitimam esse temeroso parêntesis da ordem constitucional conhecido pelo nome de estado de sítio, o governo, fora das condições extremas taxadas na lei, puder arremessar contra os seus antagonistas políticos essa mole de arbítrio, e o direito esmagado não tiver contra ela a sua salvaguarda natural nos tribunais, quem conterá mais o Poder Executivo?” E como que prevendo o que anos depois o Executivo todo poderoso faria com o Legislativo e o Judiciário, alertava: “Quando ele quiser penetrar nas imunidades protetoras da representação nacional, eliminando os seus adversários, para ajeitar maiorias na legislatura, quem lhe porá cobro? Quando ele quiser, no seio deste tribunal mesmo, assegurar-se a impunidade, arredando votos suspeitos, que será dos supremos juizes da União, que será de vós, se voluntariamente houverdes despedido a vossa prerrogativa constitucional agora invocada, subscrevendo uma declaração de incompetência nos *habeas corpus* reclamados pelas vítimas de uma suspensão inconstitucional de garantias?”

Este ponto não podia ser olvidado: “Se os efeitos do estado de sítio fossem *exclusivamente* políticos, os tribunais federais não teriam, de certo, nada que ver com as conseqüências do seu uso. Mas, desde que estas interessam ao direito privado, à individualidade civil dos cidadãos, arriscando-os às mais intoleráveis misérias da opressão, não há conveniência de governo que possam extorquir às vítimas a faculdade do apelo à justiça”. Era preciso ter bem presente que as duas jurisdições: a parlamentar e a judicial, não se anulam reciprocamente, tendo cada uma sua função peculiar. “O Congresso aprecia o fato político à luz da conveniência ou do direito fundamental. A justiça entende nas questões civis, restabelecendo o direito do indivíduo, quando o Executivo, para o ferir, transpôs a barreira constitucional” (2).

10. O impetrante tudo fez para que o Supremo Tribunal Federal não se detivesse ante o espantelho ou sofisma de ser aquele assunto vedado à justiça pela sua natureza *política*. “Não vos enredeis em tal sofisma”, suplicou.

(2) Em sessão de 13 de novembro de 1897, quando o Supremo Tribunal Federal negou o *habeas corpus* requerido por MEDEIROS E ALBUQUERQUE a favor de FORTUNATO DE CAMPOS MEDEIROS, por se tratar de crime político, com relação ao estado de sítio, o Ministro MACEDO SOARES votou vencido, com apoio num dos argumentos de Rui, expendidos no *Habeas Corpus* nº 300, como se pode ver em *O Direito*, ano XXVI, 1898, vol. 75, pp. 572-75.

“Qual é a disposição constitucional, onde se ache essa exceção limitativa à vossa autoridade geral de negar execução às leis inconstitucionais e aos atos inconstitucionais do Poder Executivo?... Vós, Tribunal Supremo, fostes instituído para guarda aos direitos individuais, *especialmente contra os abusos políticos, porque é pelos abusos políticos que esses direitos costumam perecer...* Logo, senhores juizes, a circunstância de abrigar-se em formas políticas o atentado não o subtrai ao vosso poder equilibrador, se uma liberdade, ferida, negada, conculcada pelo governo, se levanta diante de vós, exigindo reparação... Ora, a regularidade orgânica das instituições republicanas e a inviolabilidade dos direitos particulares foram-vos entregues em custódia, estão-vos confiadas em depósito, são a matéria peculiar da vossa autoridade. Tudo o que atente contra elas toca ao vosso poder, desde que se defina perante vós sob as formas da questão judicial.” E concluiu: “Só uma proibição explícita da Carta Federal poderá restringir esse poder.”

