

# **NOSSA PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA À LUZ DO DIREITO COMPARADO**

---

**ADHEMAR FERREIRA MACIEL\***

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça*

## **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 mais importantes da Constituição de 1891, com rápidas incursões no direito comparado.<sup>1</sup>

**1. O Decreto n. 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. 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 n. 29, criando uma comissão de cinco membros para elaborar o projeto da Constituição, que serviria de

---

<sup>1</sup> 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. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 3. ed., Coimbra Editora, Tomo I, p. 211.)

base para a Assembléia Constituinte.<sup>2</sup> A data – 12 de dezembro – foi escolhida em homenagem ao Manifesto de dezembro de 1870. Dois republicanos que firmaram o Manifesto foram nomeados para a 'Comissão dos Cinco':<sup>3</sup> Joaquim Saldanha Marinho (presidente) e Francisco Rangel Pestana. Os outros três, todos republicanos ferrenhos, foram: Américo Braziliense 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 mesmo mês, a Assembléia Constituinte (Decreto n. 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,<sup>4</sup> da República Argentina

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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. A. Amaral Vieira, Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará). Ivan Uns, 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 Intróito: 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 inauferíveis 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* (1964, vol. XI), pp. 191 e seg.

<sup>4</sup> Agenor de Roure, *A constituinte republicana* (Senado Federal, co-edição com a UnB, primeiro volume), p. 2.

<sup>5</sup> e da Suíça <sup>6</sup> 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 n. 510. Mais tarde, outras modificações foram introduzidas por Rui Barbosa. Daí, então, a promulgação do Decreto n. 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 Babosa, 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 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 Bocaiúva (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 se

---

<sup>5</sup> A Constituição da República Argentina data de 1853 e se baseou no anteprojeto de Alberdi, profundo conhecedor da Constituição norte americana, de *O federalista* e das obras de Story. (Cf Segundo V. Unares Quintana, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Plus Ultra, 1981, Tomo 2, p. 653.)

<sup>6</sup> 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 (1481), Basle e Schaffhausen (1501) e, em 1513, Appenzell (Cf. George Arthur Codding Jr., *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 12/9/1848, a Dieta apresentou aos Estados confederados a nova constituição, que passou por sucessivas emendas. A mais importante data de 29/5/1874 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* (9th ed , MacMiIlan, 1952), p. 608.

desenrolaram 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 Oiticica, deputado por Alagoas, o qual disse que o Chefe do Governo não poderia, dali para a 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".<sup>7</sup> Foi eleito presidente dos trabalhos preparatórios o senador mineiro António Gonçalves Chaves. Uma grande preocupação assolou, desde o início, muita gente: a eventualidade de a febre amarela, que então grassava no Rio de Janeiro, inviabilizar os trabalhos. Tal preocupação ficou registrada nas palavras de um representante de Minas Gerais:

Achamo-nos na estação calmosa, 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 – *quo 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.<sup>8</sup>

Essa preocupação, somada à da provisoriedade do governo, fez com que a Constituição fosse votada e promulgada em apenas três

---

<sup>7</sup> Agenor de Roure, ob. cit, primeiro volume, p. 4.

<sup>8</sup> Trata se do deputado José da Costa Machado e Souza (*Annaes do congresso constituinte da República*, 2. ed., volume I, p. 513).

meses e dias.<sup>9</sup> 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 (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,<sup>10</sup> que elegeu o general George Washington<sup>11</sup> 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

---

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Nos Estados Unidos, não houve, como se sabe, uma 'convenção constituinte'. Após o malogro da *Annapolis Convention* (14/9/1786), 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. John H. Ferguson e E. McHenry, *The American federal government*, 2nd ed., Mcgraw-Hill Book, 1950, p. 35.)

<sup>11</sup> 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 William Bennett Munro em seu clássico *The government of the United States*: "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" (The MacMillan Company, New York, 1947. p. 38).

