

AMARO CAVALCANTI, FORMULADOR DO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO

AMARO CAVALCANTI, BRAZILIAN PUBLIC LAW FORMULATOR



Recebimento em 12/04/2023
Aceito em 02/05/2023

Edilson Pereira Nobre Junior¹

<http://orcid.org/0000-0003-1808-0275>

epnobre@outlook.com

RESUMO

O presente texto visa examinar a experiência jurídica brasileira no plano do direito público durante o início do regime republicano, no qual esteve vigente a Constituição de 1891 e que é retratada principalmente pela atuação do Supremo Tribunal Federal no controle da harmonia dos poderes políticos. Nesse cenário, desperta atenção o papel de Amaro Cavalcanti como um sistematizador, a partir do conhecimento do vivenciado alhures, das premissas tendentes a sintonizar o desempenho do poder nos trilhos da legalidade. Singular o desenvolvimento que fez o jurista sobre a admissibilidade do habeas corpus para a defesa de direitos individuais conexos com a liberdade de locomoção, bem assim sobre a autonomia municipal e o controle judicial dos atos políticos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito público; Amaro Cavalcanti; Constituição de 1891; Atos políticos; Direitos e garantias individuais.

ABSTRACT

This text aims to examine the Brazilian legal experience in the field of public law during the beginning of the republican regime, in which the Constitution of 1891 was in force and which is portrayed mainly by the performance of the Federal Supreme Court in the control of the political powers' harmony. In this scenario, the role of Amaro Cavalcanti as a systematizer is noteworthy, based on the knowledge of what has been experienced elsewhere, from the premises tending to frame the performance of power on the rails of legality. Singular is the development made by the jurist on the admissibility of habeas corpus for the defense of individual rights related to freedom of movement, as well as on municipal autonomy and judicial control of political acts.

KEYWORDS: Public Law; Amaro Cavalcanti; Constitution of 1891; Political acts; Individual

¹ Universidade Federal de Pernambuco



rights and guarantees.

“Se os homens fossem anjos, o governo não seria necessário. Se os anjos governassem os homens, não seriam necessários os controles internos nem os controles externos sobre o governo. Ao organizar um governo, que tem de ser administrado por homens para os homens, a grande dificuldade reside nisto: primeiramente, tem que capacitar o governo para permitir que dirija os governados; e depois obriga-lo a que se autocontrole” (Madison)².

1 A PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA E A TRANSFORMAÇÃO DO MODELO JURÍGENO (À FEIÇÃO DE INTRÓITO)

O sistema jurídico é idealizado pelos órgãos aos quais incumbe o desempenho, em seus principais níveis (constitucional e legal), da função normativa. Os elementos culturais, políticos, sociais e econômicos muito influem nessa tarefa³, sem contar a atividade da doutrina. Porém, a sedimentação de suas linhas básicas se dá pelo cotidiano dos seus intérpretes e aplicadores.

No Brasil, o advento da República produziu uma forte alteração nas bases estruturais do nosso direito público, o que foi levado a cabo, sob o prisma formal, pela Constituição de 24 de fevereiro de 1891⁴.

A influência do paradigma norte-americano foi inevitável. O olhar para a Europa, que tinha influenciado as instituições do Império, não mais se mostrava satisfatório, uma vez ainda predominarem as monarquias. A França – é certo -, constituía uma exceção com a proclamação de sua Terceira República em 1870. Porém, a instabilidade que assinalara tal experiência não recomendava a sua transposição para estas plagas.

Desse modo, a nova ordem constitucional se assentara sobre as bases até então anteriormente não conhecidas. A primeira delas, como ressaltado, disse respeito à própria forma de governo, com a adoção da república sob o regime representativo (art.1º) em substituição à monarquia hereditária, consagrada pelo art. 3º da Constituição de 25 de março de 1824.

Em segundo lugar, e o que parece ter produzido um impacto maior, foi o delineamento do

² “Si loshombresfuesenángeles, elgobierno no seríanecesario. Si losángelesgovernaran a loshombres, saldrían sobrando lomismolascontroladorías externas que las internas delgobierno. Al organizar ungobierno que ha de ser administrado por hombres para loshombres, lagrandificultad estriba enesto: primeiramente hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados; y luegoobligarlo a que se regule a símismo” (*El Federalista*, Cap. LI, México, Distrito Federal: Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 220. Prólogo e tradução para o espanhol de Gustavo R. Velasco).