O Supremo Tribunal Federal, num acórdão de cinquenta e cinco linhas, em apenas oito considerandos que nenhuma interpretação dos textos apontados pelo requerente encerravam, cometeu o grave equívoco de virtualmente declinar a sua *incompetência* para conhecer da espécie e ao mesmo tempo negar o *habeas corpus*. De fato, dizia o acórdão de 23 de abril de 1892: “*Considerando que, pelo art. 80, § 3º, combinado com o art. 34 da Constituição, ao Congresso compete privativamente aprovar ou reprovar o estado de sítio declarado pelo Presidente da República, bem assim o exame das medidas excepcionais, que ele houver tomado, as quais para esse fim lhe serão relatadas com especificação dos motivos em que se fundam; Considerando, portanto, que, antes do juízo político do Congresso, não pode o Poder Judicial apreciar o uso que fez o Presidente da República daquela atribuição constitucional, e que também não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo*” (grifamos).

Diante dos motivos apresentados, que importavam na sua *incompetência* para conhecer do caso naquela altura, o regular é que o Supremo Tribunal Federal *não conhecesse* do pedido, e não que o negasse, isto é, proferisse julgamento *de mérito*. Além disso, incidiu noutros equívocos que depois viria a corrigir, como o de afirmar que os *efeitos do estado de sítio* subsistiriam após o prazo de duração da medida excepcional (a Constituição de 1967 com a Emenda 1/69, a exemplo da de 1934 e 1946, dispõe: “Art. 158 — *Findo o estado de sítio, cessarão os seus efeitos* e o Presidente da República, dentro de trinta dias, enviará mensagem ao Congresso Nacional com a justificação das providências adotadas” (grifamos).

Por fim, registre-se que o acórdão reconheceu que *estavam ou podiam estar envolvidos direitos individuais* na situação criada pelo estado de sítio, mas ainda assim negou a ordem de liberdade, recusando a argumentação do advogado requerente, cuja substância, entretando, passaria a integrar o texto da Constituição a partir de 1946, no art. 141, § 4º, assim concebido: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

11. Mas o patrono da *legalidade constitucional, servida pelos tribunais*, não resesperou. Foi à primeira instância e lá propôs ações cíveis de reparação

dos danos patrimoniais infligidos às vítimas dos atos arbitrários do Presidente da República, ações nas quais revelou extensamente o papel da justiça federal no novo regime, o seu poder de declarar a nulidade dos atos inconstitucionais do Legislativo ou do Executivo, de negar enfim aplicação, *in casu*, às leis contrárias à Constituição. Demonstrava, com apoio no Direito norte-americano e nos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, as novas atribuições conferidas à magistratura, de verificar a compatibilidade das normas jurídicas e dos atos administrativos com a Constituição, para o efeito de, num caso concreto levado à sua apreciação, recusar aplicação às normas e aos atos violadores de textos constitucionais. Partia dos princípios de que "o direito de examinar a constitucionalidade dos atos legislativos, ou administrativos, é a chave do nosso regime constitucional, seu princípio supremo, e de que as ações propostas emanam de um direito superior à força de todos os poderes constituídos, e correspondem a uma obrigação dos tribunais, rudimentar no regime americano, que é o nosso". Matéria jurídica então nova entre nós, desvendou-lhe RUI todos os segredos, revelou-a, com extensão e profundidade, aos juizes brasileiros que pela primeira vez se defrontavam com procedimentos daquele tipo (cf. RUI BARBOSA, *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, Capital Federal, Companhia Impressora, 1893, págs. 5-249, ou *Obras Completas*, vol. XX, 1893, Tomo V, *Trabalhos Jurídicos*, págs. 7-218).

As ações foram julgadas procedentes e confirmadas as sentenças respectivas pelo Supremo Tribunal Federal, que já então reconheceu ser o Poder Judiciário *guarda da inviolabilidade da Constituição* (acórdão de 19 de setembro de 1895). Ao mesmo tempo, novos pedidos de *habeas corpus* RUI formulava a favor de outras vítimas da ditadura florianista, sempre insistindo, com abundância de fundamentos, na técnica de estimular o Supremo Tribunal ao exercício dos poderes, que a Constituição lhe dera, de rejeitar todo efeito às leis e atos executivos inconstitucionais.