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, facilitando os, sobremaneira, pelas suas deliberações e expedientes da maior ponderação, imparcialidade e justiça".<sup>12</sup>

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",<sup>13</sup> apenas ressalta-se o sistema de governo: "Nós, os Representantes do Povo Brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regimen livre e democratico, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição". Com a laicização do

---

<sup>12</sup> Ob. cit., primeiro volume, p. 8.

<sup>13</sup> "We, The People" (Nós, o Povo). O preâmbulo da Constituição norte americana está assim vasado: "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 trançais (...)". A Constituição argentina, pela mesma forma, diz: "Nos, los representantes del pueblo da Ia Nación Argentina (...)". A Constituição suíça, com tónica 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". (Brasil, Senado Federal, Constituição do Brasil e constituições estrangeiras, Brasília, vol. II, 1987.)

Estado, foi fácil para os constituintes, muitos deles positivistas, deixar de invocar a proteção de Deus.<sup>14</sup>

Como se deu com os constituintes americanos, tínhamos representantes de diversos segmentos sociais.<sup>15</sup> A grande maioria dos constituintes de 1891 era de bacharéis em Direito.<sup>16</sup> Havia professores de ensino superior,<sup>17</sup> médicos e um número razoável de militares.<sup>18</sup> Dois banqueiros – F. P. Mayrink, deputado pela Capital Federal, e o conde de Figueiredo – achavam-se entre eles.<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup>

**2. *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.**

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

---

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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, 4 por William and Mary, 2 por Yale, 2 por Harvard, 2 por Pensilvânia, 1 por Colúmbia; outros eram formados em universidades européias. A maioria era de advogados. (Cf. William Bennett Munro, *ob. cit.*, p 36.)

<sup>16</sup> Annibal Freire da Fonseca, *O Poder Executivo na Republica brasileira* (Câmara dos Deputados, em co-edição com a UnB), p. 120.

<sup>17</sup> Quatro eram professores de faculdades de Direito. Dentre eles pontificou José Hygino Duarte Pereira, de Pernambuco.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 119 Trinta e cinco eram do Exército, e doze, da Marinha.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>20</sup> Agenor de Roure, *ob. cit*, primeiro volume, 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 Massachusetts.

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. I), 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.<sup>21</sup> 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'.<sup>22</sup> Províncias deveriam continuar sendo.<sup>23</sup> 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,<sup>24</sup> seu nome é 'Confederação Suíça'.<sup>25</sup> Quanto à forma de governo e à forma de Estados brasileiros, preferiu-se seguir a fórmula americana, já chancelada pelo Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889. O art. 1º começa tal qual o art. 1º da Constituição da República Argentina: "Artículo 1º La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal" etc. "A Nação brasileira, adotando, como forma de governo, a República Federativa," etc. A 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

---

<sup>21</sup> Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889.

<sup>22</sup> Carta de 1824, art. 2º.

<sup>23</sup> Não deixa de haver confusão terminológica ao se tratar o ente federado por 'Estado'. A Constituição da República Argentina preservou o nome 'Província'. A Lei Fundamental de Bonn usa Land no lugar de *Staat*. Também se pode falar, com mais precisão, em *Bundesland* (Cf. Hans Heckel, *Grundinformation Recht*, Leske Verlag, Budriche GmbH, 1979, 2. Auflage, 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*, 4. ed., Borsoi, I/230). Westel W. Willoughby já se havia utilizado, antes, em seu *Principles of the constitutional law of the United States*, da expressão *Member States* (second edition, Baker, Voorhis & Co, 1938, p. 53). O mesmo se dá com V. E. Orlando que fala em *Stati-membri - Diritto pubblico generale* (Dott. A. Giuffré, 1940), p. 336.

<sup>24</sup> Cf. William E. Rappard, *La constitution fédérale de la Suisse - 1848/1948 - A la Baconnière*, p. 107.