³ De notar Pierre Legrand (*Direito comparado. Compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 47-48. Tradução de Ricardo Martins Spindola Diniz) que, a pretexto de mostrar a diversidade interpretativa da jurisprudência francesa e canadense sobre o conteúdo da liberdade religiosa, ensina que o Direito vai além do texto legal, envolvendo discursos históricos, políticos, sociais e epistemológicos.

⁴ Importante observar que, para o preenchimento de eventual lacuna constitucional, fazendo as vezes de constituições provisórias, vigoraram o Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1891, e o Decreto nº 510, de 22-06-1890, este disciplinando o funcionamento do Poder Legislativo, inclusive quanto às suas atribuições constituintes.



modelo estatal federativo em contraposição ao unitário. À fragilidade da posição institucional das províncias, realçada pelo art. 165 da Constituição Imperial⁵, opôs-se o reconhecimento incontestado da autonomia político-institucional dos entes parcelares, agora nominados de Estados⁶.

Essa percepção constou de Amaro Cavalcanti: “Do contexto da Constituição federal vê-se realmente, que o pensamento fundamental dela fora estabelecer o governo nacional e os governos locais, como dois aparelhos inteiramente distintos, - procurando, desta sorte, evitar quaisquer choques ou colisões no exercício das respectivas funções; devendo estas serem mesmo tão *independentes* entre si, quanto fosse compatível com a necessidade *mais elevada* de subordinação dos Estados à União, relativamente aos fins ou objetos de interesse nacional”⁷.

Ao depois, é de se visualizar um novo formato da divisão de poderes, agora tripartite (Legislativo, Executivo e Judiciário), sem que houvesse o acúmulo pelo Chefe de Estado de mais de um deles, tal qual se tinha quando o Imperador, além da incumbência do Poder Executivo, era titular do Poder Moderador⁸.

É de se realçar também a extensão da competência dos juízos e tribunais para, além do julgamento dos crimes e dos litígios entre particulares, tal como previa o art. 151 da Constituição de 1824⁹, passar a abarcar o julgamento dos litígios entre o cidadão e o Poder Público.

⁵ Art. 165. Haverá em cada Província um Presidente, nomeado pelo Imperador, que o poderá remover, quando entender, que assim convem ao bom serviço do Estado. Disponível em: www.planalto.gov.br. De logo, é de se esclarecer que se adotou como regra para as transcrições, seja de textos normativos, ou de excertos da doutrina da época, o respeito à grafia então praticada.

⁶ Art 63 - Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar respeitados os princípios constitucionais da União. Disponível em: www.planalto.gov.br.

⁷ *Regime federativo e república brasileira*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 156.

⁸ Observa Sérgio Ferraz (*Tratado de direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2002. Vol. 1, p. 116) que o enunciado das atribuições do Poder Moderador permitia concluir, de forma clara, tratar-se de uma instância de suprema direção das iniciativas dos outros três poderes políticos-institucionais. De modo semelhante, Octaciano Nogueira (*Constituições brasileiras: 1824*. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, 2001. Vol. I, p. 43) afirma ser possível concluir que o Poder Moderador moldou o regime político vivenciado durante os sessenta e cinco anos da Carta de 1824, salientando que impulsionou a monarquia constitucional no caminho de seu papel ativo, contrastando com o perfil passivo das monarquias parlamentares.

⁹ Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem. Disponível em: www.planalto.gov.br. Isso fez com que, no Império, o controle dos atos administrativos ficasse entregue a um contencioso administrativo que se revelou ineficaz. Ao depois de listar os vários órgãos administrativos nos quais se distribuía a competência para o julgamento de conflitos entre o cidadão e o Poder Público, Paulino José Soares de Souza, o Visconde de Uruguai (*Ensaio sobre o direito administrativo*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 107-109. A conclusão da obra recua ao ano de 1862) acentuou que se tratava de uma jurisdição reservada – e não delegada, como na França a partir da Lei de 1872 – pois, nos termos do art. 8º da Lei nº 581, de 08 de setembro de 1851, tem-se que o Conselho de Estado, suposto órgão de cúpula, apenas emitia parecer, condicionado à aceitação do correspondente Ministro de Estado. Por isso, o autor aponta este como a autoridade mais elevada de tal organização. Esse modelo, em que pese ao autoritarismo então vivenciado, não implicou num total desapego às garantias inerentes a um processo justo. O autor deixou consignado esse aspecto: “Se, como temos visto, existe e é indispensável um contencioso administrativo; se não deve, nem pode pertencer ao poder judicial; se é inseparável do poder administrativo, e portanto do Executivo que o compreende; se é indispensável que as decisões contenciosas sejam cercadas das garantias que oferecem os tribunais, com certa forma de processo e recurso; é irrecusável consequência que deve



Isso restou explicitado pela legislação atinente à Justiça Federal, conforme se vê do art. 15, alínea *a*, segunda parte, do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, o qual, ao enumerar as causas cujo processo e julgamento seriam da alçada dos juízes de secção, refere-se àquelas “que tenham por origem actos administrativos do Governo Federal”. O mesmo se tem no art. 13, *caput*, da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, ao instituir a ação sumária especial, de competência dos juízos e tribunais federais, mediante a qual seriam processadas e julgadas “as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União”¹⁰.