12. O caso dos quarenta e oito presos civis do navio "Júpiter" (*Habeas Corpus* nº 406, requerido a 31 de julho de 1893) teve bom sucesso: o Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem de soltura por acórdão de 9 de agosto de 1893, vencido apenas o Ministro FARIA LEMOS (cf. *O Direito*, vol. 62, págs. 70-88), decisão em virtude da qual recebeu um agressivo ofício do Ministro da Guerra, lamentando que sua decisão não fosse fundamentada, apesar de envolver graves questões de ordem pública e de surpreendente impugnação das leis aplicáveis (textual). O Supremo Tribunal Federal, depois de agitados debates, resolveu aprovar a proposta do Ministro JOSÉ HIGINO, que mandava consignar em ata esta impávida declaração, verdadeiramente digna da augusta condição daquele órgão judicante: "Não cabendo ao Poder Executivo fixar a competência dos tribunais, dar-lhes instruções, ou determinar a jurisprudência que devem seguir, a não ser pela forma regulamentar, e em virtude de execução de lei, o Supremo Tribunal Federal resolve não tomar conhecimento da matéria do ofício que em 10 de corrente lhe foi dirigido pelo ajudante-general do exército em nome do vice-presidente da República, visto como o mesmo ofício não é compatível com os princípios constitucionais, que devem dominar as relações entre o Poder Executivo e o Judiciário" (cf. *O Direito*, vol. cit., págs. 95-112 e pág. 117).

Em sessão de 16 de agosto, foi também deferido o *Habeas Corpus* nº 408, pedido em favor do imediato do “Júpiter”, MARIO AURELIO DA SILVEIRA, preso incomunicável na fortaleza da Ilha das Cobras. Esse acórdão é particularmente histórico, porque nele o Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, afirma de maneira explícita o seu poder de *controle da constitucionalidade das leis* — o que significava uma dupla vitória do advogado requerente. Em verdade diz-se ali: “É considerando: Que incumbe aos tribunais de justiça verificar a validade das normas que têm de aplicar aos casos ocorrentes e negar os efeitos jurídicos àquelas que forem incompatíveis com a Constituição, por ser ela a lei suprema e fundamental do País” (cf. *O Direito*, vol. 62, pág. 114) (3).

Indeferiu, porém, o *habeas corpus* que RUI impetrou, ainda nesse agosto de 1893 (uma semana antes de eclodir a Revolta da Armada), para a soltura do Senador Almirante EDUARDO WANDENKOLK, DUARTE HUET BACELAR PINTO GUEDES e ANTÃO CORREIA DA SILVA, também presos nas fortalezas de Santa Cruz, Laje e Villegaignon como envolvidos no caso do “Júpiter”. A inconstitucionalidade argüida dos atos governamentais determinantes das prisões dos pacientes resultava da violação das imunidades parlamentares de um deles e da privação do foro comum a que, na qualidade de oficiais reformados, todos tinham direito.

Recordando ao Senado, cerca de nove anos mais tarde, esse episódio judiciário, RUI declarou que, à véspera do dito julgamento, o Supremo Tribunal Federal tinha sido obrigado a reunir-se em sessão secreta para, clandestina e previamente, deliberar sobre o “*habeas corpus*” (cf. *Obras Completas*, vol. XXIX, Tomo V, págs. 117-118).

13. Foi assim, entre marchas e contramarchas, que começou a dar os seus frutos a campanha do patrono da *legalidade constitucional*. Mais tarde, nos autos de uma ação que não chegou a ser decidida — a de reivindicação do Acre Setentrional pelo Estado do Amazonas, proposta em 1905 perante o Supremo Tribunal Federal e conduzida até a produção de razões finais, em 1910 —, retomou o tema do *controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário*, que foi o primeiro, no Brasil, a expor minuciosamente ou, por assim dizer, didaticamente, pedagogicamente.