<sup>25</sup> A Constituição suíça é uma das constituições que mais tem sofrido reformas parciais. Contém, todavia, um aspecto interessante: a participação de todos os órgãos estatais - "Parlamento, governo, eleitorado e cantões", além da *Volksabstimmung (referendum)* obrigatória. (Cf. Karl Loewenstein, *La teoría de la constitución*, Ariel, 1970, p. 174.)



coação e sem obrigação de fazê-lo".<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> Devido à extensão do País, à dificuldade de comunicação, à diversidade de climas e costumes, nunca se abandonou a possibilidade de se reformar a Carta Política imperial, introduzindo-se a 'monarquia federativa'.<sup>1</sup> Essa era uma das bandeiras reformistas do Partido Liberal, criado após a renúncia de D. Pedro I.<sup>28</sup> 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 importaram no acréscimo de mais 8 artigos.

À semelhança das Constituições dos Estados Unidos e da República Argentina, seguiu-se a técnica também adotada pela Constituição francesa de 1791:<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> 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".

---

<sup>26</sup> Agenor de Roure, ob. cit., primeiro volume, p. 38.

<sup>27</sup> Ibidem, primeiro volume, p. 39.

<sup>28</sup> Pontes de Miranda, ob. cit., p. 361.

<sup>29</sup> *Les constitutions de la France depuis 1789*, já citada.

<sup>30</sup> 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 cada Estado da então Confederação já tinha a sua Declaração ( para maiores detalhes, ver Roscoe Pound, *The development of constitutional guarantees of liberty*, Yale University Press, 1957, p. 65, e Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 7. ed., Porrúa, p. 97).

Como aconteceu com o constituinte norte-americano, quanto à escolha da capital da República,<sup>31</sup> a Constituição brasileira, em seu art. 3º, 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",<sup>32</sup> estimou-se a área em "14.000 quilômetros quadrados", que seria oportunamente demarcada.<sup>33</sup>

Como ensinam Pablo Lucas Verdú e Pablo Lucas Murillo de La Cueva,<sup>34</sup> 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 a 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 recentemente independentes 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 Congresso não tinha poderes, só os Estados. O propósito da Constituição – ensina Cooley – "era perpetuar os Estados em sua integridade e fortalecer a União a fim de que eles (os Estados) pudessem

---

<sup>31</sup> 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. William Bennett Munro, ob. cit., p. 542).

<sup>32</sup> William Bennett Munro, ob. cit, p. 462.

<sup>33</sup> Constituição, art 3º. A preocupação de interiorizar a capital estava ligada à defesa militar (Cf. João Barbalho, *Commentarios*, Rio de Janeiro, Litho-Typographia, 1902, p. 14).

<sup>34</sup> *Manual de derecho político* (2. ed., Tecnos), I/307.

ser perpetuados".<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup> 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, § 2º: pertenciam aos Estados-membros "todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição". Daí dizer João Barbalho que esse dispositivo "pode se considerar a chave mestra da federação. É a regra áurea da discriminação das competências".<sup>37</sup> Na Constituição norte-americana, por não ter ficado clara tal cláusula, necessária se fez a elaboração da Emenda n. X: "Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estado, serão reservados aos Estados ou ao povo".<sup>38</sup> Também as Constituições suíça<sup>39</sup> e argentina<sup>40</sup> 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

---

<sup>35</sup> *The general' principles of constitutional law in the United States of America* ( 4th ed., Little, Brown, and Company, 1931), p. 31.

<sup>36</sup> Bernard Schwartz, *O federalismo norte-americano atual* (Forense Universitária), p. 12.

<sup>37</sup> Ob cit., p. 273.

<sup>38</sup> A chave do federalismo americano está, na verdade, no art. VI, 2, que firma a "supremacia do poder nacional". Dai ter sido denominada de "the linchpin of the Constitution" (Cf. Edward S. Corwin. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*, Zahar, p. 215, e Bernard Schwartz, ob. cit., p. 59).