Em complemento à competência judicial para rever os atos da Administração Pública, desfavoráveis ao cidadão, tem-se a instituição do controle de constitucionalidade das leis, organizado num formato de natureza difusa e concreta, a ser exercitado, preponderantemente, pela Justiça Federal, cabendo o papel de destaque ao Supremo Tribunal Federal. Assim os arts. 59, §1º, alíneas *a* e *b*, e 60, alíneas *a* e *b*, ambas da Constituição de 1891¹¹, disciplinados, mais uma vez, pelo arcabouço legislativo relativo à organização da Justiça Federal (art. 9º, parágrafo único, alíneas *aac*, e art. 15, alínea *a*, do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890¹²; e art. 13, §10, da

haver e há, em todos os países que vivem debaixo de um govêrno regular, tribunais administrativos com maior ou menor desenvolvimento” (*loc. cit.*, p. 107).

¹⁰ A disciplina da ação sumária especial foi proposta ao Senado por Amaro Cavalcanti, desdobrando-se em dez parágrafos, aumentados para dezessete quando da promulgação da Lei nº 221, de 1894. Consoante observou Seabra Fagundes (A evolução do sistema de proteção jurisdicional dos direitos no Brasil republicano, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 105, p. 2, julho/setembro de 1971), cuidava-se de um texto sábio, responsável por construir “todo um adiantado sistema protetor do indivíduo contra os abusos de poder e as ilegalidades administrativas em geral”. É possível, em se compulsando os vários parágrafos que desenvolvem o instituto, constatar a presença de diretrizes destinadas a guiar o juiz na apreciação da alegação de ilegalidade dos atos da Administração Pública.

¹¹ Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) § 1º - 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, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. Art 60 - Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal; b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo. Cuidam-se das redações originárias da Constituição de 1891, antes de sua alteração pela Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926, as quais se acham disponíveis em: www.planalto.gov.br.

¹² Art. 9º Compete ao Tribunal: (...) Paragrapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados: a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada; b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contraria á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto; c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula. (...) Art. 15. Compete aos juizes de secção processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a acção ou a defesa em disposições da Constituição Federal, ou que tenham por origem actos administrativos do Governo Federal. Disponível em: www.planalto.gov.br.



Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894¹³).

A singularidade relativa à recepção do controle judicial da constitucionalidade das leis, que se afigura como uma demonstração cabal da influência do pensamento norte-americano¹⁴, serviu de combustão para que pudesse se legar um elemento assaz inovador no relacionamento entre os poderes e órgãos públicos, o que foi reconhecido inclusive pelo Governo Provisório¹⁵.

Em suma, tem-se a delineação das diretrizes do constituinte de 1891 quanto à organização política que pretendeu instituir.

2 O PODER PRESIDENCIAL *VERSUS* O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O HC 2990

Posta em movimento, a novidadeira engrenagem não ficou isenta a crises políticas. Alguns fatores contribuíram para tanto, dentre os quais, além da adversidade provocada na economia pelo “encilhamento”, destaca-se a pretensão de uma larga influência pelo poder militar¹⁶, evidenciada nas primícias da vida republicana, especialmente pela circunstância de que os dois primeiros presidentes foram marechais, sendo de notar a prática quase ditatorial do Marechal Vice-Presidente Floriano Peixoto.

Nesse cenário se evidenciaram – como sói acontecer – atritos entre o Presidente da República e o Supremo Tribunal Federal (STF). Um deles decorreu do julgamento do HC 2990, realizado em 25 de janeiro de 1911, em cuja concessão, a partir do reconhecimento da competência do Conselho Municipal para a realização da verificação de poderes, restou assegurada aos

¹³ Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União. (...) § 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

¹⁴ Assim expusemos em escrito anterior (Controle judicial de constitucionalidade: o contributo da Constituição de 1891, *Historia Constitucional*, nº 11, pp. 300-301, 2010).