Na questão do Amazonas insistiu-se no argumento, a que de princípio se ateu o Supremo Tribunal Federal, o da sua *incompetência* para conhecer de pleito onde se impugnasse a validade de um ato legislativo. RUI BARBOZA, rebatendo-o, voltou a demonstrar o poder do Supremo Tribunal Federal de negar execução às leis inconstitucionais, *poder incomparável, função excelsa*, desconhecida nos outros regimes, latente no regime americano e ex-

(3) Esse acórdão, relatado pelo Ministro JOSÉ HIGINO, foi publicado na revista *O Direito* (vol. 62, pág. 112) com o nº 408, e nas *Obras Completas de Rui Barbosa*, vol. XX — 1893 — Tomo V — *Trabalhos Jurídicos*, pág. 298, com o nº 410, onde lhe omitiram o nono considerando assim concebido: “Que o paciente não pode ser compreendido em nenhum dos casos excepcionais mencionados no art. 1º da lei citada; porquanto falta na hipótese a circunstância clementar do estado de guerra”. O *habeas corpus* requerido a favor de EDUARDO WANDEKOLK e outros tomou o n.º 415, segundo a revista *O Direito* (ano XXI — 1893 — setembro a dezembro — vol. 62, pág. 393). Mas o número de ordem certo é o que consta da reprodução fotográfica do rosto dos autos respectivos, em *Obras Completas de Rui Barbosa*, vol. XX, Tomo V, pág. 305, isto é, 412.

pressa na Constituição brasileira. De tal modo que *transcende essencialmente a esfera judiciária, para assegurar a essa magistratura uma interferência manifesta na própria elaboração legislativa. Donde dizer: Que é, de feito, o que sucede, quando um julgado supremo averba de inconstitucionalidade uma lei? Essa lei deixou virtualmente de existir.*

Ao completar esse pensamento, antecipava-se ao que hoje é verdade asente: "Ferido o ato legislativo por uma sentença destas, nem o chefe da Nação, nem a legislatura se aventurariam a sustentá-lo. Ora a lei abandonada pelos poderes políticos do Estado e entregue ao desrespeito geral pela certeza de que não encontrará senão repúdio nos tribunais do País, é uma lei definitivamente morta. E, se ela expirou simplesmente em consequência do aresto judicial, que a taxa de inconstitucionalidade, embora tecnicamente circunscrita à espécie, embora adstrita às formas processuais, praticamente atua, pelos seus efeitos, como um ato de cassação da lei, como um verdadeiro veto. Daí o nome, com que o têm qualificado alguns autores americanos, de *veto judicial*."

A sentença definitiva tinha a virtude de tornar nenhuma a lei considerada inconciliável com a Constituição. É bem verdade que "a ação judicial não se manifesta senão provocada, e, legalmente, se circunscreve a um caso individual", ponderava. "Mas, uma vez que o julgado baixa do intérprete supremo, impõe-se à obediência de todos os tribunais, e estabelece para todos os casos análogos a certeza da mesma solução, os seus efeitos, gerais, permanentes, inevitáveis, importam no aniquilamento da lei exautorada pela sentença. Que diferença vem a ficar, então, em derradeira análise, entre o ato de uma das câmaras, que abortasse a lei em projeto, o do chefe do Estado, que lhe recusasse a sanção, e o do Supremo Tribunal, que a torna inexecúvel?" Este tema ocupa as cento e vinte e nove páginas iniciais do primeiro volume das razões finais editadas sob o título de *O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*, Rio, 1910, Tipografia do *Jornal do Comércio*, de Rodrigues & C.

Compreendendo a excelência jurídica dessa doutrina, o constituinte de 1934 prescrevia no art. 91, inciso IV, da Constituição de 16 de julho, a competência do Senado 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* — preceito este mantido, com mudança apenas redacional, na Constituição de 1946 (art. 64) e na de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969 (art. 42, VII).