<sup>39</sup> "Art 3. 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" (Constituição do Brasil e constituições estrangeiras, Senado Federal, Brasília, 1987). Mesmo na Suíça, tem havido um crescente fortalecimento do 'Bund' (Federação) em detrimento dos Cantões. (Cf. Segundo V. Linares Quintana, ob. cit., Tomo 3, p. 213.)

<sup>40</sup> "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, citada).

'poderes implícitos' da União foi fortalecendo, aos poucos, o poder central.<sup>41</sup>

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 6º. Mirou-se bem de perto na Constituição helvécica que, de forma mais diluída e em meia dúzia de artigos, aborda a intervenção.<sup>42</sup> Também a Constituição da República Argentina prevalece-se de um só artigo. Diferentemente da brasileira, que prefere utilizar-se da 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 n. 16, de 12 de agosto de 1834), que deu relativa autonomia às Províncias.<sup>43</sup>

### **3. 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. 7º 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

---

<sup>41</sup> Cf. William Bennett Munro, ob. cit., p. 589, e o voto de John Marshall em *McCullock v. Maryland* – "4 Wheaton 316 (1819)" na coletânea de Carl Brent Swisher (Decisões históricas da Corte Suprema, Forense, p. 25).

<sup>42</sup> Arts. 5º, 6º, 15, 18, 17 e 85 (Cf. João Barbalho, ob. cit, p. 23).

<sup>43</sup> Arts. 16, 20 e 24.

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.<sup>44</sup> Sua sugestão não passou. Fixou-se também para os entes federados sua competência impositiva. O art. 9º, 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 moeda e regular o seu valor" está na seção 8 do art. I.

Como se disse antes, o Legislativo federal continuou sendo bicameral.<sup>45</sup> 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: para deputado, desde que tivessem, além dos requisitos gerais, mais de quatro anos de cidadania; para senador, mais de seis. A nova Constituição afastou a xenofobia da Carta de 1824 (art. 95, inciso 2). Espelhou-se nas constituições paradigmas.<sup>46</sup> 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

---

<sup>44</sup> Agenor de Roure, ob. cit., primeiro volume, p. 71.

<sup>45</sup> Júlio de Castilhos, que foi apoiado pela bancada de Santa Catarina, defendeu o unicameralismo (Agenor de Roure, ob. cit., primeiro volume, p. 263).

<sup>46</sup> Constituição argentina, arts. 40 e 46. Constituição americana, art. 1, seções 2 e 3, a *contrario sensu*.

ordinária, variava de acordo com a população: no mínimo 4 por Estado-membro e, no máximo, um para cada 70.000 habitantes.<sup>47</sup>

Tema que trouxe certa discussão e dúvidas aos exegetas foi o da 'iniciativa das 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.<sup>48</sup> Em busca de apoio para sua tese, lembra que o constituinte mineiro Francisco Veiga havia requerido se desse por prejudicada emenda por ele apresentada para que o chefe do Executivo também tivesse iniciativa.<sup>49</sup> Esse, porém, não foi o pensamento de João Barbalho, que via no advérbio 'privativamente' (art. 34) apenas o afastamento dos legislativos estaduais, não da concorrência do presidente da República.<sup>50</sup> 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".<sup>51</sup> João Barbalho, o grande comentarista de nossa primeira Constituição 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.<sup>52</sup>

---

<sup>47</sup> A Constituição norte-americana fixou, inicialmente, um deputado (Representative) para cada 30.000 habitantes (com exclusão dos "índios não taxados"). Enquanto, porém, não se fizesse o recenseamento, foi estabelecido um número provisório por Estado-membro. Tal técnica foi perfilhada pela Constituição argentina (arts. 37 a 39).

<sup>48</sup> Ob. cit., primeiro volume, p. 384.

<sup>49</sup> Ob. cit., primeiro volume, p. 387. Na Constituição argentina, constou expressamente a iniciativa do presidente da República. A Constituição americana foi omissa.