¹⁵ Nesse particular, é de se conferir passagem da exposição de motivos ao Decreto nº 848, de 1890, da lavra do Dr. Campos Sales, então Ministro da Justiça, ao acentuar: “Não se trata de tribunaes ordinarios de justiça, com uma jurisdição pura e simplesmente restricta á applicação das leis nas multiplas relações do direito privado. A magistratura que agora se installa no paiz, graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos actos do poder legislativo. Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sancção, si ella lhe parecer conforme ou contraria á lei organica. O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sabio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar si ellas são conformes ou não á Constituição, e neste ultimo caso cabe-lhe declarar que ellas são nullas e sem effeito. Por este engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a collocar-se na absurda situação de juiz em sua propria causa”. Disponível em: www2.camara.leg.br.

¹⁶ A influência militar na primeira república é bem ilustrada por Raymundo Faoro: “Inegável, afastado o extremo militarista, que a força armada sempre esteve presente, real ou potencialmente, na superfície ou no subterrâneo das decisões políticas da República. Presente de fato ou pela ameaça, sentida na camada dominante, com a possibilidade de súbito aparecimento: o temido lobo do bosque, rodando uma não ingênua chapeuzinho vermelho. O problema será caracterizar o tipo, a forma de intervenção militar na política, derivada dos fatos e não de uma doutrina abstrata ou de um comando legal” (*Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. Porto Alegre: Globo, 2001, p. 651).



intendentes eleitos salvo conduto para que fossem empossados e pudessem exercer os seus mandatos livres de qualquer embaraço, coação ou constrangimento¹⁷.

Pois bem. O então Presidente da República, Hermes R. da Fonseca, em mensagem de 22 de fevereiro de 1911, comunica ao STF o não cumprimento do julgado, por considerá-lo ilegal, para tanto apoiando-se, basicamente, nos argumentos seguintes: a) o art. 15 da Constituição de 1891¹⁸, ao consagrar a harmonia e independência dos poderes, seria letra morta caso ao Poder Executivo não fosse lícito apreciar, em sua legitimidade e alcance, as decisões de um dos outros poderes, porquanto seria de admitir-se o Judiciário como superior à constituição e às leis; b) o descabimento da competência do Judiciário para decidir pleitos cujos direitos pleiteados sejam de natureza política; c) nos termos da legislação, especialmente o art. 358 da Parte Segunda, Título VI, da Consolidação das Leis da Justiça Federal (Decreto nº 3.084, de 05 de novembro de 1898¹⁹), constata-se o realce legislativo de que o alcance do *habeas-corpus* é o de libertar o indivíduo de uma prisão ou ameaça de prisão ilegal.

Eis, no essencial, a descrição do conflito.

3 A RESPOSTA DE AMARO CAVALCANTI E SUAS PREMISSAS

Apreciando as razões que expusera o Presidente da República para desconsiderar o acórdão do STF, Amaro Cavalcanti proferiu uma manifestação que serviu para delinear diretrizes para o nosso direito público²⁰, principalmente quanto ao relacionamento entre os poderes estatais.

Ao fazê-lo, não descurou de traçar uma comparação útil e funcional com inspirador modelo constitucional estadunidense. Assim, acentuou que, muito embora seja admissível que o Legislativo e o Executivo possam interpretar a constituição, não se poderia reputar correta que tal interpretação possa ser tida por final, competência que enfeixa o Judiciário²¹.

¹⁷ Amaro Cavalcanti (Conceito constitucional de <<habeas corpus>> (Crônica), *Revista Forense*, vol. XV, Fascículos 85-90, p. 330-362, janeiro a junho de 1911).

¹⁸ Art 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si. Disponível em: www.gov.planalto.br.

¹⁹ Art. 358. A petição para uma tal ordem deve designar: a) o nome da pessoa que sofre a violência ou é ameaçada, e o de quem é della causa ou autor; b) o conteúdo da ordem por que foi mettido em prisão, ou declaração explicita de que, sendo requerida, foi denegada, e, em caso de ameaça, simplesmente as razões em que o peticionário se funda para temer o protesto de lhe ser infligido o mal; c) os motivos da persuasão da ilegalidade da prisão ou do arbitrio da ameaça. Disponível em: www2.camara.leg.br.

²⁰ Amaro Cavalcanti (Conceito constitucional de <<habeas corpus>> (Crônica), *Revista Forense*, vol. XV, Fascículos 85-90, p. 338-349, janeiro a junho de 1911).

²¹ Amaro Cavalcanti (Conceito constitucional de <<habeas corpus>> (Crônica), *Revista Forense*, vol. XV, Fascículos 85-90, p. 340, janeiro a junho de 1911).