Na essência do pensamento de RUI BARBOSA deveria ter o Supremo Tribunal Federal atribuições semelhantes às do seu congênera norte-americano, cujos arestos exercem, de um lado, como fez ver, uma influência depuradora, de ordem substancialmente legislativa, sobre os atos da legislatura, escoimando-os das leis inconstitucionais, e, de outro, operam uma evolução constituinte, sobretecendo uma Constituição viva à Constituição escrita. A faculdade, que os tribunais têm, de expor e interpretar o ato legislativo por eles taxado de inconstitucional, *promove, como dizia, a elaboração de leis por obra judiciária, assegurando à justiça uma espécie de ascendente sobre a legislatura.*

A jurisprudência em geral não teria entre nós, segundo a síntese das idéias que então defendeu, a imperatividade que lhe é peculiar no sistema do com-

mon law, onde prevalece o princípio do *stare decisis et non quita movere*. Mas RUI queria que a justiça federal, notadamente o Supremo Tribunal Federal, desempenhasse função idêntica à da Suprema Corte, no que entendesse com a vocação constitucional dessa judicatura, com o seu poder de demarcar a legítima fronteira da ação legislativa e da ação governamental. Por isso se deteve, ao longo de dezenas de páginas do arrazoado, no caso do Amazonas, no exame de arestos históricos da Suprema Corte, cujas matérias, como a dos autos da ação reivindicatória do Acre Setentrional, eram a um tempo *jurídica e política* da maior gravidade, e que não a impediu de manifestar-se, pois “esse tribunal, enquanto guarda e expositor da Constituição, tem precedência à própria legislatura, é o verificador soberano do direito constitucional”. Sua competência, pois, destacava, abrange a proteção de todo e qualquer direito que estribe na Constituição — inclusive os de caráter *político*. No particular havia igualdade entre o nosso e o regime norte-americano. “Políticos”, dizia, “são os direitos que se contestam ou limitam, se mantêm ou reivindicam entre os Estados e a União. E é da essência das Constituições federativas que, alheia à zona da ação política, a imparcialidade judiciária fiscalize a linha constitucional de respeito entre a soberania da União e a autonomia dos Estados”.

Como nos casos de 1892 e 1893 (os vários *habeas corpus* e as ações civis de reparação de dano) e de 1898 (*Habeas Corpus* nº 1.063 requerido em favor de congressistas presos e desterrados para Fernando de Noronha), o do Amazonas era também de direito violado por atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. Em todos eles a União suscitou a preliminar da *incompetência* do Supremo Tribunal Federal fundada na natureza *política* da matéria (4).

(4) O *Habeas Corpus* nº 1.063 foi negado por uma ocasional maioria de cinco votos num Tribunal de 15 juizes, presentes nove com direito a voto (acórdão de 26 de março de 1898), ausentes os Ministros PISA E ALMEIDA, AMÉRICO LOBO, LÚCIO DE MENDONÇA e JOÃO BARBALHO, que tinham, na sessão anterior, concedido ordem para o comparecimento dos pacientes. A inicial apontava como principal vício do ato do Governo o de *perdurar o desterro, acabado o estado de sítio*. Como em abril de 1892, afirmava que o *estado de sítio, apenas levantado, morre imediatamente em todos os seus efeitos*, reiterando ainda o fundamento da inconstitucionalidade da suspensão das imunidades parlamentares com a decretação do sítio (outra das teses sustentadas em 1892). Menos de um mês depois (acórdão de 16 de abril), no *Habeas Corpus* nº 1.073 requerido por outros advogados, mas com os mesmos fundamentos jurídicos da petição de RUI BARBOSA e em favor dos mesmos pacientes, o Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem. Foi relator LÚCIO DE MENDONÇA (ausente no julgamento anterior) e votaram com o relator, pela concessão da medida, os Ministros JOÃO BARBALHO (*idem*), MANUEL MURTINHO (vencido no julgamento anterior), H. DO ESPÍRITO SANTO (*idem*), PEREIRA FRANCO (*idem*), BERNARDINO FERREIRA (relator do *habeas corpus* anteriormente negado e que agora, curiosamente, rejeitava a tese de que, cessada a duração do estado de sítio, cessavam os seus efeitos, mas reconhecia inconstitucionalidade no ato de detenção em lugar designado aos réus de crimes comuns, como era o presídio de Fernando de Noronha) e AMÉRICO LOBO.