<sup>50</sup> Ob. cit., p. 103.

<sup>51</sup> Agenor de Roure, ob. cit., primeiro volume, p. 255.

<sup>52</sup> Ob. cit., p. 83. Barbalho se reporta a discurso por ele feito no Senado, em 4/12/1894. 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

Com olhos na Constituição da República Argentina e com maior amplitude,<sup>53</sup> 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 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.<sup>54</sup> 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 "são eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei" (art. 70). Não havia dispositivo, como de determinadas constituições de outros povos, vedando expressamente o voto feminino.<sup>55</sup> O Apostolado Positivista,<sup>56</sup> 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:

---

Inácio de Barros Barreto (1848) e Nabor Carneiro Cavalcanti, ambos diplomados pela Faculdade de Direito do Recife.

<sup>53</sup> Arts 60 a 62.

<sup>54</sup> Agenor de Roure, ob. cit., segundo volume, p. 264.

<sup>55</sup> Para maior estudo histórico do voto feminino, ver Agenor de Roure, obra citada, segundo volume, pp. 272 e seg.

<sup>56</sup> 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. Ricardo Vélez Rodrigues, *A ditadura republicana segundo o apostolado positivista, Curso de introdução ao pensamento político brasileiro*, UnB, 1982.)

Nós afastamos a mulher porque somos excessivamente vaidosos, 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.<sup>57</sup>

Como se deu com a Constituição norte-americana (art. 1, seção 3, cláusula 6), o nosso Senado foi investido de jurisdição anômala para o impeachment do presidente da República.<sup>58</sup> Quem atuava como presidente no julgamento era também o presidente do Supremo Tribunal Federal.

#### **4. O Executivo. Duração do mandato presidencial. Eleição. A Emenda n. XII à Constituição americana. Reeleição. George Washington e Deodoro da Fonseca. Ministros de Estado.**

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, qualquer 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.

---

<sup>57</sup> Agenor de Roure, ob. cit, segundo volume, p. 278.

<sup>58</sup> A figura do *impeachment* deita raízes no direito inglês. A Casa dos Lordes julgava o cidadão após assentimento da Casa dos Comuns (Cf. Harold J. Laski, *A grammar of politics*, 4th ed., George Allen & Unwin Ltd, 7th imp., p. 296). Observa Willoughby, ob. cit., p. 609, que a Constituição norte-americana não menciona quais as pessoas que se sujeitam ao *impeachment*. Todavia, quanto á "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".



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 homem permanecesse constantemente no cargo".<sup>59</sup>

Na Constituição estadunidense (art. II, seção I, 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 devia ser considerado o 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.<sup>60</sup>

Daí a Emenda n. 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 de ser brasileiro nato.<sup>61</sup> A idade mínima, acima de 35 anos.<sup>62</sup> O vice-presidente da

---

<sup>59</sup> Apud Bernard Schwartz, ob. cit., p. 123.

<sup>60</sup> Ob. cit., p. 613.

<sup>61</sup> 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 (Agenor de Roure, ob cit., primeiro volume, pp. 459 e 461).

<sup>62</sup> 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, impunha pertencesse ele "a la comunión católica, apostólica romana" (art. 76).

República era eleito simultaneamente com o presidente e o substituía ou sucedia. Se tivesse, por 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. Se, por acaso, nenhum candidato tivesse maioria, não havia segundo turno. O próprio Congresso se encarregava 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 I, cláusula 1). O anteprojeto Werneck/Pestana propôs 7 anos; o de Américo Braziliense, 4. Por fim, a 'Comissão dos Cinco' o fixou em 5 anos. Rui Barbosa, na redação final, o ampliou 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 direita e tranqüila durante um longo período? Acho muito difícil.<sup>63</sup>