Isso porque, demais de ser ruinoso para os cidadãos que os atos dos dois poderes políticos se tornem intangíveis, mesmo quando contrariem a ordem magna, é de se observar que o Legislativo e o Executivo carecem de imparcialidade para o exame de seus próprios atos. Admitir-se o contrário quebrantar-se-ia uma das bases que alicerçam o *judicial review*.

A asserção, que se mostrou prevalecente desde as origens da formação jurídica norte-americana²², vem granjeando prevalência no âmbito da jurisdição constitucional europeia, cuja consolidação sobreveio a partir do término da Segunda Guerra Mundial.

Prova disso é que Häberle²³, a despeito de reconhecer que os demais poderes podem interpretar a constituição, sustenta que, mesmo não havendo um dispositivo expresso consagrando uma supremacia interpretativa em favor de determinado órgão, é de se sustentar que, em última instância, o protetor do texto magno deve ser o tribunal constitucional. Assim se inclinam razões fundadas na segurança jurídica e na tutela da confiança dos cidadãos.

Eis o que remata o autor: “Isso é assim, o Tribunal Constitucional deve ser formalmente o *intérprete supremo* da Constituição e os tribunais restantes dependerão da sentença deste. A *supremacia constitucional* conduz a uma *supremacia da jurisdição constitucional institucionalizada* assegurada funcional e legalmente”²⁴.

Descortinando a pedra de toque relativa ao óbice da divisão de poderes no plano do controle judicial dos atos do Poder Público, restou enfatizado que tal não se fazia presente, porquanto não houve invasão pela decisão do Judiciário na ação discricionária do Executivo²⁵.

A asserção, cuja aceitação usufrui de atualidade pela doutrina nacional²⁶ e estrangeira²⁷,

²² É interessante a leitura de Hamilton, ao argumentar pela a indispensabilidade da independência judicial e sobre a legitimidade da competência dos juízes para a apreciação das violações, por parte da legislatura, dos preceitos constitucionais (*El Federalista*, Cap. LXXVII, México, Distrito Federal: Fondo de Cultura Económica, 2012, pp. 331-332. Prólogo e tradução para o espanhol de Gustavo R. Velasco).

²³ *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9. Org.: VALADÉS, Diego. Traduzido do espanhol por Carlos dos Santos Almeida.

²⁴ *Ibidem*, p. 9.

²⁵ Amaro Cavalcanti (Conceito constitucional de <<habeas corpus>> (Crônica), *Revista Forense*, vol. XV, Fascículos 85-90, p. 342, janeiro a junho de 1911). O respeito à discricção dos demais poderes, ao qual não poderia faltar o Judiciário, encontrou-se consagrado na Lei nº 221, de 1894: “Art. 13. (...)§ 9º Verificando a autoridade judiciaria que o acto ou resolução em questão é illegal, o annullará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor.a) Consideram-se illegaes os actos ou decisões administrativas em razão da não applicação ou indevida applicação do direito vigente. A autoridade judiciaria fundar-se-ha em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade; b) A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionariosómente será havida por illegal em razão da incompetencia da autoridade respectiva ou do excesso de poder”. Disponível em: www.planalto.gov.br.

²⁶ De fato, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (O ativismo na justiça constitucional, *O Direito*, nº 151, II, p. 278, 2019) à oportunidade na qual acentua que a atualmente denominada judicialização da política constitui não o abandono, mas um aspecto de atualização da teoria da separação de poderes, de modo a rematar que os juízes não podem retirar dos agentes dos demais poderes a sua esfera própria de apreciação, a qual é indevassáveljurisdicionalmente.

²⁷ É, igualmente, a observação que nos faz Juan Gustavo Corvalán: “Tanto a doutrina como a jurisprudência coincidem em que *não pode existir confusão em termos absolutos*. Deve manter-se um núcleo ou zona na qual cada órgão



restou demonstrada. O fundamento para tanto residuiu em que a postura presidencial afrontou ao que, antecipadamente, reconheceu uma autonomia administrativa dos municípios para, pelos seus órgãos, dispor sobre os interesses locais²⁸, razão pela qual haveria que se compreender que “a verificação da legalidade do título de um membro da Municipalidade, embora nomeado por eleição, pode ser objecto de investigação judiciária, como si tratasse de qualquer outro funcionário administrativo, eletivo ou não”²⁹.