Nesse acórdão o Supremo Tribunal Federal reconheceu duas das teses que RUI tinha sustentado em 1892, a saber: 1) que “a imunidade parlamentar não se suspende com o estado de sítio”; 2) “que com a cessação do estado de sítio cessam os seus efeitos”.

RUI regozijou-se com esse resultado, em discurso de 22 de setembro de 1898 ao Senado. “É certo” — disse — “que o tribunal variou nas suas sentenças. Mas devem todos levantar as mãos para o céu, e dar graças a Deus, pois que variou no sentido da justiça e da liberdade”.

Contestando a ação disse, com efeito, o Procurador-Geral da República, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, PEDRO ANTÔNIO DE OLIVEIRA RIBEIRO (por essa época, o Procurador-Geral da República ainda era escolhido entre os membros do Supremo Tribunal Federal), no item 12 de sua resposta: *Que em um regime de poderes definidos e limitados, qual é o da Constituição vigente, pelo qual cabe ao Poder Judiciário tão-somente a aplicação ou execução das leis de direito privado em ordem a assegurar os direitos individuais das pessoas naturais ou jurídicas, escopo a que obedece a mesma prerrogativa de não aplicar as leis que forem contrárias ou lesivas aos direitos individuais*, escapa naturalmente à competência deste egrégio Supremo Tribunal Federal conhecer de assuntos de ordem legislativa e de organização administrativa da alçada de outros poderes, *que com eles se ocupam no momento atual, não se dando nem violação da Constituição pela lei do Congresso, nem lesão de direito a resguardar por atos executivos contrários a mesma lei* (grifamos).

Conforme os estilos processuais da época, RUI BARBOSA ofereceu, em fevereiro de 1906, *réplica* a um por um dos treze artigos da Contestação da União Federal, demonstrando fundamentalmente, à luz das contribuições do direito das nações cultas, particularmente do anglo-americano, os equívocos do Procurador-Geral. Mais tarde, nas razões finais (1910), se deteria principalmente nas *preliminares* suscitadas (incompetência do juízo, a pendência legislativa da questão e a impropriedade da ação), temas do primeiro volume do arrazoado que editou. Daí escrever o patrono do Amazonas: a exceção de incompetência pela natureza política do caso foi, desde 1892, o subterfúgio com que se tentou matar, à nascença, a melhor instituição do novo sistema.

Lutar contra isso, para fazer com que o Supremo Tribunal Federal, *tribunal entibiado* a princípio, ocupasse a sua posição augusta no seio da organização política e jurídica instaurada em 1891, parece ter sido um título conquistado, palmo a palmo, pela atividade judiciária de RUI BARBOSA.

A experiência das duas primeiras décadas do regime de supremacia da Constituição inaugurado em 1891 mostra-nos que foi ele quem ensinou o Supremo Tribunal Federal a encontrar o caminho que lhe estava marcado no mecanismo das novas instituições, ou que pelo menos lhe iluminou esse caminho. Por seu turno, o egrégio órgão judicial, que até hoje desenvolveu longa marcha por esse difícil caminho, com o tempo, aliás, muito ampliado, teve no passado diversas alternativas de erro e acerto, ora alegrando, ora amargurando o defensor de suas prerrogativas. Ainda em nossos dias, não obstante a auréola que o envolve e a confiança que nele deposita o povo, não escapa às vicissitudes da condição humana dos seus componentes. O Supremo Tribunal Federal — disse um dos seus maiores juízes —, “conquanto seja infalível, porque é definitivo, comete erros, *data venia*, e tanto os comete que os reconhece, toda vez que emenda Súmula ou varia a jurisprudência” (do voto do Min. ALIOMAR BALEEIRO, no RE nº 80.093-SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal Pleno, aos 2-4-75 — RTJ, 82/820).

A RUI BARBOSA, reconhecamo-lo, deve a Nação o haver integrado o Supremo Tribunal Federal na plenitude de sua autêntica vocação constitucional.