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 à não reeleição imediata: o Marechal Deodoro da Fonseca. O presidente da República, ao ser empossado no cargo, perante o Congresso ou, se este não estivesse reunido, perante o Supremo Tribunal Federal, prestaria solenemente um compromisso, já

---

<sup>63</sup> Agenor de Roure, ob. cit., primeiro volume, p. 463.

insculpido na própria Constituição, no art. 44. Seguiu-se de perto o adotado pelas Constituições americana e argentina.<sup>64</sup>

**5. O Judiciário. Justiça: unidade ou dualidade? Posicionamento dúbio 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 juízes. 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 polêmicas. 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, 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'.<sup>65</sup> Vozes respeitadas se puseram 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. O ministro da Justiça Campos Salles, senador por São Paulo, fez uma exposição ao Chefe do Governo Provisório, defendendo a dualidade. Defensores também abalizados se posicionam a favor da dualidade, como Leopoldo de Bulhões Jardim, Francisco Duarte Badaró, Augusto de Freitas, Gonçalves Chaves, Américo Lobo, André Cavalcanti e Lauro Sodré. O

---

<sup>64</sup> Na Constituição da República Argentina, o empossando, por ser católico apostólico romano, teria de invocar "Dios Nuestro Señor" e os "Santos Evangelios".

<sup>65</sup> Agenor de Roure, ob. cit., segundo volume, p. 3.

constituente brasileiro pôde prevalecer-se das jurisprudências norte-americana, quase centenária,<sup>66</sup> e Argentina. Modelou-se pelo Decreto n. 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 motivo que acompanhou o Decreto n. 848/1890, onde se analisa 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 da 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 habilmente por John Marshall e Joseph Story nos primórdios da Federação americana.<sup>67</sup>

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 aborda? Ferguson e McHenry respondem: "(...) porque os elaboradores da Constituição acreditavam que (tal) poder se achava suficientemente implícito de modo claro na linguagem utilizada".<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> A primeira sessão da Suprema Corte foi instalada em 2 de fevereiro de 1790, em Nova Iorque Três anos depois, somente cinco casos tinham sido debatidos na Corte (Cf. Leda Boechat Rodrigues, *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*, Forense, 1958, p. 21).

<sup>67</sup> 1 Cranch 137 (1803) e 1 Wheat 304 (1816).

<sup>68</sup> Ob. cit., p. 64.

O constituinte brasileiro, de maneira mais sábia, preferiu, diferentemente dos constituintes paradigmas,<sup>69</sup> fixar, desde logo, o número de sua mais alta corte: 15 juízes.<sup>70</sup> 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 juízes 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 mesmo seus nomes vetados por comissão do Senado. Foram considerados inidôneos por "circunstâncias e fatos notórios".<sup>71</sup> 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 juízes-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*.<sup>72</sup> O presidente do colegiado é nomeado diretamente pelo presidente da República após a aprovação do Senado.

A Constituição brasileira previu o cargo do Procurador-Geral da República, um "promotor dos interesses e zelador dos direitos da União" junto ao Supremo Tribunal Federal.<sup>73</sup> Era nomeado pelo presidente da República. Até o advento da Lei n. 280, de 29 de julho de 1895, seu cargo era vitalício (art. 21 do Decreto n. 848/1890). A Constituição americana não trata do tema. O mesmo acontece com a Constituição da República

---

<sup>69</sup> Americana, art. III, suíça, art. 106; argentina, art. 94.

<sup>70</sup> Art 56.

<sup>71</sup> Aliomar Baleeiro, *O Supremo Tribunal Federal*, esse outro desconhecido (Forense, 1968), p 22.

<sup>72</sup> Cf. Westel W. Willoughby, ob cit, p. 526.

<sup>73</sup> João Barbalho, ob. cit., p. 234.