Prosseguindo, desfez Amaro Cavalcanti a argumentação de que, na espécie, o STF teria se aventurado no movediço – e interdito – terreno dos atos políticos. Acentuou que a exceção à fiscalização jurisdicional que a estes imanes deflui da prática de atos a respeito dos quais a constituição, explicitamente, reservou a matéria à discricionariedade dos poderes políticos, sem contar que a competência para o reconhecimento dessa singularidade é o Judiciário, no caso, o STF.

Ainda que assim indiscutivelmente fosse, apontou-se, forte em Ruy Barbosa³⁰, a observação de que eventual lesão a direito ou garantia, levada a cabo à sombra de funções políticas, não se encontra imune à atuação dos tribunais.

Da lição de Ruy nos restou indelével o seguinte trecho: “Atos políticos do Congresso, ou do Executivo, na acepção em que esse qualificativo traduz exceção à competência da justiça, consideram-se aqueles, a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discricionariedade do poder, e o exercício dela não lesa direitos constitucionais do indivíduo. Em prejuízo destes o direito constitucional não permite arbítrio a nenhum dos poderes. Se o ato não é daqueles que a Constituição deixou à discricionariedade da autoridade, ou se, *ainda que o seja*, contravém às garantias individuais, o caráter político da função não esbulha do recurso reparador as pessoas agravadas”³¹.

E mais: Amaro Cavalcanti, num contributo à assimilação nestas plagas do componente

possua um âmbito próprio de atuação tanto no plano institucional como no funcional” (Tanto ladoctrina como lajurisprudenciacoincidenen que *no puede existir confusión de poderes en términos absolutos*. Debemanterseun núcleo o zonaenlacual cada órganoposeaunámbitoproprio de actuación tanto enel plano institucional como enel funcional. *Derecho administrativo en transición – Reconfiguración de la relación entre la Administración, las normas y el Poder Judicial*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2016, p. 35). Similar posicionamento consta de António Cândido de Oliveira (Estado de Direito sem adjectivos. *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LVIII, número 320, p. 649, outubro/dezembro de 2009).

²⁸ Com efeito, ao se referir à competência municipal para cuidar do interesse local como integrante do bloco de legalidade, Amaro Cavalcanti já projetava, antes mesmo da Emenda Constituição de 3 de setembro de 1926 (art. 6º, II, alínea f), o princípio da autonomia municipal, muito embora sob o plano administrativo e não necessariamente político.

²⁹ Revista Forense, vol. XV, p. 342-343. Resolvi, inclusive nas seguintes transcrições, manter a ortografia da época.

³⁰ *Atos inconstitucionais*. 2ª ed. Campinas: Russel, 2004, p. 106-1119. Preferimos aqui nos referirmos à edição realizada posteriormente, com notas de atualização por Ricardo Rodrigues Gama, a qual não traz alterações substanciais ao texto original. As modificações, ao que parece, não ultrapassaram os limites da adaptação à atual ortografia.

³¹ *Ibidem.*, p. 118.



normativo dos direitos fundamentais, assentou que “os *direitos do indivíduo* não são somente os capitulados nas leis civis”, de maneira que podem estar envolvidos os “decorrentes de actose factos de natureza eleitoral ou política”³², independente de constarem do texto constitucional ou ainda de leis administrativas, regras constante do direito internacional ou disposições do direito político.

Assim, além de potencializar a concepção do art. 78 da Constituição de 1891³³, que, pioneiramente entre nós, positiva a expansão do reconhecimento dos direitos fundamentais para além dos explicitamente mencionados em seu texto³⁴, superava-se ideia predominante nos tempos da monarquia, nos quais Pimenta Bueno³⁵, num movimento restritivo, considerava os direitos políticos como criações das conveniências e condições legislativas, sem lhes visualizar uma fundamentalidade imanente.

Quanto à crítica ao alcance da proteção veiculada pela via do habeas-corpus, que teria se voltado à tutela de assunto não relativo a prisão ilegal ou sua ameaça, é de se notar que tal se justificava pela então ausência de um remédio jurídico de pronta reação contra os atos do Poder Público.

Isso porque, segundo o art. 13, *caput*, da Lei nº 221, de 1894, cabível era o ajuizamento da ação sumaria especial para a tutela de direitos individuais diante da ofensa decorrente de atos ou decisões das autoridades administrativas. No entanto, constituía uma deficiência do instituto a circunstância de que não havia previsão acerca da possibilidade de suspensão judicial do ato impugnado, a qual, na redação originária do §7º do referido dispositivo, dependeria do acatamento pela autoridade administrativa de pedido formulado pelo administrado³⁶.

³² Amaro Cavalcanti (Conceito constitucional de <<habeas corpus>> (Crônica), *Revista Forense*, vol. XV, Fascículos 85-90, pp. 347, janeiro a junho de 1911).

³³ Art 78 - A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna. Disponível em: www.planalto.gov.br.

³⁴ A inovação, no comentário de Barbalho (Constituição Federal brasileira, 1891: comentada. Ed. fac. Similar. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 344), inspirou na Emenda IX à Constituição dos Estados Unidos e foi estabelecida como cautela contra a má aplicação da máxima segundo a qual uma afirmação de direitos fundamentais para situações particulares importaria numa negação de todos os demais, não explicitamente consagrados.

³⁵ Direito público brasileiro e a análise da Constituição do Império. In: *Marquês de São Vicente*. 1ª ed. São Paulo: Editora 34, 2002, p. 468.

³⁶ É de se ver relato de Amaro Cavalcanti, o qual, malgrado justificar que o dispositivo legal foi delineado com a preocupação de assegurar a operabilidade do ato impugnado, enquanto não desfeita por sentença, lança o lamento seguinte: “O pensamento, que se depreende dos dispositivos dessa lei, é, antes de tudo, o de que a eficácia dos atos legislativos e administrativos, assim como o dever de obediência aos mesmos, deverão subsistir sem quebra, até que, por sentença judiciária proferida em processo regular, sejam tais atos declarados, por ventura, nulos ou carecedores de força jurídica. O legislador de 1894 procurou tornar êste seu pensamento o mais claro possível, estatuinto, como advertência especial, no §7º do citado art. 13, que o autor podia requerer a *suspensão* do ato ou medida impugnada, – mas, dirigindo o seu requerimento à própria autoridade administrativa expedidora do ato, e esta poderá atendê-lo, ‘se a isto não se opusessem razões de ordem pública’. Não reconheceu, entretanto, a mesma faculdade à autoridade judiciária” (*Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956. Tomo II, p. 783-784).



Desse modo, significa dizer que carecia o nosso direito, nas contendas que envolvem o Poder Público, de um mecanismo judicial que assegurasse aos cidadãos uma pronta reação, capaz de paralisar a exequibilidade do ato ou decisão administrativa e, de conseguinte, conjurar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação. A lacuna somente veio a ser colmatada com a instituição do mandado de segurança, contributo da Constituição de 16 de julho de 1934 (art. 113, nº 33), mas depois de várias tentativas no plano legislativo³⁷.

Por isso, a opção pelo emprego do habeas-corpus se mostrou possível e sobretudo aconselhável. Para que restasse ultrapassado o óbice que se orientasse pela restrição do remédio jurídico-processual às hipóteses de prisão ilegal ou sua ameaça, perfilhou-se o entendimento de Pedro Lessa, no sentido de sustentar o cabimento do *writ* quando, malgrado a pretensão versar sobre direito diverso da liberdade física, de locomoção, a salvaguarda desta se evidenciasse uma condição necessária para a tutela daquele, situação que se encontrava presente na espécie, pois a concessão da ordem viabilizava a que os pacientes pudessem, livres de coação, ingressar nas dependências do Conselho Municipal³⁸.

A ousadia da jurisprudência, quando da necessária expansão da latitude do habeas-corpus, alinhou-se, no dizer de Seabra Fagundes, no que “de mais notável se conhece na história dos tribunais, como construção do intérprete para a estrutura da ordem jurídica”³⁹.

4 SÍNTESE CONCLUSIVA

³⁷ Antes do Constituinte de 1934, consignem-se, quanto a esse aspecto particular, as proposições não bem sucedidas do(s): a) Ministro Alberto Torres que, em 1914, propôs o mandado de garantia, o que chegou a constar do art. 73 do projeto de revisão constitucional; b) Ministro Muniz Barreto, lançada no Congresso Jurídico de 1922, alvitrando a ideia de instituir similar ao recurso de amparo mexicano, a possuir, porém, ritos mais célere e que se dirigisse aos atos oriundos de autoridades públicas e de particulares; c) Deputado Gudestau Pires, consistente no Projeto nº 148, de 11-08-26, relativo à proteção de direitos pessoais, líquido e certo, fundado na constituição e em lei federal, contra atos lesivos de autoridades administrativas, transformado, por substitutivo da Câmara dos Deputados, de 09-07-27, em mandado de reintegração, de manutenção ou proibitório; d) Deputado Matos Peixoto, consistente em substitutivo ao Projeto nº 252, apresentado em 23-09-27, prevendo a ação de manutenção; e) Deputado Odilon Braga, apresentada em 04-10-27, criando a ordem de garantia; e) Deputados Bernardes Sobrinho, Clodomir Cardoso e Sérgio Loreto, no sentido de prestigiar a disciplina das medidas judiciais possessórias.