Argentina.<sup>74</sup> Nos Estados Unidos, existe no âmbito federal o *Attorney General*, órgão que encarna as duplas funções de nossos 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.<sup>75</sup> Nas demais hipóteses, a tarefa fica a cargo do *Solicitor General*, cargo dos mais disputados e importantes por causa da representação judicial da União na Suprema Corte.<sup>76</sup>

Tal como as constituições modelos, a Constituição brasileira deixou por conta do legislador ordinário criar "tantos juízes 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 § 1º do art. 59 – sede do recurso extraordinário -,<sup>77</sup> 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 n. 221/1894 e Decreto n. 3.084/1898) seria batizado, por influência

---

<sup>74</sup> O cargo de procurador geral foi instituído simultaneamente com os dos cinco juízes da Suprema Corte por lei ordinária, datada de 16/10/1862 (Cf. Pedro Lessa, *Do poder judiciário*, Francisco Alves, 1915, p. 27).

<sup>75</sup> *Black's Law dictionary*, 5th ed., West Publishing Co., 1979.

<sup>76</sup> Cf. Henry J. Abraham, *The judicial process* (5th ed., Oxford Press University, 1986), p. 203.

<sup>77</sup> O *writ of error* foi o 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 Henry Steele Commager, 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" (Willoughby, ob. cit, p. 121).

argentina,<sup>78</sup> como 'recurso extraordinário'. Deve-se seguramente a Rui Barbosa sua inserção no projeto definitivo enviado pelo Governo Provisório à Constituinte.<sup>79</sup>

## 6. Estados-membros e Municípios.

Nossa Constituição consagrou alguns poucos artigos aos Estados-membros. Permitiu que cada ente federado tivesse sua própria constituição e leis, 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. 4º).

## 7. 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. 8º da Constituição argentina é quase um decalque da cláusula 1 da seção 2 do art. IV da

---

<sup>78</sup> A primeira lei argentina que tratou do tema foi a de n. 27, de 16 de outubro de 1862 (art 7º), mais tarde alterada pela Lei n. 48, de 14 de setembro de 1863 (Cf. José Carlos de Matos Peixoto, *Recurso extraordinário*, Freitas Bastos, 1935, pp. 100 e seg.).

<sup>79</sup> 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, §1º, 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 a APLICAÇÃO de tratados e leis federais etc (...)".

Constituição americana.<sup>80</sup> Essa 'dupla cidadania' nos Estados Unidos – federal e estadual – trouxe casos interessantes na jurisprudência. O mais famoso deles foi inegavelmente o do escravo negro Dred Scott.<sup>81</sup> Alguns Estados-membros concediam cidadania aos negros, outros não. Em 1857, sob a presidência do *Justice* Roger Taney, a Suprema Corte declarou que ao autor da ação judicial (Dred Scott), que estava morando com seu senhor em Estado não-escravagista, faltava legitimidade *ad processum*, pois "uma pessoa de cor, de raça africana, cujos ancestrais tinham sido importados para o País, não podia se tornar um membro da comunidade política de acordo com a Constituição dos Estados Unidos".<sup>82</sup> Outros casos que, de certo modo, envolveram a "dupla cidadania" compõem os *Slaughter House Cases*.<sup>83</sup> Em 1868, o Congresso baixou a Emenda n. XIV com o objetivo precípuo de garantir ao negro tanto a cidadania estadual quanto a nacional.<sup>84</sup>

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

## 8. Declaração de Direitos e *Bill of Rights*.

---

<sup>80</sup> Diz a Constituição americana: "Os cidadãos de cada Estado terão direitos nos demais Estados a 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 titulo de ciudadano en los demás". A Constituição suíça reza no art. 43. "1. Qualquer cidadão de um cantão é cidadão suíço".

<sup>81</sup> Scott v. Sandford, 19 Howard 393 (1857).

<sup>82</sup> Cf. Cooley, ob. cit., p. 315, e Willoughby, ob. cit., p. 182.

<sup>83</sup> Willoughby, ob. cit., p. 182.

<sup>84</sup> Ibidem, p. 182.