³⁸ Eis a lição de Pedro Lessa: “Pouco importa a espécie de direitos que o paciente precisa ou deseja exercer. Seja-lhe necessária a liberdade de locomoção para pôr em prática um direito de ordem civil, ou de ordem comercial, ou de ordem constitucional, ou de ordem administrativa, deve ser-lhe concedido o *habeas-corpus*, sob a cláusula exclusiva de ser juridicamente indiscutível este último direito, o direito escopo. Para recolher à casa paterna o impubere transviado, para fazer um contrato ou um testamento, para receber um laudêmio, ou para constituir uma hipoteca; para exercer a indústria de transporte, ou para protestar uma letra; para ir votar, ou para desempenhar uma função política e electiva; para avaliar um prédio e collectal-o, ou para proceder ao expurgo hygienico de qualquer habitação; se é necessário garantir a um individuo a liberdade de locomoção, porque uma offensa, ou uma ameaça, a essa liberdade foi embaraço a que exercesse qualquer desses direitos, desses direitos, não lhe pôde ser negado *habeas-corpus*” (*Do Poder Judiciário*. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2003, pp. 286-287).

³⁹ Op. cit., p. 2.



O cenário jurídico, ao instante da vigência da Constituição de 1891, foi marcado pelos traços da predominância do Estado liberal de Direito, o que é justificado pela tendência, ainda forte no estrangeiro até 1919, da baliza de uma intervenção estatal, quando muito moderada, no plano econômico. O Brasil não constituiu exceção.

A preocupação se voltava à limitação do poder político, o que se refletiu, na prática, na busca de uma equilibrada divisão de poderes e no respeito aos direitos e garantias individuais. Ainda não floresciam no solo pátrio a preocupação de se impor ao Estado a realização de determinados objetivos, típicos do Estado democrático de Direito, o qual veio se impondo como paradigma a contar da segunda metade do século passado.

Consideradas as tendências jurídico-políticas da época, é correto se afirmar que Amaro Cavalcanti lançou balizas para o futuro desenvolvimento do Estado de Direito entre nós, realçando os contornos entre o exercício lícito do poder, o qual não se pode desprender dos trilhos da legalidade, atualmente conformada pela lei e o Direito, e da garantia da liberdade dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. **Atos inconstitucionais**. 2. ed. Campinas: Russel, 2004.

BUENO, Pimenta. Direito público brasileiro e a análise da Constituição do Império. *In*: **Marquês de São Vicente**. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2002.

CAVALCANTI, Amaro. **Regime Federativo e República Brasileira**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956. t. 2.

CAVALCANTI, Amaro. Conceito constitucional de <<habeas corpus>> (Crônica). **Revista Forense**, v. 15, n. 85-90, jan./jun.1911.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição Federal brasileira**, 1891: comentada. Ed. fac. Similar. Brasília: Senado Federal, 2002.

CORVALÁN, Juan Gustavo. **Derecho administrativo entransición**: Reconfiguración de la relación entre la Administración, las normas y el Poder Judicial. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2016.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: Formação do patronato político brasileiro. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 2001.

FERRAZ, Sérgio. Sérgio Ferraz. **Tratado de direito administrativo brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2002. v. 1.



FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O ativismo na justiça constitucional. **O Direito**, ano 151, v. 2, jul./set. 2019.

HÄBERLE, Peter. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HAMILTON, Alexander; MADISON, J.; JAY, J. **El Federalista**. México: Fondo de Cultura Económica, 2012. cap. 77.

LEGRAND, Pierre. **Direito comparado. Compreendendo a compreendê-lo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. Tradução de Ricardo Martins Spindola Diniz.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2003.

MADISON, James. **El Federalista**. México: Fondo de Cultura Económica, 2012. cap. 51.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Controle judicial de constitucionalidade: o contributo da Constituição de 1891. **Historia Constitucional**, n.11, 2010.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições brasileiras: 1824**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2001. v. 1.

OLIVEIRA, António Cândido de. Estado de Direito sem adjetivos. **Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro**, n. 320, t. 63, out./dez. 2009.

SALES, Campos. **Exposição de Motivos ao Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: www2.camara.leg.br. Acesso em: 20 abr. 2023

SOUZA, Paulino José Soares de. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