O anteprojeto Américo Braziliense, inspirado nas *Declarations of Rights* americanas e na famosa '*Déclaration*' francesa de 1789,<sup>85</sup> preferiu usar 'Declaração de Direitos' a 'Direitos Fundamentais' etc. Néelson de Vasconcellos, em substitutivo que não passou, propôs a esdrúxula epígrafe "Garantias de Ordem e Progresso em toda a União".<sup>86</sup> 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*.<sup>87</sup> Daí, para fins de sua ratificação, o compromisso assumido de se fazer uma emenda constitucional com um elenco sistematizado dos direitos e garantias.<sup>88</sup> 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 n. 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 Iorque, 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 Iorque, inúmeros daqueles dispositivos".<sup>89</sup> 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

---

<sup>85</sup> "A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", diz Miguel Reale, "é uma proclamação leiga, o que *de per se* assinala uma das tendências dominantes no novo Direito, obra exclusiva da sociedade e do Estado, á margem de qualquer interferência da Igreja, ou da prévia acolhida dos princípios por ela consagrados" (*Nova fase do direito moderno*, Saraiva, 1990, p. 76).

<sup>86</sup> João Barbalho, ob. cit., p. 298.

<sup>87</sup> Dicey observa que as '*Declarations of Rights*' americanas, diferentemente do '*Petition of Right*' e do Bill of Rights' ingleses, aproximam-se 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 legislature by the Articles of the Constitution" (ob. cit., p. 200).

<sup>88</sup> Cooley, ob. cit., pp. 15 e seg.

<sup>89</sup> Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 623.

deram aos americanos a Constituição, foram os antifederalistas, por outro lado, que lhes deram a Declaração de Direitos.<sup>90</sup>

### **9. Emendas à Constituição. Substitutivo do Apostolado Positivista.**

As dez primeiras emendas à Constituição americana foram editadas a partir de 1789. Sua adoção, porém, fez-se 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 da 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. Para 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,<sup>91</sup> pois a Constituição, no § 4º 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; b) por iniciativa dos legislativos estaduais. Nossa Constituição estabeleceu um quórum na hipótese 'a': 'um quarto de qualquer das duas

---

<sup>90</sup> A Constituição e a carta de direito, in: *A cidadania nos EUA*, Brasil, Ministério do Interior, Fundação Projeto Rondon, coordenação de Walter Costa Porto, 1988.

<sup>91</sup> Agenor de Roure, ob. cit, primeiro volume, p. 438.

Casas'. A doutrina<sup>92</sup> e a jurisprudência<sup>93</sup> americanas entendem que o quorum 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.<sup>94</sup>

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.<sup>95</sup> 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. Mathews e Clarence A. Berdahl em *Documents and readings in American Government*,<sup>96</sup> 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."<sup>97</sup>

## CONCLUSÃO

Sinteticamente, podemos concluir que a nossa Constituição de 1891 foi uma das mais avançadas do mundo. Baseou-se, como vimos,

---

<sup>92</sup> Cooley, ob. cit., p. 44. Willoughby, ob. cit., p. 247.

<sup>93</sup> *National Prohibition Cases*(1920) 253 U.S. 350. 386 (Cooley, ob. cit., p. 44).

<sup>94</sup> "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).

<sup>95</sup> João Barbalho, ob. cit., p. 365.

<sup>96</sup> Apud Ferguson e McHenry, ob. cit., p. 68.

<sup>97</sup> Ferguson e McHenry, ob. cit., p. 68.

naquilo que de melhor existia. Pôde contar com as experiências de outros povos, como o americano, o suíço e o 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 as nossas Constituições republicanas, foi a que mais tempo durou: pouco mais de 43 anos, se considerarmos que o Decreto n. 19.398, do Governo revolucionário de 1930, datado de 11 de novembro, dispôs, em seu art. 4º, 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 se 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.<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> Annibal Freire da Fonseca, ob. cit., p. 123.